

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: 29-9-2006

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en <http://www.aclantis.com>

OTROS DATOS: Sentencia 436/2006

SUMARIO:

“En la demanda se acumulaban acciones de infracción de los derechos de propiedad intelectual con acciones de competencia desleal. Se denunciaba que la demandada llevaba a cabo actos de reproducción y puesta a disposición del público de archivos musicales procedentes de fonogramas producidos por los actores, a través de las Webs www.conectamp3.com, www.redmp3.com, www.servidormp3.com y www.red-mp3.com, lo que se consideraba no sólo una infracción de sus derechos de propiedad intelectual sino además un ilícito concurrencial, al amparo de los arts. 5, 12 y 15 LCD¹”.

[...]

“... 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)».

“Pero en este caso la demandada, en su recurso de apelación, vuelve a insistir en que correspondía a las productoras demandantes la acreditación de qué concretos derechos habían sido infringidos, esto es la titularidad de los fonogramas que se habrían ofertado y descargado. En última instancia, la demandada plantea la controversia sobre si es preciso que la demanda hubiera hecha una relación exhaustiva de los fonogramas indebidamente reproducidos y comercializados por la demandada en su Web y acreditado la titularidad de los derechos correspondientes a las productoras previstos en los arts. 114 y ss TRLPI²”.

¹ Ley española de Competencia Desleal, nota del compilador.

² Texto Refundido de la Ley española de Propiedad Intelectual, nota del compilador.

“Si partimos de la consideración de que la demandada no niega la actividad de reproducción de fonogramas, «colgándolos» en su sitio Web para permitir su descarga por cualquier usuario, mediante una contraprestación económica, ni que, como reconoció en la audiencia previa, los fonogramas provinieran de CD's que se comercializan por las correspondientes productoras discográficas, la cuestión controvertida quedaba reducida a la acreditación y determinación de cuántos fonogramas de cada una de las actrices habían sido indebidamente reproducidos y comercializados sin sus respectivas autorizaciones”.

“El perito judicial [...] pudo constatar, por la documentación suministrada por la propia demandada y por las contestaciones a los requerimientos realizados a TELEFÓNICA y SINERGYNE GLOBAL COMMUNICATION, que las descargas de fonogramas realizadas desde alguna de los referidos sitios Web de la demandada fueron 2.086 [...]. De la relación de obras musicales respecto de las que la demandada pidió a la SGAE³ licencia de explotación «en línea» en la modalidad de «comunicación al público, mediante su puesta a disposición para acceso a pedido (streaming), y de obtención de copias (downloading) por los destinatarios del servicio» [...], se dio traslado por el perito a las discográficas actrices, que emitieron los correspondientes certificados respecto de qué grabaciones musicales ostenta cada una de ellas la titularidad en exclusiva en el territorio español de los derechos de explotación, aportándose a los autos dichos certificados como anexo al informe pericial [...]. Ello basta para acreditar que entre el repertorio de obras musicales reproducidas y fijadas por la demandada en sus sitios Web, en un formato mp3, para que el público pudiera descargarse las que quisiera, mediante el pago de una contraprestación económica, había grabaciones musicales de las siete discográficas demandantes, sin que además ello hubiera sido expresamente negado por la demandada, quien se limitó a exigir de la actora su acreditación”.

“Es cierto que no hay prueba exacta de a qué obras musicales en concreto corresponden las 2.086 descargas, cuya acreditación es muy difícil para las actrices y hubiera resultado más fácil para la demandada, por tratarse de una información que se supone a su disposición. A falta de dicha prueba exacta, y dada la inactividad probatoria de la demandada, resulta lógico, de conformidad con el art. 217 LEC⁴, entender acreditado que estas descargas han afectado a grabaciones musicales de las productoras demandantes, que constituirían vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual reconocidos en los productores de fonogramas”.

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 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 sentenciaría el Tribunal de Gran Instancia de París, ya el 14-8-1996, “toda reproducción por

³ Sociedad General de Autores y Editores, nota del compilador.

⁴ Ley española de Enjuiciamiento Civil, nota del compilador.

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”⁵, 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”⁶. Pero la sentencia en comentarios soslaya en cierta medida 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 veintinueve de septiembre de dos mil seis.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Quince de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de juicio ordinario, número 26/2004 seguidos ante el Juzgado Mercantil número 4 de Barcelona, a instancia de WARNER MUSIC SPAIN, S.A., EMI MUSIC SPAIN, S.A., SONY MUSIC ENTERTAINMENT, S.A., VALE MUSIC SPAIN, S.L., UNIVERSAL MUSIC SPAIN, S.L., PRODUCTORES DE MÚSICA DE ESPAÑA (PROMUSICAE), DRO EAST WEST, S.A. y BMG-MUSIC SPAIN, S.A., representadas por el procurador José Rafael Ros Fernández, contra MEDIAMATCH, S.L., representada por el procurador José Luis Aguado Baños. Estos autos penden ante esta sala en virtud del recurso de apelación interpuesto de una parte por los actores PROMUSICAE, WARNER MUSIC SPAIN, S.A. y EMI MUSIC SPAIN, S.A., y de otra por la demandada MEDIAMATCH, S.L., contra la sentencia dictada el día 18 de enero de 2006.

⁵ Texto del fallo en www.foruminternet.org.

⁶ 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:*

«Estimar parcialmente la demanda formulada por BMG MUSIC SPAIN S.A., EMI MUSIC SPAIN S.A., SONY MUSIC ENTERTAINMENT S.A., UNIVERSAL MUSIC SPAIN S.L., VALE MUSIC SPAIN S.L., WARNER MUSIC SPAIN S.A. y DRO EAST WEST S.A., y condenar a MEDIAMATCH S.L. a cesar en la Reproducción y puesta a disposición del público de los archivos musicales procedentes de fonogramas comerciales producidos por las discográficas demandantes BMG MUSIC SPAIN S.A., EMI MUSIC SPAIN S.A., SONY MUSIC ENTERTAINMENT S.A., UNIVERSAL MUSIC SPAIN S.L., VALE MUSIC SPAIN S.L., WARNER MUSIC SPAIN S.A. y DRO EAST WEST S.A., a pagar al actor la suma de 25.439'35 Euros como indemnización, así como al pago de siete octavas partes de las costas procesales.

DESESTIMAR la demanda formulada por Promusicae (antes AFYVE), y absolver de la misma a MEDIAMATCH S.L., sin hacer especial imposición de una octava parte de las costas originadas por el actor».

SEGUNDO.- *Contra la referida sentencia interpusieron recurso de apelación tanto las actoras PROMUSICAE, WARNER MUSIC SPAIN, S.A. y EMI MUSIC SPAIN, S.A., como la demandada MEDIAMATCH, S.L. Ambos recursos fueron admitidos a trámite en dos efectos, elevándose 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 13 de septiembre de 2006.*

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 demanda fue interpuesta por siete compañías productoras de fonogramas musicales (BMG MUSIC SPAIN S.A., EMI MUSIC SPAIN S.A., SONY MUSIC ENTERTAINMENT S.A., UNIVERSAL MUSIC SPAIN S.L., VALE MUSIC SPAIN S.L., WARNER MUSIC SPAIN S.A. y DRO EAST WEST S.A.) y por una asociación, antes denominada ASOCIACIÓN FONOGRÁFICA Y VIDEOGRÁFICA ESPAÑOLA (AFYVE), cuyo nombre actual es PRODUCTORES DE MÚSICA DE ESPAÑA (PROMUSICAE).*

En la demanda se acumulaban acciones de infracción de los derechos de propiedad intelectual con acciones de competencia desleal. Se denunciaba que la demandada llevaba a cabo actos de reproducción y puesta a disposición del público de archivos musicales procedentes de fonogramas producidos por los actores, a través de las Webs www.conectamp3.com, www.redmp3.com, www.servidormp3.com y www.red-mp3.com, lo que se consideraba no sólo una infracción de sus derechos de propiedad intelectual sino además un ilícito concurrencial, al amparo de los arts. 5, 12 y 15 LCD.

Como consecuencia de ello la demanda pedía la condena de la demandada a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados y el

enriquecimiento injusto obtenido por la demandada, así como la publicación de la sentencia.

El Juzgado Mercantil estimó parcialmente la demanda, y así: apreció la falta de legitimación activa de PROMUSICAE, porque ni es titular de los derechos infringidos ni es una entidad de gestión; declaró probado que la actividad de reproducción y puesta a disposición del público de fonogramas musicales a través de la Web REDMP3 afectó a fonogramas producidos por las siete productoras actoras, y con ello vulnerados sus derechos de propiedad intelectual, pero no entendió que estos actos fueran además constitutivos de competencia desleal. Finalmente, la sentencia condena a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por las referidas productoras, consistente en el beneficio obtenido por la demandada, que cifra en 25.439,35 euros, y desestima la petición de que sea publicada la sentencia.

El recurso de apelación interpuesto por PROMUSICAE y las productoras EMI MUSIC SPAIN, S.A. y WARNER MUSIC SPAIN, S.A., impugna los siguientes pronunciamientos: en primer lugar, la estimación de la excepción de falta de legitimación activa de PROMUSICAE, entendiendo que goza de ella al amparo del art. 7.3 LOPJ; la desestimación de la acción de competencia desleal, por entender que la vulneración de los derechos de propiedad intelectual constituye una vulneración de normas legales a los efectos previstos en el art. 15 LCD; y la desestimación de la pretensión relacionada con la publicación de la sentencia.

Aunque en la primera página del recurso se anuncia, dentro de apartado 2.b), la apelación contra la desestimación del enriquecimiento injusto, en la parte dispositiva del recurso (como tampoco en el cuerpo del mismo) se dice nada al respecto, por lo que no debe entenderse recurrido dicho pronunciamiento.

Por su parte, la demandada MEDIAMATCH, S.L. recurre en apelación el pronunciamiento relativo a la apreciación de la vulneración de los derechos de propiedad intelectual de las siete productoras actoras, porque no ha quedado acreditado que sean titulares de

concretos derechos afectados por los fonogramas reproducidos y ofertados al público en sus sitios Web, siendo un hecho cuya acreditación correspondía a la parte actora; también recurre la indemnización fijada en la sentencia, apreciando un error en su valoración, porque los beneficios obtenidos no debían sumar 25.439,35 euros sino 17.439,35 euros, ya que no debían computarse como ingresos 8.000 euros que era el coste de los espacios de hosting o alojamiento de los servicios web que AUNA no cobraba a la demandada, tampoco debían además tenerse en consideración todos los minutos de tarificación adicional como imputables a descargas, y, finalmente, en todo caso, la indemnización debía afectar únicamente al 52% de los beneficios, ya que éste es el porcentaje que se corresponde con los fonogramas descargados titularidad de los actores; denuncia la incongruencia de la sentencia que no especifica si la condena al pago de la indemnización a favor de las siete productoras actoras lo es mancomunada o solidariamente, debiendo presumirse de ello la mancomunidad, que por no especificarse debería ser por partes iguales, aunque la titularidad de los fonogramas descargados no se distribuyen en iguales proporciones entre los actores; y, finalmente, impugna la condena en costas respecto de las siete productoras demandantes, porque sus pretensiones no fueron totalmente estimadas sino que lo fueron de forma parcial, sin que haya existido mala fe por la demandada.

Para la resolución de ambos recursos, iremos analizando los motivos aducidos por ambas partes, partiendo de un orden lógico que será: primero la legitimación de PROMUSICA para el ejercicio de las acciones de propiedad intelectual y para las de competencia desleal; después la acreditación de los derechos de las productoras demandantes afectados por la actividad de la demandada, y el alcance de la infracción de sus derechos; a continuación, si han existido actos de competencia desleal; y, finalmente, las pretensiones indemnizatorias y de publicación de la sentencia.

SEGUNDO: Legitimación de PROMUSICAE En la demanda se acumulan acciones de violación de derechos de propiedad intelectual junto con

acciones de competencia desleal. De una parte se pide la declaración de que los actos realizados por la demandada MEDIAMATCH, S.L. (de reproducción y/o puesta a disposición del público de archivos musicales procedentes de fonogramas comerciales producidos por las Productoras) constituyen una infracción de los derechos de propiedad intelectual sobre los respectivos fonogramas y la cesación de dicha conducta. Estas dos acciones tan sólo se ejercitan al amparo de la Ley de Propiedad Intelectual. De otra parte, la demanda interesa que se declare que aquella conducta de la demandada constituye un acto de competencia desleal y que se ordene el cese inmediato de tal conducta, lo que se funda claramente en la Ley de Competencia Desleal. Y por último, se ejercitan acciones de indemnización de daños y perjuicios, enriquecimiento injusto, así como de publicación de la sentencia cuya procedencia habría que analizar al amparo de la Ley de propiedad intelectual y de la Ley de competencia desleal.

Respecto de las acciones fundadas en la Ley de Propiedad Intelectual, por la infracción de los derechos de los productores de fonogramas, la sentencia recurrida negó a PROMUSICAE legitimación activa, por entender que no se trata de una entidad de gestión, que son las únicas a quienes la Ley de Propiedad Intelectual les reconoce esta legitimación en el art. 150 LPI, en sustitución de los titulares de los derechos afectados. El recurso de apelación interpuesto por la parte actora, insiste en que la justificación de la legitimación no radica en la condición de entidad de gestión, de la que carece, sino en que se trata de una asociación que agrupa el 90% de las productoras de fonogramas, siendo sus fines estatutarios la defensa de los intereses de sus asociaciones, lo que le legitima para ejercitar las acciones de propiedad intelectual al amparo del art. 7.3 LOPJ.

Es cierto que, con carácter general, el art. 7.3 LOPJ reconoce legitimación para accionar a las asociaciones, en la defensa de los intereses colectivos de sus asociados. Este precepto enmarca las normas procesales y sustantivas que en cada uno de los órdenes jurisdiccionales regulan la legitimación. En el

orden civil, el art. 10 LEC anuda la legitimación a la titularidad de los relación jurídica u objeto litigioso.

Esta legitimación, también denominada legitimación directa, incide directamente sobre el fondo, sobre la relación jurídica controvertida, de modo que constituye un presupuesto de la acción y exige para su apreciación atender al objeto del proceso mismo.

Es cierto que el propio art. 10 LEC admite también la legitimación indirecta, a quien sin ser titular de la relación jurídica controvertida la Ley le reconoce dicha legitimación activa. Y el art. 11 LEC reconoce la legitimación de intereses colectivos y/o difusos en caso de lesión a los intereses de consumidores y usuarios, a las asociaciones de consumidores o usuarios legítimamente constituidas para la defensa de dichos intereses.

Si atendemos a las acciones de propiedad intelectual ejercitadas, se basan en la violación de concretos derechos de propiedad intelectual que la Ley de Propiedad Intelectual reconoce a las entidades productoras de fonogramas. El art. 115 TRLPI atribuye al productor de fonogramas el derecho subjetivo exclusivo de autorizar la reproducción, directa o indirecta, de los mismos; el art. 116 TRLPI el derecho a autorizar la comunicación en los términos previstos en el dicho precepto y, por remisión, en el art. 20 TRLPI; y el art. 117 TRLPI el derecho a autorizar la distribución de los fonogramas y de sus copias. Como titulares de estos derechos subjetivos, la legitimación directa para ejercitar las acciones que se fundan en su violación corresponde exclusivamente a los productores de los fonogramas afectados, y a aquellos a quienes se hubiesen cedido estos derechos. Por lo tanto, PROMUSICAE, que reconoce no tener cedidos estos derechos, carece de esta clase legitimación para ejercitar las acciones de propiedad intelectual ejercitadas.

También es cierto que la propia Ley de Propiedad Intelectual reconoce legitimación a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, constituidas conforme a lo regulado en los arts. 147 y ss. TRLPI, para el

ejercicio de las acciones derivadas de la cesión de los derechos de que hubieran sido objeto, conforme a lo previsto en el art. 150 TRLPI. Pero PROMUSICAE, como reconoce en su demanda, carece de la condición de entidad de gestión, por lo que tampoco cabe fundar su legitimación en la referida previsión legal.

Por último, como los intereses afectados no lo son de consumidores y usuarios, sino de sociedades mercantiles productoras de fonogramas, no cabe aplicar la normativa antes expuesta sobre la legitimación en representación y defensa de intereses colectivos.

Por todo lo cual, sin negar que en general las asociaciones de productores de fonogramas puedan llegar a tener legitimación para ejercitar algunas acciones judiciales, atendiendo a las ejercitadas de propiedad intelectual, debemos ratificar su falta de legitimación.

Sin embargo, esta legitimación que con carácter general reconoce el art. 7.3 LOPJ está expresamente admitida para el ejercicio de algunas acciones de competencia desleal. Con independencia de si deben prosperar o no las ejercitadas en la demanda, cabe reconocer a PROMUSICAE, como asociación de productores de fonogramas, legitimación para ejercitar algunas acciones de competencia desleal, porque resultan afectados los intereses de sus representados, al estar expresamente previsto en el art. 19.2.a) LCD. Pero resulta ilustrativo que la Ley tan sólo reconozca esta legitimación respecto de las acciones meramente declarativas, de cesación o prohibición de la conducta desleal, de la remoción de efectos y, en su caso, de la rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas (art. 18. 1ª, 2ª, 3ª y 4ª LCD), pero no respecto de las acciones de indemnización de daños y perjuicios y de enriquecimiento injusto (art. 18. 5ª y 6ª LCD), que corresponden exclusivamente a los titulares de los intereses jurídicos afectados, en este caso a las productoras de fonogramas.

TERCERO: Infracción de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas demandantes.

En su contestación a la demanda, **MEDIAMATCH** no niega que a través de los sitios Web www.conectamp3.com, www.redmp3.com, www.servidormp3.com y www.red-mp3.com haya llevado a cabo una actividad de puesta a disposición del público de fonogramas musicales, por cuya descarga obtenía una contraprestación económica.

De hecho reconoce que esta actividad pueda suponer una infracción de los derechos de propiedad intelectual con relación a las productoras discográficas, respecto de las que admite no había recabado directamente autorización alguna, aunque sí había la había solicitado a **AFIVE** (actualmente, **PROMUSICAE**), quien le contestó que carecía de facultades para conceder dicha autorización.

Como ya hemos adelantado antes, el art. 115.1 **TRLPI** reconoce al productor de los fonogramas el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, directa o indirecta.

En un supuesto en que se enjuiciaba una conducta similar, 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) (LA LEY 7680/2002), 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 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)».

CUARTO: Pero en este caso la demandada, en su recurso de apelación, vuelve a insistir en que correspondía a las productoras demandantes la acreditación de qué concretos derechos habían sido infringidos, esto es la titularidad de los fonogramas que se habrían ofertado y descargado. En última instancia, la demandada plantea la controversia sobre si es preciso que la demanda hubiera hecha una relación exhaustiva de los fonogramas indebidamente reproducidos y comercializados por la demandada en su Web y acreditado la titularidad de los derechos correspondientes a las productoras previstos en los arts. 114 y ss **TRLPI**.

Si partimos de la consideración de que la demandada no niega la actividad de reproducción de fonogramas, «colgándolos» en su sitio Web para permitir su descarga por cualquier usuario, mediante una contraprestación económica, ni que, como reconoció en la audiencia previa, los fonogramas provinieran de CD's que se comercializan por las correspondientes productoras discográficas, la cuestión controvertida quedaba reducida a la acreditación y determinación de cuántos fonogramas de cada una de las actoras habían sido indebidamente reproducidos y comercializados sin sus respectivas autorizaciones.

El perito judicial Sr. Anguas pudo constatar, por la documentación suministrada por la propia demandada y por las contestaciones a los requerimientos realizados a TELEFÓNICA y SINERGYNE GLOBAL COMMUNICATION, que las descargas de fonogramas realizadas desde alguna de los referidos sitios Web de la demandada fueron 2.086 (ff. 888 y ss.). De la relación de obras musicales respecto de las que la demandada pidió a la SGAE licencia de explotación «en línea» en la modalidad de «comunicación al público, mediante su puesta a disposición para acceso a pedido (streaming), y de obtención de copias (downloading) por los destinatarios del servicio» (cuyo contrato fue aportado con la contestación, ff. 437 y ss.), se dio traslado por el perito a las discográficas actoras, que emitieron los correspondientes certificados respecto de qué grabaciones musicales ostenta cada una de ellas la titularidad en exclusiva en el territorio español de los derechos de explotación, aportándose a los autos dichos certificados como anexo al informe pericial (ff. 923 y ss.). Ello basta para acreditar que entre el repertorio de obras musicales reproducidas y fijadas por la demandada en sus sitios Web, en un formato mp3, para que el público pudiera descargarse las que quisiera, mediante el pago de una contraprestación económica, había grabaciones musicales de las siete discográficas demandantes, sin que además ello hubiera sido expresamente negado por la demandada, quien se limitó a exigir de la actora su acreditación.

Es cierto que no hay prueba exacta de a qué obras musicales en concreto corresponden las 2.086 descargas, cuya acreditación es muy difícil para las actoras y hubiera resultado más fácil para la demandada, por tratarse de una información que se supone a su disposición. A falta de dicha prueba exacta, y dada la inactividad probatoria de la demandada, resulta lógico, de conformidad con el art. 217 LEC, entender acreditado que estas descargas han afectado a grabaciones musicales de las productoras demandantes, que constituirían vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual reconocidos en los productores de fonogramas.

En esta situación, para determinar el alcance de la lesión de los derechos de propiedad intelectual de las productoras actoras, resulta lógico acudir a un cálculo estimativo. Partiremos del hecho constatado por el perito judicial, de la información recabada y adjuntada como anexos a su dictamen, según el cual de la totalidad de las obras del repertorio de grabaciones musicales correspondientes a las obras respecto de las que se había pedido la licencia de explotación a la SGAE, el 52% eran titularidad de las productoras demandantes, y entenderemos que las descargas de fonogramas han afectado de forma proporcional a todas las obras musicales, por lo que de las 2.086 descargas, 1.103 corresponden a grabaciones musicales de las siete productoras actoras, distribuidas de la siguiente manera: 82 de DRO, 301 de EMI, 418 de SONY y BMG -en la actualidad fusionadas-, 172 de UNIVERSAL, 24 de VALE MUSIC y 106 de WARNER.

Con ello queda acreditada no sólo la lesión sufrida por estas discográficas en sus derechos de propiedad intelectual, derivados de la producción de fonogramas, al ser reproducidos y comercializados por la demandada en la red Internet sin el consentimiento de aquellas, sino también el alcance de esta lesión, lo que permitirá determinar la indemnización solicitada.

QUINTO: Actos de competencia desleal.

La sentencia recurrida entiende que la conducta de la demandada (de reproducción de fonogramas y puesta a disposición del público, mediante el abono de una compensación económica, sin el consentimiento de los productores de los fonogramas) no constituye por sí un ilícito concurrencial. Niega su inclusión dentro de los actos contrarios a la buena fe del art. 5 LCD y su tipificación como actos de explotación de la reputación ajena (art. 13 LCD). Tampoco considera que la infracción de los derechos subjetivos reconocidos por una Ley, como la de propiedad intelectual, que atribuye derechos de exclusiva, pueda fundar un acto de competencia desleal al amparo del art. 15 LCD.

La conducta reconocida por la demandada de poner a disposición de los usuarios de la red que entren en su página Web los fonogramas que tiene colgados, y autorizar la reproducción a quien lo solicite mediante una retribución económica, sin recabar la autorización de las productoras de los fonogramas, no sólo viola los derechos exclusivos que les reconoce a éstas últimas los arts. 115 y ss TRLPI, sino que constituye al mismo tiempo un acto de competencia desleal, al amparo de lo prescrito en el art. 15.1 LCD. Como puede observarse del acta notarial levantada por Joan Caries Farrés el 21 de mayo de 2004 (ff. 143 y ss.), en cuya presencia se accedió por Internet a los sitios Web de la demandada, dejando constancia de lo que en ellos aparecía, y de las impresiones de algunas páginas de la Web realizadas el día 16 de junio de 2004 (ff. 151 y ss.), la demandada junto con los fonogramas había colgado las carátulas de los CDs producidos y distribuidos por las correspondientes productoras discográficas. Con ello la demandada se beneficia de la actividad de promoción y publicidad llevada a cabo por las productoras discográficas, 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 las productoras, 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 las productoras en la venta de estos mismos fonogramas, cuyo coste de producción y promoción ha recaído exclusivamente sobre dichas productoras, ofreciendo su adquisición en unas condiciones económicas que le colocan en una posición ventajosa respecto de aquellas, quienes por haber soportado los gastos de producción y promoción ofertan 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.

En este caso, la acumulación de acciones se justifica por la relación de complementariedad que permite acumular las acciones fundadas en una y otra normativa, en atención a los distintos intereses protegidos: la Ley de

Propiedad Intelectual tutela fundamentalmente los intereses de los titulares de estos derechos, mientras que la Ley de Competencia Desleal protege los intereses presentes en el mercado (competidores, consumidores y usuarios) y la propia competencia como instrumento esencial en una economía de mercado. Como hemos tratado de subrayar, la conducta de la demandada no se limita a la infracción de concretos y determinados derechos de exclusiva reconocidos a los productores de fonogramas por la Ley de Propiedad Intelectual, sino que ello además afecta a la concurrencia en el mercado, al proporcionarle una ventaja competitiva respecto de los productores de fonogramas, por todo lo argumentado.

Aunque respecto de las productoras demandantes algunas de las acciones de competencia desleal (cesación e indemnización de daños y perjuicios) se solaparían con las acciones derivadas de la infracción de sus derechos de propiedad intelectual, respecto de la asociación PROMUSICAE cabe estimar la acción de cesación de la conducta declarada desleal y afectará también a los fonogramas de otras productoras distintas de las demandantes, lo que no hubiera sido posible de no haberse ejercitado la acción de competencia desleal.

SEXTO: Pretensiones indemnizatorias y de enriquecimiento injusto.

Frente a la pretensión de indemnización de daños y perjuicios, y de resarcimiento por enriquecimiento injusto ejercitada en la demanda, cuyas cuantías debían determinarse en periodo probatorio, la sentencia condenó a la demandada a indemnizar a las productoras actoras en la suma de 25,439,35 euros, sin especificar la suma que correspondía a cada una de las demandantes.

En realidad, la sentencia incurre en una contradicción pues, después de estimar únicamente las acciones ejercitadas por las productoras demandantes fundadas en la infracción de sus derechos de propiedad intelectual, desestimando expresamente las de competencia desleal, opta por la suma indemnizatoria que el perito judicial Sr. Aurelio

había calculado como enriquecimiento injusto, que había sido solicitada al amparo del art. 18.6 LCD, y no por la compensación del beneficio que hubieran podido obtener las productoras de no haberse producido la violación de sus derechos, que es a lo único que tenían derecho las productoras conforme al art. 140 LPI y a la opción escogida en la demanda. No obstante, como ha sido estimada la acción de competencia desleal y la actora, de hecho, no ha recurrido el pronunciamiento sobre la indemnización y el enriquecimiento injusto, y la demandada no ha apelado la procedencia de la indemnización, sino sólo su cuantificación, por lo motivos que luego desarrollaremos, nos limitaremos a resolver sobre esto último, para no incurrir en incongruencia.

Para el cálculo del beneficio obtenido por la demandada con la actividad ilícita, estimamos correcto el procedimiento seguido por el perito que, partiendo de la información suministrada por las compañías telefónicas a través de las que cobraba la compensación económica por descarga, ha descontado a estos rendimientos los gastos reales. También nos parece correcto que, puesto que se trata de determinar el beneficio obtenido de forma indebida con la conducta de la demandada, la partida de 8.000 euros correspondiente a la infraestructura utilizada por la demandada sea computada como ingreso en especie pues, como informa el perito, «interveníá directamente en su flujo de negocio de venta de fonogramas en línea».

En ese sentido debemos partir de la cifra de beneficio de 25.439,35 euros, que se correspondería con la totalidad de las descargas (2.086), de las que, como argumenta la demandada en su recurso de apelación, sólo el 52% (1.103 descargas) hemos declarado que afectarían a los derechos de las productoras actoras. En consecuencia, el resarcimiento por enriquecimiento injusto quedaría reducido a 13.228,46 euros (aproximadamente 11,99 euros por descarga), que deben ser repartidos entre las productoras demandantes de forma proporcional en función del número de fonogramas descargados que hemos atribuido a cada productora (82 de DRO, 301 de EMI, 418 de SONY y BMG -actualmente fusionadas-, 172 de UNIVERSAL,

24 de VALE MUSIC y 106 de WARNER). Así a DRO le correspondería la suma de 983,44; a EMI 3.609,94 euros; a SONY y BMG 5.013,14 euros; a UNIVERSAL 2.062,82 euros; a VALE MUSIC 287,84 euros; y a WARNER 1.271,27 euros.

SÉPTIMO: El art. 18.4ª (sic) LCD prevé la posibilidad de que sea publicada la sentencia, como una forma de resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos por los productores.

En atención al medio en que se ha producido la conducta demandada, tan sólo consideramos adecuado a los fines resarcitorios la publicación del fallo de la sentencia en las páginas de las direcciones electrónicas correspondientes a los sitios Web de la demandada a través de los cuales se realizaron los actos de competencia desleal (www.conectamp3.com, www.redmp3.com, www.servidormp3.com y www.red-mp3.com), siendo prudente que tal publicación se prolongue durante dos meses, tiempo suficiente para asegurarse que es conocido por los usuarios de las referidas Webs.

No es necesario acudir a la publicidad en la prensa escrita porque la conducta infractora no ha tenido otra difusión que la que permite el acceso a aquellos sitios Web.

OCTAVO: Como consecuencia de todo lo anterior se aprecia que las pretensiones de las productoras demandantes han sido sustancialmente estimadas, por lo que resulta justa la condena de la demandada al pago de las costas de la primera instancia, respecto de dichas demandantes. Por lo que la condena en costas en primera instancia debería justificarse en dicho argumento y no tanto en la mala fe de la demandada, que la sala no advierte, más allá de la pasividad probatoria, que ha tenido sus propias consecuencias en relación con la carga de la prueba. En cuanto a las pretensiones de PROMUSICAE, a la postre han sido parcialmente estimadas, por lo que no procede hacer ninguna condena en costas. En su consecuencia, debemos confirmar el pronunciamiento en costas de la sentencia de primera instancia, con el matiz indicado.

Por lo que respecta a las costas de esta alzada, no es preciso hacer expresa condena en costas porque los dos recursos de apelación han sido parcialmente (des)estimados, conforme a lo regulado en el art. 398.2 LEC.

FALLAMOS

ESTIMAMOS parcialmente el recurso interpuesto por la representación de PROMUSICAE, WARNER MUSICA SPAIN, S.A. y EMI MUSIC SPAIN, S.A., contra la sentencia del Juzgado Mercantil No. 4 de Barcelona, de 18 de enero de 2006, cuyo fallo consta transcrito en el hecho primero; Y ESTIMAMOS también parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de MEDIAMATCH, S.L., contra la referida sentencia; en cuya consecuencia modificamos parcialmente su parte dispositiva en el siguiente sentido:

DECLARAMOS que la conducta realizada por la demandada (MEDIAMATCH, S.L.) en los sitios Web de los que es titular, de reproducción y puesta a disposición del público de los archivos musicales procedentes de fonogramas comerciales producidos por las discográficas demandantes BMG MUSIC SPAIN S.A., EMI MUSIC SPAIN S.A., SONY MUSIC ENTERTAINMENT S.A., UNIVERSAL MUSIC SPAIN S.L., VALE MUSIC SPAIN S.L., WARNER MUSIC SPAIN S.A. y DRO EAST WEST S.A., es constitutiva de infracción de los derechos de propiedad intelectual que dichas productoras ostentan respecto de sus respectivos fonogramas; y CONDENAMOS a la demandada a cesar en dicha conducta.

DECLARAMOS que esta actividad de la demandada de reproducción y puesta a disposición del público de los archivos musicales procedentes de fonogramas comerciales producidos por las discográficas

productoras, sin recabar previamente su autorización, da lugar a actos de competencia desleal; CONDENANDO a la demandada al cese en la realización de dichos actos, prohibiéndole su realización en el futuro.

CONDENAMOS a la demandada al pago de las siguientes indemnizaciones: a DRO EAST WEST S.A. la suma de 983,44 euros; a EMI MUSIC SPAIN S.A. 3.609,94 euros; a SONY MUSIC ENTERTAINMENT S.A. y BMG MUSIC SPAIN S.A., -actualmente fusionadas- 5.013,14 euros; a UNIVERSAL MUSIC SPAIN SL. 2.062,82 euros; a VALE MUSIC SPAIN S.L. 287,84 euros; y a WARNER MUSIC SPAIN S.A. 1.271,27 euros.

CONDENAMOS a la demandada a publicar el fallo de la sentencia en un lugar destacado de los sitios Web www.conectamp3.com, www.redmp3.com www.servidormp3.com y www.red-mp3.com, por un periodo de dos meses.

CONFIRMAMOS el pronunciamiento en costas de la sentencia de primera instancia, con el matiz expresado en el fundamento jurídico octavo, sin que proceda hacer condena alguna respecto de las generadas en 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.

PUBLICACIÓN.- *Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. Doy fe.*