

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2013  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## **Transmisión digital. Límites al derecho patrimonial. Motor de búsqueda. Almacenamiento provisional. “Fair use”. “Ius usus inocui”. Análisis crítico.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Tribunal Supremo. Sala de lo Civil.

**FECHA:** 3-4-2012

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Civil)

**FUENTE:** FUENTE: Texto del fallo a través del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Id Cendoj: 28079110012012100341. Actualización: 21-3-2013

**OTROS DATOS:** Recurso 2037/2008. Sentencia 172/2012.

### **SUMARIO:**

*“El presente recurso de casación por interés casacional versa sobre los derechos del demandante, como autor de una página web de apuestas (www.megakini.com) frente a la demandada Google Spain S.L. (en adelante Google) por razón de la copia no autorizada de dicha página en su motor de búsquedas”.*

[...]

*“... de la esencia del recurso ... procede reseñar como argumentos y explicaciones más relevantes del mismo los siguientes: 1º) Las dos conductas de Google sometidas a enjuiciamiento son, en primer lugar, la reproducción parcial de fragmentos del texto de los sitios web ofrecidos como resultado de la búsqueda y, en segundo lugar, «la provisión de un enlace de acceso a la copia caché del código html de los mismos sitios web»; 2º) factores como «la finalidad y el carácter del uso, la naturaleza de la obra, la cantidad y sustancialidad de la parte reproducida y exhibida en relación con el conjunto de la obra y el efecto sobre el mercado potencial y el valor de la obra», considerados por la sentencia recurrida para su decisión absoluta, corresponden a una traducción literal de la sección 107, capítulo 1, título 17 del Código de los Estados Unidos, que regula la excepción del «fair use» a los derechos de autor; 3º) no obstante, la sentencia recurrida no aplica la norma norteamericana sino que la utiliza para interpretar el art. 40 bis LPI pese a disponer este que las excepciones al derecho de autor «no podrán interpretarse de manera tal que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieren»; 4º) en consecuencia, al entender la sentencia impugnada que los límites a los derechos de reproducción y puesta a disposición (comunicación) pueden ser interpretados «más allá de la literalidad de los preceptos que los regulan», está haciendo una interpretación incompatible con el sentido del art. 40 bis LPI, en el que se recoge la llamada «prueba de los tres pasos, de las tres etapas o de las tres fases» cuya formulación primigenia*

puede encontrarse en el art. 9.2 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas; 5º) esta prueba o test «exige una descripción típica de los límites al derecho de autor, y proscrib[e] las interpretaciones extensivas o analógicas de excepciones al derecho de autor», como se desprende de la sentencia de esta Sala de 8 de julio de 2007 y de otra de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, sosteniendo el criterio opuesto una sentencia de la Sección 15ª de Barcelona, es decir del mismo tribunal que dictó la sentencia recurrida, y otra de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid; 6º) «[e]n el caso de la sentencia recurrida, no nos encontramos ante la interpretación extensiva de un precepto aplicable, sino que se trata de la decisión del litigio en base a una nueva excepción ad hoc, extraña al ordenamiento vigente», lo que implica una infracción del sistema de fuentes al decidirse el litigio «en base a una excepción atípica, en lugar de resolverse en atención al art. 31.1 TRLPI»; 7º) este art. 31.1 LPI, en su redacción según la Ley 23/2006, traspuso al ordenamiento jurídico español la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de cuyos antecedentes se desprende que su art. 5.1 contiene una norma reguladora, entre otros supuestos, de las «copias caché», como la propia demandada habría reconocido en su escrito de contestación a la demanda; 8º) de ahí que el debate entre las partes acerca de la interpretación de los arts. 31.1 LPI y 5 de la Directiva 2001/29 se centrara en «el significado económico independiente de los actos de explotación ejecutados por GOOGLE SPAIN S.L.»; 9º) la demandada negó ese significado económico independiente pese a reconocer que obtenía ingresos a partir de los enlaces patrocinados que presentaba en las páginas de resultados de las búsquedas realizadas por los usuarios; 10º) la reproducción de fragmentos de los sitios web y el enlace de acceso a la reproducción caché que alberga el buscador de Google en sus equipos «no constituyen meros actos de transmisión de la información, sino que son propiamente usos del código HTML de los sitios ajenos, que resultan empleados por la demandada como un medio para su actividad mercantil»; 11º) con arreglo al apdo. 3-7 del dictamen del Comité Económico y Social sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (98/C 407/06, DOCE de 28-12-98), la «significación económica independiente» se refiere al uso de la obra, no a su transmisión, y cualquier reproducción que, de hecho, suponga un aprovechamiento de la obra, como ocurre al copiar temporalmente programas o datos en la memoria con el fin de usar tales obras y acceder a ellas -por ejemplo, el acto de acceder a bases de datos en línea-, debería permitirse únicamente previa autorización del titular de los derechos».

“La oposición de Google al recurso se funda, en síntesis, en los siguientes argumentos: 1º) La sentencia recurrida no aplica ninguna norma de derecho extranjero, sino que «desecha la aplicación de los arts. 31.1 LPI y 15 y 17 LSSI» y, en cambio, «considera aplicable el art. 40 bis LPI, que el tribunal interpreta con arreglo a los criterios legales contemplados en el artículo 3.1 del Código Civil, haciendo mención expresa a la añeja institución del ius usus inoqui»; 2º) la doctrina del «fair use» se invoca en la sentencia recurrida para «guiar» su interpretación del art. 40 bis LPI, como acaba reconociendo el propio recurrente; 3º) la excepción aplicada en la sentencia recurrida no es nueva ni atípica, «sino el resultado alcanzado por el tribunal tras la exégesis del indicado precepto», por lo que no puede haber infracción alguna del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico; 4º) el art. 31.1 LPI establece un límite a la regla general del derecho exclusivo del autor

*a autorizar la explotación de su obra, lo que significa que, cuando concurren las condiciones para aplicarlo, el uso de la obra por un tercero será lícito sin necesidad de autorización del autor; 5º) sin embargo, «la ausencia de alguna de esas condiciones no determina, contra lo que supuestamente pretende el recurrente, una prohibición de uso, ya que la Ley de Propiedad Intelectual contempla otras excepciones o limitaciones que pueden resultar de aplicación, entre otras la derivada del artículo 40 bis LPI, en relación con la doctrina del ius usus inocui»; 6º) en el caso enjuiciado concurren «todas las condiciones para la aplicación de la llamada regla de los tres pasos que recoge el artículo 40 bis LPI», y aunque se aceptase que las copias no estaban amparadas por la excepción del art. 31.1 LPI, «eso no impide de ningún modo que se declare lícita la actuación de Google al amparo del artículo 40 bis LPI, en relación con la doctrina del ius usus inocui»; 7º) los elementos de interpretación invocados en el recurso ... son en sí mismos poco relevantes; 8º) sin embargo, lo que sí es relevante es que el recurrente denuncie la infracción del art. 31.1 LPI «pero no analice en ningún momento en qué ha consistido su presunta vulneración»; 9º) es cierto que el recurso se centra en el «significado económico independiente» de la actividad de Google, pero olvidando que lo exigido por el art. 31.1 LPI, como requisito para la aplicación del límite, es que los actos de reproducción carezcan «por sí mismos» de una significación económica independiente; 10º) por tanto, «no se trata de que los actos de reproducción no tengan un significado económico, sino de que ese significado económico sea independiente», de modo que «el criterio decisivo ... consistirá en determinar si, a raíz de los actos de reproducción transitoria o accesorias, se obtienen directamente ventajas económicas», como sucedería, por ejemplo, si «Google obtuviese una remuneración directa por la realización de la reproducción de la página web del demandante, o ejerciera una actividad autónoma remunerada de reproducción de páginas web»; 11º) en definitiva, «[l]o único que prohíbe el artículo 31.1 LPI (y, en cuanto tal prohibición, no es susceptible de interpretación extensiva; cfr. Artículo 4.2 del Código Civil) es que ese significado económico del acto de reproducción temporal sea independiente del beneficio o lucro propio del servicio de transmisión de la información en el que se inserta»; 12º) no se ha probado en absoluto que el almacenamiento en la memoria caché de Google de la página web del recurrente represente para Google algún significado económico independiente, pese a incumbir al recurrente la carga de la prueba; 13º) por eso, el que se muestre, junto a los resultados de la búsqueda, una serie de enlaces patrocinados, no significa de suyo que los actos de reproducción litigiosos supongan para Google una significación económica independiente, pues «los enlaces patrocinados son una cosa y la reproducción caché otra muy distinta, y la significación económica independiente por sí misma se predica de ésta, no de aquéllos», 14º) por último, la alegación de que los actos de reproducción consistentes en la copia caché tienen por sí mismos una significación económica independiente «es radicalmente incompatible con el hecho de que la página web del demandante se encuentra inactiva desde el día 13 de mayo de 2006», es decir desde antes de la interposición misma de la demanda; 15º) en un plano más general, el derecho de propiedad intelectual no puede quedar al margen de «los límites a los que, con carácter general, se sujeta el ejercicio de los derechos», entre los cuales se encuentra el ius usus inocui o uso social tolerado, asimilado tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia como «límite intrínseco al ejercicio de todo derecho subjetivo» y que, tras la Constitución, algunos autores consideran un límite institucional al derecho de propiedad; 16º) el Tribunal Supremo ha acudido al ius usus inocui o al abuso de derecho*

como criterio decisorio de determinados conflictos relacionados con el ejercicio del derecho de propiedad, según permiten comprobar las sentencias de 30 de octubre de 1983, sobre utilización de la posesión ajena sin daño para el poseedor, 3 de abril de 1983, sobre introducción de elementos constructivos en el subsuelo de un terreno ajeno, o 29 de abril de 2009, sobre ilustración parcial de la portada de un libro con la fotografía de un deportista; 17º) en el caso litigioso ninguna de las dos actividades de Google denunciadas en el recurso perjudica al demandante sino que, muy al contrario, le benefician; 18º) el demandante, al divulgar su página web sin supeditar su acceso a clave alguna ni requisito análogo, sabía, o al menos debía saber, que su página «será indexada por los motores de búsqueda», pues la indexación es un uso social tolerado, como considera la sentencia recurrida, y «quien crea una página web y la coloca en ese gran escaparate digital que es Internet, lo hace con la finalidad de que sea visitada por el número más elevado posible de usuarios de la red», implicando su actuación, «cuando menos, un consentimiento implícito a la incorporación de su página web a los resultados de los buscadores», es decir, «una licencia implícita para que el resultado de la búsqueda se traduzca en los tan mencionados ‘snippets’ y en una copia caché, ambos en constante proceso de actualización»; 19º) finalmente, «[l]as normas jurídicas, y la Ley de Propiedad Intelectual y los derechos de autor no son una excepción, han de ser interpretadas en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (artículo 3.1 del Código Civil)».

[...]

“Planteado así el recurso, ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1ª) No es cierto que la sentencia recurrida decida el litigio alterando el sistema de fuentes mediante una aplicación del derecho estadounidense, porque su referencia al «fair use» (uso justo, limpio o leal) se enlaza con la que dentro del mismo párrafo se hace al «ius usus inocui» (derecho al uso inocuo del derecho ajeno), que no puede sostenerse seriamente resulte ajeno al ordenamiento jurídico español, porque a su reconocimiento por la doctrina y la jurisprudencia españolas ... se unen la configuración constitucional de la propiedad como un derecho delimitado por su función social, de acuerdo con las leyes (art. 33.2 de la Constitución), la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la utilidad individual y la función social como elementos que definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes (STC 37/1987) o, en fin, que con arreglo al art. 7.2 CC el intento de prohibir el uso inocuo de un derecho pueda rechazarse si a su vez ese intento constituye un ejercicio antisocial del propio derecho”.

En suma, este argumento del recurso equivale a mantener que la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo» en materia de sociedades vulnera también el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español por no tener su origen en España.

2ª) El recurrente presenta la cuestión litigiosa como si todo aquello que no aparezca en la letra de la ley fuese inexistente. Sin embargo la proliferación de normas y la creciente incorporación al ordenamiento jurídico español de normas supranacionales e internacionales no es incompatible, sino más bien al contrario, con que las dudas que suscite la letra de la ley especial se resuelvan



*mediante normas de carácter más general que, a su vez, incorporan principios antes reconocidos por la doctrina científica y la jurisprudencia. Ejemplo especialmente significativo de estas últimas es el art. 7 CC, que a partir del año 1974 dotó de reconocimiento legislativo general a lo que ya venía resolviendo la jurisprudencia en materia de ejercicio de los derechos conforme a la buena fe y prohibición del abuso del derecho. Es más, hoy puede decirse que a medida que crece el número de normas escritas mayor relevancia adquieren los principios, ya que, por un lado, se multiplican las posibilidades de antinomias y, por otro, siempre quedarán casos sin regular de una forma inequívoca”.*

*3ª) La discrepancia entre las sentencias de ambas instancias a la hora de encuadrar la actividad de los buscadores de Internet y las dudas que sobre su propia solución manifiesta la sentencia recurrida muestran la necesidad de un especial esfuerzo interpretativo de la ley escrita para resolver las cuestiones litigiosas, y si bien el recurrente, acudiendo a los antecedentes del art. 31.1 LPI y de la Directiva 2001/29/CE, parece tener claro que aquella actividad está regulada por el art. 31.1, siempre seguirá siendo necesario preguntarse si esta norma, al no dispensar expresamente de la autorización o licencia previa del autor las actividades de un buscador de Internet que le beneficien, está prohibiendo también dichas actividades; en suma, si la ley escrita tiene que ser tan minuciosa, incluso tratándose de un catálogo cerrado de excepciones, que contemple lo obvio o elemental.*

*“4ª) El texto del art. 31.1 LPI, primero del capítulo a los límites del derecho de autor y titulado Reproducciones provisionales y copia privada, es el siguiente: «No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el autor o por la ley».*

*“Por su parte el art. 40 bis, último del mismo capítulo, reza así: «Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieren».*

*5ª) Es cierto que conforme al art. 31.1 LPI interpretado de acuerdo con el art. 5.1 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, la puesta a disposición de la copia «caché» (mucho más dudosamente la de algunos fragmentos de la página, dada su insignificancia y su finalidad de orientar al usuario) requeriría en principio la autorización del autor de la página web; como también lo es que un sistema de protección de derechos fundado en la necesidad de autorización del titular salvo que concurra alguna de las excepciones establecidas por la ley, siguiendo el método del catálogo o lista exhaustiva, es un sistema cerrado, en el sentido de no admitir más excepciones a la necesidad de*

autorización que las expresamente establecidas. Sin embargo no es menos cierto que el art. 40 bis LPI, como disposición común a todas las del capítulo primero del título III, en el que se encuadra el art. 31, tiene un valor interpretativo no solo y exclusivamente negativo («Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse...»), sino también positivo, en cuanto enuncia los principios que justifican la propia excepcionalidad de los límites o, si se quiere, la necesidad de la licencia del autor como regla general («perjuicio injustificado a los intereses legítimos» o “detrimento de la explotación normal de las obras»).

Esto permite que la denominada regla, prueba o test «de los tres pasos» contenida en el art. 40 bis pueda considerarse como manifestación especial en la LPI de la doctrina del *ius usus innocui*, del principio general del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena (art. 7.1 CC), del principio asimismo general de la prohibición del abuso del derecho o del ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC) y de la configuración constitucional del derecho de propiedad como derecho delimitado, lo que a su vez exige, en caso de litigio, que el tribunal analice la concreta pretensión del autor demandante para comprobar si en verdad la reproducción puede causar algún perjuicio a sus intereses «legítimos», por remoto o indirecto que sea este perjuicio, o bien atender contra la explotación «normal» de su obra, o, por el contrario, favorece esos mismos intereses y esa misma explotación «normal», pues de suceder esto último la pretensión formalmente amparada en la letra del art. 31 LPI y en el carácter cerrado de un sistema de excepciones carecerá de amparo en el ordenamiento jurídico por estar dirigida en realidad no a la protección del derecho de autor, finalidad del catálogo exhaustivo o cerrado de excepciones, sino a perjudicar al demandado no solo sin obtener el autor provecho alguno sino incluso sufriendo él mismo el perjuicio de una menor difusión de su página web.

“6ª) En definitiva, esta Sala considera que, aun cuando los límites al derecho de autor deban interpretarse restrictivamente, ninguno de los dos artículos en cuestión de la LPI, el 31.1 o el 40 bis, es excluyente de la doctrina del *ius usus innocui* para permitir el uso inocuo con arreglo a los propios principios de la LPI ni, menos aún, de la consideración de los arts. 7 CC, 11 LOPJ y 247.2 LEC. Antes bien, la pretensión de que se cierre el buscador de Google o de que se condene a esta demandada a pagar una indemnización por una actividad que beneficia al demandante, al facilitar en general el acceso a su página web y el conocimiento de su contenido, debe considerarse prohibida por el apdo. 2 del art. 7 CC, como abuso del derecho de autor o ejercicio antisocial del mismo, por cuanto al amparo de la interpretación restrictiva de los límites al derecho de autor pretende perjudicar a Google sin obtener ningún beneficio propio, como no sea fama, notoriedad o la propia indemnización pedida en la demanda. Cuestión distinta, precisamente porque los tribunales aplican la ley en litigios delimitados por las pretensiones de las partes, sería que lo pedido en la demanda hubiera sido la eliminación de la «copia caché» o de los fragmentos de la página web del demandante en los resultados de la búsqueda y la indemnización de los perjuicios causados por la falta de autorización previa del demandante a Google”.

Pero no ha sido así, por más que en su recurso de apelación el demandante intentara una mayor precisión, sino que el contenido de la demanda presentada en su día por él no solo omitía

*cualquier alegación sobre un perjuicio concreto a su derecho de autor sino que parecía orientado a una especie de juicio social a Google como «gigante empresarial» que «en sus inicios» pudo tener una cierta «vocación de servicio público... pero que hoy día ha abandonado por completo, para convertirse en un servidor de los intereses de sus accionistas» ...”*

*7ª) Por último, el recurrente se centra ahora especialmente en la relevancia del art. 31.1 LPI por entender que la significación económica independiente de las actividades de Google impediría de suyo eximir a estas actividades de su autorización o, visto desde otra perspectiva, limitar su derecho de autor.*

*Lo que parece querer plantear el recurrente, desde esta perspectiva, es que la significación económica de las actividades de Google aquí enjuiciadas descartaría, ya de entrada, cualquier límite a la necesidad de autorización del autor.*

*Pues bien, la respuesta ha de ser igualmente desestimatoria de este argumento del recurso, porque el recurrente insiste en la significación económica independiente de las actividades de Google por la existencia indiscutida de enlaces patrocinados, pero omitiendo que la significación económica independiente de los actos de reproducción han de tenerla estos «por sí mismos», como dispone dicho art. 31.1, lo que supone exigir que la presentación de fragmentos aislados de la página web del demandante o su copia caché, para que este planteamiento del recurso fuera estimable, tendría que producir por sí mismo, no indirectamente por el hecho de aparecer en los resultados de la búsqueda junto con otras páginas web, algún tipo de rendimiento económico a Google.*

*8ª) La desestimación del recurso no supone la creación judicial de una nueva excepción no contemplada en la ley ni legitimar las actividades de Google aquí enjuiciadas por la excepción del art. 31.1 LPI. Se funda la desestimación en que, como principio general, la protección del derecho de autor y la excepcionalidad legal de sus límites no autorizan pretensiones abusivas en perjuicio no solo del demandado sino incluso de aquellos intereses del propio demandante que merezcan la consideración de «legítimos» y de una explotación de su obra que pueda considerarse «normal», porque ni un sistema cerrado de excepciones tiene por qué llegar al extremo de prever hipótesis absurdas ni la interpretación de la LPI puede desligarse de su finalidad protectora de los derechos de autor ni, en fin, y por la misma razón, su interpretación puede favorecer pretensiones arbitrarias y dirigidas a perjudicar a otro sin beneficio propio”.*

**COMENTARIO:** La sentencia del Tribunal Supremo cuyo amplio extracto antecede, emanó con motivo del recurso de casación interpuesto contra el fallo dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona <sup>1</sup>, también reseñado y comentado en esta compilación, donde se desestimó sustancialmente la apelación introducida contra el pronunciamiento de la primera instancia <sup>2</sup>, que declaró sin lugar la demanda contra Google Spain

1 Sentencia de la Sección 15ª (17-9-2008)

2 Juzgado Mercantil N° 5 de Barcelona (30-3-2007).

S.L. quien, según el demandante, realizaba una copia de su página en el sistema de búsqueda, para incorporarla a los archivos de dicho sistema en la ubicación denominada “caché”, sin requerir para ello la autorización del titular de la página copiada. En síntesis, el juzgador de primer grado desestimó la demanda por no apreciar una vulneración de los derechos del actor, porque “el uso realizado por la demandada de sólo una pequeña parte del contenido de la página Web de la actora, bajo las condiciones de temporalidad, provisionalidad, respeto a la integridad y autoría de la obra», era conforme “a la finalidad social para la cual la obra fue divulgada en Internet”, siendo entonces “un límite de los derechos de explotación de la obra, de conformidad con el art. 31 TRLPI<sup>3</sup> y los arts. 15 y 17 de la Ley 34/2002”<sup>4</sup>. Tal vez lo desmesurado del petitorio de la demanda, al pretender que se condenara a la demandada a cesar en la utilización del motor de búsquedas de sus páginas web inclinó la balanza a favor de la accionada, tanto en las sentencias de instancia como en la del Tribunal Supremo (el cual razonó que “cuestión distinta ... sería que lo pedido en la demanda hubiera sido la eliminación de la «copia caché» o de los fragmentos de la página web del demandante en los resultados de la búsqueda y la indemnización de los perjuicios causados por la falta de

3 Texto Refundido de la Ley española de Propiedad Intelectual: “**Artículo 31. Reproducciones provisionales y copia privada.** 1. No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el autor o por la Ley. 2. No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a, los programas de ordenador” (nota del compilador).

4 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. “**Artículo 15. Responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios.** Los prestadores de un servicio de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio y, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal, no serán responsables por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, si: a. No modifican la información. b. Permiten el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita. c. Respetan las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información. No interfieren en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada y empleada por el sector; con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y d. Retiran la información que hayan almacenado o hacen imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento efectivo de: 1. Que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente. 2. Que se ha imposibilitado el acceso a ella, o 3. Que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella”. “**Artículo 17. Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.** 1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: a. No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b. Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse. 2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos” (nota del compilador).



autorización previa del demandante a Google”), aunque se haya elegido un camino para resolver la cuestión que a nuestra modesta manera de ver las cosas fue equivocado. En efecto, la Directiva Europea 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), regula el tema de la “memoria tampón” (o “catching”), conocida en castellano como “memoria caché”, consistente en el almacenamiento automático, provisional y temporal de datos facilitados por el destinatario del servicio y transmitidos por una red de comunicaciones, realizado con el solo fin de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de éstos. El instrumento comunitario dispone que el prestador de ese servicio de “catching” no es responsable de dicho almacenamiento automático, provisional y temporal, siempre que, entre otras cosas, no modifique la información y actúe con celeridad para retirar la información que haya almacenado o hacer que el acceso a ella sea imposible, en cuanto tenga “conocimiento efectivo” del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal u otra autoridad competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella (art. 13,1). Pero, como informa Ferrándiz Avendaño, “el programa de Google no solamente indexa los sitios Web que puedan interesar a sus usuarios, sino que también extrae contenidos de ellos: 1. Por un lado, reproduce un fragmento del texto alojado en ellos, el cual traslada a la lista de resultados situándolo debajo del enlace que remite el sitio Web correspondiente (el objeto no es otro que el de contextualizar las palabras objeto de la búsqueda para permitir al usuario discriminar entre los resultados. 2. Y, por el otro lado, captura toda la información contenida en forma de texto en cada una de las páginas escogidas, realizando una especie de fotografía instantánea de su estado en ese momento, almacena en un fichero en la memoria de sus servidores a modo de back-up”, de manera que “dicha reproducción se pone a disposición del usuario en respuesta a su petición de búsqueda con la palabra o palabras clave por éste requeridas sombreadas a color a través de un enlace bajo la denominación «En caché» que aparece situado a continuación del hipervínculo que remite al sitio Web y de la reproducción parcial de contenido a que antes se ha hecho referencia”<sup>5</sup>. Y de acuerdo con Peguera, “estas copias caché”, que según Google se almacenan durante una media de entre 14 y 20 días, nada tienen que ver con el almacenamiento en caché del servicio de transmisión, esto es, con el denominado system-caching o proxy-caching. Es decir que, según el mencionado autor, no se está en presencia de la actividad de los prestadores que realizan una copia temporal de los datos solicitados por un usuario (caching), que se benefician del particular régimen de exclusión de responsabilidad establecido en el artículo 15 de la Ley 34/2002 (que hemos transcrito a pie de página) porque “para que el safe harbor [puerto seguro] sea aplicable es preciso que el material sea transmitido desde su ubicación original a otra persona, distinta de la que puso el material en la red, y que dicha transmisión se haga a través de los equipos del proveedor y no por iniciativa del proveedor sino a requerimiento de esa otra persona que desea recibir el material. Es más que obvio que ese tercero no puede ser la misma persona que realiza la copia en caché, sino que lo que se copia en caché debe haber sido previamente solicitado por el usuario”<sup>6</sup>, razón por la cual no puede hablarse en este caso de una copia provisional y temporal que cumpla con los requisitos de la mencionada Directiva Europea ni de la Ley de española de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Y no debe olvidarse que como lo ha sentenciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea “las disposiciones de una directiva

5 FERRÁNDIZ AVENDAÑO, Pablo: *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª de 17 de septiembre de 2008. El problema de las copias «caché». El caso Pedregosa v. Google S.L.*, en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*. Instituto de Derecho y Ética Industrial. No. 58. Madrid, 2008, p. 72.

6 *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet* (2007), citado por FERRÁNDIZ AVENDAÑO, Pablo: *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª de 17 de septiembre de 2008. El problema de las copias «caché». El caso Pedregosa v. Google S.L.*. Ob. Cit. pp. 73-74.

que constituyen una excepción a un principio general establecido por esa misma directiva se han de interpretar restrictivamente ...”<sup>7</sup>. Descartada entonces la limitación prevista en las diferentes normas citadas, el Tribunal Supremo termina convalidando el fundamento de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en cuanto a la interpretación del asunto a la luz de la figura del “fair use” estadounidense, pues por más que afirme que “no es cierto que la sentencia recurrida decida el litigio alterando el sistema de fuentes mediante una aplicación del derecho estadounidense, porque su referencia al «fair use» (uso justo, limpio o leal) se enlaza con la que dentro del mismo párrafo se hace al «ius usus inocui» (derecho al uso inocuo del derecho ajeno)”, lo dicho en verdad por el fallo de la segunda instancia fue que **“lo que en el ámbito anglosajón es la doctrina del fair use debería guiar nuestra interpretación del alcance de la protección de los derechos de propiedad intelectual, que en ningún caso pueden configurarse como derechos absolutos, y sus límites”** (negrillas nuestras), por mucho que luego esta sentencia afirme que “se trata de trasladar a la esfera de la propiedad intelectual lo que el ius usus inoqui ha sido para la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, un límite natural del derecho de propiedad, que opera sobre todo al interpretar el alcance de su protección para evitar extralimitaciones absurdas”, ya que el “ius usus inocui” y el “fair use” no son figuras equivalentes. En efecto, el “ius usus inocui” no constituye un límite en sí mismo al derecho del autor sobre su obra, sino que es un método interpretativo al momento de analizar y aplicar las excepciones o limitaciones **previstas en la ley** (se ha resaltado)<sup>8</sup>, de modo que cuando en materia de derecho de autor alguna sentencia lo ha invocado, ha sido para explicar situaciones en las cuales, conforme a las normas legales aplicables, no se había violado el derecho del accionante<sup>9</sup>. Por el contrario, el “fair use” contiene los parámetros dentro de los cuales los jueces pueden considerar que determinada utilización constituye un “uso leal”, si ese límite específico **no aparece contemplado expresamente en la ley**. Por ello, cuando comentamos la sentencia de la Audiencia Provincial dictada en este asunto, expresamos lo siguiente: **“El «fair use» (traducido como «uso leal», «uso legítimo» o «uso justo»), es una figura típica del sistema estadounidense que, como informa la Copyright Office de ese país<sup>10</sup>, nació de la interpretación jurisprudencial nacional a través de un número sustancial de decisiones judiciales y que luego fue codificada básicamente en la Sección 107 del 17 U.S.C (Copyright Act) de 1976, que reza así: «No obstante las previsiones de las secciones 106 y 106A [derechos patrimoniales exclusivos y morales de paternidad e integridad sobre las artes visuales, respectivamente], el uso leal de una obra protegida por el derecho de autor, incluyendo el uso por reproducción en copias o discos sonoros o mediante cualquier otro medio especificado en tal sección, para propósitos tales como la crítica, comentarios, reporte de noticias, enseñanza (incluyendo múltiples copias para el uso de la clase), becas o investigación, no es una infracción al derecho de autor. Para determinar si el uso hecho de una obra en un caso particular es un uso leal, los factores a ser considerados deben incluir: (1) El propósito o carácter del uso, incluyendo si el mismo es de naturaleza comercial o si tiene un propósito educacional sin fines de lucro;(2) La naturaleza de la obra objeto de protección;(3) La cantidad y sustancia de la porción usada en relación con la obra como un todo; y (4) El efecto de tal uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra. El hecho de que la obra sea inédita no impedirá en sí mismo considerar un uso leal, si tal consideración está hecha sobre los factores arriba mencionados». Ahora bien, el «fair use» norteamericano parte de premisas distintas a la de los «usos honrados» desde la óptica de los países que siguen la tradición latina o continental. En efecto, en los Estados Unidos hay muy pocas limitaciones establecidas expresamente en la legislación para los**

7 Sentencia del 16-7-2009 (Asunto C-5/08).

8 ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*. REUS. Madrid, 2007, p. 186.

9 Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (Argentina). Sentencia de la Sala V (1-6-2005).

10 Fuente: <http://www.copyright.gov/fls/fl102.html>

**derechos exclusivos del autor, razón por la cual con la figura del «fair use» se deja un amplio margen de interpretación a los jueces, para considerar que una determinada utilización en concreto es «leal», tomando en consideración los parámetros generales ya citados. Por el contrario, en las legislaciones de la tradición continental el legislador se ocupa de enumerar un listado exhaustivo de limitaciones, precisamente para que su interpretación sea restrictiva ...»** (se ha resaltado). Vázquez López también se ha ocupado de marcar las diferencias entre los dos sistemas a los efectos de interpretar y aplicar los límites a los derechos exclusivos, en la forma siguiente: **“Sistema continental: derecho de explotación omnímodo, de contornos indefinidos, compuesto por un número indefinido de facultades que se corresponden con las explotaciones posibles. Limitaciones tasadas y concretas. Sistema anglosajón: Derechos tasados. Limitaciones genéricas, cajón de sastre o de contornos indefinidos”** (negrillas nuestras) <sup>11</sup>. Así, por ejemplo, poco importa, a los efectos de la limitación a los derechos exclusivos en los ordenamientos del sistema latino o franco-germánico, que la reproducción tenga o no naturaleza comercial o que carezca de propósitos lucrativos (ya que, por ejemplo, la puesta a disposición del público de ejemplares de la obra es ilícita, aunque tenga fines caritativos); o que el volumen de la parte utilizada sea importante en relación al conjunto de la obra, porque se trata de proteger los elementos originales de la obra preexistente, de modo que no es una cuestión simplemente cuantitativa, mientras que la influencia o no del uso sobre el mercado potencial de la obra protegida no es lo que hace que una reproducción sea libre o esté sometida al derecho exclusivo y excluyente del autor. Por todo ello, en la tradición latina el intérprete debe acudir directamente a los supuestos taxativos contemplados en la ley y, bajo una óptica restrictiva, determinar si una determinada situación encuadra perfectamente en alguno de los supuestos de hecho contemplados en la norma. Ante la debilidad del argumento del *“ius usus inocui”*, de alguna manera vinculándolo al *“fair use”*, la sentencia en comentarios acude entonces a la *“regla de los tres pasos”*, prevista para el derecho de reproducción en el artículo 9,2 del Convenio de Berna y para todos los derechos en el Acuerdo sobre los ADPIC y en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT). Si se observa con detalle el dispositivo del Convenio de Berna, el mismo pauta que **“Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”** (énfasis añadido), de modo que la potestad de establecer limitaciones a ese derecho, conforme a los tres pasos sucesivos allí previstos, corresponde a los legisladores y no a los jueces, quienes deben aplicar los límites previstos en su legislación, conforme al principio de la legalidad. Y de acuerdo a una máxima universalmente adoptada en la tradición latina o continental del derecho de autor, los límites al derecho exclusivo del autor son de interpretación restrictiva, como lo ha apuntado el Tribunal Supremo español al sentenciar que **“como toda excepción a los derechos de explotación del autor sobre su obra ... ha de hacerse sobre ella una interpretación de carácter restrictivo”** <sup>12</sup> y la propia Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en un fallo de fecha posterior al dictado en este asunto, cuando dijo que **“... la interpretación de los preceptos que establecen los límites a los derechos de propiedad intelectual ha de ser tal que no permita su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos o que vayan en detrimento de la normal explotación de las obras a que se refieran, de modo que dicha interpretación debe ser restrictiva ...”** <sup>13</sup> (énfasis añadidos). Y como quiera que, como se ha visto, la actividad de almacenamiento en la forma

11 VÁZQUEZ LÓPEZ Víctor: *Perspectivas de futuro en torno a los límites del derecho de autor. Las tendencias internacionales y la posición de la OMPI*, en *Los límites del derecho de autor*. REUS. Madrid, 2006.p. 297.

12 Sentencia de la Sala de lo Civil (8-6-2007).

13 Sentencia 118/2010 (3-5-2010).



llevada a cabo por el demandado en este caso no se beneficia de la exención de responsabilidad a que se refiere el artículo 15 de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, la sentencia del Tribunal Supremo, aunque niegue que hace una interpretación extensiva de las limitaciones a los derechos exclusivos, al expresar que *“la desestimación del recurso no supone la creación judicial de una nueva excepción no contemplada en la ley”*, es lo que termina haciendo al interpretar erradamente el artículo 40 bis de la Ley de Propiedad Intelectual, el cual, luego del catálogo exhaustivo de limitaciones del propio texto legal, dispone que **“Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran”**, texto que resulta concordante en lo esencial con lo previsto en el artículo 5.5 de 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, cuando pauta que **“Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho”** (negritas nuestras). Nótese claramente que mientras la regla de los tres pasos a que se refieren el Convenio de Berna, el Acuerdo sobre los ADPIC y el TODA/WCT es el parámetro dentro del cual los legisladores pueden prever limitaciones, los dos dispositivos antes transcritos se refieren a la forma de interpretar y aplicar los límites establecidos *“en determinados casos especiales”*, sin extenderlos a otros supuestos. Con razón se ha resuelto en otras jurisdicciones que *“... para que una conducta esté considerada dentro de los supuestos de limitación o excepción al derecho de explotación de los derechos de autor o derechos conexos no basta que esté expresamente contemplada como tal en la legislación de la materia, sino que además no debe atentar contra la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los intereses del legítimo titular del derecho”*<sup>14</sup>. No se trata entonces de que el 40 bis de la LPI haya establecido una suerte de *“regla de los dos pasos”* (al omitir la expresión *“en determinados casos especiales”*, que es una de las tres etapas contempladas en el artículo 9,2 del Convenio de Berna), pues como apunta Rodríguez Tapia al comentar el citado artículo 40 bis de la LPI, *“... lo correcto es interpretar que conforme al derecho español: a) los límites al derecho de autor y de propiedad intelectual, en general, son tasados y numerus clausus ...; b) los contados límites tasados (artículos 31 a 40), no pueden perjudicar al autor; c) los límites recogidos por este Capítulo no pueden perjudicar la explotación normal de la obra”*<sup>15</sup> (énfasis agregados). Pues bien, nada de lo anterior quiere decir que no se puedan agregar limitaciones a los derechos de propiedad intelectual ante el uso de las obras en el entorno digital, tomando en cuenta que el artículo 10 del TODA/WCT permite a las partes contratantes *“... prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”* y agrega que *“al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”*, al tiempo que una *Declaración Concertada* a dicha norma aclara entre otras cosas que las disposiciones del mencionado artículo *“permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables*

14 Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de INDECOPI (Perú). Resolución 371-2001/TPI-INDECOPI (11-4-2001).

15 RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Director: José Miguel Rodríguez Tapia). Ed. THOMSON/Civitas. Madrid, 2007, p. 342.



en virtud del Convenio de Berna”, así como “establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital”, aunque como puede verse tales limitaciones tienen que estar incorporadas a las legislaciones nacionales. Y como afirma Ficsor, si bien la tecnología digital puede cambiar las condiciones de uso de las obras, el traslado al entorno digital de limitaciones o excepciones válidas en el mundo analógico, o el reconocimiento de nuevas excepciones o limitaciones en la era de la sociedad de la información, solamente es aceptable en los términos del Tratado en base a la comprobación de la regla de los tres pasos <sup>16</sup>. Por último, así como el fallo dictado en su momento por la Audiencia Provincial fue objeto de críticas por autores como Ferrándiz Avendaño, ya citado, también lo ha sido la del Tribunal Supremo por parte de diversos especialistas, aunque con argumentos diferentes, porque a pesar de considerar que el resultado era el adecuado, se ha debido acudir a una fundamentación distinta, por ejemplo, que “iría en contra de los actos propios del demandante permitir (tecnológicamente) el indexado de su web en Google, y al mismo tiempo demandar por tal acto consentido” <sup>17</sup> o que “no quepa admitir en este caso la aplicación de la doctrina del abuso del derecho para llegar a la misma solución absolutoria de la Sentencia” <sup>18</sup>. © Ricardo Antequera Parilli, 2013.

## TEXTO COMPLETO:

*En la Villa de Madrid, a tres de Abril de dos mil doce.*

*La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación por interés casacional interpuesto por el demandante D. Mario, representado ante esta Sala por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra la sentencia dictada el 17 de septiembre de 2008 por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación nº 749/07 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 92/06 del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona, sobre infracción*

*de derechos de propiedad intelectual. Ha sido parte recurrida la compañía mercantil GOOGLE-SPAIN S.L., representada ante esta Sala por la procuradora Dª María Isabel Campillo García.*

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El 26 de septiembre de 2006 se presentó demanda interpuesta por D. Mario contra la compañía mercantil GOOGLE SPAIN S.L. solicitando se dictara sentencia por la que se condenase a la demandada: “1. Al cese del funcionamiento del motor de búsquedas de páginas Web accesible a través de la dirección de Internet [www.google.es](http://www.google.es), por medio de su suspensión y de su prohibición de reanudación. 2. A pagar al actor la cantidad de dos mil Euros en concepto de indemnización de daño moral. 3. A la íntegra publicación de la Sentencia en el diario “La Vanguardia”. 4. A las costas del procedimiento.”.

**SEGUNDO.-** Repartida la demanda al Juzgado de lo Mercantil nº de 5 de Barcelona, dando lugar a las actuaciones nº 92/06 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación con expresa condena en costas al demandante por su manifiesta temeridad.

**TERCERO.-** Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado- juez titular del

<sup>16</sup> FICSOR, Mihály: *Nuevas orientaciones en el plano internacional: Los nuevos Tratados de la OMPI sobre derecho de autor y sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas*, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997. Tomo 1. p. 338.

<sup>17</sup> RAMOS, Andy: *Reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo ¿que abre la vía a nuevos límites y principios?*, en <http://www.interiuris.com/blog/?p=902>

<sup>18</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 172/2012, de 3 abril de 2012. Reproducción de página de Internet por el buscador Google*, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil num.90/2012. Editorial Civitas. Madrid, 2012.

mencionado Juzgado dictó sentencia el 30 de marzo de 2007 desestimando íntegramente la demanda, absolviendo de la misma a la parte demandada e imponiendo las costas al demandante.

**CUARTO.-** Interpuesto por el demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 749/07 de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, esta dictó sentencia el 17 de septiembre de 2008 desestimando sustancialmente el recurso, confirmando el fallo de la sentencia apelada, salvo en lo relativo a las costas, y no imponiendo especialmente a ninguna de las partes las costas de la apelación.

**QUINTO.-** Anunciado por el demandante-apelante recurso de casación por interés casacional al haberse aplicado normas que no llevaban más de cinco años en vigor, el tribunal sentenciador lo tuvo por preparado y, a continuación, dicha parte lo interpuso ante el propio tribunal. El recurso se articulaba en dos fundamentos: el primero, infracción del sistema de fuentes y el segundo infracción del art. 31.1 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 12 de enero de 2010 al amparo del art. 477.2-3º LEC, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición planteando varias causas de inadmisión del recurso, impugnando también sus fundamentos por razones de fondo y solicitando la desestimación del recurso con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de 14 de octubre de 2011 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 1 de diciembre de 2011, pero suspendido este señalamiento por necesidades del servicio, se dictó providencia el 5 de diciembre de 2011 haciéndolo para el 7 de marzo de 2012, en que tuvo lugar la votación y fallo del

recurso.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Planteamiento del litigio y sentencias de las dos instancias.

El presente recurso de casación por interés casacional versa sobre los derechos del demandante, como autor de una página web de apuestas ([www.megakini.com](http://www.megakini.com)) frente a la demandada Google Spain S.L. (en adelante Google) por razón de la copia no autorizada de dicha página en su motor de búsquedas.

La demanda se interpuso el 26 de septiembre de 2006 pidiendo la condena de Google al cese del funcionamiento de su motor de búsquedas, accesible en la dirección de Internet [www.google.es](http://www.google.es), mediante su suspensión y prohibición de reanudación, a pagar al demandante la cantidad de 2.000'00 euros en concepto de indemnización por daño moral y a la íntegra publicación de la sentencia en el diario La Vanguardia. Su fundamento era, en síntesis, que el demandante no había autorizado la incorporación de su página electrónica ni la utilización de su contenido por parte de Google para que esta la comunicara indiscriminadamente a terceros con el único fin de promocionar sus propios enlaces patrocinados obteniendo beneficios, de modo que mientras los derechos del demandante se encontraban protegidos por los arts. 17 y 14-6º de la Ley de Propiedad Intelectual, la actuación de la demandada, en cambio, no era encuadrable en ninguna de las excepciones previstas en los arts. 31 y siguientes de la misma ley o en el art. 5 de la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001.

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda razonando, en síntesis, lo siguiente: 1) Al ofrecer los resultados de búsqueda, Google elegía una pequeña parte del contenido de

las páginas webs para orientar con su lectura al usuario y preparar el enlace o vínculo que permitía pasar de la página del buscador a la página original deseada; 2) el tratamiento de información por parte de Google suponía la retención de los datos obtenidos por sus rastreadores de la red en un soporte denominado “memoria caché”, que es temporal y transitoria porque sus archivos no están destinados a guardar los datos de un modo permanente, sino solo durante un tiempo y como medio necesario para su uso rápido y puntual; 3) descartada cualquier vulneración del derecho moral de paternidad del autor sobre su obra, ya que Google no se atribuía la autoría de las páginas ofrecidas como resultados de la búsqueda, sabiendo cualquier usuario mínimamente informado que tales páginas no son creadas por Google, la cuestión verdaderamente litigiosa consistía en si existía o no copia o reproducción in consentida de parte de la obra; 4) para decidir esta cuestión debía tenerse en cuenta que el propio demandante, al decidir la difusión de su obra por Internet, optó por el medio que le permitía la mayor difusión posible del contenido de su página, pues el objeto de esta era “captar interesados en mayor número alcanzable para jugar conjuntamente en apuestas deportivas o similares”; 5) este fin de la propia página web “se ve precisamente reforzado y estimulado por la introducción en los motores de búsqueda disponibles en Internet, sean los de GOOGLE o los de otros prestadores de servicios similares, de la dirección de la página web del autor”; 6) por tanto, la utilización de una parte de los contenidos de las páginas web por los buscadores era encuadrable entre “los usos sociales tolerados, según incluso la propia finalidad del autor”; 7) la forma en que se hacía el uso de que se trata “está limitada a lo esencial para su finalidad”, pues “el buscador ni copia el contenido total de la página web ajena, sino solo una mínima parte que ofrece como orientación del contenido al usuario buscador, ni lo hace de modo definitivo, sino por medio de archivos de memoria caché temporal, destinado a su actualización periódica o borrado definitivo”; 8) este es, además, el único medio para prestar un servicio eficaz de búsqueda, pues de otro modo sería necesaria una búsqueda abierta

en Internet a partir de la pregunta del usuario, que multiplicaría exponencialmente el número de horas de uso de la red; 9) por otra parte, Google tenía públicamente a disposición de los titulares de las páginas web incluidas en la base de datos de su buscador “un procedimiento de simple solicitud por el que poder excluir de modo definitivo su página web de aquella base de datos”; 10) desde la perspectiva de normas concretas del ordenamiento jurídico, “ya el art. 31 y ss. LPI disponen la existencia de una serie de límites para el legítimo ejercicio de los derechos de exclusión que otorga al titular la propiedad intelectual, como ocurre con cualquier derecho dominical”, límites por los que se configuran “los contornos del normal ejercicio del derecho, art. 7.1 CC, determinando la extensión legal máxima de las facultades del derecho”, más allá de los cuales este no es merecedor de tutela; 11) en este sentido, “el art. 15 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, excluye toda responsabilidad, por la reproducción temporal de los datos, para los prestadores de servicio de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio, con la única finalidad de hacer más eficaz su ulterior transmisión a otros destinatarios que lo solicitan, almacenando de forma automática, provisional y temporal, siempre que no modifiquen la información”; 12) el art. 17 de la misma ley, para determinar cuándo el prestador de servicios incurre en responsabilidad y cuándo no, parte necesariamente “de la licitud de incorporación de parte de contenidos ajenos en los enlaces ofrecidos, actividad que solo se convierte en ilícita cuando se dan los supuestos propios del art. 17 Ley 34/2002 “; 13) por tanto, mediante “una interpretación integradora de los citados preceptos”, había de concluirse que “el uso realizado por la demandada de sólo una pequeña parte del contenido de la página web de la actora, bajo las condiciones de temporalidad, provisionalidad, respeto a la integridad y autoría de la obra, y uso conforme a la finalidad social para la cual la obra se divulgaba en Internet, no infringe el derecho de autor del actor, ya que tal forma de uso, dentro de los



citados contornos, se erige, de conformidad con los arts. 31 LPI, y 15 y 17 Ley 34/2002 en un verdadero límite de los derechos de propiedad intelectual para este tipo de obras”.

Interpuesto recurso de apelación por el demandante, el tribunal de segunda instancia lo desestimó y confirmó el fallo de la sentencia apelada sin compartir del todo su motivación. Fundamentos de la sentencia de apelación, son los siguientes: 1) El demandante, en su recurso de apelación, admitía que la reproducción en la memoria caché de los equipos del buscador, que tiene por objeto el código html de las páginas de terceros, sí estaría amparada por la excepción del art. 31.1 LPI, pero no así la reproducción de un fragmento del texto de la página, al ofrecer los resultados de la búsqueda, ni las reproducciones de la copia caché que le han servido a Google para efectuar el proceso interno de selección que ofrece a sus usuarios; 2) el procedimiento del buscador de Google consiste en emplear unos robots de búsqueda que rastrean todos los sitios web conectados a la red “y hacer una copia del código html de las páginas visitadas en su propia memoria, para facilitar la indexación de la información contenida en dichas páginas”; 3) lo esencial es que el tratamiento de la información por Google” se realiza en sus propios ordenadores y empleando la base de datos que conforma la información copiada, en un soporte denominado ‘memoria caché’, que es temporal y transitoria”; 4) esta actividad “constituye una reproducción total o parcial de las páginas web, lo que, en principio, constituiría una vulneración de los derechos de explotación de sus titulares” según se desprende del art. 18 LPI, requiriendo en consecuencia la previa autorización “si no fuera porque el art. 31.1 TRLPI parece que lo excluye”; 5) las dos partes litigantes habían aceptado que la copia realizada por los robots de búsqueda de Google del código html de las páginas web que visita periódicamente, “en la medida en que se realiza para indexar la información y facilitar después las búsquedas solicitadas, quedaría incluida dentro del límite del art. 31.1 TRLPI”; 6) en cuanto a la primera conducta que el actor-apelante consideraba ilícita, consistente

en las reproducciones parciales del texto de los sitios web al presentar el resultado de la búsqueda, en realidad supone una reproducción y comunicación “tan efímera, incidental y mínima que, como veremos más adelante, carece de relevancia infractora”, pues con ella se trata de “ayudar al usuario de Internet a discriminar fácilmente los resultados obtenidos con la búsqueda”; 7) en cuanto al “servicio caché, complementario del servicio de motor de búsqueda de Google”, segunda conducta infractora según el apelante, consiste en poner “a disposición del solicitante de la búsqueda, junto a los hipervínculos que remiten a los sitios web originales, un vínculo en caché, esto es, el acceso a las copias caché realizadas en sus ordenadores por Google”, en las cuales aparecen sombreadas en distintos colores las palabras empleadas para la búsqueda, explicando así por qué ese sitio web fue incluido en los resultados de la búsqueda pero, además, permitiendo “acceder a la información copiada cuando los servidores de los que procede se encuentran temporalmente indisponibles o acelerar dicho acceso cuando el contenido de las páginas copiadas proviene de sitios poco accesibles o sobrecargados”; 8) el servicio caché de Google, es decir la puesta a disposición y no la copia en sí misma del código html, se equiparaba por la parte demandada y por la sentencia de primera instancia al “caching”, también denominado “system caching” o “Proxy caching”, actividad desarrollada por los servidores “cuando almacenan de forma automática los contenidos visitados por los usuarios la primera vez en un área especial de su disco duro, de manera que si los usuarios solicitan de nuevo esa página, no haya que efectuar una nueva transferencia de información. Esto es, después de solicitada por primera vez una página web, y hecha la copia caché (Proxy caché) por exigencias técnicas, esta copia es mostrada directamente a los posteriores solicitantes del acceso a la misma página web, sin necesidad de acudir nuevamente al sitio original donde se encuentra la página solicitada. Con ello se consigue un acceso más rápido a la información contenida en los sitios más visitados y se reduce la congestión de la red”; 9) “[e]l ‘Proxy caching’ realizado por los servidores de acceso a Internet



estaría amparado, con algunas dudas en un sector de la doctrina, por el art. 31.1 LPI pues, aunque propiamente no es esencial para hacer técnicamente posible la transmisión, en la medida en que sí lo es para acelerar las transmisiones digitales, contribuye a hacerla eficaz”, aunque en cualquier caso resultaría lícita conforme a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que incorpora los tres supuestos de exclusión de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación previstos en la Directiva 2000/31/CE; 10) por lo que respecta al “caching”, el art. 15 de dicha Ley 34/2002 no solo exime de responsabilidad a los prestadores de un servicio de intermediación por el contenido de los datos facilitados por un destinatario del servicio cuando los almacenen de forma automática, provisional y temporal con la única finalidad de hacer mas eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, sino que también los exime de responsabilidad “por la reproducción temporal” de esos mismos datos siempre que no modifiquen la información, permitan el acceso únicamente a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas por el destinatario cuya información se solicita, respeten las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información, no interfieran en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada para obtener datos sobre la utilización de la información y retiren la información almacenada o hagan lo posible para impedir el acceso a ella cuando tengan conocimiento de que haya sido retirada de la red, se ha imposibilitado el acceso a ella o una autoridad competente haya ordenado retirarla o impedir el acceso a ella; 11) la sentencia de primera instancia integra en este art. 15 de la Ley 34/2002 a los buscadores de Internet como Google, a la vista del anexo b) de la propia ley, “[p]ero en puridad ello no es correcto, pues el art. 15 LSSI no se refiere a cualquier prestador de un servicio de intermediación, de los contenidos en el anexo b), sino sólo a aquellos que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio”; 12) por tanto, este art. 15 “está pensando en el ‘proxy caching’ que realizan

los servidores de acceso a Internet”, según viene a confirmar el art. 13 de la Directiva 2000/31/CE, origen de aquel art. 15, “que claramente limita su aplicación a los prestadores de un servicio de transmisión”; 13) tratándose de buscadores de Internet como Google, su inclusión en el anexo b) de la LSSI tiene relación con la previsión contenida en su art. 17, “que sí le es de aplicación aunque resulte irrelevante en este pleito”, porque si bien se refiere a prestadores de servicios que facilitan enlaces o incluyen directorios o instrumentos de búsqueda, “lo hace para eximirles de responsabilidad por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios”, cuestión ajena al problema litigioso de la copia caché y su ofrecimiento al mostrar los resultados de la búsqueda; 14) por todo ello “no parece que sea aplicable la excepción de responsabilidad del art. 15 LSSI al servicio caché prestado por Google, porque no encaja en sus presupuestos legales, al no desarrollarse propiamente en el marco de un servicio de transmisión”, de modo que “tampoco parece que queda su inclusión dentro de la excepción del art. 5.1 de la Directiva 2001/29/CE y, consiguientemente, del art. 31.1 LPI, porque difícilmente encaja en la dicción literal de dichos preceptos”, no faltándole razón al demandante cuando, en su recurso de apelación, niega que el servicio caché sea necesario para la búsqueda, que queda cumplida con la relación de hipervínculos, y cuestiona su carácter provisional, ya que la copia caché queda a disposición de los usuarios durante un tiempo aleatorio que no necesariamente coincide con la modificación de la página web por su titular; 15) ahora bien, “al margen de si las conductas enjuiciadas se encuentran cubiertas directamente por la excepción del art. 31.1 LPI, sobre lo que la anterior posición doctrinal ha logrado generar algo más que una duda razonable, en realidad estas conductas carecen de entidad suficiente como para considerarlas infractoras de los derechos de autor respecto de la información reproducida y/o puesta a disposición del público”, porque el aparente listado cerrado de excepciones al ejercicio de las facultades patrimoniales del titular de los derechos de propiedad intelectual “admite algunas matizaciones”;

16) en primer lugar, el art. 40 bis LPI, introducido por la Ley 5/1998, de incorporación de la Directiva 96/9/CCE sobre bases de datos, dispone que los artículos sobre límites, es decir, los arts. 31 y siguientes de la Ley de Propiedad Intelectual “no podrán interpretarse de manera tal que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran”, lo que “puede dar lugar a que, por vía interpretativa, nos cuestionemos los límites de estos derechos más allá de la literalidad de los preceptos que los regulan, positiva y negativamente, en este caso los derechos de reproducción y de puesta a disposición (comunicación)”; 17) la interpretación correcta “debería guiarse” por “[I]o que en el ámbito anglosajón es la doctrina del “fair use”, ya que los derechos de propiedad intelectual “en ningún caso pueden configurarse como derechos absolutos”; 18) en último extremo “se trata de trasladar a la esfera de la propiedad intelectual lo que el ‘ius usus inoqui’ ha sido para la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, un límite natural del derecho de propiedad, que opera sobre todo al interpretar el alcance de su protección para evitar extralimitaciones absurdas”; 19) para decidir sobre la inocuidad o no del uso de la página del demandante hay que atender a la finalidad y carácter del mismo, “que en este caso persigue facilitar al solicitante de la búsqueda la elección de aquellos resultados que satisfagan el objetivo perseguido con su solicitud y un primer acceso más rápido”, la naturaleza de la obra, que es el contenido de una página web “expuesta al público que navega por la red”, sin restricción alguna impuesta por su autor, “la cantidad y sustancialidad de la parte reproducida y exhibida en relación con el conjunto de la obra, que es parcial y, respecto de la mostrada directamente en la lista de resultados, la mínima imprescindible para que el solicitante pueda discriminar en un primer momento si le interesa o no un determinado resultado”, y, en fin, “el efecto sobre el mercado potencial y el valor de la obra, que no sólo no perjudica al titular de los derechos sino que le beneficia en cuanto que contribuye a la finalidad originaria de un sitio web, que es facilitar que sea consultado por el mayor número de personas posible, contribuyendo además

a descongestionar la red, pues la primera consulta se realiza sobre las copias caché de Google”; 20) desde este punto de vista acertó la sentencia de primera instancia al subrayar “que la creación de una página web y su introducción en la red responde a la finalidad de divulgarla en ese medio, lo que se logra principalmente gracias al servicio prestado por buscadores como Google, que necesariamente hacen uso del contenido de la página web y en la medida que lo hacen con la única finalidad de facilitar la labor de búsqueda y discriminación por el internauta de los resultados obtenidos con su solicitud, llevan a cabo un uso social tolerado de aquellas obras, que responde además a la finalidad perseguida por el autor”; 21) en definitiva, la solución ha de guiarse “por el sentido común, que debe impedir sancionar y prohibir una actividad que no sólo no perjudica al titular de los derechos de propiedad intelectual sobre un sitio web sino que le beneficia, pues contribuye a conseguir una de las finalidades implícitamente perseguidas por el autor que es su difusión y acceso a los internautas, siendo además efímera e incidental la reproducción y comunicación realizada”; 22) por tanto, el “caching” realizado por Google debe considerarse lícito, puesto que su finalidad es “contribuir a la difusión y puesta a disposición del público que pretende el titular de la obra que ‘cuelga’ en un sitio Web y permite que pueda ser localizada por un buscador”, de modo que “no sólo no perjudica al titular ni contraría propiamente sus derechos, sino que está tácitamente aceptado por quienes ‘cuelgan’ sus obras en la red sin impedir o restringir el libre acceso a las mismas”; 23) con todo lo anteriormente razonado “no se reconoce una impunidad absoluta para Google”, pues el servicio de buscador ha de prestarse “salvaguardando unas condiciones mínimas que preservan la integridad de la obra y la facultad de puesta a disposición (comunicación) del titular de la obra”, condiciones que en definitiva vienen a coincidir con las impuestas por el art. 15 LSSI, que no es aplicable a la cuestión litigiosa pero sí explícita “los límites que en todo caso debe tener esta práctica del ‘caching’: la salvaguarda de la integridad de la obra y la facultad de puesta a disposición (comunicación) del titular de la obra”, no

*habiéndose alegado ni tan siquiera en la demanda que Google incumpliera esas condiciones al prestar su “servicio caché”.*

*Contra la sentencia de apelación el demandante-apelante, es decir el titular de los derechos de la página web [www.megakini.com](http://www.megakini.com), ha interpuesto recurso de casación por interés casacional.*

### **SEGUNDO.- Admisibilidad del recurso.**

*Como quiera que la parte demandada-recurrida, Google, ha planteado en su escrito de oposición que el recurso es inadmisibile, esta será la primera cuestión a examinar y resolver en la presente sentencia.*

*En el escrito de preparación del recurso el interés casacional se justificó, al amparo del art. 477.2-3º LEC, por la infracción de una norma, “el art. 31.1 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual”, que no llevaba más de cinco años en vigor, ya que la redacción del precepto a tener en cuenta era la resultante de la modificación llevada a cabo por la Ley 23/2006, de 7 de julio.*

*En el escrito de interposición, tras justificarse de nuevo el interés casacional por el periodo de vigencia de dicho art. 31, que había comenzado el 29 de julio de 2006 por no contener la citada Ley 23/2006 ninguna especialidad en relación con el plazo de veinte días previsto con carácter general en el art. 2.1 del Código Civil, se exponían dos “Fundamentos” del recurso. El primero consistía en que “[l]a sentencia recurrida infringe el sistema de fuentes” establecido en el art. 1 de nuestro Código Civil, al aplicar en realidad, mediante su referencia a la doctrina anglosajona del “fair use”, la sección 107, capítulo 1, título 17 del Código de los Estados Unidos, reguladora de la excepción del “fair use” a los derechos de autor, para interpretar una norma española, como es el art. 40 bis de la Ley de Propiedad Intelectual, que incorpora la llamada “prueba de los tres pasos, de las tres etapas o de las tres fases”, introduciendo así una nueva excepción*

*ad hoc, extraña al ordenamiento vigente. A su vez, el segundo fundamento del recurso se enunciaba así: “[e]l art. 31.1 TRLPI como norma infringida”, centrándose su alegato en el significado económico independiente o aprovechamiento por Google de la obra ajena mediante conductas que “no constituyen meros actos de transmisión de la información, sino que son propiamente usos del código html de los sitios ajenos”, todo ello desde la consideración de que Google había reconocido “la obtención de ingresos a partir de los enlaces patrocinados que son presentados en las páginas de resultados de las búsquedas efectuadas por los usuarios”.*

*En su escrito de oposición, Google plantea como cuestión “preliminar” que el recurso carece de motivos de casación, al no estructurarse en motivos, sino en “fundamentos”, y a continuación alega que no son admisibles ninguno de sus dos “fundamentos”. Contra la admisibilidad del primero aduce las siguientes razones: 1ª) Falta de interés casacional en la denuncia de la infracción del artículo 1 del Código Civil; 2ª) falta de mención en el escrito de preparación del mismo artículo 1 del Código Civil como precepto infringido; 3ª) ausencia de precisión del párrafo o apartado del artículo 1 del Código Civil presuntamente infringido por la sentencia de apelación; y 4ª) imposibilidad de fundar un recurso de casación en la infracción del artículo 1, apartado 1, del Código Civil. Y a la admisibilidad del “fundamento” segundo opone las siguientes razones: 1ª) Ausencia de interés casacional, dado que la sentencia recurrida no aplica el art. 31.1 de la Ley de Propiedad Intelectual ni infringe dicho precepto; y 2ª) ausencia de interés casacional, dado que el recurso de casación no se dirige en realidad contra la ratio decidendi de la sentencia impugnada.*

*Pues bien esta Sala considera que debe mantenerse la admisibilidad del recurso, declarada ya en su auto de 12 de enero de 2010, por las siguientes razones:*

*1ª) Aunque el recurso se estructure en “fundamentos” y no en motivos, la lectura íntegra del escrito de interposición permite comprender en seguida que se funda en un motivo único consistente en*



*infracción, por no aplicación, del art. 31.1 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI) en relación con la infracción de su art. 40 bis, para cuya interpretación el tribunal de apelación habría acudido a una norma extraña a nuestro ordenamiento jurídico por pertenecer al de los Estados Unidos de América.*

*2ª) A partir de lo anterior no cabe estimar ninguna de las razones que Google opone a la admisibilidad del recurso, pues su interés casacional queda justificado por el dato indiscutido de que el art. 31.1 LPI no llevaba más de cinco años en vigor, ya que su aplicación o no aplicación al caso sería siempre según la redacción que le dio la Ley 23/2006, de 7 de julio, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 3 de julio de 2006.*

*3ª) Por tanto, los argumentos del escrito de oposición acerca del art. 1 del Código Civil (en adelante CC), ya por falta de interés casacional, ya por omisión de su cita en el escrito de preparación, carecen de entidad suficiente para justificar que no se tenga en cuenta el contenido del “fundamento” primero del recurso, pues lo cierto es que, como se desprende de la motivación de la sentencia recurrida, el tribunal de apelación fundó su decisión, entre otras razones, en la doctrina anglosajona del “fair use” como guía interpretativa del art. 40 bis LPI, y contra esto se alza el recurrente alegando que lo realmente aplicado para interpretar dicho artículo ha sido una ley norteamericana extraña a nuestro sistema de fuentes que, además, ha sido determinante para no aplicar en todo su rigor el art. 31.1 LPI.*

*4ª) En cuanto a los argumentos de la parte recurrida contra la admisibilidad del “fundamento” segundo, lo ya razonado sobre el interés casacional del recurso es suficiente para desvirtuarlos, si bien debe añadirse, para agotar la respuesta de esta Sala, que no es cierto que el recurso no se dirija contra la ratio decidendi o razón causal del fallo de la sentencia recurrida. Antes bien, es precisamente esta razón causal, en síntesis la resolución del caso desde el art. 40 bis LPI y no desde su art. 31.1, lo impugnado directamente en el recurso por considerar el*

*recurrente que, si se hubiera aplicado estrictamente el art. 31.1, la significación económica independiente de los actos de reproducción provisional llevados a cabo por Google habría determinado la necesidad de que estos actos contaran con la autorización del demandante.*

*5ª) Por último, la lectura íntegra del escrito de oposición de la parte demandada-recurrida revela que la admisión del recurso no genera para ella ningún riesgo de indefensión, pues al impugnar el recurso por razones materiales o de fondo queda más que demostrada su perfecta comprensión del núcleo del litigio, de la motivación esencial de las sentencias de ambas instancias y del interés casacional del recurso.*

*En consecuencia procede entrar a conocer del recurso.*

**TERCERO.-** Planteamiento del recurso y de la oposición de la parte recurrida.

*Aunque de la esencia del recurso se ha tratado ya para decidir sobre su admisibilidad, procede reseñar como argumentos y explicaciones más relevantes del mismo los siguientes: 1º) Las dos conductas de Google sometidas a enjuiciamiento son, en primer lugar, la reproducción parcial de fragmentos del texto de los sitios web ofrecidos como resultado de la búsqueda y, en segundo lugar, “la provisión de un enlace de acceso a la copia caché del código html de los mismos sitios web”; 2º) factores como “la finalidad y el carácter del uso, la naturaleza de la obra, la cantidad y sustancialidad de la parte reproducida y exhibida en relación con el conjunto de la obra y el efecto sobre el mercado potencial y el valor de la obra”, considerados por la sentencia recurrida para su decisión absolutoria, corresponden a una traducción literal de la sección 107, capítulo 1, título 17 del Código de los Estados Unidos, que regula la excepción del “fair use” a los derechos de autor; 3º) no obstante, la sentencia recurrida no aplica la norma norteamericana sino que la utiliza para interpretar el art. 40 bis LPI pese a disponer este que las excepciones al derecho de autor “no*



podrán interpretarse de manera tal que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieren”; 4º) en consecuencia, al entender la sentencia impugnada que los límites a los derechos de reproducción y puesta a disposición (comunicación) pueden ser interpretados “más allá de la literalidad de los preceptos que los regulan”, está haciendo una interpretación incompatible con el sentido del art. 40 bis LPI, en el que se recoge la llamada “prueba de los tres pasos, de las tres etapas o de las tres fases” cuya formulación primigenia puede encontrarse en el art. 9.2 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas; 5º) esta prueba o test “exige una descripción típica de los límites al derecho de autor, y proscribe las interpretaciones extensivas o analógicas de excepciones al derecho de autor”, como se desprende de la sentencia de esta Sala de 8 de julio de 2007 y de otra de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, sosteniendo el criterio opuesto una sentencia de la Sección 15ª de Barcelona, es decir del mismo tribunal que dictó la sentencia recurrida, y otra de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid; 6º) “[e]n el caso de la sentencia recurrida, no nos encontramos ante la interpretación extensiva de un precepto aplicable, sino que se trata de la decisión del litigio en base a una nueva excepción ad hoc, extraña al ordenamiento vigente”, lo que implica una infracción del sistema de fuentes al decidirse el litigio “en base a una excepción atípica, en lugar de resolverse en atención al art. 31.1 TRLPI”; 7º) este art. 31.1 LPI, en su redacción según la Ley 23/2006, traspuso al ordenamiento jurídico español la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de cuyos antecedentes se desprende que su art. 5.1 contiene una norma reguladora, entre otros supuestos, de las “copias caché”, como la propia demandada habría reconocido en su escrito de contestación a la demanda; 8º) de ahí que el debate entre las partes acerca de la interpretación de los arts. 31.1 LPI y 5 de la Directiva 2001/29 se centrara en “el significado económico independiente de los actos de explotación ejecutados por GOOGLE SPAIN S.L.”; 9º) la demandada negó

ese significado económico independiente pese a reconocer que obtenía ingresos a partir de los enlaces patrocinados que presentaba en las páginas de resultados de las búsquedas realizadas por los usuarios; 10º) la reproducción de fragmentos de los sitios web y el enlace de acceso a la reproducción caché que alberga el buscador de Google en sus equipos “no constituyen meros actos de transmisión de la información, sino que son propiamente usos del código HTML de los sitios ajenos, que resultan empleados por la demandada como un medio para su actividad mercantil”; 11º) con arreglo al apdo. 3-7 del dictamen del Comité Económico y Social sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (98/C 407/06, DOCE de 28-12-98), la “significación económica independiente” se refiere al uso de la obra, no a su transmisión, y cualquier reproducción que, de hecho, suponga un aprovechamiento de la obra, como ocurre al copiar temporalmente programas o datos en la memoria con el fin de usar tales obras y acceder a ellas -por ejemplo, el acto de acceder a bases de datos en línea-, debería permitirse únicamente previa autorización del titular de los derechos.

La oposición de Google al recurso se funda, en síntesis, en los siguientes argumentos: 1º) La sentencia recurrida no aplica ninguna norma de derecho extranjero, sino que “desecha la aplicación de los arts. 31.1 LPI y 15 y 17 LSSI” y, en cambio, “considera aplicable el art. 40 bis LPI, que el tribunal interpreta con arreglo a los criterios legales contemplados en el artículo 3.1 del Código Civil, haciendo mención expresa a la añeja institución del *ius usus inoqui*”; 2º) la doctrina del “fair use” se invoca en la sentencia recurrida para “guiar” su interpretación del art. 40 bis LPI, como acaba reconociendo el propio recurrente; 3º) la excepción aplicada en la sentencia recurrida no es nueva ni atípica, “sino el resultado alcanzado por el tribunal tras la exégesis del indicado precepto”, por lo que no puede haber infracción alguna del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico; 4º) el

art. 31.1 LPI establece un límite a la regla general del derecho exclusivo del autor a autorizar la explotación de su obra, lo que significa que, cuando concurren las condiciones para aplicarlo, el uso de la obra por un tercero será lícito sin necesidad de autorización del autor; 5º) sin embargo, “la ausencia de alguna de esas condiciones no determina, contra lo que supuestamente pretende el recurrente, una prohibición de uso, ya que la Ley de Propiedad Intelectual contempla otras excepciones o limitaciones que pueden resultar e aplicación, entre otras la derivada del artículo 40 bis LPI, en relación con la doctrina del *ius usus inoqui*”; 6º) en el caso enjuiciado concurren “todas las condiciones para la aplicación de la llamada regla de los tres pasos que recoge el artículo 40 bis LPI”, y aunque se aceptase que las copias no estaban amparadas por la excepción del art. 31.1 LPI, “eso no impide de ningún modo que se declare lícita la actuación de Google al amparo del artículo 40 bis LPI, en relación con la doctrina del *ius usus inoqui*”; 7º) los elementos de interpretación invocados en el recurso (dictamen, proyecto de posición común de directiva, pregunta hecha por un miembro del Parlamento Europeo) son en sí mismos poco relevantes; 8º) sin embargo, lo que sí es relevante es que el recurrente denuncie la infracción del art. 31.1 LPI “pero no analice en ningún momento en qué ha consistido su presunta vulneración”; 9º) es cierto que el recurso se centra en el “significado económico independiente” de la actividad de Google, pero olvidando que lo exigido por el art. 31.1 LPI, como requisito para la aplicación del límite, es que los actos de reproducción carezcan “por sí mismos “ de una significación económica independiente; 10º) por tanto, “no se trata de que los actos de reproducción no tengan un significado económico, sino de que ese significado económico sea independiente”, de modo que “el criterio decisivo ... consistirá en determinar si, a raíz de los actos de reproducción transitoria o accesoría, se obtienen directamente ventajas económicas”, como sucedería, por ejemplo, si “Google obtuviese una remuneración directa por la realización de la reproducción de la página web del demandante, o ejerciera una actividad autónoma remunerada de reproducción de páginas web”; 11º) en definitiva,

“[l]o único que prohíbe el artículo 31.1 LPI (y, en cuanto tal prohibición, no es susceptible de interpretación extensiva; cfr. Artículo 4.2 del Código Civil) es que ese significado económico del acto de reproducción temporal sea independiente del beneficio o lucro propio del servicio de transmisión de la información en el que se inserta”; 12º) no se ha probado en absoluto que el almacenamiento en la memoria caché de Google de la página web del recurrente represente para Google algún significado económico independiente, pese a incumbir al recurrente la carga de la prueba; 13º) por eso, el que se muestre, junto a los resultados de la búsqueda, una serie de enlaces patrocinados, no significa de suyo que los actos de reproducción litigiosos supongan para Google una significación económica independiente, pues “los enlaces patrocinados son una cosa y la reproducción caché otra muy distinta, y la significación económica independiente por sí misma se predica de ésta, no de aquéllos”, 14º) por último, la alegación de que los actos de reproducción consistentes en la copia caché tienen por sí mismos una significación económica independiente “es radicalmente incompatible con el hecho de que la página web del demandante se encuentra inactiva desde el día 13 de mayo de 2006”, es decir desde antes de la interposición misma de la demanda; 15º) en un plano más general, el derecho de propiedad intelectual no puede quedar al margen de “los límites a los que, con carácter general, se sujeta el ejercicio de los derechos”, entre los cuales se encuentra el *ius usus inoqui* o uso social tolerado, asimilado tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia como “límite intrínseco al ejercicio de todo derecho subjetivo” y que, tras la Constitución, algunos autores consideran un límite institucional al derecho de propiedad; 16º) el Tribunal Supremo ha acudido al *ius usus inoqui* o al abuso de derecho como criterio decisorio de determinados conflictos relacionados con el ejercicio del derecho de propiedad, según permiten comprobar las sentencias de 30 de octubre de 1983, sobre utilización de la posesión ajena sin daño para el poseedor, 3 de abril de 1983, sobre introducción de elementos constructivos en el subsuelo de un terreno ajeno, o 29 de abril de 2009, sobre ilustración

parcial de la portada de un libro con la fotografía de un deportista; 17º) en el caso litigioso ninguna de las dos actividades de Google denunciadas en el recurso perjudica al demandante sino que, muy al contrario, le benefician; 18º) el demandante, al divulgar su página web sin supeditar su acceso a clave alguna ni requisito análogo, sabía, o al menos debía saber, que su página “será indexada por los motores de búsqueda”, pues la indexación es un uso social tolerado, como considera la sentencia recurrida, y “quien crea una página web y la coloca en ese gran escaparate digital que es Internet, lo hace con la finalidad de que sea visitada por el número más elevado posible de usuarios de la red”, implicando su actuación, “cuando menos, un consentimiento implícito a la incorporación de su página web a los resultados de los buscadores”, es decir, “una licencia implícita para que el resultado de la búsqueda se traduzca en los tan mencionados ‘snippets’ y en una copia caché, ambos en constante proceso de actualización”; 19º) finalmente, “[l]as normas jurídicas, y la Ley de Propiedad Intelectual y los derechos de autor no son una excepción, han de ser interpretadas en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (artículo 3.1 del Código Civil)”.

**CUARTO.- Consideraciones necesarias para la decisión del recurso.**

La motivación de las sentencias de ambas instancias y los respectivos planteamientos de las partes recurrente y recurrida contienen importantes consideraciones doctrinales acerca de la interpretación de los arts. 31.1 y 40 bis LPI. Sin embargo el recurso de casación por interés casacional no está destinado a fijar o unificar doctrina jurisprudencial sin efectos sobre situaciones jurídicas particulares derivadas de sentencias determinadas, como para materias procesales sí contempla el art. 493 LEC respecto del aún inédito recurso en interés de la ley, modalidad suspendida de hecho por la D. Final 16ª de la propia LEC, sino que, muy al contrario, la sentencia que se dicte por esta Sala, si llegara a considerar fundado el recurso, habrá de casar la resolución impugnada y resolver “sobre

el caso, declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiese producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de jurisprudencia” aunque sin afectar “a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias, distintas de la impugnada, que se hubieren invocado” (art. 487.3 LEC).

De lo anterior se sigue que cuando la modalidad de interés casacional en que se funde el recurso sea la tercera del apdo. 3 del art. 477 LEC, es decir la aplicación por la sentencia recurrida de normas que no lleven más de cinco años en vigor, la interpretación por esta Sala de la norma de que se trate no podrá desvincularse del concreto objeto del litigio en el que se hubiera interpuesto el recurso, pues la función de la jurisprudencia como complemento del ordenamiento jurídico (art. 6.6 CC) se cumple sentencia a sentencia, interpretando y aplicando la ley, la costumbre y los principios generales del derecho en atención a las peculiaridades o concreciones que cada caso enjuiciado introduzca en la hipótesis abstracta que contempla la norma interpretada. En suma, los tribunales no resuelven polémicas doctrinales sino que se pronuncian sobre pretensiones concretas examinándolas conforme a las normas aplicables en la materia de que se trate.

Resulta imprescindible puntualizar, por tanto, que en el presente litigio lo pretendido por el demandante, ahora recurrente, no es que la demandada Google elimine de su buscador la “copia caché” de la página, accesible a todos los usuarios de Internet que lo deseen, ni los fragmentos de la misma página inmediatamente visibles al mostrarse los resultados de la búsqueda, sino, mucho más contundentemente, el cese absoluto del funcionamiento del propio motor de búsquedas de Google, interesando el recurrente su suspensión y prohibición de reanudación, así como una indemnización de 2.000’00 euros por daño moral y la publicación íntegra de la sentencia, si fuese condenatoria, en el diario La Vanguardia, pretensiones de la demanda en las que insiste el recurso cuando, en las peticiones del escrito de interposición, se solicita la casación y anulación de la sentencia recurrida para que, en su lugar, se dicte



otra estimando la demanda.

Según este planteamiento es innegable que el demandante se considera perjudicado, pero así como en su demanda aludía a su derecho de explotación de la obra, a su derecho a retirar la obra y al daño moral, cifrado eso sí en atención “fundamentalmente al importante grado de difusión de la obra, y a la gravedad de la lesión, que debe ponderarse con los importantes ingresos que obtiene la demandada”, en su recurso de casación, en cambio, prescinde prácticamente por completo del daño moral o cualquier otro perjuicio que le hayan podido causar las dos actividades de Google a que se ciñe el recurso para, casi exclusivamente, centrarse en el provecho económico que obtendría Google mediante los enlaces patrocinados, lo que en opinión del recurrente impide, con arreglo al art. 31.1 LPI y ya de entrada, no considerar necesaria su autorización para dichas actividades de Google.

Pues bien, es precisamente el maximalista planteamiento del recurrente lo que explica en gran medida la motivación de las sentencias de ambas instancias, que aunque discrepan en la norma de la LPI más exactamente aplicable al caso, el art. 31.1 en relación con los arts. 15 y 17 de la Ley 34/2002 para la de primera instancia y el art. 40 bis para la de apelación en cuanto la letra del art. 31.1 no permitiría eximir de autorización la puesta a disposición de la copia “caché”, vienen claramente a coincidir en que las actividades de Google cuestionadas se ajustan a “los usos sociales tolerados”, mientras que el derecho del demandante como autor de su página web se encuentra limitado, como cualquier otro derecho dominical, por su ejercicio normal (art. 7 CC, FJ 4º de la sentencia de primera instancia), que impide “extralimitaciones absurdas” (FJ 4º de la sentencia de apelación), o por su uso inocuo por Google (también FJ 4º de la sentencia de apelación), hasta el punto de resultar contrario al “sentido común” que se pretenda prohibir “una actividad que no solo no perjudica al titular de los derechos de propiedad intelectual sobre un sitio web sino que le beneficia” (asimismo FJ 4º de la sentencia de apelación).

Sin embargo el demandante, en su recurso, prefiere no profundizar en esa motivación coincidente de las sentencias de ambas instancias, cuya importancia en cambio sí subraya la parte recurrida en su escrito de oposición, y por tanto habrá de entenderse que, siempre según el planteamiento del recurso, el derecho del demandante es tan absoluto que impedirá incluso las actividades de difusión de su página web que le benefician, sin causarle ningún perjuicio, por la sola circunstancia de que Google obtenga ingresos mediante sus enlaces patrocinados.

#### **QUINTO.-** Decisión del recurso.

Planteado así el recurso, ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1ª) No es cierto que la sentencia recurrida decida el litigio alterando el sistema de fuentes mediante una aplicación del derecho estadounidense, porque su referencia al “fair use” (uso justo, limpio o leal) se enlaza con la que dentro del mismo párrafo se hace al “ius usus inocui” (derecho al uso inocuo del derecho ajeno), que no puede sostenerse seriamente resulte ajeno al ordenamiento jurídico español, porque a su reconocimiento por la doctrina y la jurisprudencia españolas (por ej. SSTs 20-3-89, 14-3-03 y 29-4-09) se unen la configuración constitucional de la propiedad como un derecho delimitado por su función social, de acuerdo con las leyes (art. 33.2 de la Constitución), la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la utilidad individual y la función social como elementos que definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes (STC 37/1987) o, en fin, que con arreglo al art. 7.2 CC el intento de prohibir el uso inocuo de un derecho pueda rechazarse si a su vez ese intento constituye un ejercicio antisocial del propio derecho.

En suma, este argumento del recurso equivale a mantener que la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo” en materia de sociedades vulnera también el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español por no tener su



origen en España.

2ª) El recurrente presenta la cuestión litigiosa como si todo aquello que no aparezca en la letra de la ley fuese inexistente. Sin embargo la proliferación de normas y la creciente incorporación al ordenamiento jurídico español de normas supranacionales e internacionales no es incompatible, sino más bien al contrario, con que las dudas que suscite la letra de la ley especial se resuelvan mediante normas de carácter más general que, a su vez, incorporan principios antes reconocidos por la doctrina científica y la jurisprudencia. Ejemplo especialmente significativo de estas últimas es el art. 7 CC, que a partir del año 1974 dotó de reconocimiento legislativo general a lo que ya venía resolviendo la jurisprudencia en materia de ejercicio de los derechos conforme a la buena fe y prohibición del abuso del derecho. Es más, hoy puede decirse que a medida que crece el número de normas escritas mayor relevancia adquieren los principios, ya que, por un lado, se multiplican las posibilidades de antinomias y, por otro, siempre quedarán casos sin regular de una forma inequívoca.

3ª) La discrepancia entre las sentencias de ambas instancias a la hora de encuadrar la actividad de los buscadores de Internet y las dudas que sobre su propia solución manifiesta la sentencia recurrida muestran la necesidad de un especial esfuerzo interpretativo de la ley escrita para resolver las cuestiones litigiosas, y si bien el recurrente, acudiendo a los antecedentes del art. 31.1 LPI y de la Directiva 2001/29/CE, parece tener claro que aquella actividad está regulada por el art. 31.1, siempre seguirá siendo necesario preguntarse si esta norma, al no dispensar expresamente de la autorización o licencia previa del autor las actividades de un buscador de Internet que le beneficien, está prohibiendo también dichas actividades; en suma, si la ley escrita tiene que ser tan minuciosa, incluso tratándose de un catálogo cerrado de excepciones, que contemple lo obvio o elemental.

4ª) El texto del art. 31.1 LPI, primero del capítulo a los límites del derecho de autor y titulado

*Reproducciones provisionales y copia privada, es el siguiente: “No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el autor o por la ley”.*

*Por su parte el art. 40 bis, último del mismo capítulo, reza así: “Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieren”.*

5ª) Es cierto que conforme al art. 31.1 LPI interpretado de acuerdo con el art. 5.1 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, la puesta a disposición de la copia “caché” (mucho más dudosamente la de algunos fragmentos de la página, dada su insignificancia y su finalidad de orientar al usuario) requeriría en principio la autorización del autor de la página web; como también lo es que un sistema de protección de derechos fundado en la necesidad de autorización del titular salvo que concurra alguna de las excepciones establecidas por la ley, siguiendo el método del catálogo o lista exhaustiva, es un sistema cerrado, en el sentido de no admitir más excepciones a la necesidad de autorización que las expresamente establecidas. Sin embargo no es menos cierto que el art. 40 bis LPI, como disposición común a todas las del capítulo primero del título III, en el que se encuadra el art. 31, tiene un valor interpretativo no solo y exclusivamente negativo (“Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse...”), sino también positivo, en cuanto enuncia los principios que justifican la propia excepcionalidad de los límites o,

*si se quiere, la necesidad de la licencia del autor como regla general (“perjuicio injustificado a los intereses legítimos” o “detrimento de la explotación normal de las obras”).*

*Esto permite que la denominada regla, prueba o test “de los tres pasos” contenida en el art. 40 bis pueda considerarse como manifestación especial en la LPI de la doctrina del ius usus inocui, del principio general del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena (art. 7.1 CC), del principio asimismo general de la prohibición del abuso del derecho o del ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC) y de la configuración constitucional del derecho de propiedad como derecho delimitado, lo que a su vez exige, en caso de litigio, que el tribunal analice la concreta pretensión del autor demandante para comprobar si en verdad la reproducción puede causar algún perjuicio a sus intereses “legítimos”, por remoto o indirecto que sea este perjuicio, o bien atender contra la explotación “normal” de su obra, o, por el contrario, favorece esos mismos intereses y esa misma explotación “normal”, pues de suceder esto último la pretensión formalmente amparada en la letra del art. 31 LPI y en el carácter cerrado de un sistema de excepciones carecerá de amparo en el ordenamiento jurídico por estar dirigida en realidad no a la protección del derecho de autor, finalidad del catálogo exhaustivo o cerrado de excepciones, sino a perjudicar al demandado no solo sin obtener el autor provecho alguno sino incluso sufriendo él mismo el perjuicio de una menor difusión de su página web.*

*6ª) En definitiva, esta Sala considera que, aun cuando los límites al derecho de autor deban interpretarse restrictivamente, ninguno de los dos artículos en cuestión de la LPI, el 31.1 o el 40 bis, es excluyente de la doctrina del ius usus inocui para permitir el uso inocuo con arreglo a los propios principios de la LPI ni, menos aún, de la consideración de los arts. 7 CC, 11 LOPJ y 247.2 LEC. Antes bien, la pretensión de que se cierre el buscador de Google o de que se condene a esta demandada a pagar una indemnización por una actividad que beneficia al demandante, al facilitar en general el acceso a*

*su página web y el conocimiento de su contenido, debe considerarse prohibida por el apdo. 2 del art. 7 CC, como abuso del derecho de autor o ejercicio antisocial del mismo, por cuanto al amparo de la interpretación restrictiva de los límites al derecho de autor pretende perjudicar a Google sin obtener ningún beneficio propio, como no sea fama, notoriedad o la propia indemnización pedida en la demanda. Cuestión distinta, precisamente porque los tribunales aplican la ley en litigios delimitados por las pretensiones de las partes, sería que lo pedido en la demanda hubiera sido la eliminación de la “copia caché” o de los fragmentos de la página web del demandante en los resultados de la búsqueda y la indemnización de los perjuicios causados por la falta de autorización previa del demandante a Google.*

*Pero no ha sido así, por más que en su recurso de apelación el demandante intentara una mayor precisión, sino que el contenido de la demanda presentada en su día por él no solo omitía cualquier alegación sobre un perjuicio concreto a su derecho de autor sino que parecía orientado a una especie de juicio social a Google como “gigante empresarial” que “en sus inicios” pudo tener una cierta “vocación de servicio público... pero que hoy día ha abandonado por completo, para convertirse en un servidor de los intereses de sus accionistas” (fundamento de derecho VI, apdo. 1 b), párrafo último, de la demanda).*

*7ª) Por último, el recurrente se centra ahora especialmente en la relevancia del art. 31.1 LPI por entender que la significación económica independiente de las actividades de Google impediría de suyo eximir a estas actividades de su autorización o, visto desde otra perspectiva, limitar su derecho de autor.*

*Lo que parece querer plantear el recurrente, desde esta perspectiva, es que la significación económica de las actividades de Google aquí enjuiciadas descartaría, ya de entrada, cualquier límite a la necesidad de autorización del autor.*

*Pues bien, la respuesta ha de ser igualmente desestimatoria de este argumento del recurso, porque el recurrente insiste en la significación económica independiente de las actividades de Google por la existencia indiscutida de enlaces patrocinados, pero omitiendo que la significación económica independiente de los actos de reproducción han de tenerla estos “por sí mismos”, como dispone dicho art. 31.1, lo que supone exigir que la presentación de fragmentos aislados de la página web del demandante o su copia caché, para que este planteamiento del recurso fuera estimable, tendría que producir por sí mismo, no indirectamente por el hecho de aparecer en los resultados de la búsqueda junto con otras páginas web, algún tipo de rendimiento económico a Google.*

*8ª) La desestimación del recurso no supone la creación judicial de una nueva excepción no contemplada en la ley ni legitimar las actividades de Google aquí enjuiciadas por la excepción del art. 31.1 LPI. Se funda la desestimación en que, como principio general, la protección del derecho de autor y la excepcionalidad legal de sus límites no autorizan pretensiones abusivas en perjuicio no solo del demandado sino incluso de aquellos intereses del propio demandante que merezcan la consideración de “legítimos” y de una explotación de su obra que pueda considerarse “normal”, porque ni un sistema cerrado de excepciones tiene por qué llegar al extremo de prever hipótesis absurdas ni la interpretación de la LPI puede desligarse de su finalidad protectora de los derechos de autor ni, en fin, y por la misma razón, su interpretación puede favorecer pretensiones arbitrarias y dirigidas a perjudicar a otro sin beneficio propio.*

#### **SEXTO.- Costas del recurso.**

*Conforme al artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos, de la LEC, procede imponer las costas a la parte recurrente.*

*Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.*

#### **FALLAMOS**

**1º.- DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN POR INTERÉS CASACIONAL** interpuesto por el demandante D. Mario contra la sentencia dictada el 17 de septiembre de 2008 por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación nº 749/07.

**2º.- E Imponer las costas a la parte recurrente.**

*Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Juan Antonio Xiol Rios.-Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Roman Garcia Varela.-Xavier O’Callaghan Muñoz.-FIRMADA Y RUBRICADA.*

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.