

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. Responsabilidad de proveedores. Proveedor de enlace. Exención de responsabilidad. Análisis crítico.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª

**FECHA:** 7-7-2011

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Civil)

**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: 08019370152011100091. Actualización: 12-5-2013.

**OTROS DATOS:** Recurso 589/2010. Sentencia 301/2011.

### **SUMARIO:**

*“En una red de archivos compartidos P2P, quien dispone de un archivo musical o de una película y lo introduce en una carpeta de archivos compartidos, a la que cualquiera puede tener acceso mediante un programa cliente P2P, además de llevar a cabo un acto de reproducción no amparado por la excepción del artículo 31.2 LPI, pues no cabría hablar de un uso privado, está poniendo estos archivos a disposición del público y, por ello, realiza un acto de comunicación pública previsto en el artículo 20.2.i) LPI. Pero el titular de la página web que facilita el enlace, además de la previa selección de los archivos, aunque contribuye indirectamente a esta infracción de los derechos de propiedad intelectual afectados por la comunicación pública, no lleva a cabo directamente estos actos. No realiza ninguna reproducción, ya que se limita a suministrar el link, a ofrecer un enlace, a través del cual, eso sí, se podrá llevar a cabo un posterior acto de comunicación pública del archivo compartido. El ofrecimiento del enlace no supone un acto de disposición del archivo, razón por la cual no cabe hablar de la «puesta a disposición» en que consiste la actividad tipificada en la letra i) del artículo 20.2 LPI, como acto de comunicación pública. La puesta a disposición tiene lugar en los ordenadores de los usuarios donde se halla la obra y desde donde se puede descargar a través de programas cliente P2P. Son, por tanto, estos usuarios quienes realizan la puesta a disposición”.*

*“Cuando un usuario acude a la página de enlaces y pulsa en un link, se ejecuta el programa cliente que ese usuario tiene instalado en su ordenador (p. e. eMule) y se inicia la descarga del archivo desde los ordenadores donde la obra se halla puesta a disposición. En esa descarga, los datos no pasan por el servidor donde se aloja el sitio web de enlaces, de modo que el usuario que descarga no recibe los datos (la obra) a través del sitio de enlaces, sino directamente desde los ordenadores que alojan ese archivo. No hay, pues, ni siquiera una participación en la transmisión*

que pudiera entenderse como una suerte de retransmisión”.

*“Por lo expuesto, compartimos también, en el caso en examen, las conclusiones de la sentencia impugnada (fundamento de derecho tercero), de que el sitio web índice-web.com ofrece exclusivamente enlaces para descargas en redes P2P -u otros sitios web-, sin almacenar ningún tipo de contenidos audiovisuales y sin intervenir en las transmisiones realizadas en las redes P2P, y de que, teniendo en cuenta el concepto legal de reproducción (entendemos que a ese concepto se refiere la sentencia, aunque, por mero error, habla de distribución, que no se invocó en la demanda) y de comunicación pública, puede decirse que la labor de enlazar sin intervenir en la descarga no entra dentro del núcleo de lo que constituye reproducción (del artículo 18 LPI, «se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación y la obtención de copias de todo o de parte de ella») ni comunicación pública, ésta última, en la modalidad concreta denunciada en la demanda, del artículo 20.2.i) LPI, según el cual son actos de comunicación pública «la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija». El sitio web del demandado facilita u orienta a los usuarios de Internet la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes P2P, pero en nuestro derecho ese favorecimiento no constituye ni reproducción ni puesta a disposición de la obra”.*

**COMENTARIO:** Partiendo de la premisa de que los usuarios que comparten sin autorización archivos protegidos mediante sistemas de intercambios, realizan actos de reproducción y de comunicación pública ilícita, la irresponsabilidad absoluta de los proveedores que facilitan esos enlaces, sobre la única base de que ellos no almacenan esos contenidos ni los ponen a disposición del público, sin analizar otros factores que se pueden presentar en el caso concreto, resulta más que discutible, al menos en el ámbito de la responsabilidad civil y, conforme a muchas legislaciones, también en la penal, sin perjuicio de una eventual responsabilidad administrativa. En efecto, quien provee el vínculo puede ser un cooperador necesario para la comisión de los ilícitos cometidos por los usuarios, pues en palabras de la Corte de Apelaciones del 9º Circuito de los Estados Unidos en el conocido caso *Napster*, quien “... contribuye a la conducta infractora de otro, puede ser considerado responsable como un infractor parcial ...”<sup>1</sup>. Es más, el propio fallo de la Audiencia Provincial de Barcelona que se comenta admite que el prestador demandado, “aunque contribuye indirectamente a esta infracción de los derechos de propiedad intelectual ... no lleva a cabo directamente estos actos”, a pesar de lo cual no le asigna a esa contribución responsabilidad civil alguna. Diversas sentencias en varios países se han pronunciado sobre la eventual responsabilidad de los prestadores de enlace o, en algunos de ellos respecto de los proveedores de servicios en general, pero con razonamientos perfectamente aplicables, de acuerdo a las características del asunto en concreto, a los que facilitan vínculos para los intercambios de archivos. En algunas jurisdicciones la conducta de quien proporciona el *link* para el intercambio de archivos ha sido calificada como de complicidad en la comisión del ilícito, como en el asunto *The Pirate Bay*, donde la Corte de Distrito de Estocolmo en el año 2009 (en sentencia confirmada sustancialmente por la Corte de Apelaciones en el 2010 y declarado sin lugar el recurso de casación contra

1 Sentencia del 12-2-2001.

la misma en el 2012), expresó que *“el cómplice debe haber facilitado la ejecución del delito principal”* y que *“la responsabilidad por complicidad puede aplicarse incluso a quien haya contribuido solo de manera insignificante al delito principal”*<sup>2</sup>. Por otra parte, se ha planteado la posibilidad de que el prestador de servicios de enlaces incurra en una responsabilidad por inducción al ilícito, como ya había sido señalado por la Corte de Apelaciones del 9º Circuito de los Estados Unidos en el caso *Napster*, al decir que *“... la responsabilidad existe si el demandado se involucra en una conducta personal que aliente o asista a la infracción”* o que *“puesto de forma diferente, la responsabilidad existe si el demandado se involucra en una conducta personal que aliente o asista a la infracción”*<sup>3</sup>, argumento que posteriormente también fue señalado en la decisión sumaria dictada por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el caso *Grokster*, donde se consideró que las productoras demandantes tenían una razonable posibilidad de demostrar en el juicio principal que *Grokster*, al suministrar gratuitamente el programa de ordenador que permitía a los usuarios realizar intercambios de archivos incurría en responsabilidad, al estimar, entre otras cosas, que *“la infracción concurrente se produce al intencionalmente inducir o fomentar la infracción, y uno infringe de forma indirecta al sacar provecho de la violación directa ya que se opta por declinar el ejercicio del derecho a detener tal infracción o limitarla”*; que *“el ejemplo clásico de una evidencia directa de un propósito ilegal se presenta cuando uno induce a otro a la comisión de la infracción o fomenta o persuade a otro para infringir”* y que cada uno de los demandados en el caso *“llevó a cabo acciones para fomentar la infracción del derecho de autor”*<sup>4</sup>. Esta cuestión ya había sido abordada por la Corte del Distrito Norte de California (aunque en un supuesto no relacionado con un servicio de enlace, sino de descarga desde la página del demandado), al resolver que dicha responsabilidad podía determinarse cuando el proveedor *“induce, causa o contribuye materialmente a la conducta infractora de otros ...”*<sup>5</sup>. La responsabilidad por inducción fue declarada también por la mencionada sentencia de la Corte de Distrito de Estocolmo, cuando afirmó que *“la responsabilidad penal también yace en cualquiera quien haya incitado o ayudado al acto en sentido físico o psicológico”* y que los demandados en ese asunto *“han instigado y asistido para el delito principal al permitir que los usuarios cargaran y almacenaran archivos torrent para el servicio de intercambio de archivos The Pirate Bay ...”*<sup>6</sup>. El otro aspecto a considerar es la finalidad de lucro por parte del prestador de servicios de enlace, lo que guarda una relación con su actividad de re-direccionar a los usuarios a los sitios desde los cuales se pueden realizar los intercambios de archivos, pues tales proveedores no actúan con fines altruistas, sino que derivan sus ingresos de la publicidad, la cual se paga generalmente de acuerdo al número de entradas a sus sitios en la *web* y, como se señaló en el asunto *Grokster*, *“uno infringe de forma indirecta al sacar provecho de la violación directa ...”*<sup>7</sup>. Como criterio de carácter general (aunque referido a delitos como la estafa, pero en principios perfectamente aplicables al presente asunto), el Tribunal Supremo español ha resuelto que *“el ánimo de lucro tradicionalmente ha sido entendido por esta Sala como el propósito del autor dirigido a la obtención de un beneficio, ventaja o utilidad, para sí o a para un tercero, que trate de obtener el sujeto activo y a cuyo fin despliega una conducta, incluyendo las pretensiones meramente lúdicas, contemplativas o de ulterior beneficencia. En definitiva, todo provecho o utilidad de naturaleza económica que una persona se proponga obtener mediante una conducta ilícita de apoderamiento”*

2 Sentencia del 17-4-2009.

3 Sentencia del 12-2-2001.

4 Sentencia del 27-6-2005.

5 Sentencia del 21-11-1995.

6 Sentencia del 17-4-2009.

7 Sentencia del 27-6-2005.

8. A pesar de lo anterior, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales españolas ha sido vacilante en relación a los proveedores de servicios, pues mientras la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid declaró que *“se desprende claramente la existencia de publicidad en la página Web, y es claro que cuanto mayor sea el número de visitas a la página, mayor será el interés de ser anunciado en la página en cuestión. Actividad esta que sin duda se realiza con ánimo de lucro ...”*<sup>9</sup>, la Sección 5ª de la misma Audiencia, con relación a una página web que servía de link de forma gratuita con el programa *“pplive”*, que a su vez permitía el visionado de partidos de fútbol con acceso de sistema codificado en España, por parte de televisiones radicadas en China que emitían esos partidos en abierto, declaró que no estaba demostrada *“la existencia de un ánimo de lucro por parte del imputado que según las periciales obrantes en las actuaciones no obtenía ningún tipo de beneficio por servir de «link» sino por la remuneración indirecta de la publicidad del portal”*<sup>10</sup>. A su vez, la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en sede penal, consideró que existían indicios para el procesamiento de los responsables de un sitio en Internet, *“facilitando el enlace para su intercambio mediante plataformas P2P, obteniendo un beneficio derivado de la publicidad que se insertaba en la citada página”*<sup>11</sup>. En los Estados Unidos, la Corte de Apelaciones del 9º Circuito, en el citado caso *Napster*, dijo que *“el beneficio económico directo no se exige para demostrar un uso comercial. Más bien, el copiado repetido y explotador de obras protegidas, incluso si las copias no se ofrecen para la venta, puede constituir un uso comercial”* y la Suprema Corte de Justicia del mismo país, en el también mencionado asunto *Grokster*, afirmó que los demandados *“generan ingresos a través de la venta de espacio publicitario, y hacen llegar esta publicidad a los usuarios”*. En Australia, la Corte Federal decidió que *“es un principio de la mercadotecnia que el precio está relacionado con la propaganda susceptible de alcanzarse a través de la publicidad. Mientras más archivos hubiera para compartir en Kazaa, mayor atracción se generaba para su sitio web”*<sup>12</sup>. Y en Suecia, la multicitada sentencia de la Corte de Distrito de Estocolmo declaró que en razón de que tomando en cuenta que *“... la operación de The Pirate Bay había estado financiada, al menos hasta cierto punto, mediante venta de publicidad ... debe considerarse que el uso de obras y materiales protegidos por derecho de autor tuvo lugar dentro del marco de un fin comercial”*. Así fue reconocido también por la Audiencia Provincial de Bizkaia, cuando al condenar a los responsables de dos páginas de enlaces para intercambios P2P, manifestó que *“los acusados llevaban a cabo esta actividad con la intención de obtener ganancias a través de la publicidad que ofrecían en ambas páginas, calculándose los ingresos obtenidos en tal concepto mediante un sistema basado en el número de visitas a las páginas”*<sup>13</sup>. Es más, aunque de acuerdo a algunas normas penales nacionales se exija para la comisión del delito el fin lucrativo y éste se interprete limitado exclusivamente al lucro directo, ello no exime de la responsabilidad civil en razón del lucro indirecto, entendido como la ventaja o atractivo adicional a la actividad principal del agente en relación a sus competidores, que en una situación como la que se comenta son, precisamente, los titulares de los derechos de propiedad intelectual, quienes directamente o con su autorización permiten la descarga lícita de las obras, interpretaciones o ejecuciones o producciones protegidas, a cambio de un precio. Como lo apuntó la Corte de Distrito de California (en decisión sumaria de primera instancia dictada en el Caso *Napster*), *“... Napster daña al mercado en «al menos» dos formas: reduce las ventas de CDs de audio entre los estudiantes universitarios y crea barreras para la entrada de*

8 Sentencia de la Sala de lo Penal (21-7-2006).

9 Sentencia del 9-2-2006.

10 Sentencia del 3-11-2008.

11 Auto del 11-11-2009.

12 Sentencia del 5-9-2005.

13 Sentencia de la Sección 1ª (27-9-2011).



*los demandantes en el mercado para la descarga digital de la música*<sup>14</sup> (subrayados nuestros), mientras que la Corte de Apelaciones del 9º Circuito, al ratificar sustancialmente dicha decisión, expresó que “...el uso comercial está demostrado al mostrar que explotaciones repetidas y copias no autorizadas de obras protegidas fueron efectuadas para evitar el gasto de comprar las copias autorizadas”. De otro lado, se encuentra el tema del “conocimiento efectivo” de la infracción facilitada por el proveedor (o al menos la existencia de motivos razonables para saber que está cooperando con la comisión del ilícito), lo que resulta obvio, incluso por máximas de experiencia, ya que no parece posible suponer que el prestador de servicios de enlace ignora que los intercambios que facilita implican infracciones a los derechos de reproducción y de comunicación al público. Y ese conocimiento efectivo no tiene por qué surgir necesariamente de una notificación judicial o administrativa emanada de la autoridad competente, porque como lo apuntó el Tribunal Supremo español, una interpretación de ese estilo no sería conforme con 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), “cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios ... ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del «conocimiento efectivo» de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo”, razón por la cual declaró que quedaba “a salvo la posibilidad de «otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”, pues “no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al «conocimiento efectivo» a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate”<sup>15</sup>, apreciación que queda librada a los jueces de mérito de acuerdo a las características de la situación concreta. Ese conocimiento efectivo fue estimado por la citada sentencia de la Corte Federal de Australia, al expresar que “... todos los demandados sabían que la utilización predominante de Kazaa consistía en compartir material que infringía el derecho de autor. Ninguno de ellos tuvo interés en prevenir o restringir tal utilización predominante; en todo caso, lo contrario. Cada uno de los demandados mostró al menos una actitud aquiescente en relación con el uso de Kazaa para la infracción de los derechos de autor”, como también en el mencionado fallo de la Corte de Distrito de Estocolmo, al manifestar que “... los demandados sabían que había obras protegidas por derecho de autor puestas a disposición en el sitio Web y que eran compartidas a través del rastreador incluido en el marco de la operación de The Pirate Bay”. Y similar apreciación, al menos a nivel de auto de procesamiento, ha sido admitida por la justicia argentina, cuando en relación al sitio [www.taringa.net](http://www.taringa.net), que ofrecía a usuarios anónimos la posibilidad de compartir y descargar gratuitamente archivos no autorizados, dijo que “... si bien los autores del hecho finalmente serían aquellos que subieron la obra al website y los que «la bajan», lo cierto es que el encuentro de ambos obedece a la utilización de la página Taringa, siendo sus responsables al menos partícipes necesarios de la maniobra y además claros conocedores de su ilicitud ...”<sup>16</sup>. Finalmente, nada de lo dicho impide que, incluso declarándose la irresponsabilidad civil y/o penal del proveedor de enlace, prospere la acción de cesación de la actividad ilícita, como fue admitido por la misma Audiencia Provincial de Barcelona en otro asunto de similares características<sup>17</sup>. © Ricardo Antequera Parilli, 2013.

14 Decisión del 26-7-2000, con modificaciones del 10-8-2000.

15 Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil (9-12-2009).

16 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Auto de la Sala VI (29-4-2011).

17 Sentencia de la Sección 15ª (24-2-2011).

## TEXTO COMPLETO:

Ilmos. Sres.:

D. IGNACIO SANCHO GARGALLO

D<sup>a</sup>. MARTA RALLO AYEZCUREN

D. LUIS GARRIDO ESPA

Barcelona, 7 de julio de 2011.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección 15<sup>a</sup> de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio ordinario número 199/2009, en materia de propiedad intelectual, seguidos ante el Juzgado Mercantil número 6 de Barcelona, a instancia de SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE), representada por el procurador don Francisco Javier Manjarín Albert y defendida por el letrado don José Luis Marco Blasco, contra don José, representado por el procurador don Jordi Fontquerni Bas y defendido por el letrado don Javier de la Cueva González Cotera.

La Sala conoce de estos autos en virtud del recurso de apelación interpuesto por SGAE, contra la sentencia de 22 de abril de 2010.

## ANTECEDENTES DE HECHO

La parte dispositiva de la sentencia impugnada es del tenor siguiente: “ 1. Desestimo íntegramente la demanda formulada por SGAE contra José, absolviendo a éste de todos los pedimentos formulados en su contra. 2. Se imponen las costas de esta instancia al actor”.

SGAE interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia. Admitido en ambos efectos y emplazadas las partes, se remitieron los autos a esta Sección 15<sup>a</sup>.

Comparecidos los litigantes, se siguieron los trámites legales y se señaló para votación y fallo el día 23 de marzo de 2011.

Ponente: la magistrada MARTA RALLO AYEZCUREN.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. SGAE demandó a don José y solicitó sentencia que declarara que el demandado estaba llevando a cabo, al menos desde el 1 de julio de 2007 hasta la fecha de la demanda (2 de marzo de 2009), de modo ilegítimo, la comunicación pública (mediante puesta a disposición) y la reproducción de obras musicales del repertorio de SGAE, a través del sitio web [www.indice-web.com](http://www.indice-web.com), de titularidad del Sr. José, infringiendo con ello los derechos de la demandante, al carecer de la preceptiva licencia o autorización.

En la demanda, se solicitaba también: 1) La cesación de la utilización en el sitio mencionado, o en cualquier otro en el que pueda operar el demandado, de las obras musicales del repertorio de SGAE; 2) La suspensión de los servicios prestados por la entidad de intermediación DIRECCION000 C.B. al demandado, respecto del sitio web citado; 3) La indemnización a la actora de los daños y perjuicios que se acreditaran, por la comunicación pública y reproducción en el período de 1 de julio de 2007 a la presentación de la demanda y 4) la indemnización a la actora en la suma de 1.546,28 euros, IVA incluido, por el importe de las investigaciones efectuadas con carácter previo a la demanda.

II. La sentencia desestimó la demanda, en síntesis, por entender que el sitio web del demandado tiene como función la de servir de índice o catálogo de sitios web, proporcionando solamente un enlace, de forma que la descarga de contenidos protegidos, si se produce, se verifica de una forma completamente externa y ajena a índice-web, que no almacena ningún tipo de contenidos audiovisuales. Según el Sr. magistrado, el sitio web del demandado facilita u orienta a los usuarios de Internet en la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes P2P y nuestro derecho no prohíbe ese favorecimiento u orientación mediante enlaces, en la búsqueda de archivos que contengan obras protegidas para lograr su posterior descarga a través de las citadas redes P2P. Por ello, la sentencia concluye que el sistema de enlaces desarrollado por

*el Sr. José en este caso no constituye distribución ni reproducción ni comunicación pública.*

*La sentencia añade que la mera referencia en la demanda al artículo 13 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información (LSSI), sin más especificación, no puede fundamentar una condena con base en el artículo 17 de la LSSI, que dejaría en indefensión al demandado.*

*La sentencia es objeto de apelación por la demandante, SGAE. El recurso afirma: La sentencia sólo examina la actividad del demandado consistente en la provisión de enlaces a páginas accesibles mediante redes P2P y omite examinar otras posibilidades de acceso a obras protegidas que facilita la web del demandado, mediante descargas directas y también operaciones de streaming de obras alojadas en el servidor externo Megaupload que utiliza el demandado.*

*Contra lo sostenido en la sentencia del juzgado mercantil, se ha acreditado la participación activa del demandado como prestador de: a) un servicio de control y provisión de enlaces a páginas de terceros que alojan contenidos musicales protegidos y b) de un servicio de redireccionamiento a un servidor que aloja contenidos que otros le han enviado y que el demandado ha autorizado que se alojen en un sitio que sólo él ha seleccionado y contratado. Ello implica, según la demandante apelante, la infracción de los derechos de autor (de reproducción y comunicación al público).*

*Toda provisión de enlaces a través de redes o plataformas P2P implica necesariamente una previa reproducción y comunicación pública de las obras objeto de enlace, que constituye infracción.*

*La LSSI (artículo 13, en relación con el artículo 17 LSSI y el artículo 14.2 de la Directiva 2000/31) establece la responsabilidad civil del demandado por los enlaces que publica en su web, ya que el demandado no está amparado por la excepción del artículo 17.1 LSSI. No hay indefensión alguna*

*para el demandado si se aplica esa norma que fue expresamente invocada en la demanda.*

*La ausencia de ánimo de lucro y de actividad económica del demandado no ampara su actuación vulneradora de los derechos de autor, como da a entender la sentencia, ya que no le sería de aplicación en ningún caso el régimen de exención del artículo 17.1 LSSI. Para su aplicación, es requisito indispensable que los servicios prestados constituyan actividad económica, lo que, según la alegación del demandado, recogida en la sentencia, no concurriría en el caso.*

*Con independencia de lo anterior, en todo caso debería estimarse la acción de cesación de la actividad de enlaces a contenidos protegidos, conforme a los artículos 138.3º y 139 LPI, para impedir un daño o su agravación. Lo mismo es aplicable a la cesación de los servicios de alojamiento de la web del demandado prestados por la empresa DIRECCION000 C.B.*

*Finalmente, con carácter subsidiario, se solicita la no imposición de costas, por tratarse de un caso novedoso, que suscita dudas de hecho y de derecho.*

*La primera de las alegaciones del recurso atañe a la delimitación adecuada de la controversia. Según SGAE, el juez mercantil se habría limitado a analizar la actividad del demandado consistente en la provisión de enlaces a páginas accesibles mediante redes P2P y habría omitido examinar otras posibilidades de acceso a obras protegidas, mediante descargas directas y también operaciones de streaming de obras alojadas en el servidor externo Megaupload que utiliza el demandado.*

*La alegación es contestada por el demandado, que atribuye a SGAE un cambio de demanda. Según el apelado, la causa de pedir, en el escrito inicial del juicio, vino constituida exclusivamente por el hecho de que el Sr. José administraba una página web en la que podían hallarse elinks, es decir, enlaces a archivos compartidos por usuarios*

de la red edonkey que pueden ser descargados desde programas como emule. Así, la demandante consideraría que la actividad de enlazar obras que se intercambian en redes P2P supone la explotación de determinados derechos de propiedad intelectual. La parte demandada apelada sostiene que, en el recurso de apelación, la actora cambia radicalmente el objeto de discusión y se refiere a un servidor llamado Megaupload, sugiriendo la posibilidad de que fuera el propio demandado quien subiera los archivos a ese servidor externo. Con ello variaría el objeto del litigio incluyendo, junto al enlace a obras alojadas en los discos duros de usuarios de la red eDonkey, la posibilidad de que las obras enlazadas pudieran alojarse en servidores externos como el mencionado.

No podemos aceptar enteramente ninguna de las dos lecturas sobre el objeto del juicio. Por lo que respecta a la tesis de la demandante apelante, SGAE, consideramos que las operaciones de streaming, es decir, de escucha sin descarga, no se alegaron en la demanda, ni con ese término ni con ningún otro que describa la actividad en cuestión. La demanda se refirió exclusivamente -y de manera insistente- al hecho de que la web del demandado permitía la descarga de obras musicales. El objeto del proceso no viene determinado sólo por lo que se pide -aquí, cesación e indemnización-, sino por la causa de pedir. Y en casos como el de autos, en que se acciona por la infracción de derechos de propiedad intelectual, la causa de pedir viene dada por la calificación jurídica de la infracción -se alega reproducción y comunicación pública (puesta a disposición) no autorizadas- y por la identificación de las actuaciones concretas llevadas a cabo por el demandado que se consideran constitutivas de la infracción: el aspecto fáctico de la causa de pedir. Incumbe a la actora alegar en la demanda los hechos por los que acciona. Por tanto, el juez mercantil hizo bien en no examinar lo relativo al streaming, que, por la misma razón, no examinaremos en esta segunda instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 456 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) - en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las

pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia.

Tampoco podemos acoger íntegramente la tesis de la parte demandada en su escrito de oposición al recurso, que limita el objeto del litigio a las descargas mediante programas de intercambio P2P. Como se ha dicho, en la demanda no sólo se invocaba, como actuación infractora, la descarga de archivos desde este tipo de redes -en realidad, la demanda, como el informe pericial que acompaña, no contiene una sola mención a las redes P2P, con esta o con otra denominación-, sino que se invocaba, en general, sin más detalles, la descarga de archivos musicales desde la propia web del demandado, "directamente o redireccionando a otra de modo automático". Imprecisiones a un lado, así debió de entenderlo también, en su momento, la parte demandada, cuya contestación, negando rotundamente la descarga de obras desde la web del demandado y su condición de mero intermediario de la sociedad de la información, remite al informe pericial que adjunta y en el que se hace constar que la web [www.indice-web.com](http://www.indice-web.com) publica enlaces a otros servidores o a otras redes P2P donde se encuentran almacenados los contenidos (f. 180). Así lo entendió adecuadamente el juez mercantil cuando examinó en la sentencia no sólo la descarga por usuarios de redes P2P, sino también la de quienes la efectúan en otros sitios web mediante los enlaces de la web del demandado.

Es cierta, pues, en esencia, la afirmación de la parte apelada de que -no discutido que el demandado administra una web de enlaces, sin alojar obra alguna- el litigio quedaría limitado a una cuestión estrictamente jurídica: si enlazar una obra que el demandado no aloja puede suponer una infracción de derechos de propiedad intelectual y, en concreto, si puede suponer copia o comunicación pública, en la modalidad de puesta a disposición, de dicha copia. Ello, obviamente, dentro de los términos -alegaciones y pruebas- en que ha sido planteado por las partes este concreto litigio.

En la siguiente alegación del recurso, SGAE afirma que se ha acreditado la participación activa del



*demandado en la oferta de contenidos musicales, por cuanto no se limita, como argumenta el juzgador de instancia, a crear un índice que favorece y orienta a los usuarios para acceder a las redes de intercambio de archivos P2P, sino que toma parte, directa y personalmente, en la selección, clasificación, filtrado y organización de esos archivos en su página web, de modo que sólo él decide qué contenidos se enlazan y cómo los presenta en su web, complementándolos con una foto de la portada del disco, la relación de temas que se incluyen en cada enlace, un comentario ilustrativo sobre el grupo musical y el archivo enlazado, un control de descargas de cada archivo y un ranking de los archivos más descargados o valorados.*

*La sentencia del juzgado mercantil, en su fundamento de derecho segundo, declara probado que: El sitio web del demandado, [www.indice-web.com](http://www.indice-web.com), ofrece enlaces para descargas en redes P2P u otros sitios web.*

*En el sitio web [www.indice-web.com](http://www.indice-web.com), no se almacena ningún tipo de contenidos audiovisuales, sino que se publican enlaces a otros servidores o a redes P2P donde se encuentra almacenados los contenidos.*

*En las redes P2P las transmisiones se realizan entre usuarios de la red, sin ninguna intervención de, [www.indice-web.com](http://www.indice-web.com).*

*Los servicios prestados por [www.indice-web.com](http://www.indice-web.com) son gratuitos y no existe ninguna clase de publicidad (esta puntualización responde a la alegación de la demanda y a la afirmación del informe pericial que acompañaba, de que, en todos los apartados de la página web, aparecía constantemente publicidad, mayoritariamente de contenido sexual, que con toda seguridad proporcionaba los beneficios económicos al demandado. SGAE no mantiene la alegación en la segunda instancia y no se ha acreditado -ni siquiera alegado- ni que la página web demande pago a los usuarios, ni que efectúe publicidad ni tampoco que obtenga otros rendimientos indirectos, por ejemplo, a modo de comisión por transmisión a tercero, para*

*publicidad, de los datos de quienes acceden a la página).*

*A la vista del informe pericial de la parte demandada, más explícito que el de la demandante, pueden añadirse, en relación con la página web del Sr. José, los siguientes datos, no discutidos en ninguna de las dos instancias:*

*Desde la página a la que se accede mediante la URL [www.indice-web.com](http://www.indice-web.com), pulsando en el enlace “entrar”, se llega a la página de portada <http://www.indice-web.com/index.php>, que muestra los contenidos del web.*

*Para acceder a todo el sitio web es necesario un código de usuario y una contraseña que se obtiene de manera gratuita mediante un formulario accesible desde el enlace “ puedes registrarte aquí “ de la página de portada.*

*El sitio principal utiliza los sitios web auxiliares [www.forosindice.com](http://www.forosindice.com) y [www.indice-juegos.com](http://www.indice-juegos.com).*

*Los servicios y contenidos del web son: chat, foros, juegos, manuales, elinks (enlaces a contenidos en redes P2P, en este caso, a la red utilizada por el programa eMule) y “enlaces a descargas directas” (descargas de archivos desde otros servidores diferentes a los de [indice-web](http://www.indice-web.com)).*

*La página que, como declara probado el juez mercantil, no almacena contenidos audiovisuales, contiene enlaces a contenidos almacenados exteriormente al propio servidor. El perito distingue dos tipos de enlaces: 1) Los enlaces elinks, a contenidos almacenados en la red P2P e Donkey2000 ( ED2K) que pueden ser descargados con el programa eMule. 2) Los que denomina “enlaces de descargas directas”, a contenidos almacenados en los sitios siguientes: [www.megaupload.com](http://www.megaupload.com), [www.rapidshare.com](http://www.rapidshare.com), [www.ziddu.com](http://www.ziddu.com), [www.load.to](http://www.load.to), [www.uploadbox.com](http://www.uploadbox.com), [www.efeme.com](http://www.efeme.com).*

*Como resulta de la prueba pericial, el principal uso de las redes P2P es el de compartir archivos*

(cadenas de bits) en Internet. Los archivos compartidos los pone el usuario en un directorio de su ordenador conocido por el programa P2P. Cuando un usuario busca un archivo lo puede hacer utilizando su programa P2P (por ejemplo, búsqueda con eMule), pero es muy útil que esta búsqueda se realice a través de enlaces publicados en páginas web. Cuando se pulsa uno de estos enlaces, en el navegador de Internet: 1) Se abre el programa P2P (si no está instalado, se visualizará un mensaje de error y no se producirá ninguna descarga); 2) Se producirá una búsqueda en función de la información del enlace y 3) Se iniciará el intercambio entre particulares, en que el oferente del archivo es un usuario distinto a la web que aloja el enlace.

Atendidos los anteriores datos fácticos, no desvirtuados, debemos mantener las consideraciones expuestas en la sentencia de esta Sección 15ª, de 24 de febrero de 2011, en relación, concretamente, con los enlaces a contenidos la red P2P, en un caso de la misma naturaleza.

En una red de archivos compartidos P2P, quien dispone de un archivo musical o de una película y lo introduce en una carpeta de archivos compartidos, a la que cualquiera puede tener acceso mediante un programa cliente P2P, además de llevar a cabo un acto de reproducción no amparado por la excepción del artículo 31.2 LPI, pues no cabría hablar de un uso privado, está poniendo estos archivos a disposición del público y, por ello, realiza un acto de comunicación pública previsto en el artículo 20.2.i) LPI. Pero el titular de la página web que facilita el enlace, además de la previa selección de los archivos, aunque contribuye indirectamente a esta infracción de los derechos de propiedad intelectual afectados por la comunicación pública, no lleva a cabo directamente estos actos. No realiza ninguna reproducción, ya que se limita a suministrar el link, a ofrecer un enlace, a través del cual, eso sí, se podrá llevar a cabo un posterior acto de comunicación pública del archivo compartido. El ofrecimiento del enlace no supone un acto de disposición del archivo, razón por la cual no cabe hablar de la “puesta a disposición” en que consiste

la actividad tipificada en la letra i) del artículo 20.2 LPI, como acto de comunicación pública. La puesta a disposición tiene lugar en los ordenadores de los usuarios donde se halla la obra y desde donde se puede descargar a través de programas cliente P2P. Son, por tanto, estos usuarios quienes realizan la puesta a disposición.

Cuando un usuario acude a la página de enlaces y pulsa en un link, se ejecuta el programa cliente que ese usuario tiene instalado en su ordenador (p. e. eMule) y se inicia la descarga del archivo desde los ordenadores donde la obra se halla puesta a disposición. En esa descarga, los datos no pasan por el servidor donde se aloja el sitio web de enlaces, de modo que el usuario que descarga no recibe los datos (la obra) a través del sitio de enlaces, sino directamente desde los ordenadores que alojan ese archivo. No hay, pues, ni siquiera una participación en la transmisión que pudiera entenderse como una suerte de retransmisión.

Por lo expuesto, compartimos también, en el caso en examen, las conclusiones de la sentencia impugnada (fundamento de derecho tercero), de que el sitio web índice-web.com ofrece exclusivamente enlaces para descargas en redes P2P -u otros sitios web-, sin almacenar ningún tipo de contenidos audiovisuales y sin intervenir en las transmisiones realizadas en las redes P2P, y de que, teniendo en cuenta el concepto legal de reproducción (entendemos que a ese concepto se refiere la sentencia, aunque, por mero error, habla de distribución, que no se invocó en la demanda) y de comunicación pública, puede decirse que la labor de enlazar sin intervenir en la descarga no entra dentro del núcleo de lo que constituye reproducción (del artículo 18 LPI, “se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación y la obtención de copias de todo o de parte de ella”) ni comunicación pública, ésta última, en la modalidad concreta denunciada en la demanda, del artículo 20.2.i) LPI, según el cual son actos de comunicación pública

*“la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija”. El sitio web del demandado facilita u orienta a los usuarios de Internet la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes P2P, pero en nuestro derecho ese favorecimiento no constituye ni reproducción ni puesta a disposición de la obra.*

*La anterior conclusión, que la sentencia impugnada desarrolla extensamente en relación con los enlaces a las redes P2P, en correspondencia a la especial atención dedicada a lo largo del proceso -desde la contestación a la demanda- a tales enlaces, el Sr. magistrado la hace extensiva, por razones idénticas, a los enlaces que los litigantes -y el sitio web en cuestión, según el dictamen pericial aportado por la demandada y también, según el dictamen complementario aportado, tardíamente, por la demandante- han denominado “enlaces de descargas directas”, es decir, aquellos enlaces del sitio índice-web.com que no dirigen a redes de archivos compartidos P2P, sino a contenidos almacenados en determinados sitios de la red, exteriores al propio servidor, consistentes en servidores de gran capacidad, como www.megaupload.com -y otros, antes mencionados.*

*Las consideraciones de la sentencia de la primera instancia relativas a que el sitio web del demandado ofrece solamente enlaces a otros sitios web y no almacena ningún tipo de contenidos audiovisuales las aplica igualmente el juez mercantil a estos otros enlaces, sin que en el recurso contenga argumentos que desvirtúen la corrección de tales consideraciones.*

*Concretamente, el recurso no cuestiona que en el sitio del demandado no se alojan los archivos que son objeto de las llamadas “descargas directas”. La dinámica de estos enlaces del sitio índice-web.com del demandado sería la de que, al pulsarlos, el usuario accedería a la página del servidor de gran capacidad (megaupload u otro) y, una vez*

*allí, pulsando de nuevo, iniciaría la descarga del contenido interesado. No se requeriría en este caso que el ordenador tuviera instalado el programa eMule. Así resulta del informe pericial complementario aportado a los autos por SGAE. Por tanto, la descarga del archivo se produce desde un sitio web diferente del sitio del demandado y el usuario puede advertirlo. Pese a su denominación, no se trata de descargas directas desde el sitio del enlace, sino que éste redirecciona -como se dice en la demanda- a otro distinto.*

*Acreditado, por tanto, en estos autos, mediante las periciales de ambas partes, que no se trata de verdaderas descargas directas desde la página del demandado y no aportada ninguna otra prueba que permita una valoración distinta, debe confirmarse la sentencia también en su enjuiciamiento de estos enlaces. Por ello, deben desestimarse los motivos 2) y 3) del recurso de apelación.*

*El siguiente motivo de apelación invoca el artículo 13 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información (LSSI), en relación con el artículo 17 LSSI y el artículo 14.2 de la Directiva 2000/31. Según la actora apelante, con arreglo a dichas normas, el demandado sería responsable civil por los enlaces que publica en su web, ya que no está amparado por la excepción del artículo 17.1 LSSI.*

*El Sr. magistrado expuso, en la parte final de la argumentación de la sentencia, que la mera referencia en la demanda al artículo 13 de la LSSI (Responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información. 1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley. 2. Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes), sin más especificación, no podía servir para fundar una condena con base en el artículo 17 de la*

*propia LSSI, que generaría indefensión a la parte demandada.*

*No pueden modificarse las alegaciones iniciales, a partir de las que se delimitó el debate del juicio. SGAE afirmó, en su demanda, que las acciones ejercitadas eran las de cesación e indemnización previstas en la LPI, por los actos de reproducción (artículo 18 LPI) y comunicación pública (artículo 20.2.i) LPI) inconsentidas, llevados a cabo por el Sr. José en su sitio índice-web.com. La actora no exigió al demandado responsabilidad civil por ningún otro concepto. La invocación del artículo 13.1 LSSI, en el apartado de legitimación pasiva de los fundamentos de derecho de la demanda, lo fue a los solos efectos de fundamentar la legitimación del demandado -al que atribuyó la condición de proveedor de contenidos. No se alegó el artículo 13.2, referido a la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, ni los artículos siguientes, singularmente el 17, invocado en esta segunda instancia, y que, en realidad, no regula la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, sino su exención de responsabilidad por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, cuando se cumplan los requisitos que asimismo establece el precepto.*

*Por tanto, deben desestimarse los motivos 4º y 5º del recurso.*

*En el motivo 6º, la parte apelante sostiene que, en todo caso, debería estimarse la acción de cesación de la actividad de enlaces a contenidos protegidos, conforme a los artículos 138.3º y 139 LPI, para impedir un daño o su agravación. Pide también la cesación de los servicios de alojamiento de la web del demandado prestados por la empresa DIRECCION000 C.B. Se trata, pues, de dos peticiones distintas.*

*El artículo 139. 1. LPI prevé que el cese de la actividad ilícita podrá comprender: “h) La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de*

*propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”.*

*El artículo 138 LPI establece que las medidas de cesación específicas contempladas en el artículo 139.1.h) LPI, “podrán también solicitarse, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Dichas medidas habrán de ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias”.*

*Acerca de la cesación, en su demanda, SGAE solicitó: 1) la condena del demandado a cesar en la utilización en el sitio [www.indice-web.com](http://www.indice-web.com) o cualquier otro de las obras musicales del repertorio SGAE y 2) la condena “a la suspensión de los servicios prestados por la entidad de intermediación DIRECCION000 C.B. al demandado respecto del sitio [www.indice-web.com](http://www.indice-web.com), toda vez que el demandado se vale de ellos para infringir los derechos patrimoniales de autor de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición, y de reproducción de obras musicales en su página web.”*

*La petición 1), condena a la cesación en la utilización del repertorio por el demandado, no se acordó, por no apreciarse tal uso. El pronunciamiento, conforme a lo expuesto en los fundamentos de derecho anteriores debe mantenerse.*

*La petición 2), condena a la suspensión de los servicios de la tercera entidad DIRECCION000 C.B., debe denegarse, ya que, como también se ha expuesto, no se ha considerado infractora la actividad de intermediación del demandado y, por tanto, falta el presupuesto necesario.*

*La demandante no solicitó en la demanda la*



*petición de condena que plantea en el recurso, de cesación de la actividad del demandado, de enlaces a contenidos protegidos, por prestar servicios a terceros infractores que se valen del intermediario para infringir derechos de propiedad intelectual. De nuevo, se produce una alteración de la causa de pedir que, de admitirse, generaría indefensión de la parte demandada, la cual, atendida la configuración del proceso, no ha podido defenderse al respecto.*

*Por ello, como en el caso resuelto por esta Sección 15ª, en la sentencia de 24 de febrero de 2011, debemos desestimar la pretensión y el motivo de apelación que la vehicula.*

*Sí consideramos procedente acoger el último motivo, subsidiario, del recurso de apelación de SGAE, que solicita la no imposición de costas, por tratarse de un caso novedoso, que suscita serias dudas de hecho y de derecho. Así lo consideramos, teniendo en cuenta, por un lado, la complejidad de las normas legales aplicadas, que pueden ser objeto de interpretaciones no coincidentes, y, por otro, la ausencia de precedentes judiciales, en España, sobre la materia. Las decisiones judiciales traídas al juicio por las partes se dictaron en la jurisdicción penal. Por ello, no se impondrán las costas de ninguna de las dos instancias (artículos 394.1 y 398.1 LEC).*

## **FALLAMOS**

*ESTIMAMOS exclusivamente en cuanto al pronunciamiento de costas el recurso de apelación interpuesto por SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE), contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil número 6 de Barcelona, el 22 de abril de 2010, en el juicio ordinario número 199/2009, seguido a instancia de SGAE, contra don José.*

*CONFIRMAMOS la sentencia del juzgado en todo lo demás.*

*No se imponen las costas de ninguna de las dos instancias del juicio.*

*Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas preparar recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.*

*Firme esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio para su cumplimiento.*

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