

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. Reproducción. Fonograma.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª

FECHA: 7-7-2005

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: Sentencia 345/2005

SUMARIO:

“... el art. 115.1 TRLPI ¹ reconoce al productor de los fonogramas el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, directa o indirecta. La sentencia recurrida declara probado, y tampoco ha sido impugnado en el recurso, que la demandada es titular de la página web www.weblisten.com, en la que además de permitir la audición de canciones sin contraprestación, concede la posibilidad de que el usuario se descargue las canciones que quiera, en calidad digital, por el sistema mp3, a cambio del pago de un precio - mediante la compra de un bono. La demandada reconoce que para ello adquiere un ejemplar CD del fonograma, y lo fija en su servidor, dejándolo accesible al público, en que también aparece escaneada la carátula del CD. Y resulta igualmente indiscutido que el fonograma LAS TRES MELLIZAS, cuyos derechos de reproducción corresponden a la actora, se encuentra entre los fonogramas que la demandada pone a disposición del público en su Web, para escuchar las canciones o para descargarse todas o alguna de las canciones a cambio de un precio”.

[...]

“... la demandada ha realizado actos de reproducción, con invasión de la esfera de exclusiva que el artículo 15 de la Ley de Propiedad Intelectual reconoce a la demandante, como productora de fonogramas (al igual que hacen el artículo 11 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de 20 de diciembre de 1996, WPPT; el artículo 14.2 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, de 15 de abril de 1994, ADPIC; y el artículo 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)”.

COMENTARIO: El fallo que se reseña centra su atención en el derecho de reproducción del productor de fonogramas cuando se colocan a disposición del público sus grabaciones sonoras a través de

¹ Texto Refundido de la Ley española de Propiedad Intelectual, nota del compilador

comunicaciones interactivas, tomando en cuenta que dicho productor ostenta, conforme al Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF/WPPT), el derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de su fonograma por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma (art. 11), derecho que conforme a la *“Declaración Concertada”* a los artículos 7, 11 y 16 del mismo Tratado, comprende el almacenamiento de forma digital en un medio electrónico. Y es que la tecnología digital ha permitido la invención de soportes *“off line”* con la posibilidad de almacenar un sinnúmero de hechos, datos u obras preexistentes; y de la telemática, para el acceso directo a bases centralizadas de información, desde simples receptores a distancia, en comunicación *“on line”*. Como lo sentenciará el Tribunal de Gran Instancia de París, ya el 14-8-1996, *“toda reproducción por digitalización de obras musicales protegidas por el derecho de autor susceptible de ponerse a disposición de personas conectadas a Internet requiere de la autorización expresa por parte del titular o del cesionario respectivo derecho”*^{1 2}, en principio aplicable igualmente a los fonogramas; y más recientemente la Audiencia Provincial de Madrid (16-7-2004), cuando resolvió que en el ámbito específico de las redes digitales informáticas *“tampoco se discute que los actos que suceden en los dos extremos de la cadena, esto es, introducir o cargar una obra en servidores u ordenadores conectados a la red uploading y descargar de modo permanente una obra desde Internet hasta un soporte material downloading, suponen una reproducción de la obra sujeta a la correspondiente autorización de los derechohabientes* 3. Pero la sentencia en comentarios soslaya el principio de la *“independencia de los derechos”*, por el cual cada derecho es independiente de los demás y cada uno de ellos requiere de autorización expresa, y en el caso que nos ocupa se está en presencia también del derecho de *“puesta a disposición”* de acuerdo al cual, conforme al TOIEF/WPPT, corresponde al productor de fonogramas en cuanto a autorizar o no *“la puesta a disposición del público de sus fonogramas ya sea por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”*, derecho que también fue infringido por la demandada en este asunto concreto. © **Ricardo Antequera Parilli, 2008.**

TEXTO COMPLETO:

En la ciudad de Barcelona, a siete de julio de dos mil cinco.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Quince de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de juicio de menor cuantía, número 339/2000 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 11 de Barcelona, a instancia de CROMOSOMA, S.A., representada por el procurador Joan Josep Cucala i Puig, contra WEBLISTEN, S.A., representada por el procurador Jaume Guillem Rodríguez. Estos autos penden ante esta sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada el día 30 de julio de 2004.

²Texto del fallo en www.foruminternet.org

³ Texto de la sentencia en <http://www.informatica-juridica.com>

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor siguiente: Que estimando parcialmente la demanda instada por CROMOSOMA, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Don Juan José Cucala Puig, frente a WEBLISTEN, S.A. debo declarar y declaro.*

1) *Que los actos de puesta a disposición al público por parte de la demandada en su sitio web "weblisten.com" del fonograma "LAS TRES MELLIZAS" producido por CROMOSOMA, S.A. son constitutivos de competencia desleal.*

2) *Que los actos de reproducción del fonograma "LAS TRES MELLIZAS" producido por CROMOSOMA, S.A. por parte de WEBLISTEN, S.A. en su sitio web "weblisten.com" son constitutivos de infracción de los derechos de propiedad intelectual por la actora.*

3) Que existe culpa en la actuación de WEBLISTEN, S.A.

Y por todo ello, debo condenar y condeno a la referida demandada WEBLISTEN, S.A.:

a) A cesar en los actos declarados infractores de propiedad intelectual y desleales, prohibiendo a la demandada continuar con la reproducción y puesta a disposición de cualquier obra fonográfica propiedad de la actora, debiendo la demandada estar y pasar por la anterior declaración.

b) A indemnizar a la actora en concepto de daños y perjuicios ocasionados a la actora por la infracción de los derechos de propiedad intelectual en la cuantía de 88,56 euros.

c) A publicar, una vez firme la sentencia, la parte dispositiva de la misma en dos periódicos de ámbito nacional y en dos revistas especializadas en la materia, a costa de la demandada.

Desestimando lo restante pedido, y todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta instancia".

SEGUNDO: La representación procesal de WEBLISTEN, S.A. interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia. Admitido a trámite en ambos efectos, se elevaron los autos a esta Sala, previo emplazamiento de las partes, y comparecidas las mismas se siguieron los trámites legales. La celebración de la vista del recurso se señaló para el día 29 de junio de 2005.

TERCERO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. IGNACIO SANCHO GARGALLO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sentencia recurrida declara que la demandada ha realizado un acto de competencia desleal al poner a disposición del público en su página web www.weblisten.com el fonograma "Las tres mellizas" producido por

la actora; y que los actos de reproducción de dicho fonograma en la referida web son constitutivos de una infracción de los derechos de propiedad intelectual titularidad de la actora.

Consecuentemente con los anteriores pronunciamientos declarativos, la sentencia dictada en primera instancia condena a la demandada a cesar en los referidos actos de competencia desleal e infractores de los derechos de propiedad intelectual del actor, a indemnizar a la actora en 88,56 euros por los daños ocasionados con la infracción de estos derechos (por las descargas de los fonogramas realizadas), y a publicar a su costa el fallo de la sentencia.

El recurso de apelación se funda en la consideración de que la conducta de la demandada constituye un mero acto de comunicación pública, al amparo del art. 20 TRLPI, y no de reproducción y distribución de fonogramas, y por lo tanto niega que se hayan infringido los derechos de propiedad intelectual de la actora respecto del fonograma LAS TRES MELLIZAS. Consiguientemente, niega que su conducta pueda calificarse de competencia desleal, pues no se ha infringido el art. 115 TRLPI, y en todo caso afirma que ha abonado a la entidad de gestión AGEDI, a través de AIE, la retribución correspondiente a la comunicación pública y la reproducción necesaria para esa comunicación. Además, argumenta que la actora y la demandada desarrollan sus actividades en mercados diferentes, por lo que resulta irrelevante la conducta de la demandada. Por último, denuncia la falta de motivación de la condena indemnizatoria, y se opone a la valoración realizada por el perito, en la que se basa la sentencia recurrida para cuantificar el perjuicio.

SEGUNDO: La sentencia de primera instancia declara probado, y no se cuestiona en el recurso, que la actora es la productora audiovisual titular de los correspondientes derechos de propiedad intelectual del fonograma LAS TRES MELLIZAS. El concreto, el art. 115.1 TRLPI reconoce al productor de los fonogramas el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, directa o indirecta.

La sentencia recurrida declara probado, y tampoco ha sido impugnado en el recurso, que la demandada es titular de la página web www.weblisten.com, en la que además de permitir la audición de canciones sin contraprestación, concede la posibilidad de que el usuario se descargue las canciones que quiera, en calidad digital, por el sistema mp3, a cambio del pago de un precio - mediante la compra de un bono. La demandada reconoce que para ello adquiere un ejemplar CD del fonograma, y lo fija en su servidor, dejándolo accesible al público, en que también aparece escaneada la carátula del CD. Y resulta igualmente indiscutido que el fonograma LAS TRES MELLIZAS, cuyos derechos de reproducción corresponden a la actora, se encuentra entre los fonogramas que la demandada pone a disposición del público en su Web, para escuchar las canciones o para descargarse todas o alguna de las canciones a cambio de un precio.

En un supuesto en el que se enjuiciaba una conducta similar de la demandada, pero respecto de otros fonogramas, este tribunal ya calificó esta conducta de acto de reproducción, interpretando el alcance de este término previsto en el art. 18 TRLPI, cuando afirma 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. En aquella ocasión, en la S 27 de junio de 2002 (RA 425/2001), ya afirmábamos que "reproducir la obra es, por tanto, fijarla o incorporarla a una base material o soporte físico, que meramente posibilite aquellos fines". Lo que puede llevarse a cabo a través de "cualquier procedimiento o bajo cualquier forma", como previene el art. 9.1 del Convenio de Berna para amparar a los titulares de los derechos protegidos. En este caso, a través de "la carga y almacenamiento de material digitalizado en la memoria muerta de un ordenador u otro sistema o aparato electrónico que lo retenga de modo estable". De modo que "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".

Todo lo anterior permitió en aquella ocasión, y también lo hace ahora, concluir que "la

demandada ha realizado actos de reproducción, con invasión de la esfera de exclusiva que el artículo 15 de la Ley de Propiedad Intelectual reconoce a la demandante, como productora de fonogramas (al igual que hacen el artículo 11 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de 20 de diciembre de 1996, WPPT; el artículo 14.2 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, de 15 de abril de 1994, ADPIC; y el artículo 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)".

Como la titular exclusiva de los derechos de reproducción del fonograma es la actora, mientras no conste que ha cedido la explotación de dichos derechos a una entidad de gestión, carece de relevancia que la demandada abone a AGEDI la remuneración por la explotación de derechos de propiedad intelectual de su repertorio, porque en éste no se encuentra el fonograma LAS TRES MELLIZAS.

TERCERO: La conducta antes descrita de poner a disposición de los usuarios de la red que entren en su página Web los fonogramas que tiene colgados, entre ellos el que es objeto de litigio, y autorizar la reproducción a quien lo solicite si antes ha adquirido unos bonos, previo pago de la tarifa correspondiente, sin recabar la autorización de la productora demandante, no sólo viola los derechos exclusivos que le reconoce a ésta última el art. 115.1 TRLPI, sino que constituye al mismo tiempo un acto de competencia desleal, al amparo de lo prescrito en el art. 15.1 LCD. La demandada junto con los fonogramas ha colgado la carátula del CD producido y distribuido por CROMOSMA, S.A. Con ello se beneficia de la actividad de promoción y publicidad llevada a cabo por la actora, para ofrecer la adquisición de los mismos fonogramas -aunque en un formato distinto- a un precio inferior al coste del CD y en unas condiciones más desventajosas para la actora, pues la demandada permite al adquirente escoger entre las canciones que quiera,

pudiendo por eso seleccionar las que más le gusten. De esta forma, la demandada entra en concurrencia con la actora en la venta de estos mismos fonogramas, cuyo coste de producción y promoción ha recaído exclusivamente sobre la actora, ofreciendo su adquisición en unas condiciones económicas que le colocan en una posición ventajosa respecto de la actora, quien por haber soportado los gastos de producción y promoción oferta los fonogramas a un precio superior y en unas condiciones desfavorables, pues el comprador para adquirir las canciones más exitosas tiene que comprar el resto de las que componen el CD. Esta actividad concurrencial del demandado se produce mediante la vulneración de la protección legal de los derechos de explotación que con carácter exclusivo tiene la actora respecto del fonograma objeto de litigio, LAS TRES MELLIZAS.

La mención a la mala fe de la demandada resultaba irrelevante pues, con independencia de que concurra, una vez calificada su conducta como ilícito concurrencial al amparo del art. 15 LCD, ya no es necesario analizar la aplicación del art. 5 LCD.

CUARTO: *De acuerdo con lo argumentado en la sentencia recurrida, la violación de los derechos de propiedad intelectual de la actora, respecto del fonograma LAS TRES MELLIZAS, le otorga legitimación para pedir la indemnización de los daños y perjuicios que tal vulneración de sus derechos le haya podido reportar. Para ello, el art. 140 TRLPI le permite optar por el beneficio presumible que hubiera podido obtener de no existir utilización ilícita. La sentencia parte de la consideración,*

constatada en el informe pericial por la documentación aportada (folios 580 y ss), de que seis usuarios han realizado un total de 22 descargas del fonograma de la actora, y en concreto 4 de un solo tema del CD, otro de dos temas del CD, y otro de los 16 temas del CD. Resulta lógica la conclusión a la que llega la sentencia de entender que cada uno de los seis usuarios que ha realizado descargas de algún tema del CD de la actora, ha dejado de adquirir éste, por lo que partiendo del precio medio de mercado en el año 2000, en que ocurrieron los hechos, es posible calcular en 88,56 euros el beneficio que la actora dejó de obtener con la conducta de la demandada.

QUINTO: *Desestimado el recurso de apelación, procede condenar a la parte apelante al pago de las costas de esta segunda instancia, de conformidad con el art. 398.1 LEC .*

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso interpuesto por la representación de WEBLISTEN, S.A., contra la sentencia del Juzgado de primera instancia nº 11 de Barcelona, de 30 de julio de 2004 , cuyo fallo consta transcrito en el hecho primero; Y CONFIRMAMOS dicha resolución, imponiendo a la parte apelante las costas de esta alzada.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.