

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNANDEZ DE ELCHE

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURIDICAS

Grado en Derecho



**VULNERACION DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL
MEDIANTE DESCARGAS ILEGALES EN INTERNET**

TRABAJO FIN DE GRADO

Autor:

Esther Pedreño Pérez

Tutor:

José Carlos Espigares Huete

Curso Académico:

2018-2019

ELCHE, 2019

INDICE

I.-Introducción: planteamiento de la cuestión.....	3
II.- Aproximación al marco normativo español en material de protección de derechos de autores en el ámbito digital	6
A) Ámbito civil.....	8
B) Ámbito penal.....	16
C) La Comisión de la Propiedad Intelectual.....	20
III.- El caso particular de las descargas ilegales: la práctica judicial reciente sobre la materia.....	26
IV.- Conclusiones.....	44
V.- Bibliografía.....	46

I. INTRODUCCIÓN

El tema de este Trabajo de Fin de Grado es “Las descargas ilegales en internet” y la vulneración del derecho de propiedad intelectual.

Primero de todo, debemos apreciar que internet es una red donde podemos compartir datos de cualquier índole. Cualquier persona puede utilizar esta red para consultar y compartir información siempre y cuando se base en un respeto a los principios de la Carta de las Naciones Unidas y por supuesto, a los Derechos Humanos.

También debemos tener claro en qué consiste la propiedad intelectual. La anterior fue derogada por [Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual](#) (en lo sucesivo LPI), modificado posteriormente por las siguientes leyes: la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, el Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. “Así, se sustituye el modelo financiado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, por un modelo basado en el pago de un importe a satisfacer por los fabricantes y distribuidores de equipos, aparatos y soportes de reproducción. Se trata de un sistema, con vocación de permanencia, que responde de manera equilibrada a las necesidades de los consumidores y de los diferentes sectores implicados, incluidos los titulares de derechos de propiedad intelectual, y que prevé una compensación equitativa que cumple tanto con el derecho europeo como con el nacional.” Y el Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, donde se introducen determinadas modificaciones relativas a la gestión colectiva de los derechos de autor y afines y a la concesión de licencias multiterritorias de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior.

El hecho de que podamos compartir información y comunicarnos desde cualquier parte del mundo, cuando queramos y donde queramos, hace que

exista millones de datos a disposición del público. Esto hace que el ciberespacio sea un lugar propicio para la transgresión de la norma.

Lo más probable es que uno de los problemas más graves a nivel cultural sean las descargas ilícitas de contenidos protegidos que se realizan en Internet, ya sea por intercambio de archivos o a través de descargas directas a través de páginas de enlaces.

Y por ello, debemos mantener a nuestro país en observación y prevenir, perseguir y reprochar estos comportamientos y así poder evitar que no se respeten los derechos de autor, ya que, cotidianamente muchas personas los vulneran.

“El derecho de autor es el conjunto de derechos que se conceden al autor que ha creado una obra literaria o artística original. Estos derechos protegen sus intereses personales en relación con su obra (derechos morales) y ofrecen al autor la oportunidad de obtener un beneficio económico por la explotación de la obra (derechos exclusivos de explotación y derechos de remuneración).”

El derecho de autor y los derechos afines no son los mismos en todo el mundo. Aunque a través de los tratados internacionales y, en la UE a través de las Directivas, se han aproximado mucho, cada país puede tener su propia ley sobre el derecho de autor y decidir cómo se protegen estos derechos en su territorio.”¹

Lamentablemente, a pesar de que uno de los principales activos de nuestro país es la cultura en todas sus manifestaciones artísticas, España se encuentra a la cabeza en cuanto al número de infracciones que sufren los titulares de derechos de propiedad intelectual a través de Internet. ²

¹ EUIPO <https://euipo.europa.eu/ohimportal/es/web/observatory/faqs-on-copyright-es>

² Ledesma Ibáñez, Jorge, “Impunidad, anonimato y propiedad intelectual en Internet”. En <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-34/1037-impunidad-anonimato-y-propiedad-intelectual-en-internet-0-42488585917734156>

Pero con la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La modificación del régimen de las diligencias preliminares, con la reforma del art, 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada por la Ley 21/2014, *ha permitido solicitar específicamente la identificación de los usuarios de los servicios de la sociedad de la información a los prestadores de los mismos por parte de los titulares de los derechos de propiedad intelectual que pretendan ejercitar acciones de infracción de sus derechos.*³

Con esta reforma, se podrá llevar a cabo una reclamación extrajudicial y judicial directa a aquellos usuarios que descargan de forma ilegal obras protegidas. Y esto es lo que está sucediendo, y podemos encontrar sentencias, aunque con resultados dispares. Las analizaremos más adelante.

Por último, pensar que con esta nueva estrategia se podrá combatir contra esta infracción rebajándola o siendo muy positivos, como ocurre en Alemania, siendo prácticamente inexistentes.

³ José Carlos Espigares Huete, "Perspectivas sobre la vulneración de los derechos de propiedad intelectual mediante las descargas ilegales", Revista LEX MERCATORIA, Vol.9, 2018. Artículo 3. Página 15

II. APROXIMACIÓN AL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL EN MATERIAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL.

Primero de todo, en cuanto a la legalidad de estas conductas, todos nos preguntamos, ¿hasta qué punto se consideran ilícitas dichas conductas? Algunos defienden su legalidad y otros su carácter ilícito. Para poder resolver esta cuestión, debemos acudir al TRLPI, cuerpo legal donde se recogen los preceptos de este tipo de conducta.

Como bien hemos dicho anteriormente, la actual regulación española de la propiedad intelectual está constituida por el **Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril**, donde se regularizaron, aclararon y armonizaron las disposiciones legales vigentes sobre la materia, incorporando las disposiciones por entonces vigentes en el ámbito comunitario europeo. Pero esta Ley ha sufrido importantes modificaciones en virtud de sucesivas reformas.

Si bien es cierto que la revolución en los hábitos de consumo y comunicación hace que la tecnología vaya muy por delante de la norma. Esto afecta considerablemente en la comisión masiva de infracciones de los derechos de propiedad intelectual.

También se procedió en un ámbito estrictamente administrativo de protección, a la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información. Con ello, se fortaleció la posición de la Comisión de Propiedad Intelectual.

Como bien se ha comentado con anterioridad, el desarrollo de las nuevas tecnologías tanto digitales como informáticas ha tenido un gran impacto en relación con los derechos de propiedad intelectual, que ha requerido un esfuerzo equivalente de la comunidad internacional y de la Unión Europea proporcionando unos instrumentos eficaces para la protección de los derechos

sin menoscabar el desarrollo de Internet y la libertad de los internautas. Por lo que se han adoptado unas medidas legales previas a la aprobación de una nueva Ley integral de la Propiedad Intelectual. La Ley 21/2014, de 4 de noviembre, procuró fortalecer los instrumentos de reacción frente a las vulneraciones de derechos que permita el impulso de la oferta legal en el entorno digital. Y aquí es donde aún nos encontramos.

No debemos olvidar que, por esta reforma, se ha alcanzado una protección penal de estos derechos de un modo igualmente principal. Por lo que, se podrán instruir causas criminales por infracciones penales de los derechos de autor.

Con ello podemos observar que, en el marco normativo vigente, se produce un doble ámbito, tanto civil como penal. No olvidaremos, como sugiere nuestro legislador, que “(...) la Ley de Propiedad Intelectual es el instrumento de protección natural en esta materia y que es absolutamente necesario lograr un cierto equilibrio entre esa protección de la propiedad intelectual y la que también deriva del legítimo uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.”

Debemos señalar que, tanto en los sistemas de intercambio de archivos como en las descargas directas, nos encontramos al menos, con dos derechos de propiedad intelectual, como son el art 18 TRLPI sobre los derechos de reproducción, o el art. 20.2.i sobre la puesta a disposición del público. Ambos son de carácter exclusivo.

Importante también señalar el art. 17 que establece lo siguiente: “Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley”. Dicho precepto no admite dudas sobre la conducta ilícita. Sin embargo, existen ciertos límites,

donde en determinadas circunstancias, cualquier persona puede utilizar una obra sin necesidad de autorización.

Por lo que debemos de prestar más atención a los límites establecidos en el derecho de reproducción regulado en el art. 31 del TRLPI. Este límite permite la reproducción de una obra protegida sin la autorización del autor, siempre y cuando se realice por una persona física exclusivamente para uso privado sin fines comerciales. Sin embargo, nos encontramos con dos reformas donde incluyen más requisitos. La reforma del año 2017 por el RD- ley 12/2017, de 3 de julio, donde se incluye el requisito de “que la reproducción se realice a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación.” Y la reforma en el año 2014 por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, donde se expone “que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio.”⁴

A) **Ámbito civil de protección.**

La vía jurisdiccional civil se mantiene como cauce ordinario para la solución de conflictos, pero se han ido incorporando algunas medidas de información previas necesarias para la protección de los derechos en el entorno digital en línea.

La regulación la encontramos en los **arts. 138 a 143 de la LPI**. Extendida a cualquier vulneración de los derechos de propiedad intelectual imaginable. Pero debemos mencionar particularmente la protección frente a los actos de elusión, o preparatorios de éstos, de cualquier medida eficaz destinada a la protección de tales derechos (arts.196 y 197) y los actos que suprimen o alteran la información vinculada a la protección y gestión de esos derechos (art. 198).

⁴ Ledesma Ibáñez, Jorge, “Impunidad, anonimato y propiedad intelectual en Internet”. En <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-34/1037-impunidad-anonimato-y-propiedad-intelectual-en-internet-0-42488585917734156>

Estos preceptos los encontramos en el **Título VI del Libro tercero, redactado por el número nueve del artículo único del R.D.-ley 2/2018, de 13 de abril**, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el R.D. Legislativo 1)1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la **Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014**, y la **Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017 (<< B.O.E.>> 14 abril)**.

Pero, ¿cuáles son los derechos de propiedad intelectual? Tales derechos regulados en la LPI, se subdividen en dos grupos:

1. Derechos morales (art 14 y ss) compuestos por:

- Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.
- Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.
- Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.
- Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.
- Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.
- Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.
- Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

2.Derechos de explotación (art 17 y ss):

-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 o la obtención de copias.

-Distribución: La puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

-Comunicación pública: Todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.

-Transformación: la cual comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.

¿Y cómo podemos enjuiciar la ilicitud de las conductas de terceros? Para ello, se establecen unos criterios legales. Ya que se prevé que también será responsable como infractor quien induzca dolosamente la conducta infractora, quien coopere con la misma (conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla) y quien, por tener interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor.

Por lo tanto, el titular de los derechos de propiedad intelectual podrá llevar a cabo dos tipos de acciones:

-El cese de la actividad ilícita (art. 139): que incluirá, entre otros, la suspensión de la explotación, la retirada y destrucción de los ejemplares ilícitos o la retirada, precintado y destrucción de los medios usados para vulnerar dichos derechos.

-Indemnización (art 140): se fijará teniendo en cuenta la pérdida de beneficios del perjudicado y las ganancias del infractor o dependiendo de la cantidad que hubiese recibido el perjudicado si le hubiesen pedido autorización.

Por otra parte, dispone también de medidas cautelares de extraordinaria importancia (art.141), utilizadas en el caso de infracción o si existe temor racional y fundado de que pueda producirse de modo inminente. Por lo que el titular del derecho de propiedad intelectual podrá dirigirse contra el intermediario del que se valgan terceros para infringir dichos derechos solicitando la suspensión de los servicios prestados tanto por vía del ejercicio de cese de acciones (art.139.1.h) como por la vía de las medidas cautelares (art 138 y 141.6).

Una vez declarada la infracción, se podrá proceder a la indemnización de los daños y perjuicios irrogados al titular del derecho. Éstos comprenderán tanto el valor de la pérdida que haya sufrido, como la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación. Se podrán incluir los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción. El actor podrá optar por uno de los dos criterios establecidos por la Ley: según la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte actora y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita o la cantidad que hubiera percibido el actor en el caso de haber autorizado la utilización de su derecho. Con anterioridad a la reforma hecha por la Ley 19/2006, sólo era posible optar por la indemnización en separado, pero con la reforma es posible la reclamación conjunta de los perjuicios causados y los beneficios obtenidos por el infractor, lo que obviamente hace que aumente la cuantía indemnizatoria.

No debemos olvidar, que se prevé también la indemnización del daño moral ya que no queda excluida por el hecho de no haber existido perjuicio económico.

No obstante, incumbe a la actora la carga de la prueba no sólo de la producción de daños y perjuicios, sino también de su importe, todo ello conforme

al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; si bien con la particularidad, en cuanto al daño moral, de que acreditada la infracción o violación del derecho de contenido moral, se presume la causación de daño moral. En cuanto a su prescripción, éstas prescribirán a los 5 años desde que el legitimado pudo ejercitarla.

Por último, para su valoración, se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la sesión y grado de difusión ilícita de la obra (art. 140.2 LPI). Debemos mostrar importante interés a la Sentencia del TJUE (Sala Quinta) de 17 marzo 2016, Rec. C-99/2015, sostiene que en materia de propiedad intelectual (e industrial por extensión) **el daño moral se debe indemnizar, lo diga o no lo diga expresamente la ley**. Por lo que ya no se tendría en cuenta solo la compensación por el daño material y, por tanto, aplicar el art. 140.2.b, sino también compensar el daño moral. Se declara el principio de reparación total del daño, e incluso da opciones para que el trato sea más severo: los jueces “podrán, cuando proceda, fijar los daños y perjuicios mediante una cantidad a tanto alzado sobre la base de elementos como, cuando menos, el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión”. Se pagaría, en suma, lo que se conoce como regalía hipotética. Se llama así porque la palabra regalía hace mención a la “cantidad fija que corresponde al propietario de un derecho o un producto a cambio del permiso para ejercerlo o usar de él”. Lo que quiere decir que el infractor pagará la suma que le hubiera costado si en un primer momento hubiera solicitado la autorización.⁵

Los Juzgados de lo Mercantil (art.86. Ter 2.a LOPJ) serán quienes conozcan de la competencia en el ámbito del orden jurisdiccional civil, respecto de las demandas sobre acciones relativas a la propiedad intelectual. La LEC dicta los

⁵ Javier Espín Granizo, “De nuevo sobre daños morales. Una sentencia con luces y sombras para la propiedad intelectual” En <https://hayderecho.com/2016/04/19/de-nuevo-sobre-danos-morales-una-sentencia-con-luces-y-sombras-para-la-propiedad-intelectual/>

medios de tutela de la propiedad intelectual e industrial y lo hace refiriéndose a las diligencias preliminares previas al juicio y a las medidas de aseguramiento de la prueba.

En relación con el art 256.1 LEC, el juicio podrá prepararse mediante diligencias preliminares. Dichas diligencias se presentarán al juez de primera instancia o de lo mercantil, cuando proceda, del domicilio de la persona que en su caso hubiera de declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones que se acordarán para preparar el juicio. Salvo en las diligencias previstas en los números 6º, 7º, 8º y 9º de este artículo. Por lo que mientras que la diligencia contenida en el número 1 persigue obtener una declaración bajo juramento o promesa de decir la verdad acerca de determinados extremos de los presupuestos procesales necesarios para el seguimiento de un ulterior juicio o la exhibición de los documentos en que consten los mismos, la número 2 persigue la exhibición de la cosa misma pero que constituye el objeto del juicio posterior, las n°3,4,5,y5bis persiguen igualmente la exhibición de un documento determinado o concreto que obra en poder del destinatario de la diligencia. En todos estos supuestos será competente el tribunal ante el que haya de presentarse la demanda determinada. Excepto, como se prevé en el art. 257.1 LEC, “se soliciten nuevas diligencias a raíz del resultado de las hasta entonces practicadas, podrán instarse del mismo tribunal o bien del que, a raíz de los hechos averiguados en la anterior diligencia, resultaría competente para conocer de la misma pretensión o de nuevas pretensiones que pudieran eventualmente acumularse”.

Con la excepción de la remisión del art. 256.1.9, relativa a lo que “prevean las correspondientes leyes especiales”, se ha de destacar que la información obtenida mediante las diligencias que nos referimos tiene un carácter reservado. Por lo que se prohíbe su divulgación o comunicación a terceros. El Tribunal, a instancia de cualquier interesado, puede atribuir carácter reservado a las

actuaciones. Se refiere expresamente a que “(...) para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial” (art.259.4 LEC).

Se distinguen distintos ámbitos de vulneración de estos derechos, comenzando por aquellos no realizados a escala comercial: “7.º Mediante la solicitud, formulada por quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales, de diligencias de obtención de datos sobre el posible infractor, el origen y redes de distribución de las obras, mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial y, en particular, los siguientes: a) Los nombres y direcciones de los productores, fabricantes, distribuidores, suministradores y prestadores de las mercancías y servicios, así como de quienes, con fines comerciales, hubieran estado en posesión de las mercancías. b) Los nombres y direcciones de los mayoristas y minoristas a quienes se hubieren distribuido las mercancías o servicios. c) Las cantidades producidas, fabricadas, entregadas, recibidas o encargadas, y las cantidades satisfechas como precio por las mercancías o servicios de que se trate y los modelos y características técnicas de las mercancías”.

Por otra parte, se encuentra los actos de vulneración desarrollados a otra escala. La vulneración de dichos derechos puede producirse mediante actos a escala comercial: aquellos realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos (art.256.8º LEC). En este caso se dispone: “8.º Por petición de quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial, de la exhibición de los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros, producidos en un determinado tiempo y que se presuman en poder de quien sería demandado como responsable. La solicitud deberá acompañarse de un principio de prueba

de la realidad de la infracción que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que materialice aquella infracción. El solicitante podrá pedir que el Secretario extienda testimonio de los documentos exhibidos si el requerido no estuviera dispuesto a desprenderse del documento para su incorporación a la diligencia practicada. Igual solicitud podrá formular en relación con lo establecido en el último párrafo del número anterior”.

También existen dos previsiones que inciden directamente sobre los prestadores de servicios de la sociedad de la información. En este caso, el legislador valorará si el propio prestador del servicio es el infractor: podrán solicitarse diligencias “10.º Por petición, de quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, para que se identifique al prestador de un servicio de la sociedad de la información sobre el que concurren indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad industrial o de propiedad intelectual, considerando la existencia de un nivel apreciable de audiencia en España de dicho prestador o un volumen, asimismo apreciable, de obras y prestaciones protegidas no autorizadas puestas a disposición o difundidas”. Se delimitará el contenido de la solicitud en un doble sentido. Primero, se obtendrán los datos necesarios para poder llevar a cabo dicha identificación y después, en segundo lugar, “(...) podrá dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, de pagos electrónicos y de publicidad que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de prestación de un servicio con el prestador de servicios de la sociedad de la información que se desee identificar”. En tanto en cuanto, estos prestadores proporcionarán la información solicitada siempre que ésta pueda extraerse de los datos de que dispongan o conserven como resultado de la relación de

servicio que mantengan o hayan mantenido con el prestador de servicios objeto de identificación. Cabe excepción de aquellos datos que exclusivamente estuvieren siendo objeto de tratamiento por un proveedor de servicios de Internet en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

Por último, esta intervención del prestador de servicios de la sociedad de la información se solicitará en otros casos para que se identifique al usuario de sus servicios para que infringe estos derechos: “11.º Mediante la solicitud, formulada por el titular de un derecho de propiedad intelectual que pretenda ejercitar una acción por infracción del mismo, de que un prestador de servicios de la sociedad de la información aporte los datos necesarios para llevar a cabo la identificación de un usuario de sus servicios, con el que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de prestación de un servicio, sobre el que concurren indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad intelectual, y mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales, teniendo en cuenta el volumen apreciable de obras y prestaciones protegidas no autorizadas puestas a disposición o difundidas”.

B) Ámbito Penal

Actualmente, los delitos contra la propiedad intelectual están recogidos en el **capítulo XI del Título XIII Código Penal** y se regulan dentro de los “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”. Los “Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”. Estos

delitos ya sufrieron una modificación con la reforma del Código Penal del año 2003 y han sido objeto de nueva reforma por LO 1/2015 de 23 de noviembre. El legislador acude a la necesidad de ajustar la respuesta penal a la valoración de la gravedad de la infracción cometida y así mejorar técnicamente la tipificación de las conductas ya existentes. Para ello, ofrece al juez un marco penal amplio para así ajustar la pena a la gravedad de dicha conducta.

Primero de todo destacar que el bien jurídico protegido en este caso es el patrimonio de los titulares de derecho de la propiedad intelectual.

Estas conductas están reguladas en los artículos 270, 271 y 272 CP.:

La conducta típica descrita en el art. 270.1, castiga las conductas que, llevadas a cabo sobre una obra de carácter artístico o científico, protegida, sin la autorización de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual, y con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, consistidas en la reproducción, el plagio, la distribución o puesta a disposición del público, la comunicación pública e incluso la explotación económica de cualquier otro modo, la cual al ser una cláusula de carácter abierto, amplía notablemente el número de conductas subsumibles en el tipo. Pero se prevé una penalidad menor en los supuestos de distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional con una pena de prisión de seis meses a dos años: “No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 271, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días”.

Otra conducta tipificada es la descrita en el art. 270.2 donde se expone que “la misma pena se impondrá a quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la información, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin

limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios”. (Pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses).

El juez o tribunal podrá ordenar: la retirada de las obras o prestaciones que sean objeto de la infracción; la interrupción de la prestación del servicio en un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información cuando se difundan exclusiva o preponderantemente contenidos objeto de la propiedad intelectual; cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual, siempre que el juez lo estime procedente; y el bloqueo del acceso correspondiente de manera excepcional en conductas reiteradas o cuando sea una medida proporcionada, eficiente y eficaz. (art 270.3 CP). Serán castigados con las penas previstas anteriormente para cada caso quienes:

“Exporten o almacenen intencionadamente ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refieren los dos primeros apartados de este artículo, incluyendo copias digitales de las mismas, sin la referida autorización, cuando estuvieran destinadas a ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente.” (art. 270.5 a) CP)

“Importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, cuando estuvieran destinados a ser reproducidos, distribuidos o comunicados públicamente, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia.” (art. 270.5 b) CP)

A pesar de esto, se debe tener en cuenta que la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos de dicho Estado o con su consentimiento.

Facilitar la realización de las conductas del tipo básico descritas en el art. 270.1 y 270.2 CP, eliminando o modificando las medidas tecnológicas incorporadas por los titulares de derechos de propiedad intelectual para evitar la realización de esas conductas. (art 270.5 c) CP).

Aquellos que con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, con la finalidad de facilitar a terceros el acceso a un ejemplar de una obra literaria, artística o científica, o a su transformación, interpretación o ejecución artística, fijada en cualquier tipo de soporte o comunicado a través de cualquier medio, y sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, eluda o facilite la elusión de las medidas tecnológicas eficaces dispuestas para evitarlo.(art. 270.5 d) CP)

Para finalizar se tipifica otra conducta, pero con pena distinta (pena de prisión de seis meses a tres años):

La fabricación, importación, puesta en circulación o detentación, con finalidad comercial de cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico de protección de programas de ordenador o de otras obras protegidas. (art 270.6 CP).

Destacar también los tipos agravados para cualquier circunstancia del art. 270 CP:

-Por su trascendencia económica gracias al beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener. Es decir, sería suficiente la conducta si fuera apta para haberlo logrado.

-Por su especial gravedad de los hechos a causa del valor de los objetos producidos ilícitamente, el número de obras, o de la transformación, ejecución o interpretación de las mismas, ilícitamente reproducidas, distribuidas, comunicadas al público o puestas a su disposición, o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.

-Por la pertenencia del autor a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, cuya finalidad no sea otra que la de realizar actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.

-Por la utilización de menores de 18 años para cometer dichos delitos.

Por lo tanto, la pena será agravada con la prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido por un periodo de dos a cinco años. (art. 271 CP).

El artículo 272 CP hace remisión a la LPI. Dispone que la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los artículos anteriormente explicados se regirá de las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios. (arts. 138 y s.s. LPI)

También podrán los perjudicados solicitar medidas cautelares antes de que recaiga sentencia conforme a lo previsto en el art. 143 de la LPI. Y en el supuesto de sentencia condenatoria penal, el Juez o Tribunal podrá decretar su publicación a costa del infractor en un periódico oficial.

C) La Comisión de la Propiedad Intelectual

La Comisión de la Propiedad Intelectual está regulada en el Título V del libro tercero (redactado por el número ocho del artículo único del R.D.-ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad

Intelectual, aprobado por el R.D. Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017). Es importante hablar de ella, ya que tiene como función la salvaguarda de los derechos en el entorno digital.

Para ello, debemos hacer referencia al art. 193 LPI, donde se define y se atribuye sus funciones. En cuanto a su definición, está adscrita al Ministerio de Cultura y Deporte como órgano colegiado de ámbito nacional ejerciendo las funciones de mediación, arbitraje, determinación de tarifas y de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual que le atribuya la Ley. Pero también, ejercerá funciones de asesoramiento sobre cuantos asuntos de su competencia le sean consultados por el Ministerio de Cultura y Deporte.

La Comisión de Propiedad Intelectual actúa por medio de dos secciones: La Sección Primera que ejercerá las funciones de mediación y arbitraje, así como de determinación de tarifas y control den los términos previstos en la Ley, y la Sección Segunda, cuya función es la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de la información, siempre que éstos, directa o indirectamente, actúen con ánimo de lucro o su actividad haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial a los titulares de derechos. La Sección Segunda actúa exclusivamente a instancia de parte, con sujeción a los principios de legalidad, objetividad, proporcionalidad y contradicción.⁶

Las funciones de la Sección Primera son:

Mediación: esta función está relacionada directamente con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual y para la autorización de la distribución por cable de una emisión de radiodifusión entre los titulares de los derechos de

⁶ Ministerio de Cultura y Deporte (Gobierno de España)

propiedad intelectual y las empresas de distribución por cable. Se iniciará a instancia de parte o ambas del contrato de mediación en el caso de que ninguna de ellas exprese su oposición en un plazo de tres meses desde su presentación. Su sometimiento es voluntario, salvo pacto escrito.

Arbitraje: tiene como función la solución de los conflictos sobre materias directamente relacionadas con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. Se iniciará a instancia de la entidad de gestión ⁷afectada, de una asociación de usuarios, de una entidad de radiodifusión o de un usuario afectado especialmente significativo y previa aceptación de la otra parte, cantidades sustitutorias de las tarifas generales. Al igual que la mediación, su sometimiento es voluntario.

Determinación de tarifas: tiene como función establecer las tarifas para la explotación de los derechos de gestión colectiva obligatoria, y para los derechos de gestión colectiva voluntaria que, respecto de la misma categoría de titulares, concurren con un derecho de remuneración sobre la misma obra o prestación. Se iniciará a solicitud de la entidad de gestión afectada, de una asociación de usuarios, de una radiodifusión o de un usuario especialmente significativo, cuando no haya acuerdo entre ambas en el plazo de seis meses desde el inicio formal de la negociación.

Control de las tarifas: tiene como función velar por que las tarifas generales establecidas por las entidades de gestión sean equitativas y no discriminatorias, por lo que deberá valorar, entre otros aspectos, la aplicación de los criterios mínimos previstos en el artículo 164.3. Se iniciará de oficio por iniciativa propia o por denuncia de los usuarios obligados al pago de una tarifa general o de las

⁷Las entidades de gestión de propiedad intelectual son aquellas constituidas para la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, respecto de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, la cuales deberán obtener autorización del Ministerio de Cultura, en cuya virtud podrán ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión y tendrán los derechos y obligaciones que en la Ley se establecen, sin que puedan tener ánimo de lucro. Y están obligadas a establecer tarifas generales, simples y claras que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio. (art. 164.1 LPI)

asociaciones de estos. En el caso de que existan evidencias de que las tarifas no cumplen con los criterios establecidos en la Ley, o que éstas sean inequitativas o discriminatorias, se acordará la remisión del expediente a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) para que dicho órgano ejercite su competencia.

El régimen previsto en el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, debe completarse con el Real Decreto 1023/2015, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la composición, organización y ejercicio de funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual. Este último Real Decreto distingue los procedimientos de mediación, arbitraje y control de tarifas, referidas a la Sección Primera de la Comisión.

Pero debemos destacar en este caso, la Sección Segunda de la Comisión, la cual abarca la función de velar por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información e los términos previstos en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información de Comercio Electrónico. Para su desarrollo, debemos acudir al artículo 195 LPI. En dicho artículo se expone la función descrita anteriormente. La Comisión podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que los vulneren, todo ello en el caso del procedimiento de restablecimiento de la legalidad correspondiente, cuando el prestador ya sea directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial. (art. 195.4 LPI).

Estarán legitimados para instar el procedimiento el titular de los derechos de propiedad intelectual que se consideren vulnerados o de la persona que tuviera

encomendado su ejercicio o la representación de tales titulares. Como es el caso de las entidades de gestión. Deberá aportarse junto a la denuncia, una prueba razonable del previo intento de requerimiento de retirada infructuoso al servicio de la sociedad de la información presuntamente infractor solicitando la retirada de los contenidos específicos ofrecidos sin autorización, siendo suficiente dirigir dicho requerimiento a la dirección electrónica a que el prestador facilite al público a efectos de comunicarse con el mismo. En caso de que el prestador de servicios no facilite una dirección electrónica válida para la comunicación, no será exigible el intento de requerimiento previsto. (art. 195.3 LPI).

El procedimiento de restablecimiento de la legalidad se iniciará frente a los responsables del servicio de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual en el que concurren ciertas características. Teniendo en cuenta que se atenderá, entre otros criterios, al nivel de audiencia en España, al número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas a las que es posible acceder a través del servicio o a su modelo de negocio (art 195.2.a) LPI). También frente a aquellos prestadores de servicios que vulneren los derechos de propiedad intelectual facilitando la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica. Particularmente, se incluirá a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio (art 195.3.b) LPI).

Por otra parte, la suspensión podrá dirigirse a los servicios de intermediación de la sociedad de la información. Es decir, que se prevé que en caso de falta de retirada voluntaria por el infractor para garantizar la efectividad de la resolución dictada, se podrá requerir la colaboración necesaria de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, requiriéndoles para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al

prestador infractor. Importante a tener en cuenta que se exigirá la previa autorización judicial para la ejecución de la medida de colaboración dirigida al prestador de servicios de intermediación correspondiente, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (art. 195.5 LPI).

Se valorará en cuanto a la adopción de las medidas de colaboración, por la Sección Segunda, la posible efectividad de aquellas dirigidas a bloquear la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información declarado infractor. Este bloqueo por parte de los proveedores de acceso a Internet deberá motivarse adecuadamente en consideración a su proporcionalidad, teniendo en cuenta la posible eficacia de las demás medidas al alcance. Es referido también, la prestación del servicio utilizando un nombre de dominio bajo el código de país correspondiente a España (.es) u otro dominio de primer nivel cuyo registro esté establecido en España, la Sección Segunda notificará los hechos a la autoridad de registro a efectos de que cancele el nombre de dominio, que no podrá ser asignado nuevamente en un periodo de, al menos, seis meses (art. 195.5 LPI).

Si bien es importante destacar que este procedimiento administrativo puede suponer que dichos prestadores de servicios sean sancionados administrativamente en el caso de incumplimiento reiterado de contenidos declarados infractores por la Comisión. Por lo tanto, se prevé que El incumplimiento de requerimientos de retirada de contenidos declarados infractores, que resulten de resoluciones finales adoptadas constituirá, desde la segunda vez que se tenga lugar, inclusive, una infracción administrativa muy grave sancionada con multa de entre 150.001 hasta 600.000 euros. También se incluirá que si se reanuda dichas actividades ilícitas con posterioridad “(...) el hecho de que el mismo responsable contra el que se inició el procedimiento explote de nuevo obras o prestaciones del mismo titular, aunque no se trate

exactamente de las que empleara en la primera ocasión, previa a la retirada voluntaria de los contenidos. Incurrirán en estas infracciones los prestadores que, aun utilizando personas físicas o jurídicas interpuestas, reanuden la actividad infractora.”

Cuando así se justifique su gravedad y repercusión social de la conducta infractora, surgirán nuevos efectos derivados del propio procedimiento. Cuyas consecuencias son: “La publicación de la resolución sancionadora, a costa del sancionado, en el «Boletín Oficial del Estado», en dos periódicos nacionales o en la página de inicio del sitio de Internet del prestador durante un periodo de un año desde la notificación de la sanción, una vez que aquella tenga carácter firme, atendiendo a la repercusión social de la infracción cometida y la gravedad del ilícito”; y finalmente el cese de las actividades declaradas infractoras del prestador de servicios durante un período máximo de un año pudiendo requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, ordenándoles que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor (art. 195.6 LPI)

Por último, es de interés que las resoluciones dictadas por la Sección Segunda ponen fin a la vía administrativa y, el procedimiento se desarrollará sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que puedan ser procedentes (art. 195.3 y 7 LPI).

III. El caso particular de las descargas ilegales: la práctica judicial reciente sobre la materia.

Para comenzar con lo sucedido en sentencias recientes, debemos partir de la concreción del funcionamiento de programas de intercambio de archivos.

Debemos señalar primero de todo, las prácticas que pueden realizarse en internet. Son muy variadas y tienen una incidencia significativa en los derechos de propiedad intelectual.

Primero señalar el *browsing*, que es básicamente la navegación por la red. Es utilizado para buscar y consultar información. Se podría decir que la simple consulta o lectura no atentaría contra los derechos de propiedad intelectual aunque en nuestro ordenador tendría lugar la reproducción. Pero existen unos límites establecidos en el art. 31.1 LPI: “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.”

El *Caching* es el almacenamiento de páginas webs que utilizamos, que visitamos por lo que en nuestro ordenador se almacena una memoria de páginas web visitadas por el usuario. Pero también lo consideraríamos un acto de reproducción provisional en el sentido de la excepción del art. 31.1 LPI.

El *enlace o vínculo* en una página web es muy controvertido. Se deberá diferenciar entre las situaciones en las cuales se remite al usuario a un sitio web donde se encuentre alojada una obra que ha sido colgada por el propio titular. En este caso, podríamos hablar de atentar contra la Propiedad Intelectual.

El *Peer to Peer (P2P)*: es el intercambio de archivos entre usuarios sin que tengan la necesidad de conocerse, lo que quiere decir que funciona sin necesidad de contar ni con clientes ni con servidores fijos y significa que aquellos conectados a la red P2P al mismo tiempo actúan como clientes y servidores con respecto a los demás ordenadores conectados. Lo hacen a través de programas específicos. Esto permite la reproducción y comunicación pública de obras que pueden

estar protegidas. Dichos archivos se almacenan en nuestro disco duro que podrá ser copiado por otros usuarios sin contar con la autorización del titular. Por lo que parece indicar que nos situamos en el terreno de la reproducción y comunicación pública. Es definido por la **Sentencia de la AP Madrid de 31 de marzo de 2014**⁸ de manera que expone que “Los protocolos Peer to Peer son una herramienta tecnológica que permite la conexión entre ordenadores y con ello el que diversos sujetos puedan compartir contenidos que alojan en una carpeta común de sus respectivos ordenadores personales. La instalación de dichos programas permite a los usuarios de los mismos establecer una comunicación directa en red entre ellos, sin necesidad de una intervención de apoyo por parte del que les suministró el software, que posibilita de forma muy eficiente que se intercambien entre sí archivos digitales”.

Por ello, este sistema de intercambio es utilizado muy recurrentemente para descargar ilegalmente. Algunas sentencias, como la anteriormente mencionada, ya se han pronunciado al respecto. Incluso acerca de la responsabilidad intelectual indirecta de los titulares de páginas webs que permiten los enlaces a tales programas. Como en sus fundamentos de derecho explicando que “Los protocolos "Peer to Peer" (ó P2P) permiten la conexión entre ordenadores y

⁸ "Los protocolos "Peer to Peer" (ó P2P) permiten la conexión entre ordenadores y con ello el que diversos sujetos puedan compartir contenidos . La evolución de dichos protocolos ha sido, a medida que el avance tecnológico lo ha permitido, hacia la descentralización, de modo que ya no precisan de un servidor central que actúe de interconexión, sino que la tecnología permite que a través de un programa informático los ordenadores de los usuarios se conecten directamente entre sí, a modo de una red, y puedan acceder a los contenidos que los demás conectados al sistema tienen almacenados para derivarlos hacia el disco duro del propio ordenador; cada usuario puede funcionar así como cliente y como servidor a un tiempo. La realización de dichos intercambios de archivos entre particulares constituye una actividad perfectamente lícita en la medida en la que los que sean objeto de transferencia no estén sujetos a derechos exclusivos de tercero o se cuente con la autorización de éste. Ahora bien, el intercambio entre usuarios de Internet de archivos que estén amparados por derechos de propiedad intelectual, si no se cuenta con la autorización del titular de los mismos, entraña una infracción de aquéllos. La misma se comete por inmiscuirse en la órbita de los derechos exclusivos de explotación que incumben al titular de los mismos (artículo 17 del TRLPI), en concreto, el de comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición del público de forma interactiva de las obras (artículo 20, párrafo 2, apartado i del TRLPI y artículo 116 del mismo cuerpo legal en lo que respecta a los productores de fonogramas), de modo que se confiere la posibilidad de acceder a ellas vía Internet a voluntad del que esté interesado, y el de reproducción (artículo 18 del TRLPI , con carácter general, y artículo 115 en lo que atañe a los productores de fonogramas), por la realización incontestada de copias digitales de las obras protegidas, sin que ello lo ampare el límite de copia privada (artículo 31.2 del TRLPI), pues su vocación es la de la utilización colectiva de esas copias, que además, en muchos casos, se realizan precisamente a partir de un ejemplar ilegítimo".

con ello el que diversos sujetos puedan compartir contenidos. La evolución de dichos protocolos ha sido, a medida que el avance tecnológico lo ha permitido, hacia la descentralización, de modo que ya no precisan de un servidor central que actúe de interconexión, sino que la tecnología permite que a través de un programa informático los ordenadores de los usuarios se conecten directamente entre sí, a modo de una red, y puedan acceder a los contenidos que los demás conectados al sistema tienen almacenados para derivarlos hacia el disco duro del propio ordenador; cada usuario puede funcionar así como cliente y como servidor a un tiempo”.

Pero sigue señalando dicha sentencia que “(...) el intercambio entre usuarios de Internet de archivos que estén amparados por derechos de propiedad intelectual, si no se cuenta con la autorización del titular de los mismos, entraña una infracción de aquéllos”.

En esta sentencia se saca a colación la **vía de infracción indirecta**, que según la Doctrina técnica-jurídica “sería la cometida por aquel que, siendo consciente de ello, indujese o contribuyese a que un tercero realizase una actividad infractora. Cualquier posibilidad de imputación de infracción indirecta pasaría por constatar que un tercero estuviera infringiendo un derecho, que el demandado tuviera conocimiento de ello y que hubiese efectuado alguna contribución material para que ello se produjera.”

Lo que ocurre es que carece de explícita regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico y por lo que se enfrenta a severas dificultades. Entonces “la contribución a la infracción no sería fuente de imputación de responsabilidad porque el tercero contribuyente (en el caso que aquí nos ocupa el creador y comercializador del programa informático preciso para hacer operativa una red P2P) no estaría incurriendo como tal en ningún comportamiento legalmente tipificado en nuestro ordenamiento jurídico como infractor contra el derecho de exclusiva y sin dicho soporte legal no cabría

censurarle la ilegalidad de su conducta (el que se moviese en una zona gris no equivaldría a la comisión de ilicitud si él no infringiese ninguna prohibición) ni asignarle responsabilidades”.

Dicho lo cual, la Audiencia desestima la demanda porque los demandados no actúan como se ha descrito antes, sino que son los que han creado el software y lo han distribuido y lo que lanzan al mercado, por tanto, son programas informáticos que permiten poner en marcha dichos protocolos. De modo que no intervienen en el intercambio de archivos.

En el mismo sentido, pero en este caso sobre la infracción por un usuario se ha pronunciado la **Sentencia de la AP Barcelona de 18 de diciembre de 2013**, en el cual un usuario ponía a disposición de otros usuarios archivos de grabaciones musicales. Declara la sentencia la infracción de los derechos de propiedad intelectual de las compañías discográficas demandantes. El problema se halla en el desconocimiento de la persona que se encontraba detrás del nombre de usuario, por lo que el titular del derecho ejercitó la acción frente al intermediario del que se valía el tercero. Esto se consiguió gracias a la dirección IP, que permitía conocer la compañía que prestaba el servicio. Estaríamos hablando, por tanto, de la legitimación pasiva reconocida en los arts. 138 y 139.1 h) LPI⁹, de los intermediarios o prestadores de servicios a terceros siempre y

⁹ Artículo 138 LPI: “El titular de los derechos reconocidos en esta ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140. También podrá instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor.

Tendrá también la consideración de responsable de la infracción quien induzca a sabiendas la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor. Lo anterior no afecta a las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los artículos 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la medida en que se cumplan los requisitos legales establecidos en dicha ley para su aplicación.

Asimismo, podrá solicitar con carácter previo la adopción de las medidas cautelares de protección urgente reguladas en el artículo 141.

Tanto las medidas de cesación específicas contempladas en el artículo 139.1.h) como las medidas cautelares previstas en el artículo 141.6 podrán también solicitarse, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios a

cuando la actividad realizada por el usuario sea infractora y aunque el intermediario esté exento de responsabilidad.

En cambio, en la **Sentencia de la AP Barcelona 11 de julio de 2011**, aunque también se pronuncia sobre la ilicitud de las descargas ilegales de un usuario, en este caso se ejercita acción contra el titular de la página web que permite los enlaces a tales programas. No condena al demandado ya que no es considerado descarga directa, el sitio web solo pone a disposición los enlaces, pero no almacena ningún tipo de contenido y sin intervenir en las transmisiones. Expone el concepto legal tanto de reproducción, como de actos de comunicación pública. En el caso de reproducción: art. 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 o la obtención de copias.” Y en el caso de actos de comunicación pública: art. 20.2 i) LPI: “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 en el momento que elija”. En definitiva, ofrecer los enlaces no supone acto de disposición del archivo, por lo que no podríamos hablar de la “puesta a disposición” como acto de comunicación pública.

Otro supuesto de este tipo, es el encontrado en la **Sentencia de la AP Barcelona de 24 de febrero de 2011**. Es importante destacar la incertidumbre de las descargas, ya que básicamente existen tres tipos de enlaces en Internet que lo permiten. Pero como indica esta Audiencia, pueden ser directas o

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.”

Art. 139.1 h): “1. 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.”

indirectas. Por lo que debemos distinguir, los enlaces que dirigen a archivos P2P, los que dirigen a archivos streaming y, por último, los que suponen una descarga directa.

La sentencia es clara estimando que facilitar los enlaces a una red P2P no supone la existencia de actos de reproducción o comunicación de obras protegidas. Sostiene que “(...) el titular de una página web que facilita el enlace para la descarga no autorizada de contenido protegido en una red P2P, aunque contribuye indirectamente a la infracción de los derechos de propiedad intelectual sobre los mismos, no puede afirmarse que los lleve a cabo directamente. De esta forma, el titular de la web de enlaces no lleva a cabo una reproducción no autorizada pues se limita a suministrar el enlace, y a la vez, tampoco ofrecer el enlace supone un acto de puesta a disposición del archivo, de manera que no cabe apreciar un acto de comunicación pública en el sentido del art. 20.2 i) TRLPI”

Pero es importante destacar que la sentencia sí declara la ilicitud del demandado, aunque en el caso de permitir la descarga directa a través de su página web de obras musicales. Y por ello, es condenado a una indemnización, en concepto de canon digital por comunicación pública de obras protegidas y por gastos generados por la investigación. Por último, la sentencia hace mención del streaming, que sí es considerado como comunicación pública de acuerdo con el artículo 20.2.i) LPI. No obstante, el demandado no es condenado por ello, ya que no se expuso en la demanda.

Procedemos a continuación a analizar las Sentencias más controvertidas acerca de lo estudiado anteriormente.

En primer lugar, analizaremos la **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de San Sebastián de 2 de noviembre de 2017**. Lo que plantea esta sentencia es si es posible imputar al usuario un acto de comunicación pública de una red

P2P en su modalidad de puesta a disposición. Esta sentencia se produce en Juicio Verbal sobre propiedad intelectual.

La actora entiende que el demandado ha incurrido en una infracción de la normativa sobre propiedad intelectual consistente en “poner a disposición o difundir de forma directa o indirecta el fichero con el nombre Dallas.Buyers.Club mediante un programa Cliente P2P en fecha y hora determinados y desde una IP concreta de la que es titular. Por ello, la actora reclama, en base al art. **140.2b) de la LPI** y el art. 13b de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, respecto de los Derechos de Propiedad Intelectual.

La actora fundamenta sus peticiones en base al **art. 20.2 LPI** sobre la infracción del derecho de comunicación pública. La cual define como Comunicación Pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. La actora, por tanto, considera ilegal el uso del programa P2P, pero el Tribunal expone que debemos tener en cuenta que la puesta a disposición puede producirse sin que exista un comportamiento activo por parte del usuario para que así ocurra, e incluso puede que con su total ignorancia o deseo, es indiferente. Expone, el Juzgador además que, “"puesta a disposición" parece exigir un determinado comportamiento activo volitivo por parte del que "comunica públicamente". Es difícil entender que existe este comportamiento sin saberlo o sin quererlo. Para que exista esa comunicación deben existir actos positivos que tiendan a ella. El comunicador, promueve de forma activa esa difusión.” Entonces, lo determinante para entender un acto como comunicación pública es “la finalidad o el propósito de ofrecer, directa o indirectamente, el original o copia de la obra al público. Si esos elementos subjetivos no son determinantes, es difícil admitir que existía un propósito de difundir la obra y que además hubo una serie de actos positivos que tendían a ello, y es algo que no se puede entender que ocurre de forma generalizada en el mero hecho de instalarte un programa P2P o de

descargarte una película que irá a parar a un directorio compartido”. Es además de increíble dificultad la adecuación de este comportamiento con la comunicación pública, y para ello, el Juzgado tiene presente que según la Sala Primera del Tribunal Supremo, que para que se de un acto ilícito ha de darse una serie de requisitos, los cuales son: Una acción u omisión ilícita; la realidad y constatación de un daño causado; la culpabilidad, que en ciertos casos deriva del aserto de que si hubo daño ha habido culpa; un nexo causal entre el primero y el segundo requisito (entre otras, Sentencia del TS de 11 de julio de 2002). Dicho lo cual, asegura que en este caso, no se puede hablar de todos los requisitos expuestos.

Otro de los argumentos que esgrime la sentencia es la ausencia de lucro, solo del posible ahorro del precio de venta al público de una obra. Y también “que tampoco hay una comunicación pública en sentido estricto, en el sentido de acceso simultáneo de una pluralidad de personas a la obra, ni hay, per se, una prueba de una conducta deliberada, es decir, de un dolo al menos por conocimiento de que la utilización del programa permite a otros usuarios de número indeterminado acceder a su disco duro y descargarse lo que figura en la carpeta compartida que configura el programa y ello no cabe inferirlo de la simple utilización del programa, sin una individualización del caso concreto, por cuanto es de suponer que hay un gran número de usuarios que conocen estos programas simplemente como de descarga de archivos, obviando que también es de compartimento de los mismos”.¹⁰

¹⁰ El Tribunal de Justicia comunitario ha precisado que el concepto de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 , exige una apreciación individualizada (sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15 , EU:C:2017:300 , apartado 28 y jurisprudencia citada): 24 Del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 resulta que el concepto de «comunicación al público» asocia dos elementos cumulativos: un «acto de comunicación» de una obra y la comunicación de ésta a un «público» (sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15 , EU:C:2017:300 , apartado 29 y jurisprudencia citada). 25 Para apreciar si un usuario realiza un acto de «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, deben tenerse en cuenta varios criterios complementarios, de naturaleza no autónoma y dependientes unos de otros. Por consiguiente, procede aplicarlos tanto individualmente como en sus interacciones recíprocas, bien entendido que, en las diferentes situaciones concretas, pueden darse con intensidad muy variable (sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15 , EU:C:2017:300 , apartado 30 y jurisprudencia citada). 26 Entre estos criterios, el Tribunal de Justicia ha subrayado, en primer término, el papel ineludible del usuario y el carácter deliberado de su intervención. En efecto, este usuario

También se pone de manifiesto el **art. 138.2**, que considera responsable de la infracción, “quien induzca a sabiendas la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor”. En este caso, según este precepto, ninguna de las circunstancias de hecho ha sido alegado por la parte demandante. La sentencia sostiene que “debemos de entrar a analizar si basta con la acreditación de que el demandado es titular de la dirección IP para entender acreditado que es usuario infractor y si es necesario una prueba adicional; del mismo modo, debemos de analizar si basta con alegar que no se ha cometido la infracción para romper la presunción establecida por la actora de que el titular de la dirección IP es el infractor”. Seguidamente, entiende que a su juicio, el propio artículo da la solución ya que “(..)aplicado al caso que nos ocupa, una inversión de la carga de la prueba, de modo que, acreditado que una determinada persona es el titular

lleva a cabo un acto de comunicación cuando interviene, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para dar a sus clientes acceso a una obra protegida, especialmente cuando, si no tuviera lugar tal intervención, los clientes no podrían, o difícilmente podrían, disfrutar de la obra difundida (sentencia 09/04/2019

4 / 7

de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15 , EU:C:2017:300 , apartado 31 y jurisprudencia citada). 27 A continuación, ha precisado que el concepto de «público» se refiere a un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica, por lo demás, un número considerable de personas (sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15 , EU:C:2017:300 , apartado 32 y jurisprudencia citada). 28 El Tribunal de Justicia también ha recordado que, según reiterada jurisprudencia, para ser calificada de «comunicación al público», una obra protegida debe ser comunicada con una técnica específica, diferente de las utilizadas anteriormente, o, en su defecto, ante un «público nuevo», es decir, un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial de su obra al público (sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15 , EU:C:2017:300 , apartado 33 y jurisprudencia citada). 29 Por último, el Tribunal de Justicia ha subrayado en numerosas ocasiones que el carácter lucrativo de una comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 no carece de pertinencia (sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15 , EU:C:2017:300 , apartado 34 y jurisprudencia citada). 30 En lo que atañe, en primer lugar, a la cuestión de si la puesta a disposición y la gestión de una plataforma de intercambio en línea como la controvertida en el litigio principal constituye un «acto de comunicación» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, procede señalar que, según se desprende del considerando 23 de la Directiva 2001/29, el derecho de autor de la comunicación al público al que se hace referencia en el artículo 3, apartado 1 , incluye cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación, sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión. 31 Además, como se deriva del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, para que exista un «acto de comunicación» basta con que la obra se ponga a disposición de un público de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella desde el lugar y en el momento que elijan, sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esa posibilidad (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15 , EU:C:2017:300 , apartado 36 y jurisprudencia citada).

de una dirección IP, dado que podría ser responsable tanto en concepto de autor de la infracción, como de inductor, como de facilitador en sentido amplio (pues así puede entenderse a quien abona el coste de la conexión a internet de la que otro se favorece para cometer materialmente la infracción), le correspondería a él no sólo alegar que no es el infractor, sino aportar un mínimo material probatorio de que tomó las medidas necesarias para que, con la conexión a internet de la que es titular tampoco cometió la infracción un tercero. Si la parte actora, por un defecto en su título de imputación, no aprovecha esta presunción, a ella solo debe de perjudicarle y dado que lo que la parte demandada alega como motivo de oposición es un hecho negativo, tampoco puede exigírsele más prueba que la de facilitar una duda razonable en orden a la presunción exorbitante que se realiza en la demanda”.

Por lo que no considera que sea seguro que el titular de la línea haya sido quien puso a disposición el archivo copia de la obra de la que es titular la demandante. Que se debe de asumir que bajo una misma línea y dirección IP puede actuar no solo el titular sino otras personas y, además, puede ser objeto de utilización no autorizada por un tercero.

Con todo lo expuesto, desestima la demanda, no acreditando que el demandado haya cometido la infracción ya que es muy difícil asegurar sin duda alguna que él ha realizado la conducta ilícita.

A continuación, estudiaremos dos sentencias favorables a los titulares de derecho de propiedad intelectual. En primer lugar, analizaremos la **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Bilbao, de 5 de enero de 2018**. En este caso, se demanda al titular de una dirección IP porque, el demandante asegura que se ha utilizado para realizar una “actuación no autorizada consistente en poner a disposición o difundir de forma directa o indirecta mediante un programa cliente P2P vulnerando la LPI”. Por ello, le reclama 475 euros en concepto de daños y perjuicios derivados de la infracción y se apoya para su

pretensión en los preceptos de la LPI y el art. 13b) de la Directiva 2004/48. El demandado se opuso en base a dos argumentos, el primero de todos es que no es autor material de la descarga alegando que “no ha descargado ni compartido la obra objeto del procedimiento ni ninguna otra, que el numero de IP no identifica al usuario que realiza una acción a través de internet, ni siquiera el dispositivo utilizado, sino simplemente a la persona que contrató la conexión a internet utilizada al tratarse de una red wifi abierta cualquier podría conectarse de forma habitual a la red, lo que amplía el abanico de posibles autores”. El segundo argumento se basa en el art. 138, el cual indica que no debe responder por los actos de un tercero.

La sentencia indica que lo que resulta de más importancia, no ha sido discutida en el procedimiento: que la obra cinematográfica fue descargada utilizando la dirección IP del demandado, ni que dicha descarga, mediante un programa de intercambio de archivos P2P y un software específico, es ilegal, por infringir el derecho exclusivo a la explotación de la obra que corresponde al autor (art.2 LPI), y más concretamente, por la falta de autorización para su “reproducción” (art.18 en relación con el 31.2 c)) y para su “comunicación pública” (art.20).

La sentencia argumenta de forma muy practica y directa dichas cuestiones: que el demandado siendo el titular de la línea IP, debe considerarse acreditado que es el autor material de la infracción. Y aunque el demandado lo niegue, el juzgador entiende que por el hecho de que sea titular de la conexión a internet, se le traslada a él la carga de alegar y probar quién pudo haberlo hecho. “Es el demandando, titular de la línea, quien tiene la facilidad probatoria (art.217 LEC)¹¹. Si se obligase al propietario de la obra a probar quién fue el autor

¹¹ Art. 217 LEC. 1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarás las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción.

material de la descarga se le estaría abocando a soportar los resultados negativos de una prueba diabólica, lo que le dejaría en la gran mayoría de los casos indefenso ante la piratería de su obra.” “Y en este caso, el titular de la línea no ha alegado ni probado argumento o dato alguno que haga dudar de su autoría. Solo se ha limitado a afirmar (i) que la carga de la prueba de la autoría material de la descarga corresponde la propietaria de la película: lo que, como se ha dicho, no puede ser compartido; y (ii) que la red wifi, al ser una red abierta, puso ser utilizada por cualquiera; pero sin aportar elemento probatorio alguno que demuestre que así ha sido.” Argumenta también acerca de la interpretación del art. 138 de la LPI y declara que “responsabiliza de la infracción de los derechos de propiedad intelectual, no solo al autor materia de la vulneración, sino también “a quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla” En este caso, el abono del coste de la conexión doméstica a internet ya supone una cooperación con el infractor, y es razonable pensar la descarga ilegal de películas deja indicios razonables en el ámbito doméstico para que el titular de la línea pueda conocer que a través de ella se están cometiendo conductas infractoras, lo que le hace también responsable”.

Concluye la sentencia que “acreditada la piratería de la obra cinematográfica a través de una conexión a internet, el titular de la línea de internet a través de la cual se han descargado ilegalmente las películas cinematográficas debe

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.

7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

responder como autor y como responsable de los daños y perjuicios causados al titular de los derechos, salvo que alegue y pruebe argumentos o datos que pongan en duda su responsabilidad. De otra forma, los derechos de autor siempre se verían vulnerados, al exigir al demandante una prueba diabólica sobre la autoría material de la descarga”

Por último, la argumentación sobre la cuantificación de los daños y perjuicios causados por la descarga ilegal de la película. La demandante reclama en base al art. 140.2b) LPI¹², la suma de 475 euros pero sin aportar dato alguno que apoye dicha pretensión económica. La parte demandada al limitarse a negar su responsabilidad y pedir la íntegra desestimación de la demanda, tampoco aporta dato alguno acerca de esta cuestión. Por lo que se estima que “debe fijarse el importe de la indemnización en la suma de 150 euros, comprensivos de lo que hubiese tenido que pagar el infractor por la descarga lícita de la película y los gastos derivados de la reclamación judicial: informes periciales previos, diligencias preliminares para la obtención de las direcciones IP y reclamaciones extrajudiciales, con exclusión de las costas de este pleito sometidas a un régimen legal específico”. Y “la estimación parcial de la demanda conlleva que no sean impuestas las costas procesales a ninguna de las partes (art.394 LEC)”.

La última sentencia a analizar será la de **Juzgado de Primera Instancia nº7 de Vitoria de 10 de mayo de 2018**. En este caso, también se da una sentencia muy favorable a la defensa de los derechos de propiedad intelectual. El demandante ejercita acción de reclamación de cantidad por infracción de derechos de propiedad intelectual. Imputa al demandado la puesta a disposición o difusión de forma directa o indirecta el fichero con el nombre Dallas Buyers

¹² La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:

- a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.
- b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

Club, mediante un programa P2P desde la IP de la que es titular. El demandado se opone alegando que aunque sea el titular de la IP, no acredita que haya sido él el que cometió la infracción. También que no se le debe imputar la responsabilidad del art. 138 LPI, porque no se invoca la responsabilidad por culpa o la obligación de responder por actos de terceros. Esta demanda se plantea prácticamente igual que la sentencia estudiada anteriormente del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Bilbao, de 5 de enero de 2018.

La sentencia pasa a analizar la razón jurídica del demandante y considera que la cuestión sometida a juicio plantea varios interrogantes jurídicos: “si el funcionamiento de la herramienta P2P conlleva, al compartir el archivo que el usuario descarga y almacena en su PC, un acto de comunicación pública prohibido en la legislación. Y la imputación de la conducta infractora al titular de la IP.”

Para dar respuesta a estas cuestiones, aplica la doctrina de la **STJUE de 14 de junio de 2017 (TJCE 2017, 96)**. Debemos destacar, que interpreta de forma amplia el concepto de “comunicación al público”¹³ y recuerda que conforme a los considerandos 9 y 10 de la Directiva 2001/29, la norma tiene como principal objetivo la instauración de un nivel elevado de protección en favor de los autores, de manera que el concepto de “comunicación al público” debe entenderse en un sentido amplio, como por otra parte establece expresamente el considerando 23 de dicha Directiva.

Expone que el concepto de “comunicación al público” exige de varios criterios complementarios, de naturaleza no autónoma y dependientes unos de otros.

¹³ Concretamente analiza el concepto de "comunicación al público" y si comprende la puesta a disposición de usuarios de Internet de archivos con contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual. En realidad, para ser estrictos, lo que analiza es la actividad de los proveedores de acceso a Internet (Ziggo y XS4ALL). Estos proveedores ponen a disposición de sus abonados una plataforma de intercambio en línea TPB, un índice BitTorrent. El BitTorrent es un protocolo en virtud del cual los usuarios (llamados «pares» o «peers») pueden intercambiar ficheros. Y lo que se le pregunta al TJUE es si la "comunicación pública" comprende la puesta a disposición y la gestión en Internet de una plataforma de intercambio que, al indexar metadatos relativos a obras protegidas y proporcionar un motor de búsqueda, permite a los usuarios de esa plataforma localizar dichas obras e intercambiarlas en una red entre pares (peer-to-peer).

Entiende en un principio, el papel ineludible del usuario y el carácter deliberado de su intervención y “que la tenencia, almacenaje de un fichero compartido implica conocer y aceptar que se está facilitando el acceso al mismo de una pluralidad indeterminada de personas” También que esa “comunicación al público”, debe entenderse como “número indeterminado de destinatarios potenciales y además un número considerable de personas. La comunicación debe hacerse con una técnica específica, diferente de las utilizadas anteriormente, o en su defecto, ante un “público nuevo””.

Con todo lo anterior, concluye que “no resulta tan problemático el elemento de la voluntariedad y el conocimiento de las consecuencias del comportamiento que lleva a cabo el particular, es decir, almacenar en un archivo compartido un determinado contenido implica que cualquier usuario de Internet con la misma herramienta tenga acceso al mismo”.¹⁴

Al entendimiento de la Juzgadora, el elemento más dudoso es el interés económico o lucrativo, por lo que el siguiente elemento a valorar será este. “Hay un componente que no debe negarse; hay interés económico o lucrativo en quien se sirve de tales herramientas cuando ello le permite visualizar contenidos por los que de otro modo habría de pagar. Es en la descarga donde existe el posible interés lucrativo del particular -ver un contenido gratis-, pero en la medida en que esa descarga a través de estas herramientas implica que al almacenar el archivo en el PC se comparte automáticamente con una pluralidad de personas, no puede desligarse, en principio, una acción con otra. No es que se descargue uno el archivo y sea necesaria una acción adicional para compartirlo, sino al revés, la descarga y almacenaje del archivo implica

¹⁴ “Razona el Tribunal: El derecho de autor de la comunicación al público al que se hace referencia en el artículo 3, apartado 1, incluye cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación, sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión. -Para que exista un «acto de comunicación» basta con que la obra se ponga a disposición de un público de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella desde el lugar y en el momento que elijan, sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esa posibilidad. -El hecho de facilitar en un sitio web enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas publicadas sin ninguna restricción de acceso en otro sitio web ofrece a los usuarios del primer sitio un acceso directo a dichas obras.

automáticamente el acceso de otros al mismo. Solo cuando el contenido se almacena en otro tipo de archivo y se elimina el compartido es cuando cabe desligar el aprovechamiento personal -lucrativo- del posible aprovechamiento público no lucrativo para el usuario particular. Todo ello me lleva a entender que aún tratándose de un particular usuario de una herramienta P2P, existe un acto de comunicación pública, cuando se almacena en un PC particular un archivo con contenidos protegidos por derechos de autor, y se hace en un archivo compartido de manera que con esa sola acción una pluralidad de usuarios tienen acceso al mismo”.

La siguiente cuestión a tratar sería la relativa al criterio de la imputación de la infracción del derecho de propiedad intelectual, es decir si podríamos imputar esta conducta infractora al titular de la IP. El argumento de esta sentencia: “La clarificación del acto concreto que constituye la infracción del derecho de propiedad intelectual despeja a juicio de esta juzgadora cualquier duda que se ha querido introducir en cuanto al criterio de imputación de la infracción al demandado. No se trata de sancionar la descarga; ni siquiera la descarga por terceros o personas de quienes se deba responder o de una actitud negligente o poco cuidadosa del demandado que ha permitido que terceros accedan al contenido del archivo. Se trata del almacenamiento o tenencia en un PC de un archivo con contenido protegido por derechos de propiedad intelectual de un tercero, que mediante el programa o herramienta con el que se ha accedido al mismo, se pone a disposición o es accesible por un número indeterminado de usuarios de Internet; y precisamente es a través de Internet como se pone a disposición de una pluralidad de personas; y es precisamente esa conexión a Internet la contratada por el titular de la IP identificada”.

Hace mención también al art.138 LPI, en relación con la responsabilidad de la infracción. Para la Juzgadora, considera que este criterio de imputación no es el adecuado ya que aunque “sin dudar de que quien contrata el servicio de acceso a internet coopera de forma necesaria con quien accede a estas herramientas y

previa descarga deja almacenado en su dispositivo el archivo que va a ser compartido. Si la infracción consiste en la puesta a disposición de un número indeterminado de personas el archivo (comunicación pública), con la simple tenencia del archivo mediante la herramienta P2P, será el titular de la IP desde la que se accede a internet y desde la que se pone a disposición del público el archivo el responsable, al menos civilmente y en tanto no acredite cumplidamente algún hecho o circunstancia que rompa esa línea directa de imputación; sea que le han robado el PC, pirateado la línea...u otra. Si en Derecho Penal puede seguirse otro criterio de imputación directa es cosa distinta; en Derecho Civil, el dueño de una cosa -y lo es un PC y su conexión a la red- es responsable de las infracciones que se cometen con ella. No es responsabilidad por acto de tercero -de quien utilice el ordenador, de quien se haya descargado el archivo....-, sino responsabilidad por las infracciones que se cometen con la cosa de su propiedad y mediante servicios por el contratados como es el acceso a internet. El demandado es el autor de la infracción; tenencia de PC con una IP asociada que, mediante acceso a internet, comparte con un número indeterminado de personas y por tanto pone a su disposición o comunica públicamente, archivo con contenido protegido por derechos de propiedad intelectual de terceros”.

Por último, termina analizando la cuantificación del daño y la indemnización reclamada. Como el demandante, no señala ningún criterio o método, esta sentencia opta por aplicar “la misma cantidad a la que se condena en el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Bilbao en la SS de 08.01.2018 y 05.01.2018 aportadas, es decir 150 euros, considerando que se trata de una cantidad moderada pero a la vez suficientemente motivadora para prevenir acciones como la que ha traído al demandado a este pleito”.

III. CONCLUSIONES

En cuanto a las conclusiones, tras analizar lo anterior, debo destacar como primordial el avance acerca del reproche a las vulneraciones del derecho intelectual.

Se ha podido observar que gracias a estas últimas sentencias, se ha creado jurisprudencia sobre la vulneración del derecho intelectual mediante programas P2P. Sobre la importancia de la condena a aquellos responsables de dicha infracción y si se debería responsabilizar al titular de la IP de esta vulneración. Pues bien, a mi juicio, no se le debería dar la responsabilidad que se les ha dado en las últimas dos sentencias analizadas, ya que es cierto que no se puede alegar de forma segura que el titular de la IP haya sido quien haya vulnerado dicha infracción. Como han alegado las partes demandadas, cualquier persona puede haber usado su red wifi para realizar dicha conducta.

Otra cuestión a tratar es la nulidad o no de los datos proporcionados de los demandados. La Ley de Conservación de Datos solo permite darlos en vía Penal y por delito grave y en este caso, estamos ante la vía Civil. Me pregunto si, por tanto, se estaría vulnerando los Derechos Fundamentales hacia la persona que firmó el contrato para la prestación del servicio. La protección de datos está amparada por la Ley ya que son considerados datos personales y por lo tanto, con ello, podríamos identificar de forma directa o indirecta su identidad. Es curioso que dichos casos solo se han dado en Bilbao (es el único que ha considerado adecuado invertir la carga de la prueba) y no en el resto de España y en este caso, en Donostia, establece que es el demandante quien tiene que probar que el demandado hizo lo propio y coincide con la doctrina del Tribunal Supremo en el 2012. Dicho esto, a mi parecer, dicha prueba debería ser nula.

Es un tanto alarmante, estudiar dichas sentencias prácticamente idénticas y que en una se desestime la demanda y en las otras dos se estimen, cuando lo único que cambia es la interpretación del Juez.

Lo que también me llama la atención, es el cálculo de la indemnización, ya que es más o menos un cálculo a ojo que fija, según lo que supuestamente hubiese tenido que pagar por la descarga lícita de la película y los gastos de la reclamación judicial.

Para concluir, en mi opinión, la manera para conseguir que esta vulneración no se diese, sería ofreciendo a los usuarios alternativas legales cuya oferta no fuera muy elevada y por lo tanto, evitaría caer en la tentación de la utilización de las plataformas ilegales.



IV. BIBLIOGRAFÍA

- Bravo, David, abogado especialista en propiedad intelectual y derecho informático, En <http://davidbravo.es/sentencias/sentencia-desestimatoria-de-la-demanda-contra-usuario-p2p-caso-dallas-buyers-club-95.html>
- Espigares Huete, José Carlos, “Perspectivas sobre la vulneración de los derechos de propiedad intelectual mediante las descargas ilegales”, Revista LEX MERCATORIA, Vol.9, 2018. Artículo 3.
- Granizo Espín, Javier, “De nuevo sobre daños morales. Una sentencia con luces y sombras para la propiedad intelectual” En <https://hayderecho.com/2016/04/19/de-nuevo-sobre-danos-morales-una-sentencia-con-luces-y-sombras-para-la-propiedad-intelectual/>
- Ledesma Espín, Jorge “Impunidad, anonimato y propiedad intelectual en Internet”. <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-34/1037-impunidad-anonimato-y-propiedad-intelectual-en-internet-0-42488585917734156>
- Capítulo XI del Título XIII de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930>



UNIVERSITAS
Miguel Hernández