

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Transmisión digital. Comunicación al público. Obra musical. Fonograma.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Madrid

FECHA: 16-7-2004

JURISDICCIÓN: Judicial

FUENTE: Texto del fallo en copia del original

OTROS DATOS: EMI ODEON vs. Weblisten

SUMARIO:

“Por el Juzgado de Primera Instancia No. 49 de Madrid, en fecha 21 de octubre de 2002, se dictó sentencia, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: Estimo la demanda interpuesta por D.F.O.C.L., en nombre y representación de EMI ODEON, S.A. contra WEBLISTEN, S.A. y, en consecuencia:

1. Declarar que la actividad desarrollada por WEBLISTEN, S.A. consistente en reproducir y poner a disposición del público, a través de la página web weblisten.com, las grabaciones musicales del repertorio de EMI ODEON, S.A., constituye una infracción de los derechos de propiedad industrial de EMI ODEON, S.A. y, asimismo, constituye una conducta de competencia desleal.

2. Ordenar a WEBLISTEN, S.A. cesar en la referida actividad.

[...]

4. Condenar al demandado a insertar en su página Web, www.weblisten.com, un banner o anuncio gráfico del tamaño de 460 x 60 pixels, en formato GIL o JPEG, durante un período de treinta días consecutivos y desde la comunicación de esta sentencia, que contenga de modo claramente visible el texto WEBLISTEN, S.A. condenada por competencia desleal, vinculando mediante un enlace dicho banner al texto íntegro de esta sentencia.

[...]

Sobre el quebrantamiento de los derechos de Propiedad Intelectual por parte de WEBLISTEN.

Antes de entrar en el análisis jurídico de la cuestión planteada por la apelante en su escrito de recurso al negar que haya existido infracción alguna de los derechos de propiedad intelectual de la demandante, conviene detenerse en los hechos que están a la base de la demanda, aunque ya se han expuesto en el apartado anterior.

Como se dice en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida (extremo que no ha sido puesto en cuestión en el escrito de recurso),

WEBLISTEN, con carácter previo a su ofrecimiento de las canciones a los consumidores, extrae las canciones de los CDs originales y las copia en el disco duro de su ordenador, las copia en el disco duro del servidor web de WEBLISTEN, digitaliza y almacena los fonogramas previamente existentes.

Es decir, que con una sola copia (suponemos que comprada) de los distintos productos de EMI ODEON, la apelante lleva a cabo un tipo de reproducción que permite hacer llegar el contenido de aquellos productos por vía Internet a múltiples usuarios. Por poner una comparación, es como si el titular de un comercio de discos comprara un solo ejemplar de un determinado disco, hiciera multitud de copias en una copiadora de CDs, y con el correspondiente envasado los pusiera a la venta, consiguiendo así vender centenares de CDs mediante la compra inicial de uno solo. Es cierto que la tecnología utilizada no es la misma en el caso de WEBLISTEN que en el caso del ejemplo. Pero hay una similitud cierta en el punto de arranque (compra del original) y en el punto final (venta u ofrecimiento bajo precio de la posibilidad de acceder a la escucha del contenido del CD original). La diferencia técnica estribaría en que en las copias de CDs se utilizan numerosos soportes (CDs) para grabar en ellos las canciones mientras que en el archivo en formato MP3 en el disco duro del ordenador basta con tener una sola copia comprimida. Pero el efecto obtenido por cualquiera de las dos técnicas es similar: que los compradores de CDs o los abonados a la página de WEBLISTEN escuchen las canciones producidas y grabadas por la actora, o incluso las puedan almacenar y volver a grabar en otro tipo de soportes o sistemas.

En ese tipo de operaciones es evidente que por una u otra vía se lleva a cabo una reproducción y una comunicación pública del contenido de los CDs originales pertenecientes al catálogo de una productora fonográfica. En el caso de las grabadoras de CDs mediante el sistema más simple de la multiplicación de las copias. En el caso de la compresión en formato MP3 y su grabación en el disco duro del ordenador mediante el sistema informático que permite la colocación del archivo (canción) en la página web y la multiplicación de los oyentes o accedentes que, en su individualidad, podrían perfectamente decir la han reproducido para mí. Y en ambos casos, tanto el grabador de CDs como el sintetizador en MP3 obtienen su beneficio económico a partir del trabajo ajeno (producción del CD original).

Ambas realidades, reproducción y comunicación pública, constituyen otros tantos derechos de los titulares de propiedad intelectual (artículos 18, 20, 115 y 116 TRLPI) que la ley protege no sólo en sus aspectos morales sino también en los patrimoniales o económicos”.

TEXTO COMPLETO:

ANTECEDENTES DE HECHO

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

Primero. Por el Juzgado de Primera Instancia No. 49 de Madrid, en fecha 21 de octubre de 2002, se dictó sentencia, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: Estimo la demanda interpuesta por D. F.O.C.L., en nombre y representación de EMI ODEON, S.A. contra WEBLISTEN, S.A. y, en consecuencia:

1. Declarar que la actividad desarrollada por WEBLISTEN, S.A. consistente en reproducir y poner a disposición del público, a través de la página web *weblisten.com*, las grabaciones musicales del repertorio de EMI ODEON, S.A., constituye una infracción de los derechos de propiedad industrial de EMI ODEON, S.A. y, asimismo, constituye una conducta de competencia desleal.

2. Ordenar a WEBLISTEN, S.A. cesar en la referida actividad.

3. Condenar a WEBLISTEN, S.A. a indemnizar a EMI ODEON, S.A. en la cantidad de 16.884,42 euros (dieciséis mil ochocientos ochenta y cuatro con cuarenta y dos euros).

4. Condenar al demandado a insertar en su página web, *www.weblisten.com*, un banner o anuncio gráfico del tamaño de 460 x 60 pixels, en formato GIL o JPEG, durante un período de treinta días consecutivos y desde la comunicación de esta sentencia, que contenga de modo claramente visible el texto WEBLISTEN, S.A. condenada por competencia desleal, vinculando mediante un enlace dicho banner al texto íntegro de esta sentencia.

5. Condenar al demandado al pago de las costas de este procedimiento.

Segundo. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se

remitieron las actuaciones a esta Sección, ante la que comparecieron las partes, substanciándose el recurso por sus trámites legales.

Tercero. No estimándose necesaria la celebración de vista pública para la resolución del presente recurso, quedó en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 13 de julio del corriente año.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Planteamiento de la apelación.

Frente a la sentencia de primera instancia que estimó la demanda en todos sus pedimentos, la parte demandada formula recurso de apelación que, aunque en principio anunció que lo haría contra todos sus pronunciamientos, luego lo limitó a la alegaciones que a continuación se expondrán, obviando los puntos relativos a la prejudicialidad penal que había opuesto en la primera instancia. En síntesis el recurso se centra en la insistencia en la excepción de prescripción de la acción por competencia desleal, y en la distinta interpretación que la apelante considera debe hacerse del artículo 18 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y de los artículos 11 y 5 de la Ley sobre Competencia Desleal. Respecto de la prescripción, dice la apelante que se reconoce en la propia sentencia que el representante legal de EMI ODEON S.A. tuvo conocimiento de la actividad de la demandada ya en 1998, cuando comenzó realmente a llevar a cabo su actividad, y por ello cuando se presentó la demanda- ya habían transcurrido los tres años que como límite superior establece la ley, siendo así que el artículo 21 de la LCD no habla de resultado sino de comienzo de una actividad, además de que la institución de la prescripción en materia de competencia no puede ser entendida desde un punto de vista restrictivo, que no haría sino perjudicar la

situación que precisamente se pretende evitar. Y en cuanto al fondo del asunto, vuelve a sostener en esta segunda instancia que, desde el momento en que comenzaron las actividades de WEBLISTEN S.A. ésta obtuvo las licencias y autorización necesarias para poder prestar el servicio desde una posición de legalidad y respeto por los derechos de propiedad intelectual. Añade que lo que realiza la apelante es una actividad de comunicación pública, regulada en el artículo 20 TRLPI, y para llevarla a cabo no es necesario solicitar autorización a los titulares de los derechos afectados. Finalmente indica que para que pudiera tener lugar un acto de competencia desleal las actividades de las entidades litigantes tendrían que ser actividades concurrentes (único ámbito en que podría darse un aprovechamiento del esfuerzo ajeno) y estar la principal amparada por un derecho de exclusiva reconocido por la ley; pero las actividades de WEBLISTEN consistentes en la comunicación pública- son totalmente distintas de las de EMI ODEON. Y el derecho de exclusiva fue respetado desde el momento en que la apelante solicitó autorización para la comunicación pública a las entidades de gestión, si bien AGEDI se negó a conceder la referida licencia, impidiendo así que un bien de interés cultural como la música protegido por la Constitución- pudiera difundirse.

Segundo. Sobre la prescripción de las acciones por competencia desleal.

Aunque la parte apelante formula en último lugar este motivo de recurso, procede examinarlo en primer lugar por el condicionamiento lógico de que, de ser admitido, impediría o haría superfluo entrar en el conocimiento del fondo del asunto.

Ya en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida se da contestación suficiente a esta cuestión, recogiendo como argumento principal el criterio que el Tribunal Supremo aplica en los casos de daños continuados. Argumento que no ha sido combatido por la apelante. Pero, incluso, acudiendo a la interpretación directa de la Ley sobre Competencia Desleal se puede llegar a la misma conclusión. En el artículo 21 LCD

(que dispone que Las acciones de competencia desleal prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal: y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la realización del acto) vemos que se distingue entre acciones y actos. Y en el artículo 5 LCD se habla incluso de comportamientos. Quiere ello decir que la ley pretende recoger las diferentes formas en que se puede manifestar un comportamiento contrario a la libre y leal competencia. Y, correlativamente, al mirar hacia el sustrato fáctico que tienen las acciones civiles a ejercitar, habrá que atender a la forma y naturaleza de los hechos que integran la conducta antijurídica. En el presente caso, lo que realiza la entidad demandada no son actos aislados, sino un comportamiento (constitutivo además de su objeto social) que se mantiene de forma continuada a lo largo del tiempo, como lo denota el hecho de poner a disposición de sus clientes, actuales o potenciales, un acervo musical integrado entre otras obras por las producciones fonográficas de la entidad demandante. Si se optase por la tesis del acto aislado o divido, se percibiría el comportamiento de WEBLISTEN como una línea discontinua que obligaría a los afectados a ejercitar tantas acciones como número de actos en que pudiera dividirse aquel comportamiento. Lo cual es absurdo, por cuanto que complicaría innecesariamente el ejercicio de la tutela judicial efectiva, encarecería su ejercicio multiplicado, reduplicaría las alegaciones y las pruebas, y no terminaría de atacar el fondo del conflicto, pues lo pasado cesa, pero lo siempre actual permanece. Y no es lo mismo hacer y parar, que hacer sin detención, que es lo que ocurre con esa puesta a disposición de la que antes hablábamos, que nace y renace constantemente. De ahí que la acción ejercitada por EMI ODEON S.A. esté dirigida no tanto hacia un acto pasado (porque ya hubiera terminado) sino hacia una actividad (comportamiento, en términos legales) que, al momento de presentar la demanda, no había visto aún su conclusión, impidiendo así la posibilidad de marcar un dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción. No otra ha

sido la tesis del Tribunal Supremo, en la STS de 16 de junio de 2000, cuando afirma:

Si bien la redacción del art. 21 de la Ley 3/1991, de 10 de enero EDL 1991/12648, al establecer dos plazos de prescripción cuyo cómputo se inicia a partir de momentos diferentes puede plantear dudas interpretativas, como ha puesto de relieve la doctrina especializada, en relación con la acción de cesación, no puede olvidarse que la acción ejercitada se basa en una actuación continuada de la demandada persistente al tiempo de interponerse la demandada; no se trata por tanto, como entiende la Sala sentenciadora a quo, de un supuesto de actuación consumada y agotada cuyos efectos se prolongan en el tiempo, sino de un actuar presente, por lo que, en aras de ese principio restrictivo con que ha de aplicarse el instituto de la prescripción, ha de entenderse ejercitada dentro de cualquiera de los plazos del art. 21.7 de la Ley 3/1991 EDL 1991/12648.

Lo que determina que el motivo de recurso deba ser desestimado.

Tercero. *Sobre los actos de competencia desleal llevados a cabo por la demandada WEBLISTEN.*

Desde el momento en que no ha habido discusión entre las partes sobre las actividades de una y otra empresa, sino sólo sobre la valoración jurídica de las mismas, el enjuiciamiento del recurso no va a requerir del examen y valoración de las pruebas practicadas (en orden a tener que determinar los hechos sobre los que se asienta la acción ejercitada) sino solo la revisión del enfoque jurídico dado en la demanda -y que luego admitió la sentencia de instancia- para ver si ese enfoque se ajusta realmente a la regulación que la legislación vigente hace de los derechos derivados del principio de la libre competencia y de la protección a la creación artística y de los criterios que asimismo ofrece para la solución de los conflictos que puedan plantearse.

Alega, en primer lugar, la apelante que no ha infringido el artículo 11 de la Ley de

Competencia Desleal porque su actividad consiste en llevar a cabo actos de comunicación pública de fonogramas a través de Internet; lo mismo que cualquier emisora de radio de nuestro país, y a nadie se le escapa que la actividad que lleva a cabo una emisora de radio no es distribución de ejemplares, independientemente que el usuario final, el oyente, pueda obtener copias de la emisión que capta, sin tener en cuenta la calidad de la misma.

No es difícil aperebirse que la apelante trata de zafarse del verdadero fondo del asunto trayendo a colación un precepto (o mejor, una parte de un precepto) que no es precisamente el que ha servido de apoyo a la acción ejercitada por EMI ODEON S.A.

La demanda se fundamenta, en este aspecto, en el apartado 2 del artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal que regula los actos de imitación y que, concretamente, considera como tales.

No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

Ese comportar un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno es lo que sirve de apoyo a la demandante para ejercitar su acción contra WEBLISTEN. Y ciertamente la actividad realizada por la demandada es encuadrable en esa figura ilícita, por más que a través de su escrito de recurso pretenda revestirla de legalidad e incluso de constitucionalidad.

El que la Constitución disponga en su artículo 44 que los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho, no significa que los poderes públicos tengan que dirigir la mirada hacia otro lado cuando en el seno de la sociedad se producen abusos y violaciones de derechos en nombre precisamente de ese acceso a la cultura que a su base tiene no sólo realidades de creatividad artística sino también realidades

de pensamiento y de actitudes éticas y jurídicas. La música, en sus diferentes manifestaciones, es sin duda una de las realidades culturales más arraigada en todos los pueblos y de más fácil intercambio entre las distintas culturas, y es portadora de las más variadas sensaciones humanas a la par que vehículo para emociones de todo tipo y fruiciones para cualquier ocasión. En su contexto admiramos a compositores e intérpretes, así como disfrutamos con la facilidad de acceso que las técnicas modernas de grabación y difusión permiten a esas manifestaciones de la creatividad humana. Beethoven en su tiempo no fue tan escuchado como lo han sido los Beatles en el suyo. Los coetáneos del Barroco no tuvieron un acceso a Vivaldi o Bach tan fácil como el que ahora se tiene a través de las producciones de los sellos discográficos. La técnica ha facilitado la cultura y el disfrute de la creatividad humana. Pero la técnica es costosa y la labor artística se sostiene sobre el sustento del artista. Los compositores no serían conocidos y el público no alcanzaría a disfrutar las obras musicales, si no existieran músicos, intérpretes, auditorium aulas de grabación, técnicos de sonido, casas discográficas... etc (cada uno de ellos con sus correspondientes esfuerzos, inversiones, y beneficios morales y económicos) que hacen posible ese fastuoso caleidoscopio sonoro que es el fenómeno musical en el mundo. Y aquí es donde entra el Derecho, que por una parte proclama fines sociojurídicos de gran espectro y por otra parte señala las coordenadas (limitativas) en que se tienen que mover las acciones encaminadas a esos fines, de manera que los seres humanos no nos pisoteemos ni nos anulemos bajo la seductora bandera de la cultura. El acceso a la cultura debe, pues, ser considerado como un principio rector de la política social de los poderes públicos, pero no un derecho absoluto que socave los fundamentos personales de esa misma cultura. Y aquellas coordenadas son las que se describen en leyes como la de Propiedad Intelectual o la de Competencia Desleal, en un intento de proteger los derechos de aquellos que precisamente son expresión de la creatividad humana y factores de su fijación y expansión.

Pues bien, entre los criterios que la Ley ofrece para el respeto de la labor que en el ámbito de la cultura realizan, por ejemplo, las empresas discográficas está el que antes hemos citado: el de no dar lugar al aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. No se trata de una tentación de los nuevos tiempos (en el ámbito de la literatura es muy antiguo el plagio), pero sí de una forma de abuso a la que la técnica actual otorga unas alas excesivamente ágiles.

Por ello, dejando aparte (pero en su peana) el aspecto artístico del principio sociopolítico del acceso a la cultura, es preciso detenerse en la realidad comercial e industrial sobre la que se asienta y promueve esa cultura. El primer capítulo o la primera escena del argumento de esta litis se refiere a la competencia desleal y se desarrolla en el campo del mercado y de la empresa. Tanto la demandante EMI ODEON S.A. como la demandada WEBLISTEN son empresas que se mueven en el mercado, con sus apuestas por el acierto de sus inversiones más o menos cuantiosas y con sus afanes de lucro más o menos pingüe. Pero el mercado, al menos desde la perspectiva del Derecho, no tiene por qué asimilarse a la selva, donde o bien los poderosos o bien los astutos son los que más probabilidades tienen de subsistir. En la Exposición de Motivos de la Ley de Competencia Desleal se recuerda que:

La Constitución Española de 1978 hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia. De ello se deriva, para el legislador ordinario, la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles, eventualmente, de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado.

Y de la descripción que en los autos se obtiene de la actividad realizada por WEBLISTEN se llega a la consideración de que, como se sostiene en la demanda y en la sentencia, la demandada está llevando a cabo una práctica desleal y está con ello perturbando el funcionamiento concurrencial del mercado.

Dice la apelante en su escrito de recurso que las actividades que llevan a cabo tanto la demandante como la demandada son completamente distintas. Y lo dice para tratar de excluir de la comparación el factor de concurrencia en el mercado y así salvarse del calificativo de desleal. Y, en cierto modo lleva razón, porque mientras que EMI ODEON tiene que llevar a cabo una serie de importantes tareas (contratación de autores, intérpretes, técnicos, locales, máquinas, materias primas, etc..) hasta llegar al producto final del disco, dispuesto para su distribución y comercialización, WEBLISTEN inicia su trabajo bastante más tarde cuando por así decirlo el pan ya está cocido y sólo resta ponerlo a la venta. Lo dicen sus propios Estatutos y así lo recoge la sentencia, que la actividad de WEBLISTEN consiste en la comunicación pública de fonogramas ya existentes. Cualquier ciudadano medio puede comprender perfectamente que sería ingenuo pensar que las empresas discográficas producen los discos para que otros que no tienen que amortizar los gastos de inversiones que aquellas han tenido que afrontar se lleven de manera fácil los beneficios de aquel trabajo sin un esfuerzo especial y con el atractivo de una puesta a disposición de ese producto a bajo precio. (Esto sin entrar ahora en la recurrente discusión de si los discos o CDs tienen en la actualidad un precio excesivamente alto; tema que no es objeto de enjuiciamiento en este asunto).

Ciertamente que WEBLISTEN no es competidor de EMI ODEON en el sentido estricto del término, porque aquella no es una compañía discográfica o una productora fonográfica. Concorre con ella en el mercado, pero no en la misma línea de trabajo, sino utilizando un atajo que la ley trata de borrar y que no pueda ser utilizado: el del aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno. Por eso en la ya citada Exposición de Motivos de la Ley de Competencia Desleal se dice también que el nuevo Derecho de la Competencia deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. El legislador es consciente de que no todos los

que entran en el ámbito del mercado son competidores. Es más, pone bastante énfasis en el tema de las conductas desleales, atisbando que en este campo la imaginación y la variabilidad camaleónica de los aprovechados es insospechable. Así lo apunta en el encabezamiento de la ley al decir también que El núcleo dispositivo de la ley se halla ubicado en el cap. II, donde se tipifican las conductas desleales. El capítulo se abre con una generosa cláusula general de la que en buena medida va a depender -como muestra la experiencia del Derecho comparado- el éxito de la ley y la efectiva represión de la siempre cambiante fenomenología de la competencia desleal.

Como se refleja, con toda claridad, en el Informe Técnico elaborado por una Ingeniera Superior en Informática (folios 374 y ss), que no ha sido puesto en cuestión en el escrito de recurso, la presencia de WEBLISTEN en el mercado de Internet permite las siguientes actuaciones:

Desde el ordenador de nuestra casa (utilizando un programa que se llama Cliente Web) nos conectamos a Internet y, con la dirección www.weblisten.com nos conectamos al ordenador (Servidor Web) de la empresa WebListen.

La empresa WebListen ofrece un catálogo de canciones que pueden ser compradas. El comprador desde el ordenador de su casa selecciona (por medio del ratón) las canciones que quiere comprar.

Las canciones ofrecidas en el catálogo han sido extraídas de los CDs originales, convertidas a formato MP3 y/o WMA, y copiadas en el ordenador (Servidor Web) de la empresa WebListen.

Durante el proceso de compra de música, los archivos que contienen las canciones (habrá uno por cada canción) viajan por Internet desde el Servidor Web de la empresa WebListen, hasta el disco duro del ordenador de nuestra casa.

El usuario (comprador) debe adquirir un bono antes de comprar las canciones. Al comprar el bono se le asigna una clave de identificación que debe introducir cada vez que realiza una compra.

También se ofrece la posibilidad del servicio de bonomúsica con el que, pagando una cantidad fija al mes (4.900 Pts.), se pueden descargar todas las canciones MP3 o WMA que el usuario quiera. El servicio bonohit, ofrece por 1.995 Pts/mes, cualquier descarga de un catálogo reducido, que incluye los últimos lanzamientos al mercado musical de artistas nacionales e internacionales. El servicio bonoWeekend, ofrece por 595 Pts. Cualquier descarga del catálogo general un único fin de semana.

Tanto con los bonos de audición como con los bonos bonomúsica, bonohit y bonoWeekend, las canciones quedan grabadas en el disco duro de nuestro ordenador y podemos escucharlas tantas veces como queramos. También podemos copiarlas a un disquete, en otro disco duro de otro ordenador, o en un CD.

Ante tales hechos es evidente que WEBLISTEN ha quebrado los principios de la leal competencia de mercado frente a EMI ODEON, ya que ha incluido en el catálogo de canciones que tiene comprimido en su ordenador y a disposición del público a bajo precio el catálogo de canciones de EMI ODEON, de las que ésta misma entidad tiene el derecho de distribución. Lo que supone a todas luces un acto de imitación y un aprovechamiento injusto del esfuerzo ajeno. Y de ninguna manera se puede evitar esta calificación con la alegación que hace la apelante de que su intención y su actividad es la comunicación pública de fonogramas a través de Internet. Pues ni siquiera sería de aplicación aquí lo que, por ejemplo, en Estados Unidos se denomina doctrina del uso justo (que ha sido codificada en la sección 107 de la ley de derechos de autor), y en la que se contiene una lista de los diversos fines con los cuales se puede considerar justa la reproducción de una obra en particular, como los propósitos de crítica, comentario, noticias, información, enseñanza, estudio académico o investigación.

En el caso presente no se da ninguna de esas circunstancias; antes, al contrario, la oferta y puesta a disposición de las canciones a bajo precio- se hace claramente con la intención del disfrute completo de la obra y con la posibilidad de almacenamiento por parte del cliente.

Por todo lo anteriormente expuesto hay que concluir que el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal ha sido correctamente interpretado y aplicado por la juez de instancia en relación con los hechos a que se contrae la demanda, y por ello este motivo de recurso debe ser desestimado.

Cuarto. *Sobre el quebrantamiento de los derechos de Propiedad Intelectual por parte de WEBLISTEN.*

Antes de entrar en el análisis jurídico de la cuestión planteada por la apelante en su escrito de recurso al negar que haya existido infracción alguna de los derechos de propiedad intelectual de la demandante, conviene detenerse en los hechos que están a la base de la demanda, aunque ya se han expuesto en el apartado anterior.

Como se dice en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida (extremo que no ha sido puesto en cuestión en el escrito de recurso),

WEBLISTEN, con carácter previo a su ofrecimiento de las canciones a los consumidores, extrae las canciones de los CDs originales y las copia en el disco duro de su ordenador, las copia en el disco duro del servidor web de WEBLISTEN, digitaliza y almacena los fonogramas previamente existentes.

Es decir, que con una sola copia (suponemos que comprada) de los distintos productos de EMI ODEON, la apelante lleva a cabo un tipo de reproducción que permite hacer llegar el contenido de aquellos productos por vía Internet a múltiples usuarios. Por poner una comparación, es como si el titular de un comercio de discos comprara un solo ejemplar de un determinado disco, hiciera multitud de copias en una copiadora de CDs, y con el

correspondiente envasado los pusiera a la venta, consiguiendo así vender centenares de CDs mediante la compra inicial de uno solo. Es cierto que la tecnología utilizada no es la misma en el caso de WEBLISTEN que en el caso del ejemplo. Pero hay una similitud cierta en el punto de arranque (compra del original) y en el punto final (venta u ofrecimiento bajo precio de la posibilidad de acceder a la escucha del contenido del CD original). La diferencia técnica estribaría en que en las copias de CDs se utilizan numerosos soportes (CDs) para grabar en ellos las canciones mientras que en el archivo en formato MP3 en el disco duro del ordenador basta con tener una sola copia comprimida. Pero el efecto obtenido por cualquiera de las dos técnicas es similar: que los compradores de CDs o los abonados a la página de WEBLISTEN escuchen las canciones producidas y grabadas por la actora, o incluso las puedan almacenar y volver a grabar en otro tipo de soportes o sistemas.

En ese tipo de operaciones es evidente que por una u otra vía se lleva a cabo una reproducción y una comunicación pública del contenido de los CDs originales pertenecientes al catálogo de una productora fonográfica. En el caso de las grabadoras de CDs mediante el sistema más simple de la multiplicación de las copias. En el caso de la compresión en formato MP3 y su grabación en el disco duro del ordenador mediante el sistema informático que permite la colocación del archivo (canción) en la página web y la multiplicación de los oyentes o accedentes que, en su individualidad, podrían perfectamente decir la han reproducido para mí. Y en ambos casos, tanto el grabador de CDs como el sintetizador en MP3 obtienen su beneficio económico a partir del trabajo ajeno (producción del CD original).

Ambas realidades, reproducción y comunicación pública, constituyen otros tantos derechos de los titulares de propiedad intelectual (artículos 18, 20, 115 y 116 TRLPI) que la ley protege no sólo en sus aspectos morales sino también en los patrimoniales o económicos.

En cuanto al primero, se ha señalado por reciente doctrina que el derecho de reproducción también se ha visto afectado por la llegada de las redes informáticas digitales, que han planteado nuevos interrogantes acerca de su extensión y vigencia en un ambiente en el que las obras se encuentran en buena medida desmaterializadas. Existen algunos actos de explotación de obras en formato digital que claramente implican una reproducción y por ello no han suscitado polémica en la doctrina de Derecho Comparado. A este respecto, y fuera del ámbito específico de Internet, existe acuerdo general acerca de que los actos que consisten en digitalizar una obra que previamente existía en formato analógico o incorporar una obra a una base de datos son actos de reproducción. Y en el ámbito más específico de las redes digitales informáticas tampoco se discute que los actos que suceden en los dos extremos de la cadena, esto es, introducir o cargar una obra en servidores u ordenadores conectados a la red uploading y descargar de modo permanente una obra desde Internet hasta un soporte material downloading, suponen una reproducción de la obra sujeta a la correspondiente autorización de los derechohabientes.

Por lo que se refiere a la comunicación pública, hay bastante acuerdo en la doctrina en que en Internet, la mera puesta a disposición de la obra en un sitio web hace que la misma potencialmente sea disfrutada y más aún, reproducida por un número indeterminado de personas. Tal actividad afecta de forma decisiva a los derechos de explotación exclusivos de la obra, y, por ello, es necesario someterla al control del titular o cesionario del derecho de comunicación pública, sin necesidad de verificar si efectivamente persona alguna ha accedido a la página web o base de datos en cuestión. El acto relevante desde un punto de vista económico el de hacer una oferta permanente a un público indeterminado, pues nuestra ley no menciona que haya necesidad de un acto positivo de comunicación recepción efectiva de la obra para que ésta tenga lugar.

Con estos matices ofrecidos por la doctrina no es difícil encajar los hechos enjuiciados en los preceptos ya mencionados del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, y que han sido aplicados en la sentencia recurrida.

Artículo 115. Reproducción

Corresponde al productor de fonogramas el derecho exclusivo de autorizar la reproducción, directa o indirecta, de los mismos.

Este derecho podrá transferirse, cederse o ser objeto de concesión de licencias contractuales.

En cuanto al derecho de comunicación pública (aunque haya que dar un pequeño rodeo, como señala la parte apelada) sigue vigente el artículo 109.1 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, en virtud de la Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2001 en cuyo fallo se establece

Segundo. Estimamos en parte el citado recurso declarando que el Gobierno se excedió en los límites de la delegación que le había sido otorgada por la Disposición Final Segunda de la Ley 27/1995, de 11 de octubre EDL 1995/15892, al derogar o considerar derogado y, por tanto, no incluir en el Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual EDL 1996/14925, el derecho exclusivo de los productores de fonogramas a autorizar la comunicación pública de éstos y de sus copias, derecho reconocido en el artículo 109, apartado 1, de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual EDL 1987/12846, cuya subsistencia asimismo declaramos.

Todo ello pone de manifiesto que la demandada WEBLISTEN no tenía apoyo legal (concretado en la autorización de los titulares

del derecho de propiedad intelectual) para realizar tareas de reproducción o de comunicación pública (mediante su colocación en Internet) de las canciones contenidas en los catálogos de EMI ODEON, pues, aunque ha alegado que tenía suscritos contratos con la Sociedad General de Autores y con la Asociación de Artistas, Intérpretes y Ejecutantes, lo que no ha probado es que tuviera la autorización de la productora de fonogramas demandante, cuyos derechos según se desprende de lo que se acaba de exponer son independientes de los derechos de los autores, intérpretes y ejecutantes; como así también (independientes) los considera la ley.

Ha sido correcta y acertada, por tanto, la interpretación y aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual en la sentencia recurrida, que, con desestimación del recurso, debe ser confirmada en todos sus puntos.

Quinto. Costas procesales.

La desestimación del recurso lleva consigo la imposición de las costas procesales de la segunda instancia a la parte apelante, según ordena el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por WEBLISTEN, S.A. frente a EMI ODEON, S.A. contra la sentencia de fecha 21 de octubre de 2002 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 49 de Madrid DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la referida resolución, con imposición de las costas procesales de esta segunda instancia a la parte apelante.