



Roj: **SJM SS 979/2017 - ECLI:ES:JMSS:2017:979**

Id Cendoj: **20069470012017100239**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **1**

Fecha: **02/11/2017**

Nº de Recurso: **524/2017**

Nº de Resolución: **239/2017**

Procedimiento: **Juicio verbal**

Ponente: **PEDRO JOSE MALAGON RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE DONOSTIA**

#### **DONOSTIAKO 1 ZK.KO MERKATARITZA-ARLOKO EPAITEGIA**

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1 3ª Planta - C.P./PK: 20012

TEL.: 943 00 07 29

FAX: 943 00 43 86

NIG PV/ IZO EAE: **20.05.2-17/009408**

NIG CGPJ / IZO BJKN : **20069.47.1-2017/0009408**

Procedimiento / Prozedura : **Juicio verbal / Hitzezko judizioa 524/2017 - A**

Materia: DEMANDA DE JUICIO VERBAL

Demandante / Demandatzailea : DALLAS BUYERS CLUB LLC

Abogado/a / Abokatua : RAFAEL EIZAGUIRRE GARAIZAR

Procurador/a / Prokuradorea : FERNANDO MENDAVIA GONZALEZ

Demandado/a / Demandatua : Argimiro

Abogado/a / Abokatua:

Procurador/a / Prokuradorea:

#### **SENTENCIA Nº 239/17**

**MAGISTRADO QUE LA DICTA** : D. PEDRO JOSÉ MALAGÓN RUIZ

**Lugar** : DONOSTIA / SAN SEBASTIAN

**Fecha** : dos de noviembre de dos mil diecisiete

**PARTE DEMANDANTE** : DALLAS BUYERS CLUB LLC

**Abogado/a** : RAFAEL EIZAGUIRRE GARAIZAR

**Procurador/a** : FERNANDO MENDAVIA GONZALEZ

**PARTE DEMANDADA** Argimiro

**OBJETO DEL JUICIO** : DEMANDA DE JUICIO VERBAL

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** La demandante, representada por el Procurador D. Fernando Mendavia Gonzalez, formuló demanda de juicio verbal contra D. Argimiro , en la que pedía que se condenara al demandado a abonar a la actora la suma de 475 euros de principal mas los intereses legales de demora que correspondan.

La actora entiende que el demandado ha incurrido en una infracción de la normativa sobre propiedad intelectual consistente en "poner a disposición o difundir de forma directa o indirecta el fichero con el nombre Dallas.Buyers. Club (microHD 720P (EliteTorrent.net).mkv, correspondiente a la película del mismo nombre, mediante un programa Cliente P2P y con fecha (año/mes/día-hora) 2016/06/13 3:49:56 PM, desde la IP nº 85.86.90.10 de la que es titular, vulnerando la Ley de Propiedad Intelectual.

La cantidad reclamada se basaba en el art. 140.2b) de la LPI y el art. 13b de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 , relativa al respecto de los Derechos de Propiedad Intelectual.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para que en el plazo de diez días contestara a la misma por escrito apercibiéndole de que, de no hacerlo así, se declararía su situación procesal de rebeldía; la demandada compareció para contestar a la demanda y oponerse a las pretensiones de la actora.

La oposición de basaba en lo siguiente:

- No ha descargado ni ha compartido la obra objeto de este procedimiento ni ninguna otra; el titular de la dirección IP no tiene porque ser el usuario de la red que realiza una acción a través de internet, sino que simplemente es la persona que contrató la línea por medio de la cual dicho usuario habría explotado el derecho de propiedad intelectual.

- La parte actora le demanda no como titular de la línea de internet, sino como autor de la infracción, sin que haya acreditado que sea así.

**TERCERO.-** Al no solicitarse vista, los autos quedaron para sentencia.

En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La parte demandante no indica que preceptos de la LPI considera infringidos; sin embargo, en aras del principio "da mihi factum, dabo tibi ius", esa omisión debe de ser suplida por el Juzgado sobre la base de los hechos puestos de manifiesto en la demanda y, en concreto, de la descripción de la actuación no autorizada que se incluye en el Hecho Primero de la misma.

A la vista de la misma se puede entender que la actora fundamenta sus peticiones en la infracción del derecho de comunicación pública del art. 20.2 en su modalidad de puesta a disposición.

La parte demandada alega, en síntesis, que el demandado es usuario de una red p2p y que, como tal almacena en su PC archivos que no le pertenecen y desde el mismo, otros usuarios de cualquier parte del mundo, se pueden descargar dichos archivos, entre los que estaría la película cuyos derechos pertenecen a la actora.

Como dice la Sentencia de la AP Madrid de 31 de marzo de 2014 , los protocolos "Peer to Peer" (ó P2P) permiten la conexión entre ordenadores y con ello el que diversos sujetos puedan compartir contenidos. La evolución de dichos protocolos ha sido, a medida que el avance tecnológico lo ha permitido, hacia la descentralización, de modo que ya no precisan de un servidor central que actúe de interconexión, sino que la tecnología permite que a través de un programa informático los ordenadores de los usuarios se conecten directamente entre sí, a modo de una red, y puedan acceder a los contenidos que los demás conectados al sistema tienen almacenados para derivarlos hacia el disco duro del propio ordenador; cada usuario puede funcionar así como cliente y como servidor a un tiempo. La realización de dichos intercambios de archivos entre particulares constituye una actividad perfectamente lícita en la medida en la que los que sean objeto de transferencia no estén sujetos a derechos exclusivos de tercero o se cuente con la autorización de éste.

Ahora bien, el intercambio entre usuarios de Internet de archivos que estén amparados por derechos de propiedad intelectual, si no se cuenta con la autorización del titular de los mismos, entraña una infracción de aquéllos. La misma se comete por inmiscuirse en la órbita de los derechos exclusivos de explotación que incumben al titular de los mismos ( art. 17 LPI ), en concreto, el de comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición del público de forma interactiva de las obras ( art. 20 LPI , párrafo 2, apartado i ) y art 116 del mismo cuerpo legal en lo que respecta a los productores de fonogramas), de modo que se confiere la posibilidad de acceder a ellas vía Internet a voluntad del que esté interesado, y el de reproducción ( art. 18 LPI , con carácter general, y art. 115 en lo que atañe a los productores de fonogramas), por la realización incontestada de copias digitales de las obras protegidas, sin que ello lo ampare el límite de copia privada ( art.



31.2 LPI ), pues su vocación es la de la utilización colectiva de esas copias, que además, en muchos casos, se realizan precisamente a partir de un ejemplar ilegítimo.

En este sentido la Sentencia de la AP Barcelona de 18 de diciembre de 2013 dice que el intercambio masivo de archivos de contenido audiovisual, a través de las llamadas plataformas P2P, que permiten la descarga de grabaciones musicales, infringe derechos que la Ley de Propiedad Intelectual reserva en exclusiva a los autores. En concreto, los derechos de reproducción ( art. 18 TRLPI y 115 ) y comunicación pública ( art. 20 LPI , párrafo 2, apartado i) y art 116 . Así lo afirman también la anteriores Sentencias de la AP Barcelona de 24 de febrero de 2011 y 7 de julio de 201. En esta última se señala que en una red de archivos compartidos P2P, quien dispone de un archivo musical o de una película y lo introduce en una carpeta de archivos compartidos, a la que cualquiera puede tener acceso mediante un programa cliente P2P, además de llevar a cabo un acto de reproducción no amparado por la excepción del art. 31.2 LPI , pues no cabría hablar de un uso privado, está poniendo estos archivos a disposición del público y, por ello, realiza un acto de comunicación pública previsto en el art. 20 LPI .

En todo caso, lo anterior sería desde el punto de vista de paginas web que permiten enlaces a programas p2p o desde el punto de vista de los que facilitan en software necesario.

Aqui estamos en el caso de que si se puede imputar un acto de comunicación pública al usuario de una red p2p en su modalidad de puesta a disposición.

Se puede apreciar ya desde el inicio que resulta forzada la calificación de comunicación pública en las redes de intercambio de archivos.

El artículo 20 de la Ley de la Propiedad Intelectual define la Comunicación Pública como todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.

En estos programas p2p no hay un público que accede concurrencialmente al archivo situado en la carpeta compartida del pc del usuario, sino que la bajada se hace uno uno en función de los criterios de preferencia que de el programa

La subida de datos a partir de los programas p2p se produce de forma automática por la propia configuración del programa. Si quieres bajar obras, tienes que subirlas. Esto ocurre por defecto sin que se requiera el conocimiento o la voluntad del usuario.

La actora considera ilegal el uso del programa P2P en que supone poner a disposición o difundir obras protegidas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta puesta a disposición puede producirse sin que exista un comportamiento activo por parte del usuario para que así ocurra, e incluso puede que con su total ignorancia o deseo, es indiferente.

Sin embargo, la misma expresión "puesta a disposición" parece exigir un determinado comportamiento activo volitivo por parte del que "comunica públicamente". es difícil entender que existe este comportamiento sin saberlo o sin quererlo. Para que exista esa comunicación deben existir actos positivos que tiendan a ella. El comunicador, promueve de forma activa esa difusión.

Para entender un acto como de comunicación pública, del cual la puesta a disposición no es sino una manifestación, lo determinante es la finalidad o el propósito de ofrecer, directa o indirectamente, el original o copia de la obra al público. Si esos elementos subjetivos no son determinantes, es difícil admitir que existía un propósito de difundir la obra y que además hubo una serie de actos positivos que tendían a ello, y es algo que no se puede entender que ocurre de forma generalizada en el mero hecho de instalarte un programa P2P o de descargarte una película que irá a parar a un directorio compartido.

Además de la dificultad de adecuación de este comportamiento con la comunicación pública, se ha de tener presente que según la Sala Primera del Tribunal Supremo toda obligación derivada de un acto ilícito, exige ineludiblemente los siguientes requisitos:

- Una acción u omisión ilícita.
- La realidad y constatación de un daño causado.
- La culpabilidad, que en ciertos casos deriva del aserto de que si hubo daño ha habido culpa.
- Un nexo causal entre el primero y el segundo requisito (entre otras, Sentencia del TS de 11 de julio de 2002 ).

Y en estos comportamientos no se puede hablar en todos los casos de la concurrencia de dolo o culpa, de un elemento subjetivo tendente a la realización de los actos prohibidos por la Ley de Propiedad Intelectual.



El Tribunal de Justicia comunitario ha precisado que el concepto de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, exige una apreciación individualizada (sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, apartado 28 y jurisprudencia citada):

24 Del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 resulta que el concepto de «comunicación al público» asocia dos elementos cumulativos: un «acto de comunicación» de una obra y la comunicación de ésta a un «público» (sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, apartado 29 y jurisprudencia citada).

25 Para apreciar si un usuario realiza un acto de «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, deben tenerse en cuenta varios criterios complementarios, de naturaleza no autónoma y dependientes unos de otros. Por consiguiente, procede aplicarlos tanto individualmente como en sus interacciones recíprocas, bien entendido que, en las diferentes situaciones concretas, pueden darse con intensidad muy variable (sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, apartado 30 y jurisprudencia citada).

26 Entre estos criterios, el Tribunal de Justicia ha subrayado, en primer término, el papel ineludible del usuario y el carácter deliberado de su intervención. En efecto, este usuario lleva a cabo un acto de comunicación cuando interviene, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para dar a sus clientes acceso a una obra protegida, especialmente cuando, si no tuviera lugar tal intervención, los clientes no podrían, o difícilmente podrían, disfrutar de la obra difundida (sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, apartado 31 y jurisprudencia citada).

27 A continuación, ha precisado que el concepto de «público» se refiere a un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica, por lo demás, un número considerable de personas (sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, apartado 32 y jurisprudencia citada).

28 El Tribunal de Justicia también ha recordado que, según reiterada jurisprudencia, para ser calificada de «comunicación al público», una obra protegida debe ser comunicada con una técnica específica, diferente de las utilizadas anteriormente, o, en su defecto, ante un «público nuevo», es decir, un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial de su obra al público (sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, apartado 33 y jurisprudencia citada).

29 Por último, el Tribunal de Justicia ha subrayado en numerosas ocasiones que el carácter lucrativo de una comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 no carece de pertinencia (sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, apartado 34 y jurisprudencia citada).

30 En lo que atañe, en primer lugar, a la cuestión de si la puesta a disposición y la gestión de una plataforma de intercambio en línea como la controvertida en el litigio principal constituye un «acto de comunicación» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, procede señalar que, según se desprende del considerando 23 de la Directiva 2001/29, el derecho de autor de la comunicación al público al que se hace referencia en el artículo 3, apartado 1, incluye cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación, sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión.

31 Además, como se deriva del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, para que exista un «acto de comunicación» basta con que la obra se ponga a disposición de un público de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella desde el lugar y en el momento que elijan, sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esa posibilidad (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, apartado 36 y jurisprudencia citada).

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que no cabe duda de la potencialidad abstracta de un programa o red p2p para que pueda facilitar una comunicación pública o puesta a disposición, pero en el caso del usuario concreto no hay un componente lucrativo, más allá del ahorro del precio de venta al público de una obra, insignificante desde el punto de vista de la amplitud que exige un acto de comunicación pública; tampoco hay una comunicación pública en sentido estricto, en el sentido de acceso simultáneo de una pluralidad de personas a la obra, ni hay, per se, una prueba de una conducta deliberada, es decir, de un dolo al menos por conocimiento de que la utilización del programa permite a otros usuarios de número indeterminado acceder a su disco duro y descargarse lo que figura en la carpeta compartida que configura el programa y ello no cabe inferirlo de la simple utilización del programa, sin una individualización del caso concreto, por cuanto es de suponer que hay un gran número de usuarios que conocen estos programas simplemente como de descarga de archivos, obviando que también es de compartimento de los mismos.

Por ello, a priori, entendemos que es difícil establecer que el simple hecho de utilizar un programa p2p suponga por sí un acto de comunicación pública.



**SEGUNDO.-** Además, la parte actora sólo ha acreditado que el demandado es el titular de una determinada dirección IP asociada con una determinada conexión a internet contratada con EUSKALTEL S.A.

La infracción que denuncia consiste en poner a disposición desde el disco duro de un determinado PC y a través de un programa cliente p2p un determinado archivo que constituiría una copia de la película Dallas Buyers club, de cuyos derechos es titular la actora.

La actora demanda al Sr. Jorge en calidad de usuario de la red p2p que ha cometido una determinada actuación no autorizada constitutiva de una infracción de la normativa de propiedad intelectual y le atribuye la condición de usuario e infractor por ser titular de la dirección ip.

El demandado no niega que sea titular de la conexión a internet y de la correspondiente dirección ip a través de la cual se habría cometido la infracción, pero si niega que sea el infractor; indica que no ha descargado la obra en cuestión ni ninguna otra.

El art. 138, parrafo 2º de la LPI también considera responsable de la infracción y, por tanto, podría colocarse en el presente caso en la misma situación ilícita que el usuario de la red p2p, a "quien induzca a sabiendas la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor".

En el caso presente ninguna de las circunstancias de hecho a que se refiere el precepto antes transcrito es mencionada ni alegada por la parte demandante, que sólo imputa responsabilidad al demandado como usuario de la red p2p que ha puesto a disposición de otros usuarios la copia de la obra de la que es titular sin su autorización. Tampoco en la demanda se imputa al demandado responsabilidad por culpa o negligencia en base al art. 1.902 C. Civil. No valen a estos efectos las alegaciones improcedentes que hizo en el traslado para manifestar si deseaba vista; no se pueden admitir alegaciones sobre el fondo del asunto en dicho traslado y, menos aún, que las mismas sirvan para completar la demanda.

Teniendo en cuenta lo anterior, debemos de entrar a analizar si basta con la acreditación de que el demandado es titular de la dirección ip para entender acreditado que es usuario infractor y si es necesario una prueba adicional; del mismo modo, debemos de analizar si basta con alegar que no se ha cometido la infracción para romper la presunción establecida por la actora de que el titular de la dirección ip es el infractor.

Al respecto, hemos de considerar que la propia Ley nos da la solución en el art. 138, parrafo 2º antes mencionado, es decir, la invocación de ese artículo y la alegación de conductas relacionadas con el mismo, supondría, a nuestro entender, y aplicado al caso que nos ocupa, una inversión de la carga de la prueba, de modo que, acreditado que una determinada persona es el titular de una dirección IP, dado que podría ser responsable tanto en concepto de autor de la infracción, como de inductor, como de facilitador en sentido amplio (pues así puede entenderse a quien abona el coste de la conexión a internet de la que otro se favorece para cometer materialmente la infracción), le correspondería a él no sólo alegar que no es el infractor, sino aportar un mínimo material probatorio de que tomó las medidas necesarias para que, con la conexión a internet de la que es titular tampoco cometió la infracción un tercero.

Si la parte actora, por un defecto en su título de imputación, no aprovecha esta presunción, a ella solo debe de perjudicarle y dado que lo que la parte demandada alega como motivo de oposición es un hecho negativo, tampoco puede exigirsele más prueba que la de facilitar una duda razonable en orden a la presunción exorbitante que se realiza en la demanda.

Siendo así, el demandado alega una serie de circunstancias posibles añadidas a su negativa respecto de la imputación de la infracción, como son una posible utilización por miembros de su familia o invitados a la casa o una utilización de la conexión wifi por un tercero.

Difícilmente podemos estar seguros fuera de toda duda de que es el titular de la línea quien ha puesto a disposición el archivo copia de la obra de la que es titular la demandante. Nos podríamos entonces en contrar con una atribución de responsabilidad a un titular de línea por actos de un tercero.

La jurisprudencia ha venido interpretando el vigente art. 217 de la L.E.C., señalando que se trata de una norma distributiva de la carga de la prueba que no responde a unos principios inflexibles, sino que se debe adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar, es decir, teniendo en cuenta los criterios de normalidad, proximidad y facilidad probatoria, derivados de la posición de cada parte en relación con el efecto jurídico pretendido. Conforme a este precepto, corresponde en principio al actor la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, mientras que al demandado le es atribuida la justificación de los impeditivos o extintivos del derecho invocado por aquél. De la misma manera que el demandante se encuentra obligado a acreditar los hechos normalmente constitutivos o fundamentadores de





su derecho, el demandado que introduce un hecho distinto contradictorio con el del actor le corresponde la prueba del mismo, sin que pueda únicamente limitarse a negar lo alegado por la parte contraria sin soporte probatorio alguno.

En el caso que nos ocupa entendemos que hechos obstativos como los alegados por el demandado para apoyar su negativa a la infracción no son necesarios de acreditación, por cuanto que se debe de asumir que bajo una misma línea y dirección ip puede actuar no solo el titular sino otras personas y, además, puede ser objeto de utilización no autorizada por un tercero, por lo cual, consideramos que es suficiente para, ante la falta de otra prueba o imputación adicional, entender no acreditado que el demandado ha cometido la infracción a que se refiere la demanda, pues difícilmente podemos estar seguros fuera de toda duda de que es el titular de la línea quien ha realizado la conducta ilícita según la parte actora.

Por tales razones, se desestima la demanda.

**TERCERO.**- No obstante la desestimación, las importantes dudas de hecho y derecho que palntea la cuestión aconsejan la falta de condena en costas, de conformidad con el art. 394 LEC

## FALLO

Se desestima la demanda formulada por el Procurador D. Fernando Mendavia Gonzalez, en nombre y representación de DALLAS BUYERS CLUB LLC contra D. Argimiro , absolviendo a éste de los pedimentos formulados en su contra.

Contra esta resolución no cabe ulterior recurso.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN** .- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. MAGISTRADO que la dictó, estando el mismo celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a dos de noviembre de 2017.

**PUBLICACIÓN** .- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, estando el mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a dos de noviembre de 2017.