

Cargado en 2009 por Lorenzo Cotino Hueso, para www.derechotics.com / www.documentostics.com , Red de especialistas en Derecho de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación, www.derechotics.com

www.elrincondejesus.com

Auto nº 138/2009, JUZGADO MERCANTIL, NÚMERO 7, BARCELONA, Procedimiento N° 401/09 En Barcelona a 2 de julio de dos mil nueve

Suculento auto que desestima medida cautelar respecto de www.elrincondejesus.com demandado por la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) al considerar que las redes de intercambio P2P no vulneran por sí la Ley de Propiedad Intelectual (LPI). Diversos subrayados en negrita

AUTO N° 138/09

JUZGADO MERCANTIL, NÚMERO 7, BARCELONA, Procedimiento N° 401/09 En Barcelona a 2 de julio de dos mil nueve

HECHOS

UNICO.— En fecha 20 de marzo de 2009 se ha presentado por D. --- Procurador de los Tribunales y de SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) demanda de juicio ordinario contra D. J. G. C. en este Juzgado en la que SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) mediante otrosí solicita la adopción de varias medidas cautelares.

Citadas las partes a la vista regulada en la LEC, la misma tuvo lugar en fecha 5 de junio de 2009 con el resultado que consta en autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandante, SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE), presentó demanda de juicio ordinario en la que pretende que se declare que el demandado está llevando a cabo desde el día 1 de octubre de 2007 hasta la actualidad, de modo ilegítimo, la comunicación pública y la reproducción de obras musicales del repertorio gestionado por SGAE a través del sitio web www.elrincondejesus.com de su titularidad y se condene a D. J.G.C.

a) a pasar por esta declaración, cesar y abstenerse de utilizar el citado sitio web, o cualquier otro que pueda operar con la utilización de obras musicales del repertorio de la SGAE, con suspensión de la explotación y la prohibición de reanudarla mientras no obtenga la correspondiente autorización

b) a la suspensión de los servicios prestados por la entidad de intermediación RECORUNA S.L.U. con domicilio en Lugo, al demandado respecto del citado sitio web

c) a indemnizar a la actora en concepto de daños y perjuicios por la utilización no autorizada de las obras de su repertorio en el citado sitio web, en las modalidades de comunicación pública y reproducción, por el periodo comprendido entre octubre de 2007 y el día de presentación de la demanda, en la cantidad que, una vez liquidada durante el procedimiento con arreglo a los datos que se obtengan y a las tarifas generales de la actora se fije e introduzca en el procedimiento.

d) a indemnizar por la cifra de 1.546,28 euros por los gastos del documento de investigación privada aportado junto con la demanda.

Como medidas cautelares solicita la cesación provisional e inmediata de los servicios de comunicación pública y reproducción o suministro en línea de obras musicales del repertorio de la SGAE ofrecidos por el demandado a través del sitio web www.elrincondejesus.com de su titularidad; la intervención y depósito de los ingresos obtenidos por el demandado por la comercialización de la citada página web; la suspensión de los servicios prestados por la entidad de intermediación antes citada al demandado.

La parte actora fundamenta sus peticiones, tanto de medidas cautelares como principales, en la infracción de los derechos de explotación del art. 17 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de reproducción del art. 18 y de comunicación pública del art. 20.2 en su modalidad de puesta a disposición. Esta infracción se habría producido en la actividad llevada a cabo por el demandado a través del sitio web www.elrincondejesus.com de su titularidad. En esta página web, se ofrecen, al menos desde octubre de 2007, de forma gratuita y sin limitación o restricción alguna, contenidos de obras musicales que pertenecen al repertorio de la SGAE. En dicha página web y a través de un menú o con imágenes de las obras, se puede acceder a archivos de películas, documentales, música series de televisión, entre otros. Desde esta página web, una vez seleccionado el archivo que se desea descargar, bien directamente o bien redireccionando a otra web de modo automático se procede a la descarga de la obra seleccionada.

La parte demandada alega, en síntesis, que en la citada página web de la que es titular únicamente existen enlaces a la red P2P eDonkey2000 que utiliza el programa eMule, sin que en dicha página existan almacenadas obras protegidas

por derechos de propiedad intelectual; que existen enlaces a multitud de archivos y no solo de obras cuyos derechos son gestionados por la SGAE, quien debe identificar los enlaces a sus obras musicales; que no obtiene ingreso alguno procedente de la referida web; que no puede suspenderse el servicio del proveedor de internet REDCORUNA, pues no es parte en el proceso; que no existe apariencia de buen derecho puesto que el demandado únicamente hace publicidad de los enlaces en su página web lo cual no es reproducción ni comunicación pública de obras protegidas; que resulta de aplicación la Ley de Sociedades y del Servicio de Información; que no existe peligro en el retardo, dado el largo tiempo que lleva la web en funcionamiento y dado que la medida cautelar no eliminará la descarga entre particulares a través de las redes P2P.

SEGUNDO.— El art. 726 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que:

“1. El tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características:

1º Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.

2º No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.

2. Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte”.

Por otra parte el artículo 727 establece una serie de medidas no siendo las señaladas las únicas que pueden adoptarse al indicar que podrán adoptarse entre otras las medidas que señala.

Para finalizar el marco normativo de referencia, el art. 728 dispone que: “1. Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo

que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces.

2. El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios.

3. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.

El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida.

La caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del art. 529”.

De los anteriores preceptos y de una consolidada jurisprudencia de la que aquellos derivan, se desprende que para adoptar una medida cautelar (independientemente de cual sea ésta), se han de reunir los presupuestos de toda medida cautelar y que son la existencia de una apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y el peligro que la mora procesal entraña (*periculum in mora*) tal y como se indica en el art. 728 LEC.

Además de los presupuestos anteriores, es preciso significar que para la adopción de la medida cautelar, como regla general, el solicitante deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. Su cuantificación depende del criterio del tribunal, atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice sobre el fundamento de la solicitud de la medida y que puede revestir cualquiera de las formas previstas legalmente. Además, no cabe olvidar el requisito de la proporcionalidad que supone que las medidas cautelares deben ser semejantes u homogéneas, en adecuación e intensidad, a las medidas ejecutivas que en su día debieran adoptarse para la efectividad del título ejecutivo, e idóneas para cumplir con tal finalidad, salvaguardando los intereses en juego. En tal sentido deberán ser las precisas para cumplir su finalidad con el mínimo perjuicio al que se aplique, de modo que únicamente se podrán adoptar si, siendo igualmente eficaz, no cabe otra menos gravosa o perjudicial para el demandado (art. 726.1.2º LEC). De ahí la regla de que no se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretende alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces y de que éstas puedan ser

modificadas alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas (art. 743)

La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) se caracteriza por la existencia de una pretensión formulada por el actor que presente rasgos de verosimilitud y fundamento, que no puede equipararse a una prueba plena del derecho del actor, ya que para ello se abrirá en su caso y momento el periodo probatorio correspondiente y tras la conclusión del proceso será cuando, con plenitud, se determine si el derecho del actor es o no apto para sustentar su pretensión, de tal manera que tal apariencia de buen derecho ha de ser entendida como equivalente a dotar al juzgador de la convicción de que la medida cautelar proviene de quien ostenta un derecho fundado, verosímil y ajeno a toda idea de utilización como medida de presión o en manera infundada. Este requisito no exige que por parte del acreedor se acredite sin duda la existencia del derecho subjetivo que invoca (ya que ello es el objeto del proceso), sino que es necesario que exista una cierta verosimilitud o probabilidad (provisional e indiciaria) respecto de la titularidad de este derecho.

En el presente caso el análisis de la concurrencia de los anteriores presupuestos pasa por la determinación de los hechos que se declaran probados. A la vista de las alegaciones de ambas partes se considera acreditado:

A) Que el demandado es titular y administra el sitio web www.elrincondejesus.com.

B) Que en dicha página web se ofrece, a través del sistema de menús y referencias visuales de las obras, la posibilidad de descargar archivos de música, películas documentales etc.. mediante el sistema de enlace o "líinks" a la llamada red P2P eDonkey que utiliza el programa eMule.

C) Que algunos de los archivos, cuya posibilidad de descarga se ofrece, son obras musicales del repertorio de la entidad demandante.

D) Mediante estas redes P2P, usuarios de la red que instalen el citado programa, pueden descargarse en su ordenador, archivos, entre otros, de música o películas etc. . ., procedentes de los discos duros de otros usuarios que se encuentren en la misma red y utilicen el mismo programa, en un sistema cuyo buen funcionamiento dependerá del número de usuarios que tengan copia del archivo que se está descargando y en el que el usuario que descarga favorece la descarga de otros usuarios al tener parte del archivo descargado, u otros archivos en su ordenador, que fueron descargados a través del programa Emule.

A la vista de los informes periciales aportados por ambas partes se puede tener como acreditado que en la página web www.elrincondejesus.com, no se almacenan ninguno de los archivos cuya

referencia se indica, limitándose a ofrecer la posibilidad de descarga a través de la citada red P2P. Asimismo se tiene como acreditado que el Sr. G. C. no percibe cantidad alguna directa o indirectamente relacionada con el servicio que ofrece en su página web, la cual es de acceso gratuito, sin que en la misma existan referencias publicitarias de terceros anunciantes.

Así las cosas, dentro del marco provisional de las medidas cautelares, se ha de analizar si la concreta actividad que desarrolla el Sr. G. es susceptible de vulnerar alguno de los derechos de propiedad intelectual invocados por la demandante. Antes de nada resulta preciso acotar la referida actividad. A la vista de los hechos que se han declarado probados, de las alegaciones de ambas partes y de las periciales aportadas puede concluirse que **la página web www.elrincondejesus.com, es una especie de menú de obras musicales y videográficas, con portadas y carteles publicitarios de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual, a través del cual se puede acceder a la red P2P de eDonkey, que utiliza el programa eMule. Dicho de una manera gráfica si la red P2P se puede considerar un almacén de archivos (o “tienda virtual”) al que se accede por los usuarios de Internet para descargar principalmente música y películas, la página web titularidad del demandado vendría a ser el cartel publicitario de parte del contenido de dicho almacén. Por tanto, se ha de analizar, primero si nuestra actual legislación sobre propiedad intelectual prohíbe “el almacén”, para ver si la actividad que desarrolla el demandado es contraria a la ley y si, en relación con lo anterior, la petición que formula la SGAE en este procedimiento se ajusta a derecho.**

En primer lugar es preciso destacar que considero que **en la actual Ley de Propiedad Intelectual no se prohíben, con carácter general, las redes P2P.** Dicho de otro modo, los comportamientos y actividades que se desarrollan en estas redes no encuentran un acomodo claro y específico en los comportamientos que prohíbe la ley, en especial la reproducción, distribución y comunicación pública sin autorización. Por ello, la actividad desarrollada por el demandado difícilmente encuentra acomodo en los actos típicos de la Ley.

Las redes P2P, como meras redes de transmisión de datos entre usuarios de Internet no vulnera, en principio, derecho alguno protegido por la Ley de Propiedad Intelectual. Hay parte del “gran almacén”, que contiene archivos que no son protegidos. También hay obras que ya no son objeto de protección porque ha transcurrido el plazo de duración de los derechos y hay obras que cuya protección no está encomendada, en este caso concreto, a la SGAE. Por tanto, resulta necesario delimitar claramente obras protegidas y comportamientos que pueden infringir la LPI.

Por lo que se refiere a la reproducción, el art. 18 dice que “Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”. Sin duda, **siguiendo la sentencia de la**

AP de Barcelona, sección 15ª , citada por la parte actora, de fecha 29 de septiembre de 2006, cuando se digitaliza una obra y se fija en un medio que permite su comunicación y la obtención de copias, se está ejecutando un acto de reproducción, concretamente con la carga y almacenamiento de material digitalizado en la memoria del ordenador (o de otro sistema que lo retenga de modo estable) . No obstante, considero que la descarga de la obra en la red P2P que supone bajada y subida de datos o archivos previamente digitalizados, previamente fijados en el soporte que permite el intercambio, no encaja en este precepto. Introducir una obra fonográfica o videográfica en el programa Emule que ha sido previamente convertida a un archivo informático, compatible con dicho programa, no constituye un acto de reproducción. En la mayoría de los casos la conversión se ha realizado previamente para permitir su divulgación a través de Internet, mediante actos que han sido objeto de autorización lucrativa por sus titulares. Resultaría una investigación técnica realmente compleja averiguar qué archivos fueron reproducidos, digitalizados por un usuario de la red P2P y cuales lo fueron por los titulares de los derechos de explotación.

Por otro lado, en materia de reproducción se ha de tener en cuenta el límite recogido en el art. 31.2 de la LPI, pues las obras que circulan en “el almacén” generalmente ya se han divulgado, por persona física para uso privado con un acceso legal (pues la red P2P es legal) y la copia no es objeto de una utilización lucrativa, ni tampoco colectiva, pues estas dos expresiones se refieren a la posterior utilización que se hace de la obra una vez descargada, una vez obtenida la copia. Salvo los casos en que se haga una utilización en un ámbito público o con una finalidad lucrativa, claro está.

Por lo que se refiere a la distribución, el art. 19 del LPI señala que “Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.” Parece que dicho precepto no está pensado para los soportes digitales ni para los intercambios sin ánimo de lucro. De la lectura de dicho precepto parece desprenderse que la tangibilidad se refiere a la existencia de un soporte físico de la obra y tampoco casa exactamente con el comportamiento de las redes P2P.

El derecho de explotación que podría verse comprometido con la actividad desarrollada en las redes P2P es la comunicación pública a la que se refiere el art. 20 al indicar que “1. Se entenderá por comunicación pública 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. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.

2. Especialmente, son actos de comunicación pública: i) La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos,

de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.”

Sin duda que mediante las redes P2P se produce una puesta a disposición del público de obras sin previa distribución de ejemplares. Y este comportamiento puede en muchos casos ir encaminado a una pluralidad de personas. Sin embargo, de nuevo, el tipo legal no cuadra exactamente con el comportamiento de los usuarios de tales redes, puesto que, por un lado, en la mayoría de los casos el usuario tiene como única intención descargar un archivo desconociendo si de la parte de ese archivo que tiene descargada en una parte del disco duro de su ordenador se están descargando a su vez otro usuario o una pluralidad de usuarios. Puede ser perfectamente posible que el intercambio de archivo sea con una única persona. Por otro lado, tampoco se puede decir que mediante este sistema la puesta a disposición al público de las obras no permite necesariamente ni en todos los casos que los usuarios puedan acceder a ellas en el momento que elijan. Según la propia naturaleza del sistema, la efectiva subida y bajada de datos dependerá de que otros usuarios estén en ese mismo instante conectados. Además, todo ello dependerá de la velocidad de la línea de Internet que puede ser, en algunos casos, muy baja dificultando o impidiendo las operaciones de descarga de los archivos.

Además de la dificultad de adecuación de los citados comportamientos a los supuestos típicos contemplados en nuestra actual legislación, 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: a) una acción u omisión ilícita; b) la realidad y constatación de un daño causado; c) la culpabilidad, que en ciertos casos deriva del aserto de que si hubo daño ha habido culpa; d) un nexo causal entre el primero y el segundo requisito (entre otras, SSTs de 24 de diciembre de 1992, 7 de abril de 1995, 20 de mayo de 1998, 25 de octubre de 2001 y 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.

En consecuencia, si la propia existencia de las redes P2P y las actividades de los usuarios relacionadas con ellas no encuentra un claro acomodo en los comportamientos prohibidos por el TRLPI, según se ha expuesto, entonces el comportamiento desarrollado por el Sr. G. que es, básicamente, hacer publicidad sin ánimo de lucro, favorecer comportamientos no prohibidos, sin almacenar archivos, tampoco podría estimarse prohibido por el TRLPI.

En el anterior sentido se valora la ausencia de una apariencia de buen derecho que permita estimar las medidas cautelares interesadas.

A mayor abundamiento cabe indicar, en primer lugar, que se aprecia un incorrecto planteamiento de la relación jurídico procesal pues la suspensión del servicio de Internet solicitado por la demandante, requiere la presencia en juicio del prestador de servicios, que es una de las partes del contrato.

En segundo lugar, también se aprecia un planteamiento contrario al contenido del art. 219 de la LEC en cuanto a la falta de determinación de los daños y perjuicios. Siguiendo dicho precepto, o se determina la cuantía, o se fijan una bases claras para su determinación por simple operación aritmética o se reserva la condena al pago de la indemnización para un juicio posterior. No cabe, como formula la actora en la petición inicial, solicitar una condena a la cantidad que “se liquide durante el procedimiento con arreglo a los datos que se obtengan y a las tarifas generales de la actora”.

Finalmente también, derivado de lo anterior, es preciso subrayar la falta de instrumentalidad de la medida cautelar interesada relativa a la intervención y depósito de los ingresos que obtenga el demandado, teniendo presente que, además, de la propia prueba aportada por el demandante no se deduce la existencia de ingreso alguno por la actividad desarrollada por el Sr. G.

TERCERO.— En materia de costas se considera que existen razonables dudas de derecho que justifican la interposición de la demanda de medidas, de manera que no procede imponer las costas a ninguna de las partes.

PARTE DISPOSITIVA

En virtud de lo expuesto, DECIDO: desestimar la petición de medida cautelar solicitada por D. Francisco Fernández Anguera Procurador de los Tribunales y de SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE)

Contra esta resolución solamente cabe imponer recurso de apelación en un solo efecto ante este Juzgado para que conozca del mismo la Audiencia Provincial de Barcelona.

Así lo dispongo, mando y firmo, D. RAUL N. GARCÍA OREJUDO, Magistrado Juez Titular del Juzgado Mercantil número 7 de los de Barcelona.