

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2008
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Transmisión digital. Sociedad de la Información. Derechos involucrados.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Madrid

FECHA: 13-11-2003

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo a través del Portal del Consejo General del Poder Judicial de España, por <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>

OTROS DATOS: Recurso de Apelación 287/2002

SUMARIO:

“... es innegable que el progreso de la tecnología y de las telecomunicaciones ha influido positivamente en numerosos aspectos de la vida social y económica”.

“La transmisión de datos por medio de sistemas telemáticos, la obtención de información desde el lugar y en el momento que se elija, o la realización de transacciones comerciales a través de redes de comunicación, son algunos de los logros que a nadie parecen ya sorprender. El acelerado avance de los medios tecnológicos exige, al mismo tiempo, una respuesta legal frente a las nuevas situaciones generadas por la conocida como «sociedad de la información», así como revisar si los instrumentos de tutela que contempla la legislación actual continuarán siendo adecuados para la protección de los intereses implicados en esa realidad virtual”.

“Por lo que al derecho de autor se refiere, el impacto de las nuevas tecnologías ha producido una situación contradictoria. El desarrollo de redes de comunicación y la integración de las mismas en la vida cotidiana de los particulares supuso para el autor abrir nuevas formas de difusión y explotación de sus creaciones, algunas de las cuales no llegarían a ser conocidas por la sociedad si tuvieran que ser explotadas por los sistemas convencionales de reproducción y distribución de ejemplares materiales. Sin embargo, las características técnicas de estas nuevas formas de explotación permiten una pronta y fácil defraudación de los legítimos intereses del autor. Por tal razón se considera un principio fundamental del derecho de autor la constatación de que la utilización de una obra, en cualquier modalidad de explotación, requerirá el consentimiento expreso del autor [...] De su voluntad dependerá que la explotación de su creación se efectúe por los sistemas tradicionales de explotación, o también --con los riesgos que ello puede conllevar-- mediante esas otras nuevas formas de explotación. En la práctica, quien pone a disposición de la comunidad del ciberespacio una creación intelectual tiene que entender que está renunciando a que se le pida autorización por el uso privado de su obra; debe aceptar que su derecho «patrimonial» de autor inevitablemente será menoscabado”.

“En cualquier caso, se tratará de una decisión discrecional del autor que, merced a su derecho exclusivo de explotación, podrá autorizar o prohibir cada una de las formas de utilización de su creación”.

“La irrupción de la tecnología en el sector de las creaciones intelectuales, y en particular en el de las obras musicales, ha provocado dos situaciones distintas que, no obstante, presentan cierto grado de conexión. El desarrollo de equipos técnicos capaces de elaborar copias idénticas de los ejemplares lícitamente comercializados, y la generalización de esos sistemas entre la sociedad, ha acrecentado el fenómeno de la reproducción irregular de fonogramas y su posterior distribución, al margen de los titulares de derechos de explotación implicados en esos fonogramas. Este fenómeno se ha visto impulsado por el despegue del disco compacto grabable (Compact Disc Recordable: CD-R), un soporte reservado en otro tiempo a las empresas especializadas del sector discográfico y que permite -con la ayuda de un ordenador y mediante la técnica del tostado (burning)- grabar las obras musicales fijadas en discos compactos (Compact Disc Digital Audio, CDDA) en ese otro soporte CD-R. Hasta hace relativamente poco tiempo, el soporte CD-R no estaba sujeto al canon de copia privada que contempla el art. 25 LPI ¹, ello por la consideración de que su destino era exclusivamente la copia de datos y programas de ordenador. El progreso tecnológico ha permitido que este soporte sea útil para la grabación de obras musicales a partir de fonogramas (Compact Disc Digital Audio, CDDA) y a partir también de música en formato digital”.

“De otro lado, la posibilidad de convertir la obra musical en formato digital, y su puesta a disposición en redes de comunicación, ha generado una nueva forma de explotación de las creaciones musicales –cuyos límites y repercusiones distan todavía de ser precisos-- y que consiste en la comunicación pública de la obra musical, a través de redes de información. El caso más conocido de explotación de música a través de Internet ha sido el de Napster, un sitio en el que podía efectuarse intercambio gratuito de obras musicales”.

“Esta plataforma, cuya sede radicaba en California, dejó de funcionar en julio de 2001 por una orden judicial que prohibía la actividad de intercambio gratuito de música, sin la autorización de los titulares de derechos sobre las obras objeto de explotación, e incluso se le impidió lanzar un servicio de pago hasta que eliminara todas las canciones que no estuviera autorizadas a vender. Esta nueva forma de explotación suscitó ciertos interrogantes que parece han quedado resueltos con la Directiva 2001/29/CE sobre derechos de autor y otros derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DOCE L 167/10, de 22 de junio de 2001)”.

“Estas dudas consistían básicamente en determinar en qué derechos de los previstos por la legislación de propiedad intelectual es posible incardinar dos momentos precisos de ese proceso técnico de comunicación: el de introducción de la obra musical en la red de información, y el del destino final de la obra al particular. En cuanto al primero de los momentos apuntados, la doctrina ha discutido si debía calificarse como un supuesto de reproducción por cuanto suponía un modo de fijación de la obra, o si debía encuadrarse en el derecho de transformación por cuanto la digitalización de la obra suponía una adaptación o alteración del formato original de la obra al formato digital, decantándose por la primera

¹ Ley española de Propiedad Intelectual, nota del compilador.

opción ante las dificultades que podía suponer el derecho de transformación por la implicación en el mismo de intereses morales. En cuanto al segundo de los actos de explotación apuntados, esto es, el del acceso del particular a la obra en el momento y forma en que elija, la doctrina ha discutido si se trataba de un supuesto de distribución o más bien un acto de comunicación pública, decantándose por esta segunda opción por cuanto la distribución exigía la existencia de ejemplares materiales. En este sentido, la citada Directiva establece en su art. 2 que los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma de la totalidad o parte de las obras y demás prestaciones protegidas, definición amplia que podrá comprender la digitalización de la obra y su posterior almacenamiento en un soporte óptico (CD-R) o en un soporte de memoria. Como se ha señalado: «la tecnología digital es la técnica que permite llevar las obras y demás prestaciones protegidas por la propiedad intelectual (...) desde su formato original, y cualquiera que fuere, a un mismo formato de unos y ceros (código binario) y que además permite, a partir de entonces (...) su almacenamiento en un mismo soporte, su transmisión a través de un mismo sistema de telecomunicación y el empleo de un mismo aparato o medio técnico para acceder a trabajar con ellas».

“Por su parte, la citada Directiva ha contemplado como un derecho con entidad propia, aunque incluido en el derecho de comunicación pública, la puesta a disposición del público de las obras, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija (art. 3.1). De acuerdo con el art. 3.1 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, «Los Estados miembros establecerán a favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimiento alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija». Y el apartado 2 de este mismo precepto establece que los Estados concederán también ese derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, a los artistas, intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas, a los productores de grabaciones audiovisuales y a los organismos de radiodifusión. Cabría por tanto afirmar que la digitalización de una obra musical y su introducción en una red de información constituyen dos modalidades de explotación del derecho exclusivo de reproducción, mientras que la puesta a disposición del público de esa obra musical, y el acceso a la misma por cualquier particular, serían otras tantas manifestaciones del derecho exclusivo de comunicación”.

“Queda, no obstante, por resolver la calificación del acto de explotación por el cual una persona que ha accedido a una obra introducida en la red obtiene una copia de esa obra, porque efectúa una carga o descarga de la misma en la memoria de su ordenador o en otro soporte de la clase que sea. Parece bastante claro que ambas actuaciones entrarían dentro del derecho exclusivo de reproducción, pero a partir de ahí habría que determinar si ese acto de reproducción estará sujeto al régimen del derecho de exclusiva y por tanto requerirá la autorización del titular del derecho de autor, y el abono de la correspondiente remuneración, o si es posible considerar que ese acto de explotación es un límite o excepción al derecho de reproducción, de manera que el usuario podrá efectuar libremente una reproducción de esa obra, sin autorización del titular del derecho de autor, y sin perjuicio de la remuneración compensatoria que deba establecerse a su favor”.

“Pues bien, la determinación de si se trata de uno u otro acto de explotación depende del modo o forma en que la obra haya sido puesta a disposición del público en la red de información. Determinadas creaciones podrán ser objeto de copia por los particulares sin necesidad de la autorización del autor, y sin perjuicio de la compensación que deba establecerse a su favor, y en tal caso cabrá afirmar que nos encontramos ante una excepción o límite del derecho exclusivo de reproducción [art. 5.2 b) Directiva 2001/29/CEE]. Otras veces, en cambio, la obra introducida en la red estará protegida por medidas tecnológicas que impedirán la realización de esa copia libre, siendo precisa una licencia o código para obtener una reproducción de la obra; y en este segundo supuesto, la supresión o eliminación de los dispositivos técnicos de protección deberá ser castigada como infracción o usurpación de los derechos de propiedad intelectual (arts. 6.2 y 6.3 Directiva 2001/29/CEE). Adviértase por tanto que en esta última hipótesis la actividad ilícita que deberá ser enjuiciada por los Tribunales y que, en su caso, podrá ser objeto de la acción de cesación (art. 139 LPI), no consistirá tanto en una explotación ilícita de una creación protegida por el derecho de autor cuanto en una actividad de supresión de los dispositivos técnicos que protegerán la obra puesta a disposición del público en la red de comunicación”.

“El fenómeno de referencia y la posibilidad de que las obras musicales sean explotadas a través de Internet presentan un importante punto de conexión, pues las copias irregulares (no autorizadas) de un fonograma pueden ser efectuadas a partir de un ejemplar que fue reproducido y distribuido con la autorización de los titulares de derechos de autor, o a partir de la explotación de las obras musicales a través de las redes de comunicación. A estos efectos conviene tener en cuenta que el art. 31.2 LPI autoriza la libre realización de copias de las obras editadas en fonogramas, sin que sea preciso para ello la autorización de los titulares de derechos de explotación implicados en ese fonograma. Y para compensar a esos titulares de derechos de la pérdida que supone la elaboración de copias privadas, la ley concede a los mismos el derecho de obtener un beneficio económico o compensación (art. 25 LPI). Sin embargo, para que esta excepción del derecho de reproducción resulte operativa, es preciso que las copias se efectúen para uso particular del copista, y no para su posterior comercialización”.

“Según el art. 17 LPI el autor tiene el derecho exclusivo a la reproducción de su obra, entendiendo por tal la fijación de la misma en un soporte que permita la comunicación al público y la obtención de copias de toda o parte de ella (art. 18 LPI). Por otra parte, al autor se le reconoce el derecho exclusivo a la distribución de su obra, y ello implica que el autor tiene el poder jurídico de autorizar y de prohibir que los ejemplares de su obra sean puestos a disposición del público mediante alguna forma de distribución (la venta, el alquiler, el préstamo o cualquier otra modalidad de distribución --art. 19 LPI--). Estos dos derechos de explotación no suelen ejercerse por el autor de manera aislada, sino que con frecuencia, son cedidos conjuntamente mediante el contrato de edición musical (art. 71 LPI)”.

“La explotación de las composiciones musicales suele comenzar mediante la reproducción fonográfica de la obra y su posterior distribución mediante la venta. Para ello será preciso la celebración por el autor del contrato de edición musical, un negocio en virtud del cual el autor cede sus derechos exclusivos a la reproducción y a la distribución de su obra al editor, para que éste elabore los ejemplares de la misma y los distribuya en una concreta forma de distribución (la venta, v. gr.). Debe apuntarse que de acuerdo con el art. 71 LPI, por

el contrato de edición musical se conceden al editor derechos de comunicación pública, lo que significa que el autor cede también al editor su derecho exclusivo a la comunicación pública de su obra; este precepto es un reflejo legal de la práctica usual en dicho ámbito en el que los autores de obras musicales suelen ceder la generalidad de los derechos de explotación al editor. La actividad consistente en fijar la ejecución de la obra musical en un soporte exclusivamente sonoro o fonograma exige contar con la asistencia técnica y la infraestructura material de un productor de fonogramas, el cual asumirá el riesgo y llevará a cabo la primera fijación de la obra en el citado fonograma (art. 114 LPI); y por esa labor de fijación, la LPI reconoce al productor unos derechos exclusivos originarios: el de reproducción (art. 115 LPI), el de distribución (art. 117 LPI), y el de comunicación pública de los fonogramas (art. 116 LPI). De acuerdo con el art. 114 se entiende por fonograma toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos y por productor de fonograma, la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la mencionada fijación. Elaborado el fonograma y obtenidos el número de ejemplares pactados con el autor, los mismos podrán ser distribuidos entre el público en la modalidad de distribución que el autor autorizó”.

“Conviene pues tener en cuenta que en un fonograma en el que se hayan incorporado una o varias obras protegidas por el derecho de autor convergerán los derechos del compositor de esas obras musicales (arts. 18 y 19 LPI), los derechos del artista o intérprete de las mismas -que podrá coincidir o no con el compositor musical- (arts. 107 y 109 LPI), los derechos que la ley concede al editor (art. 71 LPI), y los que corresponden al productor de fonogramas (arts. 115 y 117 LPI). Y conviene también destacar que cada uno de estos derechos recaerá sobre un objeto distinto o prestación: los del autor sobre su creación, los del artista sobre su interpretación, y los del productor sobre el fonograma”.

“El supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento no es otro que el comportamiento de la entidad demandada, dedicada a la puesta a disposición al público de fonogramas en formato digital, concretamente MP3, a cambio de una concreta contraprestación. La entidad demandada lleva a cabo una doble actividad, de un lado la transformación del fonograma de formato CDDA a formato MP3, con su consiguiente almacenamiento en un servidor -lo que se conoce comúnmente como «ripping»-; y, de otra parte, la puesta a disposición al público de los fonogramas que integran el catálogo, a cambio de una contraprestación actividad principal de la entidad”.

“La parte actora califica la actividad denominada «ripping» como un acto de reproducción de fonogramas”.

“En la actividad desarrollada por la entidad demandada, dedicada a la puesta a disposición al público de fonogramas por medio de descargas se pueden diferenciar dos momentos: a) El de la transformación o «ripping»; y, b) El de la propia puesta a disposición al público o transmisión de los fonogramas”.

“El fundamento de Derecho segundo de la sentencia se refiere precisamente a esta primera parte de la actividad, la cual califica jurídicamente como de «reproducción». En efecto, la sentencia considera que dicha transformación supone un acto de reproducción, y por tanto entra dentro de la esfera del precepto contenido en el art. 115 del TRLPI. Considera que esta transformación es reproducción, puesto que «cuando se digitaliza, la obra queda en

la mayor parte de las ocasiones fijada en un medio que permite su comunicación y la obtención de copias de todo o parte de aquella». Es decir, se fija o incorpora a una base material o soporte físico, que posibilita aquellos fines. La digitalización es reproducción para la sentencia, con independencia de cuáles sean los fines de la mencionada digitalización o transformación”.

“No ha faltado quien sostenga que este criterio se parte de un entendimiento erróneo del precepto contenido en el art. 18 TRLPI, que expresamente establece: «se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de todo o parte de ella». De este modo, el Legislador ha querido establecer dos diferentes modalidades de reproducción, las cuales tienen diferentes consecuencias jurídicas: a) La fijación de la obra en un formato que permita la comunicación pública de la misma; y, b) La obtención de copias de toda o parte de la obra”.

“Desde esta línea exegética sólo esta segunda modalidad de reproducción lo es en sentido estricto, pues la primera queda embebida en la propia comunicación pública, como elemento o condición necesaria para la misma. No puede haber comunicación pública de una obra fonográfica sin que previamente se haya fijado en un formato que permita esta comunicación a través del canal elegido. Esta misma diferencia se desarrolla tanto en la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, arts. 2 y 3; como en los estatutos de la entidad de gestión AGEDI, art. 3. Al entenderse en ambos casos que esa reproducción previa a la comunicación pública, necesaria a la misma y sin contenido económico propio no requiere otra autorización que la que es propia a la misma comunicación pública. Dicho de otro modo, autorizada que sea la comunicación pública, debe entenderse igualmente autorizada cualquier fijación en formato adecuado a la misma, como su condición necesaria”.

“En cambio, para otro sector de pensamiento, en el que se incardina la SAP de Barcelona, Secc. 15.^a de 27 de junio de 2002 (C.D., 02PC206), «No cabe dar a la palabra reproducción, como modalidad del derecho de explotación patrimonial e la obra, un sentido vulgar, pues técnicamente no se refiere sólo a la multiplicación de la misma o a la obtención de un número de copias o ejemplares visibles de ella. En efecto, el art. 18 LPI, al definir la reproducción establece que consiste en la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de todo o parte de ella. Reproducir la obra es, por lo tanto, fijarla o incorporarla a una base material o soporte físico, que meramente posibilita aquellos fines. En la sociedad de la información, las modalidades tradicionales de reproducción coexisten con un gran número de medios que son el resultado de los avances tecnológicos. Para comprenderlos, a fin de no dejar indefensos a los titulares de derechos protegibles, el art. 9.1 del Convenio de Berna, de 9 de septiembre de 1886, se refiere a la reproducción por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma. Entre tales procedimientos modernos de reproducción se encuentra el que interesa al litigio y consiste en la carga o almacenamiento de material digitalizado en la memoria muerta de un ordenador u otro sistema o aparato electrónico que lo retenga de modo estable. Cuando se digitaliza la obra y se fija en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias, se ejecuta un acto de reproducción. La digitalización y almacenamiento en soportes estables de memoria conectados a la red (up-loading), desde los que las obras son accesibles al público, a cuyo

alcance está la comunicación y la obtención de copias (down-loading), viene comprendida en el ámbito de la reproducción, tal como se define en el art. 18 LPI».”.

“De acuerdo con esta interpretación, que esta Sala comparte, la demandada ha realizado actos de reproducción con los que ha invadido la esfera del derecho exclusivo que el art. 115 LPI reconoce a la entidad actora en su calidad de productora de fonogramas (al igual que hacen el art. 11 Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de 20 de diciembre de 1996, WPPT; el art. 14.2 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, de 15 Abr. 1994, ADPIC; y art. 2 de la actual Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, de 22 de mayo de 2001)”.

“Ello no empece a que la transmisión en línea de fonogramas a través de Internet deba considerarse como una modalidad de comunicación pública. Tradicionalmente ha existido una polémica en la doctrina a este respecto, la cual derivaba de un mal entendimiento de la Ley de Propiedad Intelectual. Aquellos que pretendían calificar la actividad de puesta a disposición de fonogramas a través de Internet como distribución, pretendían asentar su tesis sobre la base de que la comunicación pública se basaba en dos principios: a) que hubiese unidad de tiempo entre la transmisión y la recepción; b) que la transmisión fuese punto a multipunto. Ello debe su punto de partida en un entendimiento erróneo de dos realidades, de Internet de un lado, y de la modalidad de comunicación pública por otro. En ningún momento el Legislador había llegado a exigir ninguna de las dos notas a que hacía referencia esa parte de la doctrina, que por otra parte eran dos notas extraídas directamente del modus operandi tradicional de las emisoras de radio. No hay ningún obstáculo legal a que la transmisión y la recepción tengan lugar en momentos diferentes en el tiempo; aunque, en cualquier caso, la transmisión de creaciones musicales a través de Internet lo es en unidad de tiempo: el ordenador transmisor está transmitiendo en línea la creación musical, en el momento en que el mismo es solicitado por el ordenador receptor; el cual, a su vez, lo recibe en ese momento. Y, por otro lado y en lo que respecta a la transmisión punto a multipunto, tampoco habría en principio ningún obstáculo a que se estableciera punto a punto --de hecho éste es el sistema establecido por hilo musical, o por las televisiones de pago en la modalidad de pay per view; pero en cualquier caso, Internet admite tanto la modalidad de transmisión punto a punto, como punto a multipunto. Esta antigua polémica había quedado obsoleta en un entorno comunitario, dado que la reciente Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 (DOCE 22 de junio de 2001) calificó esta actividad de transmisión de creaciones musicales en línea como una modalidad de la comunicación pública. Así, en su artículo tercero bajo la rúbrica de «Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas», número primero, se puede leer: «cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimiento alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición al público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija».”

TEXTO COMPLETO:

I ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Madrid, en fecha 1 de febrero de 2002, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: FALLO: "Que estimando íntegramente la demanda promovida por el Procurador D. Francisco Fernández Rosa en nombre y representación de AVISPA S.L., contra WEBLISTEN, S.A., representada por el Procurador D. Pedro Moreno Rodríguez, debo condenar y condeno a la demandada a estar y pasar por el siguiente pronunciamiento: 1º.- Se declara que la demandada infringe los derechos de propiedad intelectual de la actora, incurriendo en una actividad ilícita.-2º.- Que la demandada debe retirar de su página web de todas aquellas interpretaciones fijadas en soportes propiedad de la actora, conforme a lo dispuesto en el artículo 139 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.-3º.-Que como consecuencia de esta actuación ilícita, la demandada proceda a indemnizar a la actora en concepto de daños y perjuicios en la remuneración que ésta hubiera percibido de haberse autorizado la reproducción, tomando en consideración las tarifas de licencias de esta clase de entidades de gestión de producción de fonogramas, a aplicar desde el 10 de enero de 2.000 hasta la fecha de la presente resolución, siendo de cargo de la demandada la costas causadas."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada.

Admitido el recurso de apelación en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la parte apelada.

Elevándose los autos ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de fecha 10 de septiembre de 2003, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 3 de noviembre actual.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan, en lo sustancial, los razonamientos jurídicos de la sentencia recurrida en todo cuanto no aparezca contradicho o desvirtuado por los que se expresan a continuación.

SEGUNDO.- (1) A través de la demanda rectora de las actuaciones a que se contrae el presente Rollo --presentada mediante escrito con registro de entrada en fecha 25 de julio de 2001--, la representación procesal de la entidad mercantil «Avispa, S.L.» ejercitaba acción personal declarativa y de condena pecuniaria frente a la entidad mercantil «Weblisten, S.A.» en solicitud de pronunciamiento jurisdiccional por el: «1) que se declare que la demandada infringe los derechos de propiedad intelectual de mi representada, incurriendo en una actividad ilícita; 2) que la demandada retire de su página web todas aquellas interpretaciones fijadas en soportes propiedad de mi representada, conforme a lo dispuesto en el art. 139 TRLPI; 3) que como consecuencia de esta actuación ilícita, la demandada proceda a indemnizar a la demandante, por los daños y perjuicios causados, y que en esta fase se fijan, provisionalmente, en 10.000.000 ptas. Y todo ello con expresa condena en costas.»

En apretada síntesis, dicha pretensión se fundaba en que: a) La actora «...ejerce la actividad de productor discográfico [...] esta actividad consiste en la grabación de interpretaciones de artistas para la posterior fabricación de los discos, cintas y demás material sonoro y audiovisual, la comercialización de los soportes fabricados en cualquier medio, la promoción del material en

televisiones, radios, cartelería, etc...»; b) la actora «... suscribe contratos discográficos con gran variedad de artistas...», en los que «... el artista cede al productor de fonogramas todos los derechos de propiedad intelectual sobre sus interpretaciones fijadas en soportes, con el fin de que éste pueda explotarlas en la manera más amplia...». Afirmaba tener firmados contratos de esta clase con los grupos musicales «Medina Azahara» y «Saratoga», cuyos discos «... han sido incluidos, sin permiso, en la página web que la demandada explota comercialmente a través de Internet, pudiendo los usuarios de dicha página web no sólo oír sus interpretaciones sino también lo que se conoce en el argot como "bajarlas", es decir, descargarlas en el disco duro del ordenador para poder reproducirlas posteriormente en un cd-rom o de cualquier otra forma»; c) Señalaba que Weblisten, S.A. se dedica a la prestación de servicios de audición musical y puesta a disposición de fonogramas a través de Internet, donde es titular de una página web denominada "Weblisten.com" que permite no sólo la audición sino también su descarga desde una base de datos de ficheros mp3; d) la demandada ha incluido la pre-escucha, reproducción, distribución y comunicación pública de los fonogramas con las grabaciones de obras del repertorio de la actora sin autorización de ésta; e) En conversación telefónica mantenida por el Sr. Domingo en nombre de Weblisten, S.A. con el propósito de la actora se reuniera con el director de la entidad demandada el 27 de ese mismo mes y recibir de éste una propuesta para incluir en su página web las obras de la actora. En la reunión que mantuvieron se hizo entrega a la actora de una copia de contrato tipo, aplazándose la decisión al estudio del referido contrato; f) Mediante carta fechada el 10 de enero de 2000 la actora rechazó la oferta recibida de la demandada y le reiteraba la prohibición de venta y distribución de sus discos o parte de ellos y le conminaba a retirar de su red los productos de la demandante, requerimiento que la demandada rechazó expresamente en escrito recibido el 11 de enero de 2000; g) Tras la prohibición, la demandada ha continuado ofreciendo en su página web, previo pago de la cantidad de 4.900,- ptas., todo el repertorio de los grupos

musicales "Medina Azahara" y "Saratoga", habiendo levantado sendas actas notariales en fechas 14 de febrero y 28 de mayo de 2001; h) La actora efectuó un nuevo requerimiento a la demandada en fecha 17 de enero de 2001, negándose nuevamente la demandada a retirarlas mediante escrito de 5 de febrero de 2001.

(2) Turnado el conocimiento de la demanda al Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de los de Madrid, este órgano resolvió mediante Auto de 4 de septiembre de 2001 admitirla a trámite y comunicar copias de la misma y de los documentos presentados a la entidad demandada con emplazamiento para que, de convenirle, pudiera comparecer y contestar.

(3) Mediante escrito con registro de entrada en fecha 8 de octubre de 2001 compareció en autos y contestó a la demanda la representación procesal de la demandada «Weblisten, S.A.». En primer término oponía como «cuestiones procesales» o «excepciones» --que calificaba de insubsanables-- la «falta de representatividad de Don Franco, otorgante de la escritura de poder en nombre de la sociedad "Avispa, S.L." en virtud de la cual comparece en autos el procurador Don Francisco Fernández Rosa», ya que la duración del cargo de administrador no puede exceder de cinco años y no podía ser reelegido; de «falta de representación de la sociedad demandante por el Procurador Don Francisco Fernández Rosa, por las mismas razones en la defensa precedente; la «litispendencia» fundada en que ante el Juzgado de Instrucción núm. 23 de Madrid se siguen Diligencias Previas en virtud de denuncia presentada por Agedi contra la [...]de la entidad «Weblisten, S.A.» Soña María Inés por presunto delito contra la propiedad intelectual, en la que también se ejercita acción civil para la reparación de los perjuicios infligidos a todos los asociados de la entidad de gestión denunciante.

Asimismo, y «alternativamente», planteaba «cuestión prejudicial penal, por la pendencia de dos causas criminales en las que se están investigando hechos de apariencia delictiva contemplados en el art. 40.2, 1.ª de la LEC», con base en las Diligencias Previas seguidas

ante el Juzgado de instrucción núm. 31 de Madrid por delitos de estafa procesal y falsedad en documento mercantil frente a AGEDI y Ediciones Musicales Horus, S.A, y procedimiento abreviado 16/2001 ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Madrid por los mismos hechos frente a AGEDI y Universal Spain, S.L.

En cuanto a los hechos aducía no ser ilícita la actividad de comunicación realizada por la demandada en Internet, abstracción hecha de que después el usuario decida o no reproducirla o incorporarla a cualquiera otros; admitía como «posible» la prestación del servicio de audición de obras del repertorio de la entidad actora, puntualizando que no reproduce el fonograma sino los sonidos, negando que su actividad constituya «distribución». Admitía haber tenido contactos con la actora y haber hecho efectivos sus derechos económicos a través de las respectivas entidades de gestión.

Y tras invocar los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación terminaba solicitando: «a) Se dicte la resolución procedente estimando las excepciones o cuestiones procesales de falta de representación y de litis pendencia, inicialmente planteadas, de todas o de alguna o algunas de ellas, acordando poner fin al proceso; b) Alternativamente, se dicte la resolución que proceda, estimando la cuestión de prejudicialidad planteada, y tratándose de supuestos delitos de falsedad documental, se acuerde la suspensión del procedimiento; c) En segunda alternativa, de no ser apreciadas las peticiones anteriores, se dicte sentencia, desestimando íntegramente la demanda y absolviendo libremente a mi representada de todos sus pedimentos. Con expresa condena en costas a la demandante».

(3) Celebrada la audiencia previa en fecha 30 de octubre de 2001, la Magistrada-Juez Sustituta del Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de los de Madrid dictó Auto en el mismo día desestimando las excepciones planteadas por la parte demandada y acordando la reanudación del acto.

(4) Mediante escrito con registro de entrada en fecha 20 de noviembre de 2001, la representación procesal de la entidad «Weblisten, S.A.» interpuso recurso de reposición frente al auto de 30 de octubre de 2001. Tras la oportuna sustanciación --y presentado escrito de oposición por la representación procesal de la entidad mercantil actora «Avispa, S.L.» en fecha 23 de noviembre de 2001--, se desestimó el recurso de reposición por Auto de 27 de noviembre de 2001.

(5) En fecha 29 de noviembre de 2001 se continuó la celebración de la audiencia previa y en fecha 10 de enero de 2002 se celebró el acto del juicio.

(6) En fecha 1 de febrero de 2002, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de los de Madrid dictó sentencia estimando íntegramente la demanda.

(7) Mediante escrito con registro de entrada en fecha 8 de febrero de 2002, la representación procesal de la entidad «Weblisten, S.A.» interesaba la aclaración del pronunciamiento en el sentido de especificar si la actividad ilícita declarada es «... de carácter simplemente civil o de carácter criminal». Solicitud que se denegó mediante Auto de 19 de febrero de 2002.

(8) Mediante escrito con registro de entrada en fecha 25 de febrero de 2002, la representación procesal de la entidad «Weblisten, S.A.» preparó recurso de apelación. Emplazada por providencia de 26 de febrero de 2002, interpuso el recurso, reproduciendo íntegramente las cuestiones suscitadas en la contestación a la demanda.

(9) Mediante escrito con registro de entrada en fecha 11 de abril de 2002, la representación procesal de la entidad «Avispa, S.L.» se opuso al acogimiento del recurso de apelación interpuesto de contrario.

Al propio tiempo formulaba impugnación sucesiva de la sentencia dictada por entender no ajustado a derecho el sistema a que acude para fijar la indemnización postulada en la demanda.

(10) Remitidos los autos a esta Sección se advirtió la falta de comunicación a la entidad demandada principal el recurso sucesivo de la entidad actora principal acordándose la devolución de las actuaciones al Juzgado «a quo» para cumplimentar el trámite omitido.

(11) Comunicado el recurso de apelación sucesivo a la parte demandada, ésta, además de oponerse al acogimiento del mismo, efectuó alegaciones a propósito de la oposición efectuada de contrario a su propio recurso.

(12) Mediante proveído de 5 de junio de 2002 se acordó elevar nuevamente las actuaciones a esta Sección.

(13) Mediante escrito con registro de entrada en fecha 8 de junio de 2002, la representación procesal de la entidad «Avispa, S.L.» alegaba acerca de la improcedencia de tomar en consideración las manifestaciones evacuadas por la recurrente principal en refutación de la oposición deducida por «Avispa, S.L.», escrito que se unió a las actuaciones sin perjuicio de la valoración que pudiera efectuar esta Sala.

(14) Mediante escrito con registro de entrada en fecha 12 de junio de 2002, la representación procesal de la entidad «Avispa, S.A.» interponía recurso de reposición frente al proveído de 5 de junio de 2002 en el que se acordaba la remisión de las actuaciones a la Audiencia Provincial, que se inadmitió por proveído de 18 de junio de 2002.

TERCERO.- I. Preliminar. La «refutación» de la «oposición».

En relación inmediata con lo expresado en los ordinales (11) y siguientes del precedente fundamento de derecho, conviene recordar que una vez presentado el escrito de interposición en tiempo y forma, en la misma providencia en que se declare admitido se acordará comunicarlo a las demás partes, emplazándolas para que, de convenir a su interés, puedan oponerse al acogimiento de aquél dentro de los diez días siguientes.

La oposición al recurso se encuentra sometida a idénticos requisitos formales y sustanciales que la interposición: efectuarse por escrito

comprehensivo de las alegaciones y argumentos de hecho y de derecho en que se funde la pretensión desestimatoria del recurso articulado de contrario (art. 461, apdo. 2, en relación con el art. 458 LEC 1/2000), así como las alegaciones relativas a la inadmisibilidad de los documentos aportados por el recurrente y la improcedencia de las demás pruebas cuya práctica en la segunda instancia hubiere propuesto. A su vez, y de acuerdo con lo previsto en el art. 457, apdo. 5, podrá efectuar las alegaciones relativas a la inadmisibilidad misma del recurso por inobservancia de alguno de sus presupuestos generales o particulares.

A diferencia de lo dispuesto en la LEC de 1881, no se prevé en la norma que durante el plazo de oposición las actuaciones originales se encuentren a disposición de las partes en la Secretaría del órgano jurisdiccional. Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 234 y 235 LOPJ, es de preferente aplicación la norma contenida en el art. 279, apdo. 1 LEC 1/2000, a tenor del cual «las pretensiones de las partes se deducirán en vista de las copias de los escritos, de los documentos y de las resoluciones del tribunal, que cada litigante habrá de conservar en su poder».

La Ley, además, pretende equiparar a las partes recurrente y recurrida, autorizando a éstas, aun cuando no sean a su vez impugnantes sobrevenidas a presentar los documentos a que se refiere el art. 460, apdo. 1 y a solicitar la práctica de las pruebas previstas en el art. 460, apdo. 2.

La asimilación no es, sin embargo, plena. Si se interpreta el art. 461, apdo. 4 en su estricta literalidad, sólo se prevé expresamente la comunicación al apelante principal de los escritos de la parte inicialmente no recurrente en los que deduzca una impugnación sucesiva, sin que en los mismos se encuentren comprendidos los escritos de oposición. En esta misma línea argumental, el apelante principal carecerá de un trámite de alegaciones respecto de la admisibilidad de los documentos que haya presentado o de las pruebas interesadas por el recurrido que no sea, a la vez, recurrente sobrevenido de la resolución.

Obsérvese que la norma se refiere explícitamente a los escritos de «impugnación» mencionados en los apdos. 1 y 2 del precepto. A menos que contemplemos la posibilidad de una utilización inadecuada del lenguaje, de haber querido incluir los escritos de simple oposición hubiera debido suprimirse la referencia a la «impugnación», bastando con la mención de «los escritos a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo...».

Acaso no haya pasado desapercibido al legislador que la comunicación del escrito de oposición al apelante para la formulación de alegaciones puede conducir, en último término, a que el apelante disponga de una oportunidad suplementaria para efectuar manifestaciones - de modo semejante a una réplica- sin otro correlativo para la parte contraria, que quebraría los principios de igualdad de armas y de contradicción. Sin embargo, lo cierto es que a salvo el caso -que no puede por menos que reputarse harto improbable- de que los escritos de impugnación y oposición se formulen separadamente, con la comunicación prevista en el apdo. 4, nada impide al apelante evacuar alegaciones relativas tanto al recurso de apelación sobrevenido -y a los documentos y pruebas presentados o solicitados con éste- cuanto a la oposición formulada conjuntamente con él.

En el mismo plazo de diez días concedido a los litigantes inicialmente apelados para que puedan presentar escrito de oposición al acogimiento del recurso interpuesto por el apelante principal -y sólo en él (S.T.S., Sala Primera, de 13 de febrero de 1985; Colex Data, 85C154) pueden éstos impugnar a su vez la misma resolución en aquellos pronunciamientos que les produzcan algún gravamen (art. 461, apdo. 1).

Si ninguna de las partes apela, la sentencia dictada en el primer grado adquiere firmeza de forma automática por el transcurso del plazo de cinco días establecido para preparar el recurso - para anunciar el propósito de recurrir y delimitar los pronunciamientos objeto de la apelación-. Cuando ambas partes apelan con carácter principal en aquellos particulares de la sentencia que consideren perjudicial a sus intereses respectivos, el ámbito del recurso y,

por ende, la materia sometida al conocimiento y decisión del órgano «ad quem» será la efectivamente delimitada por una y otra en sus respectivos escritos de preparación.

Diversamente, cuando recurre una sola de las partes, al órgano competente para conocer de la apelación le está vedado decidir sobre otros particulares distintos no incluidos en el anuncio preliminar de aquél, a menos que se amplíe o extienda a ellos el objeto de la apelación en virtud de la impugnación sobrevenida de los inicialmente apelados.

Frente a la terminología empleada en la LEC de 1881 que califica a esta clase de impugnación adhesión a la apelación (art. 705, 858, 892), la LEC 1/2000 ha optado por sustituirla - salvo en el art. 527, apdo. 1 LEC 1/2000- por la menos expresiva de impugnación del recurrido.

Se pretende justificar este cambio denominativo en la Exposición de Motivos de la Ley en la circunstancia de constituir un concepto «generador de equívocos», al tiempo que «perfila y precisa el posible papel de quien, a la vista de la apelación de otra parte y siendo inicialmente apelado, no sólo se opone al recurso sino que, a su vez, impugna el auto o sentencia ya apelado, pidiendo su revocación y sustitución por otro que le sea más favorable...».

Ciertamente, en la práctica forense se presentan algunos casos -tan infrecuentes como aislados- en que por los apelantes principales se argumenta como pretendida causa de inadmisión o de desestimación de la apelación interpuesta por los inicialmente recurridos, que a través de ella se impugnan pronunciamientos distintos de los que han sido objeto del recurso principal. Dicho en otros términos: que esta apelación no es propiamente «adhesiva» por no patrocinar ni favorecer la inicialmente deducida ni descansar en idénticos fundamentos, sino que con la misma la parte apelada formula su propio recurso de apelación, con su propio petitum, distinto del formulado por aquella parte, y en defensa de sus propios intereses y no los del recurrente inicial. Incluso se aduce hallarse interpuesto fuera de plazo, por articularse

aprovechando para ello el interpuesto por el apelante principal.

Sin embargo, estamos persuadidos de que tal confusión es más aparente --e interesada-- que real, ya que los términos del art. 858 LEC de 1881 ofrecen pocas dudas acerca de la autonomía del recurso: «... sobre los puntos en que crea que le es perjudicial la sentencia». Difícilmente puede sostenerse con un mínimo de rigor que, de ordinario, resultarán desfavorables para el inicialmente apelado los mismos pronunciamientos que produzcan un gravamen al apelante principal.

La impugnación sucesiva es una oportunidad que se concede al litigante que inicialmente no recurrió, pese a que la sentencia dictada no le haya reconocido totalmente la concreta tutela pretendida, de arrepentirse -S.T.S., Sala Primera, de 25 de enero de 1978 (Colex Data, 78C154)- de su decisión inicial, precisamente a consecuencia de que su adversario no se haya quietado.

Por su sola voluntad, permaneciendo inactivo durante el plazo de preparación, la sentencia dictada habría adquirido firmeza. No obstante, al haberse recurrido por su oponente, la Ley excepciona el principio de preclusión -«... nuestra Ley de Enjuiciar establece una expresa derogación del principio de preclusión, permitiendo una posterior apelación aun después de transcurrido el plazo para hacerlo, pero condicionándolo a que alguna de las partes haya apelado en tiempo y forma...» (S.T.S., Sala Primera, de 25 de enero de 1978; Colex Data, 78C154)- permitiendo al apelado aprovechar la oportunidad que le confiere el recurso de la parte contraria para impugnar, a su vez, los pronunciamientos desfavorables para él --«... El apelante adherido o apelante parcial o accesorio en el tiempo, no ataca íntegra y frontalmente el pronunciamiento principal de la sentencia que consintió al no recurrirla, sino en los extremos que reputa gravosos o perjudiciales a sus intereses, operando como una posibilidad de arrepentimiento para quien no recurrió en tiempo oportuno, con minoración del principio preclusivo, todo ello conforme prevé el artículo 705 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (concordantes con el 735, 858 y 892 en

relación al 734, en su redacción actual, dada por la Ley de 30 de abril de 1992)...» (S.T.S., Sala Primera, de 15 de octubre de 1992; Colex Data, 92C949)-.

CUARTO.- El recurso de apelación impide la autoridad de cosa juzgada formal de los particulares efectivamente impugnados por el apelante pero lo mismo acontece con los pronunciamientos desfavorables a las restantes partes, al menos, hasta que transcurra el plazo de cinco días concedido a los inicialmente recurridos para oponerse o impugnarla. Si éstos no la recurren sucesiva o sobrevenidamente adquieren firmeza -y, en consecuencia devienen invariables- dichos particulares -S.T.S., Sala Primera, de 10 de octubre de 1985 (Colex Data, 85C718); 27 de febrero de 1987 (Colex Data, 87C164); 27 de junio de 1989 (Colex Data, 89C1054); 6 de octubre de 1989 (Colex Data, 89C944).; 6 de junio de 1992 (Colex Data, 92C654), 18 de marzo de 1993 (Colex Data, 93C268); 21 de abril de 1993 (Colex Data, 93C301); 20 de julio de 1993 (Colex Data, 93C07081); 7 de febrero de 1994 (Colex Data, 94C02034); 13 de mayo de 1994 (Colex Data, 94C426); 2 de noviembre de 1994 (Colex Data, 94C772); 9 de junio de 1995 (Colex Data, 95C514); 25 de noviembre de 1996 (Colex Data, 96C2052); 27 de octubre de 1998 (Colex Data, 98C1560); 14 de junio de 1999 (Colex Data, 99C840); y 19 de junio de 1999 (Colex Data, 99C1055)-. Apelación independiente y apelación accesorio no son idénticas, pues a través de ésta puede el litigante inicialmente no recurrente postular ante el tribunal «ad quem» la pretensiones inicialmente deducidos por él en la primera instancia -«... Entendemos acertado el concepto mayoritario de la doctrina científica, cuando califica al recurso de apelación adhesiva como una apelación accesorio, no en el sentido de que dependa de la principal, en cuanto que si esta termina por desistimiento ella deje de existir, sino más bien en que la subordinación lo es sólo en cuanto al tiempo; suponiendo una ocasión que la Ley brinda al apelado para que, después de conocer la impugnación de su oponente, pueda recurrir también él contra la sentencia en aquellos extremos que le son perjudiciales; con esta actitud se abre el examen del tribunal sobre extremos, en otro caso consentidos, y le

permite al mismo dictar una resolución conforme a las pretensiones iniciales del apelado, convertido en apelante adhesivo...» (S.T.S., Sala Primera, de 20 de abril de 1992; Colex Data, 92C525)--, o las defensas imprejuzgadas o desestimadas por la sentencia de primer grado (S.T.S., Sala Primera, de 6 de junio de 1992; Colex Data, 92C654).

El recurrente sucesivo se convierte asimismo en apelante, como si hubiera recurrido de forma autónoma (S.T.S., Sala Primera, de 7 de octubre de 1991; RAJ 7443). Su recurso no es subordinado más que en cuanto al tiempo de su interposición --«... La adhesión a la apelación se configura en la L.E.C. como un recurso de apelación autónomo, bien que subordinado en cuanto al tiempo; consiguientemente, el que se adhiere al recurso se convierte en verdadero apelante en cuanto a los aspectos que han sido objeto de la adhesión -S. de 8 de abril de 1888 y, argumentalmente, la de 30 de noviembre de 1964-. El art. 858 de la Ley rituaría, ni condiciona ni limita el alcance y efectos de la adhesión, como aparece claramente del párrafo "sobre los puntos en que crea le es perjudicial la sentencia", sin excluir a ninguno de ellos, teniendo en consecuencia la Sala de apelación plenas facultades para el estudio y tratamiento de los temas señalados en el pertinente escrito de adhesión -SS. de 16 de febrero de 1920, 25 de febrero de 1944, 22 de junio de 1948, 22 de junio de 1958, 30 de noviembre de 1964 y 20 de noviembre de 1976...» (S.T.S., Sala Primera, de 18 de marzo de 1985; Colex Data, 85C210); asimismo, S.T.S., Sala Primera, de 15 de junio de 1987; Colex Data, 87C504)-.

En todo caso, el escrito en que se articule esta clase de apelación ha de exponer con claridad y precisión -S.A.P. de Madrid, Secc. 14.^a, de 10 de noviembre de 1998 (Colex Data, 98CP878)- los extremos de la resolución recurrida a que se contrae la impugnación y las legaciones en que se funde (art. 461, apdo. 2, en relación con el art. 458, apdo. 1); incluyendo la cita de los preceptos pretendidamente infringidos cuando se inste la nulidad por infracción de normas o garantías procesales que en criterio de la parte le hayan podido producir indefensión, así como la indicación de haber solicitado

oportunamente, en su caso, la subsanación de la falta (art. 459), y cumplimentar los demás presupuestos ordenados por alguna otra norma aplicable (art. 449) --(S.A.P. de Valencia, de 23 de enero de 1995; Colex Data, 95CP114)--; y puede, también, acompañar documentos e interesar la práctica de los medios de prueba que reputé conducentes a su derecho (art. 460, apdo. 2).

QUINTO.- Por su parte, la LEC 1/2000 corrige la más grosera de las omisiones en que incurrió la reforma de la LEC de 1881 por la Ley 10/1992, de 30 de abril, al olvidar prever explícitamente en el art. 734 que, si alguno, varios o todos los apelados, al impugnar el escrito de interposición del recurso de apelación principal formulan a su vez un recurso de apelación adhesivo, de este escrito deberá el Juzgado dar traslado, por plazo común de cinco días, a las restantes partes, al objeto de que, si conviniere a sus intereses, puedan impugnarlo, con carácter previo a la remisión de los autos a la Audiencia Provincial.

Recuérdese que junto con la falta de una disposición análoga a la prevenida en el párrafo segundo, in fine, del art. 732 a propósito de que durante el preceptivo traslado por el plazo común de cinco días del escrito de interposición del recurso de apelación a las demás partes, para impugnación o adhesión, las actuaciones habrán de estar a disposición de éstas en la Secretaría del Juzgado, laguna que ha de ser suplida por aplicación analógica de dicho precepto y por interpretación extensiva de las disposiciones contenidas en los arts. 234 y 235 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; y la contradicción de los plazos contemplados en el art. 734 con el concedido a la parte apelada en el art. 385, párrafo cuarto, L.E.C., de seis días contados «a partir de la notificación de la resolución admitiendo el recurso de apelación» para poder instar la ejecución de la sentencia, previendo el art. 387 LEC que sólo cuando transcurran sin haberse instado aquélla o, en su caso, luego de sustanciada, se procederá a la remisión de los autos.

El silencio legal ha de ser suplido asimismo por aplicación analógica de lo dispuesto en el párrafo primero del propio art. 734 LEC de

1881, a menos de provocar obvias e intolerables situaciones de indefensión material, incurriendo en infracción de los derechos constitucionales a la defensa, a la contradicción y a la audiencia bilateral, integrados en el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24 C.E. y dando lugar con ello a la nulidad de las actuaciones. Así se reconoce, asimismo, por la S.A.P. de Lleida, de 10 de diciembre de 1993 (Colex Data, 93CP3707), al señalar que: «...A pesar de que el artículo 734 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no prevé nuevo traslado a los litigantes cuando alguno de ellos no se limita a impugnar el recurso o a abundar en sus argumentos sino que se adhiere al mismo planteando pretensiones independientes, es evidente que el cambio tan importante en nuestro sistema procesal con relación a este juicio postulado por aquella parte exige una declaración precisa al respecto, por lo que, ante su ausencia, hemos de interpretar la norma sistemáticamente y defender la solución anticipada. El obligado traslado del recurso de apelación adhesiva a los contendientes colma la laguna legal y permite adecuar el precepto a los principios procesales -con rango constitucional- de contradicción y defensa...».

El Tribunal Constitucional, aunque con referencia a idéntica omisión en el art. LECrim, a propósito de la adhesión a la apelación en el procedimiento abreviado, ha precisado que: «...dice la expresada STC 162/1997 que en aquellos supuestos en que este Tribunal ha admitido la posibilidad de que, con motivo de la adhesión a la apelación, el órgano judicial ad quem amplíe su conocimiento a extremos no contenidos en la apelación principal, ha supeditado la regularidad de tal situación a que haya existido la posibilidad de debate contradictorio sobre las pretensiones autónomas contenidas en la impugnación adhesiva, de manera tal que el apelante principal haya tenido la posibilidad de defenderse frente a las alegaciones formuladas de contrario (TC SS 53/1987, 91/1987 y 242/1988). En aplicación de tal doctrina, del examen de las actuaciones remitidas por los órganos judiciales se comprueba que el demandante no ha dispuesto de dicha oportunidad, dado que no se le dio traslado del escrito de impugnación-adhesión formalizado

por la acusación particular, en el que, además de impugnar los motivos del recurso, reiteraba su petición indemnizatoria por el importe de las pensiones alimenticias dejadas de percibir. Al haberse decidido el recurso sin la celebración de vista oral, tampoco en este trámite pudo el demandante de amparo conocer la pretensión de la otra parte y combatirla eficazmente. No es óbice a tal conclusión la circunstancia de que la LECrim., y concretamente su art. 795.4, no prevea que se dé traslado del escrito de adhesión a la parte apelante: la necesidad de tal trámite resulta de una interpretación de la norma a la luz de los preceptos y principios constitucionales (art. 5.1 LOPJ), al ser obligado, en todo caso, preservar el principio de defensa en el proceso, según lo dispuesto en el art. 24.1 CE, y conforme a la jurisprudencia constitucional de que se ha hecho cita. Quinto: A la vista de las anteriores razones, preciso es estimar el recurso de amparo...» (S.T.C. 56/1999, de 12 de abril; Supl. al «B.O.E.» de 12 de mayo).

SEXTO.- La contradicción queda salvaguardada al disponerse ahora de modo expreso la comunicación al apelante principal de los escritos de impugnación presentados por los apelantes sobrevenidos para que en idéntico plazo al concedido a aquéllos -diez días- puedan efectuar alegaciones respecto del mismo (art. 461, apdo. 4). Esta disposición debe estimarse comprensiva, naturalmente, de las manifestaciones a que se refiere el apdo. 3 de este mismo precepto, esto es, acerca de la admisibilidad de los documentos que pudieran haberse aportado junto con el escrito de impugnación e interposición de la apelación sucesiva y respecto de las otras pruebas cuya práctica eventualmente pudiera haberse solicitado.

Empero lo que no resulta admisible es que, si la parte apelada no presenta, cualquiera que sea la denominación que acertada o erradamente le atribuya, un verdadero escrito de impugnación sobrevenida –o en la antigua terminología recurso de apelación adhesivo-, la parte apelante principal carece de trámite hábil para efectuar alegaciones respecto de las contenidas en el escrito de estricta oposición presentada por quien únicamente es «apelado». Y correlativamente, éste tampoco

puede, a su vez, efectuar contra-alegaciones a las realizadas por el único apelante que no sean, claro está, las de poner de manifiesto la improcedencia -y solicitar el desglose y consecuente devolución- del escrito de pseudo-réplica presentado por el apelante.

Por las razones expuestas, esta Sala no puede tomar en consideración las alegaciones contenidas en el ordinal II del escrito presentado por la parte demandada apelante principal en fecha 4 de junio de 2002 (folios 523 a 529) que el Juzgado «a quo» debió desglosar y devolver ex officio a dicha representación procesal sin dejar nota en autos.

SÉPTIMO.- II. Las objeciones procedimentales

A propósito de las dos primera objeciones de orden adjetivo planteadas por la parte actora, es preciso recordar que de acuerdo con el régimen legal instaurado por la LEC 1/2000, la resolución que acuerde desestimar las defensas de carácter procesal opuestas por la parte demandada es únicamente recurrible en reposición, sin que contra el auto resolutorio de éste pueda ser posteriormente recurrido en apelación, a la luz de la regla general contenida en el art. 451 LEC 1/2000 en relación con el art. 207 LEC 1/2000, en la medida en que al acorar la continuación del litigio no es un auto definitivo.

No obstante, y al objeto de razonar el acierto de la decisión adoptada por el juzgador «a quo» se impone recordar, de una parte, que la demanda se promueve por el procurador Don Francisco Fernández Rosa en nombre y representación procesales de la entidad mercantil «Avispa, S.L.», representación que acredita con copia de escritura poder general para pleitos otorgada ante el Notario de Madrid Don Pablo Durán de la Colina el 23 de febrero de 2001 por Don Franco en uso de las facultades derivadas de su condición de administrador para el que fuera designado con carácter indefinido mediante acuerdo en Junta General de 8 de julio de 1991, conforme con la legislación vigente de las Sociedades de Responsabilidad limitada, y cuya revocación no consta acreditada.

En relación con la litispendencia, se impone subrayar que la litispendencia, configurada en nuestro Ordenamiento Procesal como excepción dilatoria -aunque únicamente admita sustanciación previa en el juicio declarativo de mayor cuantía si se propone como tal- se orienta a impedir la simultánea tramitación de un segundo proceso con igual contenido al de otro ya en curso mediante la exclusión del promovido en segundo lugar. Considerada institución preventiva y tutelar la de «litispendencia» -S.S. T.S. de 10 de diciembre de 1956, 28 de octubre de 1959, 29 de diciembre de 1960, 8 de julio de 1994, 23 de marzo de 1996, entre otras-; o de la univocidad procesal, en garantía del legítimo derecho de quien la esgrime a no quedar sometido a un doble litigio, en el que no puede recaer resolución distinta de la que haya de dictarse en el otro, según proclama el brocardo «de eadem re non bis sit actio».

Conforme a reiterada jurisprudencia, requiere las mismas identidades que la excepción perentoria de cosa juzgada -«exceptione rei iudicate affinis ad modum est exceptio litis pendentis», conforme al texto clásico-, y en consecuencia que se produzca, sin variación alguna, la identidad entre ambos procesos en cuanto a los sujetos, a las cosas en litigio y a la causa de pedir, de suerte que para su estimación es necesario que entre el pleito pendiente y el promovido después exista perfecta identidad subjetiva, objetiva y causal, siendo ineficaz la defensa en otro caso -28 de octubre de 1987; 18 de marzo de 1989; 25 de febrero, 26 de junio, 7 de noviembre y 13 de diciembre de 1992; 13 de febrero, 30 de octubre y 25 de noviembre de 1993; 7 de abril, 17 de mayo, 15 de junio, 8 de julio y 29 de octubre de 1994; 19 de abril y 6 de noviembre de 1995; 23 de marzo de 1996; 16 de enero, 15 y 17 de marzo y 13 de octubre de 1997, entre otras- como acontecerá cuando las cosas litigiosas sean diversas o distintos los fundamentos de la pretensión, entendiéndose por tales los hechos y su calificación jurídica -S.S. T.S. de 8 de marzo y 1 de diciembre de 1952, 8 de marzo de 1953, 26 de abril y 29 de mayo de 1963, 13 de mayo de 1964, 26 de enero de 1965, 19 de mayo de 1971, 22 de junio de 1987 y 8 de marzo de 1991, entre otras-.

Por ello, la coincidencia parcial de elementos constituye una hipótesis distinta a la de exclusión del segundo proceso por pendencia del anterior o por la existencia de una resolución firme sobre el objeto litigioso -S.S.T.S. de 26 de junio de 1975 y 24 de enero de 1978, entre otras-, y que da lugar a la posibilidad de acumular los autos entre los que se advierta la expresada coincidencia parcial, si la insta parte legítima.

Asimismo se ha señalado que la excepción examinada tiende a evitar que sobre un mismo punto sometido a la decisión de otro Tribunal se deduzca, simultáneamente, otro litigio posterior en que la excepción se actúa, dando lugar a eventuales resoluciones contradictorias -SS.T.S. de 8 de julio de 1994, 23 de marzo de 1996 y 15 de marzo de 1997, entre otras-, de modo que sólo cabe proponerla cuando en juicio de igual naturaleza -proceso declarativo y no especial S.T.S. de 20 de mayo de 1982)- otro Juzgado o Tribunal -del mismo orden jurisdiccional (S.T.S. de 16 de octubre de 1986 y de 13 de diciembre de 1992- se encuentre conociendo de la misma cuestión y en los propios términos que la planteada en el pleito en que aquélla se deduce, de modo que la sentencia que se haya de dictarse en él produzca excepción de cosa juzgada en el otro -S.S.T.S. de 17 de febrero de 1950; 8 de marzo de 1952; 19 de octubre de 1954; 10 de diciembre de 1956; 10 y 22 de enero de 1958; 28 de octubre de 1959; 30 de abril y 29 de diciembre de 1960; 26 de abril y 29 de mayo de 1963; 13 de mayo de 1964; 2 de enero de 1965; 10 de mayo de 1971; 5 de diciembre de 1981; 22 de junio de 1987, entre otras-. Finalmente, recuerda la S.T.S. de 22 de junio de 1987 -con cita de las S.S.T.S. de 13 de enero de 1928, 4 de abril de 1952, 2 de junio de 1982- que para producirse situación examinada de litispendencia, por aplicación de la doctrina expuesta, se precisa la concurrencia total de la más plena identidad de personas, cosas, acciones y causa o razón de pedir, lo que ha de ser apreciado estableciendo un juicio comparativo entre la demanda anterior y las pretensiones del posterior proceso, puesto que de la paridad entre los dos litigios es de donde ha de inferirse la relación jurídica controvertida, interpretada, si es preciso, con los hechos y fundamentos que sirvieron de base a la

petición; a su vez, se requiere para apreciar dicha situación una semejanza real que produzca contradicción evidente entre lo que se va a resolver y lo que de nuevo se pretenda, de tal manera que no puedan coexistir en armonía los dos fallos, circunstancia que solamente se pone de manifiesto cuando los litigantes, bajo el pretexto de variar los razonamientos, de ocultarlos o dividirlos para alegarlos en otro juicio promuevan nuevos litigios (en el mismo sentido se han pronunciado las SS.T.S. de 25 de noviembre de 1993 y 23 de marzo de 1996, señaladamente-.

No obstante, un buen número de Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo asignan al instituto de la «litispendencia» una función positiva o prejudicial de la que carece la «cosa juzgada», excluyendo un segundo proceso cuando en otro ya en curso se estén discutiendo cuestiones que sean prejudiciales al fallo del segundo. En este sentido, la S.T.S. de 7 de noviembre de 1992 precisó que «el examen de los pedimentos es revelador de que si bien en su contexto puramente gramatical pudieran parecer distintos a los suplicados en el pleito inicial, en realidad son absolutamente complementarios, de tal modo que existe interdependencia entre unos y otros...» y que «...cuanto antecede lleva a considerar que entre uno y otro procedimiento concurre también la identidad objetiva, lo cual conduce, en definitiva, a apreciar una relación de medio a fin entre ellos y a estimar una sustancial semejanza entre las cuestiones debatidas en los mismos, de tal modo que, de no aceptarse la existencia de litispendencia, cabría, como posible, dar lugar a sentencias contradictorias...»; o la S.T.S. de 25 de noviembre de 1993, en la que se señaló que «...la litispendencia... ha de ampliarse a aquellos supuestos en los que un procedimiento vincula y determina las decisiones de otro, pues, cual dice la S. de 17 de mayo de 1975, "si no se diera lugar a la excepción de litispendencia, se dividiría la continencia de la causa y podrían producirse sentencias contradictorias de imposible ejecución simultánea, que es precisamente lo que trata de evitar dicha excepción"...». Esta doctrina aparece asimismo reiterada en las SS.T.S., Sala Primera, de 26 de junio de 1987;

8 de marzo de 1991; 13 de febrero, 30 de octubre y 25 de noviembre de 1993, 27 de octubre de 1995 y 23 de marzo de 1996.

En el caso resulta claro que los procesos respecto de los cuales se afirma concurrir el instituto analizado ni se encuentran pendientes en la jurisdicción civil ni en ellos concurre la triple identidad a que se hace referencia.

OCTAVO.- III. La prejudicialidad penal

A propósito de la cuestión prejudicial asimismo objeto del recurso de apelación interpuesto es menester indicar que a tenor de lo dispuesto en el art. 41 LEC 1/2000 no cabe interponer ni directamente ni de modo diferido recurso de apelación frente al auto que acuerde denegar la suspensión del proceso civil por prejudicialidad penal.

De los artículos 451, 454 y 455 se desprenden varios principios que rigen la regulación que la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil hace de los recursos ordinarios de reposición y apelación.

Salvo concretas excepciones contra las resoluciones que cabe recurso de apelación no cabe recurso de reposición; y contra los que se prevé este recurso, no cabe el recurso de apelación, sin perjuicio de poder reproducir la cuestión al recurrir la resolución definitiva. Así se reserva el recurso de apelación para las sentencias y los autos definitivos y aquellos otros que expresamente se señale; quedando el recurso de reposición contra todas las providencias y contra los autos no definitivos, estableciéndose también el principio general de la irrecorribilidad del auto que resuelve la reposición (salvo en los recursos en que proceda la queja).

Aplicación concreta de estas reglas generales no es sino el régimen de recursos previsto contra las resoluciones que resuelven sobre la suspensión de las actuaciones por prejudicialidad penal previsto en el artículo 41 de la LEC 1/2000 y conforme a lo dispuesto en el mismo solo cabe recurso de apelación contra el Auto que acuerda la suspensión, por prejudicialidad penal, mientras que contra el Auto que deniega la suspensión sólo cabe el recurso de reposición, sin perjuicio de poder

reproducirse durante la segunda instancia (en los casos en que esta pueda tener lugar) la solicitud de suspensión.

Frente a esta concreta y específica norma reguladora de los recursos que cabe contra la resolución que deniega la suspensión por prejudicialidad penal no cabe argumentación exitosa, cuando es evidente, además, sin necesidad de grandes esfuerzos dialécticos, que el Auto que resuelve esta incidencia, declarando no haber lugar a la suspensión no pone fin a la primera instancia, por lo que en ningún caso tendría cabida dentro de la genérica procedencia del recurso de apelación contra los Autos definitivos, que de conformidad con el artículo 207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son resoluciones definitivas las que ponen fin a la primera instancia o las que deciden los recursos interpuestos contra ellas, por cuanto que esta resolución que pone fin a este incidente no poner término al principal objeto del pleito haciendo imposible su continuación, sino todo lo contrario; sin que el hecho de que la cuestión de la suspensión no pueda tener acceso a la segunda instancia sea argumento válido para justificar el acceso al recurso de apelación; sino que avala la tesis de su improcedencia, pues no resulta lógico que si la resolución que ponga fin a lo principal objeto del litigio no tiene segunda instancia, si quepa recurso de apelación contra la resolución que resuelve un incidente surgido en su tramitación.

NOVENO.- IV. La actividad de la demandada.

Como se ha puesto de relieve con indudable acierto, es innegable que el progreso de la tecnología y de las telecomunicaciones ha influido positivamente en numerosos aspectos de la vida social y económica.

La transmisión de datos por medio de sistemas telemáticos, la obtención de información desde el lugar y en el momento que se elija, o la realización de transacciones comerciales a través de redes de comunicación, son algunos de los logros que a nadie parecen ya sorprender. El acelerado avance de los medios tecnológicos exige, al mismo tiempo, una respuesta legal frente a las nuevas situaciones generadas por la conocida como «sociedad de

la información», así como revisar si los instrumentos de tutela que contempla la legislación actual continuarán siendo adecuados para la protección de los intereses implicados en esa realidad virtual.

Por lo que al derecho de autor se refiere, el impacto de las nuevas tecnologías ha producido una situación contradictoria. El desarrollo de redes de comunicación y la integración de las mismas en la vida cotidiana de los particulares supuso para el autor abrir nuevas formas de difusión y explotación de sus creaciones, algunas de las cuales no llegarían a ser conocidas por la sociedad si tuvieran que ser explotadas por los sistemas convencionales de reproducción y distribución de ejemplares materiales.

Sin embargo, las características técnicas de estas nuevas formas de explotación permiten una pronta y fácil defraudación de los legítimos intereses del autor. Por tal razón se considera un principio fundamental del derecho de autor la constatación de que la utilización de una obra, en cualquier modalidad de explotación, requerirá el consentimiento expreso del autor (art. 17 LPI). De su voluntad dependerá que la explotación de su creación se efectúe por los sistemas tradicionales de explotación, o también --con los riesgos que ello puede conllevar-- mediante esas otras nuevas formas de explotación. En la práctica, quien pone a disposición de la comunidad del ciberespacio una creación intelectual tiene que entender que está renunciando a que se le pida autorización por el uso privado de su obra; debe aceptar que su derecho "patrimonial" de autor inevitablemente será menoscabado.

En cualquier caso, se tratará de una decisión discrecional del autor que, merced a su derecho exclusivo de explotación, podrá autorizar o prohibir cada una de las formas de utilización de su creación.

La irrupción de la tecnología en el sector de las creaciones intelectuales, y en particular en el de las obras musicales, ha provocado dos situaciones distintas que, no obstante, presentan cierto grado de conexión. El desarrollo de equipos técnicos capaces de elaborar copias idénticas de los ejemplares

lícitamente comercializados, y la generalización de esos sistemas entre la sociedad, ha acrecentado el fenómeno de la reproducción irregular de fonogramas y su posterior distribución, al margen de los titulares de derechos de explotación implicados en esos fonogramas. Este fenómeno se ha visto impulsado por el despegue del disco compacto grabable (Compact Disc Recordable: CD-R), un soporte reservado en otro tiempo a las empresas especializadas del sector discográfico y que permite --con la ayuda de un ordenador y mediante la técnica del tostado (burning)-- grabar las obras musicales fijadas en discos compactos (Compact Disc Digital Audio, CDDA) en ese otro soporte CD-R. Hasta hace relativamente poco tiempo, el soporte CD-R no estaba sujeto al canon de copia privada que contempla el art. 25 LPI, ello por la consideración de que su destino era exclusivamente la copia de datos y programas de ordenador. El progreso tecnológico ha permitido que este soporte sea útil para la grabación de obras musicales a partir de fonogramas (Compact Disc Digital Audio, CDDA) y a partir también de música en formato digital.

De otro lado, la posibilidad de convertir la obra musical en formato digital, y su puesta a disposición en redes de comunicación, ha generado una nueva forma de explotación de las creaciones musicales --cuyos límites y repercusiones distan todavía de ser precisos-- y que consiste en la comunicación pública de la obra musical, a través de redes de información. El caso más conocido de explotación de música a través de internet ha sido el de Napster, un sitio en el que podía efectuarse intercambio gratuito de obras musicales.

Esta plataforma, cuya sede radicaba en California, dejó de funcionar en julio de 2001 por una orden judicial que prohibía la actividad de intercambio gratuito de música, sin la autorización de los titulares de derechos sobre las obras objeto de explotación, e incluso se le impidió lanzar un servicio de pago hasta que eliminara todas las canciones que no estuviera autorizadas a vender. Esta nueva forma de explotación suscitó ciertos interrogantes que parece han quedado resueltos con la Directiva 2001/29/CE sobre derechos de autor y otros

derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DOCE L 167/10, de 22 de junio de 2001).

Estas dudas consistían básicamente en determinar en qué derechos de los previstos por la legislación de propiedad intelectual es posible incardinar dos momentos precisos de ese proceso técnico de comunicación: el de introducción de la obra musical en la red de información, y el del destino final de la obra al particular. En cuanto al primero de los momentos apuntados, la doctrina ha discutido si debía calificarse como un supuesto de reproducción por cuanto suponía un modo de fijación de la obra, o si debía encuadrarse en el derecho de transformación por cuanto la digitalización de la obra suponía una adaptación o alteración del formato original de la obra al formato digital, decantándose por la primera opción ante las dificultades que podía suponer el derecho de transformación por la implicación en el mismo de intereses morales. En cuanto al segundo de los actos de explotación apuntados, esto es, el del acceso del particular a la obra en el momento y forma en que elija, la doctrina ha discutido si se trataba de un supuesto de distribución o más bien un acto de comunicación pública, decantándose por esta segunda opción por cuanto la distribución exigía la existencia de ejemplares materiales. En este sentido, la citada Directiva establece en su art. 2 que los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma de la totalidad o parte de las obras y demás prestaciones protegidas, definición amplia que podrá comprender la digitalización de la obra y su posterior almacenamiento en un soporte óptico (CD-R) o en un soporte de memoria.

Como se ha señalado: «la tecnología digital es la técnica que permite llevar las obras y demás prestaciones protegidas por la propiedad intelectual (...) desde su formato original, y cualquiera que fuere, a un mismo formato de unos y ceros (código binario) y que además permite, a partir de entonces (...) su almacenamiento en un mismo soporte, su transmisión a través de un mismo sistema de telecomunicación y el empleo de un mismo

aparato o medio técnico para acceder a trabajar con ellas».

Por su parte, la citada Directiva ha contemplado como un derecho con entidad propia, aunque incluido en el derecho de comunicación pública, la puesta a disposición del público de las obras, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija (art. 3.1). De acuerdo con el art. 3.1 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, «Los Estados miembros establecerán a favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimiento alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija». Y el apartado 2 de este mismo precepto establece que los Estados concederán también ese derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, a los artistas, intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas, a los productores de grabaciones audiovisuales y a los organismos de radiodifusión. Cabría por tanto afirmar que la digitalización de una obra musical y su introducción en una red de información constituyen dos modalidades de explotación del derecho exclusivo de reproducción, mientras que la puesta a disposición del público de esa obra musical, y el acceso a la misma por cualquier particular, serían otras tantas manifestaciones del derecho exclusivo de comunicación.

Queda, no obstante, por resolver la calificación del acto de explotación por el cual una persona que ha accedido a una obra introducida en la red obtiene una copia de esa obra, porque efectúa una carga o descarga de la misma en la memoria de su ordenador o en otro soporte de la clase que sea. Parece bastante claro que ambas actuaciones entrarían dentro del derecho exclusivo de reproducción, pero a partir de ahí habría que determinar si ese acto de reproducción estará sujeto al régimen del derecho de exclusiva y por tanto requerirá la

autorización del titular del derecho de autor, y el abono de la correspondiente remuneración, o si es posible considerar que ese acto de explotación es un límite o excepción al derecho de reproducción, de manera que el usuario podrá efectuar libremente una reproducción de esa obra, sin autorización del titular del derecho de autor, y sin perjuicio de la remuneración compensatoria que deba establecerse a su favor.

Pues bien, la determinación de si se trata de uno u otro acto de explotación depende del modo o forma en que la obra haya sido puesta a disposición del público en la red de información. Determinadas creaciones podrán ser objeto de copia por los particulares sin necesidad de la autorización del autor, y sin perjuicio de la compensación que deba establecerse a su favor, y en tal caso cabrá afirmar que nos encontramos ante una excepción o límite del derecho exclusivo de reproducción [art. 5.2 b) Directiva 2001/29/CEE]. Otras veces, en cambio, la obra introducida en la red estará protegida por medidas tecnológicas que impedirán la realización de esa copia libre, siendo precisa una licencia o código para obtener una reproducción de la obra; y en este segundo supuesto, la supresión o eliminación de los dispositivos técnicos de protección deberá ser castigada como infracción o usurpación de los derechos de propiedad intelectual (arts. 6.2 y 6.3 Directiva 2001/29/CEE). Adviértase por tanto que en esta última hipótesis la actividad ilícita que deberá ser enjuiciada por los Tribunales y que, en su caso, podrá ser objeto de la acción de cesación (art. 139 LPI), no consistirá tanto en una explotación ilícita de una creación protegida por el derecho de autor cuanto en una actividad de supresión de los dispositivos técnicos que protegerán la obra puesta a disposición del público en la red de comunicación.

El fenómeno de referencia y la posibilidad de que las obras musicales sean explotadas a través de Internet presentan un importante punto de conexión, pues las copias irregulares (no autorizadas) de un fonograma pueden ser efectuadas a partir de un ejemplar que fue reproducido y distribuido con la autorización de los titulares de derechos de autor, o a partir de

la explotación de las obras musicales a través de las redes de comunicación. A estos efectos conviene tener en cuenta que el art. 31.2 LPI autoriza la libre realización de copias de las obras editadas en fonogramas, sin que sea preciso para ello la autorización de los titulares de derechos de explotación implicados en ese fonograma. Y para compensar a esos titulares de derechos de la pérdida que supone la elaboración de copias privadas, la ley concede a los mismos el derecho de obtener un beneficio económico o compensación (art. 25 LPI). Sin embargo, para que esta excepción del derecho de reproducción resulte operativa, es preciso que las copias se efectúen para uso particular del copista, y no para su posterior comercialización.

DÉCIMO.- *Según el art. 17 LPI el autor tiene el derecho exclusivo a la reproducción de su obra, entendiéndose por tal la fijación de la misma en un soporte que permita la comunicación al público y la obtención de copias de toda o parte de ella (art. 18 LPI). Por otra parte, al autor se le reconoce el derecho exclusivo a la distribución de su obra, y ello implica que el autor tiene el poder jurídico de autorizar y de prohibir que los ejemplares de su obra sean puestos a disposición del público mediante alguna forma de distribución (la venta, el alquiler, el préstamo o cualquier otra modalidad de distribución --art. 19 LPI--). Estos dos derechos de explotación no suelen ejercerse por el autor de manera aislada, sino que con frecuencia, son cedidos conjuntamente mediante el contrato de edición musical (art. 71 LPI).*

La explotación de las composiciones musicales suele comenzar mediante la reproducción fonográfica de la obra y su posterior distribución mediante la venta. Para ello será preciso la celebración por el autor del contrato de edición musical, un negocio en virtud del cual el autor cede sus derechos exclusivos a la reproducción y a la distribución de su obra al editor, para que éste elabore los ejemplares de la misma y los distribuya en una concreta forma de distribución (la venta, v. gr.). Debe apuntarse que de acuerdo con el art. 71 LPI, por el contrato de edición musical se conceden al editor derechos de comunicación pública, lo que significa que el autor cede también al

editor su derecho exclusivo a la comunicación pública de su obra; este precepto es un reflejo legal de la práctica usual en dicho ámbito en el que los autores de obras musicales suelen ceder la generalidad de los derechos de explotación al editor.

La actividad consistente en fijar la ejecución de la obra musical en un soporte exclusivamente sonoro o fonograma exige contar con la asistencia técnica y la infraestructura material de un productor de fonogramas, el cual asumirá el riesgo y llevará a cabo la primera fijación de la obra en el citado fonograma (art. 114 LPI); y por esa labor de fijación, la LPI reconoce al productor unos derechos exclusivos originarios: el de reproducción (art. 115 LPI), el de distribución (art. 117 LPI), y el de comunicación pública de los fonogramas (art. 116 LPI). De acuerdo con el art. 114 se entiende por fonograma toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos y por productor de fonograma, la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la mencionada fijación. Elaborado el fonograma y obtenidos el número de ejemplares pactados con el autor, los mismos podrán ser distribuidos entre el público en la modalidad de distribución que el autor autorizó.

Conviene pues tener en cuenta que en un fonograma en el que se hayan incorporado una o varias obras protegidas por el derecho de autor convergerán los derechos del compositor de esas obras musicales (arts. 18 y 19 LPI), los derechos del artista o intérprete de las mismas --que podrá coincidir o no con el compositor musical-- (arts. 107 y 109 LPI), los derechos que la ley concede al editor (art. 71 LPI), y los que corresponden al productor de fonogramas (arts. 115 y 117 LPI). Y conviene también destacar que cada uno de estos derechos recaerá sobre un objeto distinto o prestación: los del autor sobre su creación, los del artista sobre su interpretación, y los del productor sobre el fonograma.

UNDÉCIMO.- El supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento no es otro que el comportamiento de la entidad demandada, dedicada a la puesta a disposición al público de fonogramas en formato digital, concretamente

MP3, a cambio de una concreta contraprestación. La entidad demandada lleva a cabo una doble actividad, de un lado la transformación del fonograma de formato CDDA a formato MP3, con su consiguiente almacenamiento en un servidor --lo que se conoce comúnmente como «ripping»--; y, de otra parte, la puesta a disposición al público de los fonogramas que integran el catálogo, a cambio de una contraprestación --actividad principal de la entidad--.

La parte actora califica la actividad denominada «ripping» como un acto de reproducción de fonogramas.

En la actividad desarrollada por la entidad demandada, dedicada a la puesta a disposición al público de fonogramas por medio de descargas se pueden diferenciar dos momentos: a) El de la transformación o «ripping»; y, b) El de la propia puesta a disposición al público o transmisión de los fonogramas.

El fundamento de Derecho segundo de la sentencia se refiere precisamente a esta primera parte de la actividad, la cual califica jurídicamente como de «reproducción». En efecto, la sentencia considera que dicha transformación supone un acto de reproducción, y por tanto entra dentro de la esfera del precepto contenido en el art. 115 del TRLPI. Considera que esta transformación es reproducción, puesto que «cuando se digitaliza, la obra queda en la mayor parte de las ocasiones fijada en un medio que permite su comunicación y la obtención de copias de todo o parte de aquella». Es decir, se fija o incorpora a una base material o soporte físico, que posibilita aquellos fines. La digitalización es reproducción para la sentencia, con independencia de cuáles sean los fines de la mencionada digitalización o transformación.

No ha faltado quien sostenga que este criterio se parte de un entendimiento erróneo del precepto contenido en el art. 18 TRLPI, que expresamente establece: «se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de todo o parte de ella». De este modo, el Legislador ha querido establecer dos

diferentes modalidades de reproducción, las cuales tienen diferentes consecuencias jurídicas: a) La fijación de la obra en un formato que permita la comunicación pública de la misma; y, b) La obtención de copias de toda o parte de la obra.

Desde esta línea exegética sólo esta segunda modalidad de reproducción lo es en sentido estricto, pues la primera queda embebida en la propia comunicación pública, como elemento o condición necesaria para la misma. No puede haber comunicación pública de una obra fonográfica sin que previamente se haya fijado en un formato que permita esta comunicación a través del canal elegido. Esta misma diferencia se desarrolla tanto en la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, arts. 2 y 3; como en los estatutos de la entidad de gestión AGEDI, art. 3. Al entenderse en ambos casos que esa reproducción previa a la comunicación pública, necesaria a la misma y sin contenido económico propio no requiere otra autorización que la que es propia a la misma comunicación pública. Dicho de otro modo, autorizada que sea la comunicación pública, debe entenderse igualmente autorizada cualquier fijación en formato adecuado a la misma, como su condición necesaria.

En cambio, para otro sector de pensamiento, en el que se incardina la SAP de Barcelona, Secc. 15.^a de 27 de junio de 2002 (C.D., 02PC206), «No cabe dar a la palabra reproducción, como modalidad del derecho de explotación patrimonial e la obra, un sentido vulgar, pues técnicamente no se refiere sólo a la multiplicación de la misma o a la obtención de un número de copias o ejemplares visibles de ella. En efecto, el art. 18 LPI, al definir la reproducción establece que consiste en la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de todo o parte de ella. Reproducir la obra es, por lo tanto, fijarla o incorporarla a una base material o soporte físico, que meramente posibilite aquellos fines. En la sociedad de la información, las modalidades tradicionales de reproducción coexisten con un gran número de medios que son el resultado de los avances

tecnológicos. Para comprenderlos, a fin de no dejar indefensos a los titulares de derechos protegibles, el art. 9.1 del Convenio de Berna, de 9 de septiembre de 1886, se refiere a la reproducción por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma. Entre tales procedimientos modernos de reproducción se encuentra el que interesa al litigio y consiste en la carga o almacenamiento de material digitalizado en la memoria muerta de un ordenador u otro sistema o aparato electrónico que lo retenga de modo estable. Cuando se digitaliza la obra y se fija en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias, se ejecuta un acto de reproducción. La digitalización y almacenamiento en soportes estables de memoria conectados a la red (uploading), desde los que las obras son accesibles al público, a cuyo alcance está la comunicación y la obtención de copias (downloading), viene comprendida en el ámbito de la reproducción, tal como se define en el art. 18 LPI».

DUODÉCIMO.- De acuerdo con esta interpretación, que esta Sala comparte, la demandada ha realizado actos de reproducción con los que ha invadido la esfera del derecho exclusivo que el art. 115 LPI reconoce a la entidad actora en su calidad de productora de fonogramas (al igual que hacen el art. 11 Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de 20 de diciembre de 1996, WPPT; el art. 14.2 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, de 15 Abr. 1994, ADPIC; y art. 2 de la actual Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, de 22 de mayo de 2001).

Ello no empece a que la transmisión en línea de fonogramas a través de Internet deba considerarse como una modalidad de comunicación pública.

Tradicionalmente ha existido una polémica en la doctrina a este respecto, la cual derivaba de un mal entendimiento de la Ley de Propiedad Intelectual. Aquellos que pretendían calificar la actividad de puesta a disposición de

fonogramas a través de Internet como distribución, pretendían asentar su tesis sobre la base de que la comunicación pública se basaba en dos principios: a) que hubiese unidad de tiempo entre la transmisión y la recepción; b) que la transmisión fuese punto a multipunto. Ello debe su punto de partida en un entendimiento erróneo de dos realidades, de Internet de un lado, y de la modalidad de comunicación pública por otro. En ningún momento el Legislador había llegado a exigir ninguna de las dos notas a que hacía referencia esa parte de la doctrina, que por otra parte eran dos notas extraídas directamente del *modus operandi* tradicional de las emisoras de radio. No hay ningún obstáculo legal a que la transmisión y la recepción tengan lugar en momentos diferentes en el tiempo; aunque, en cualquier caso, la transmisión de creaciones musicales a través de Internet lo es en unidad de tiempo: el ordenador transmisor está transmitiendo en línea la creación musical, en el momento en que el mismo es solicitado por el ordenador receptor; el cual, a su vez, lo recibe en ese momento. Y, por otro lado y en lo que respecta a la transmisión punto a multipunto, tampoco habría en principio ningún obstáculo a que se estableciera punto a punto -de hecho éste es el sistema establecido por hilo musical, o por las televisiones de pago en la modalidad de *pay per view*; pero en cualquier caso, Internet admite tanto la modalidad de transmisión punto a punto, como punto a multipunto. Esta antigua polémica había quedado obsoleta en un entorno comunitario, dado que la reciente Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 (DOCE 22 de junio de 2001) calificó esta actividad de transmisión de creaciones musicales en línea como una modalidad de la comunicación pública. Así, en su artículo tercero bajo la rúbrica de «Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas», número primero, se puede leer: «cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimiento alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición al público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija».

DECIMOTERCERO.- V. Las costas de primera instancia.

Asiste la razón a la parte demandada apelante cuando afirma haberse infringido por la sentencia de primer grado la disciplina relativa a las costas procesales.

El art. 394 LEC 1/2000, dispone el criterio del vencimiento objetivo en la condena en costas, en el caso de estimación total de la demanda -- a cargo de la parte demandada-- o de desestimación total --a cargo de la demandante-- dejando un margen a la discrecionalidad judicial, siempre que concurren circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición, en cuyo caso la sentencia lo debe razonar debidamente. El párr. 2.º prevé el supuesto de estimación o desestimación parcial de las pretensiones de la parte: éste es el supuesto que aquí se ha dado, en que la demandante reclama una indemnización de 10.000.000 ptas. y la sentencia condena a un cantidad no determinada pero en todo caso inferior a la postulada. La estimación de la demanda ha sido parcial; no cabe condena en costas, como dice este párr. 2.º, el cual también da un margen de discrecionalidad al órgano jurisdiccional: «... a no ser que hubiere méritos para imponerlos a una de ellas por haber litigado con temeridad». En el presente caso, la sentencia recurrida no expone argumento alguno para imponer las costas a la demandada, pese a que la estimación de la demanda ha sido sólo parcial. Y no cabe acudir al criterio de haberse producido una «estimación sustancial» de la pretensión ejercitada por la parte actora, por tratarse de una solución disconforme con el art. 394 LEC en el que se acoge el principio del vencimiento objetivo («*victus victoris*»), salvo que se razone adecuadamente con base en circunstancias excepcionales la procedencia de la no imposición. El párrafo segundo prevé el supuesto de que la estimación fuere parcial (lo que supone que se da una desestimación también parcial por el resto), y para tal hipótesis dispone que cada parte ha de soportar las costas causadas a su instancia y la mitad de las comunes, si bien admite que el juzgador pueda imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad. La sentencia

recurrida entiende que en el caso es de aplicar el precepto del párrafo primero, por ello no alude para nada a la temeridad a pesar de que no coinciden las cantidades reclamada y concedida, acaso porque considera implícitamente que hay un acogimiento esencial o sustancial. Pero esta solución infringe el precepto examinado ya que no puede entenderse que pedida una indemnización de diez millones de pesetas y concedida una suma aun incierta pero inferior hay una estimación total. Es cierto que algunas sentencias de esta Audiencia y aun de la Sala Primera del Tribunal Supremo han aplicado el criterio de equiparar a efectos de costas la estimación sustancial a la total, pero ni cabe deducir de ello una doctrina general, ni es aplicable a hipótesis como la que se enjuicia en que se produce una importante diferencia económica entre la suma peticionada y la que es objeto de condena, y que asimismo es significativa en relación con la global postulada (diez millones).

DECIMOCUARTO.- VI. El recurso sucesivo de la actora

Constatada por sí misma la realidad del perjuicio experimentado por la actora como consecuencia de la actividad irregular de la demandada, y escogida por aquélla de entre los criterios ofrecidos por el art. 140 TRLPI «la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación», no puede desconocerse que en todo caso se trata de un «queantum» indemnizatorio, por lo que no quedaba exonerada la demandante de acreditar la procedencia, ponderación y corrección de la cantidad postulada, ya que una cosa es que de haber solicitado el abono de dicha cantidad inter privados hubiera podido ser aceptada por el co-contratante; y otra muy distinta que la misma pueda ser acogida acrítica y mecánicamente por el órgano jurisdiccional como criterio compensatorio sin actividad probatoria alguna.

Desde esta perspectiva, la sentencia recurrida atiende, con loable ponderación y como necesario índice corrector de la audaz y anómica solicitud efectuada por la actora y ahora también recurrente, a un criterio objetivo y razonable de fijación del montante

indemnizatorio cuya procedencia debe asimismo ser confirmada.

DECIMOQUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 398 LEC 1/2000, no ha lugar a especial pronunciamiento respecto de las costas ocasionadas con el recurso interpuesto por la demandada, debiendo imponerse a la entidad actora apelante vencida las costas procesales ocasionadas con su recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás disposiciones normativas de general y pertinente aplicación,

III

FALLAMOS

En méritos de lo expuesto, y con ESTIMACIÓN PARCIAL del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad «Weblisten, S.A.» y con DESESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad «Avispa, S.L.» frente a la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de los de Madrid en fecha 1 de febrero de 2002, completada por auto denegatorio de la aclaración solicitada de fecha 19 de febrero de 2002, en los autos de procedimiento declarativo ordinario seguido ante dicho órgano al núm. 0651/2001, procede:

1.º REVOCAR PARCIALMENTE LA SENTENCIA RECURRIDA en el exclusivo particular de DECLARAR no haber lugar a especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en la primera instancia, CONFIRMANDO el resto de pronunciamientos de aquélla.

2.º NO HABER LUGAR A ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO respecto de las costas procesales ocasionadas con el recurso interpuesto por la representación procesal de la entidad «Weblisten, S.A.».

3.º IMPONER LAS COSTAS causadas con su recurso a la apelante «Avispa, S.L.», al haber sido desestimado.

Notifíquese la presente resolución a las partes en forma legal, previniéndoles que contra la misma NO CABE interponer recurso alguno ordinario.

Así por esta sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala núm. 0287/2002 para su notificación y cumplimiento, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.