



REVISTA LEX MERCATORIA  
ISSN 2445-0936



Vol. 9, 2018. Artículo 3  
<https://doi.org/10.21134/lex.v9i1.1527>

# PERSPECTIVAS SOBRE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL MEDIANTE LAS DESCARGAS ILEGALES

---

**José Carlos Espigares Huete**

Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Miguel Hernández

## I.- Medidas legislativas específicas y perspectivas: la reclamación directa a los usuarios que descargan de forma ilegal obras protegidas.

La vulneración de los derechos de autor en el ámbito del ciberespacio es una cuestión de extraordinario interés que viene suscitando inquietudes notables. La prevalencia de los comportamientos ilícitos relacionados con las normas de protección de la propiedad intelectual y los derechos de autor requiere un estudio preciso desde distintos parámetros. Es el caso principal, por ejemplo, de las variables que definen los factores de riesgo de este tipo de conductas ilegales: circunstancias que, todo parece indicar, convierten al ciberespacio en un lugar más propicio para la transgresión de la norma<sup>1</sup>. No podemos olvidar tampoco que la *Alianza Internacional de la Propiedad Intelectual* (IIPA, por sus siglas en inglés) ha venido recomendando mantener a nuestro país en observación para

comprobar su grado de respeto de los derechos de autor. Incluso, por cierto, se incluyó entre los países que menos velan por estos derechos.

Realmente el ciberespacio, por los perfiles singulares que presenta, es un espacio de oportunidad propicio para la infracción de las normas sobre derechos de autor<sup>2</sup>. La digitalización de un amplio abanico de obras, su comunicación y la estructura de la red, influye decisivamente en el ejercicio de estos derechos. Y es una realidad, ya fuera de toda duda, que muchas personas realizan cotidianamente conductas vulneradoras de derechos. Así sucede, por ejemplo, con las prácticas consistentes en compartir archivos de forma ilegal por internet<sup>3</sup>.

Nuestro marco normativo, con el objetivo último de su erradicación, debería ser eficaz en la prevención, persecución y reproche de estos comportamientos. Pero la experiencia en España, hasta ahora, ha evidenciado la dificultad de disminuir este tipo de comporta-

1 Muy interesantes reflexiones en MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003.

2 El anonimato o la transnacionalidad, así como otras características, han sido expuestas claramente por MIRÓ LLINARES (2012).

3 Hay estudios científicos concluyentes en este sentido. GOODENOUGH Y DECKER refieren que un segmento importante de personas no se involucrarían en actividades criminales en el espacio físico, aunque aceptan cotidianamente realizar prácticas como compartir archivos de forma ilegal vía Internet. Vid. Goodenough, Oliver R. and Decker, Gregory J.D. (2007) "WHY DO GOOD PEOPLE STEAL INTELLECTUAL PROPERTY?", *The Gruter Institute Working Papers on Law, Economics, and Evolutionary Biology*: Vol. 4, Article 3. Available at: <http://services.bepress.com/giwp/vol4/iss1/art3>. Se preguntan, muy expresivamente: "Why do good people steal intellectual property? You know who we mean. The person (perhaps even yourself) who feels deep remorse if she mistakenly walks off with your pencil, who takes a wallet she found on the street, full of money but with no identification, to the police, and who without a qualm or any thought of payment, downloads copyrighted music off the internet or from a friend to put onto her iPod. What is going on here? Some suggest ignorance of the law, but that is generally not the case. She knows about copyright. Some suggest a lack of enforcement, but that doesn't stop her from turning in the wallet. No, something else is going on – some failure of a normally law-abiding, "good" person to feel any compulsion to obey this set of laws. The emerging discipline of cognitive science can help us understand this challenge to our intellectual property system. This paper will pursue this line of inquiry, both for its own sake, and as an example of how we can look into the brain for answers to some of the law's persistent conundrums. In the process, it will provide an introduction to an approach we might call Cognitive Jurisprudence, exploring its potential and its methodology. In this context, the role of emotion in our thought and action will be of particular importance. The paper will conclude with a return to our problem of intellectual property, offering a hypothesis that gives us answers to our core question and sketching possible paths toward both concrete research and law reform".

mientos<sup>4</sup>. Y es precisamente aquí donde se enmarcan nuestras reflexiones: porque, a nuestro juicio, las reclamaciones directas a los usuarios que descargan de forma ilegal obras protegidas anticipan un panorama más alentador para los titulares de los derechos de propiedad intelectual en nuestro país. Este nuevo escenario ha sido propiciado por 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. Recuérdese que anteriormente esta posibilidad, por la interpretación restrictiva que los tribunales realizaban -en concordancia con la normativa de protección de datos de carácter personal-, estaba únicamente reservada a los supuestos en que se sospechara que se estaba cometiendo un delito grave.

La reforma, en consecuencia, ha sentado las bases para un cambio de estrategia de los titulares de derechos de propiedad intelectual en España: la reclamación extrajudicial y judicial directa a los usuarios que descargan de forma ilegal obras protegidas, solicitando la declaración de infrac-

ción y la condena a compensar los daños y perjuicios ocasionados. Es lo que ha sucedido en las sentencias del *Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Vitoria de 10 de mayo de 2018, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao de 5 de enero de 2018 y del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián de 2 de noviembre de 2017*. Bien es cierto que con resultados dispares. En los dos primeros casos se ha condenado a los titulares de las IP desde las que se descargaron de forma ilícita una obra cinematográfica al abono de 150 euros más los intereses legales. La *sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián de 2 de noviembre de 2017*, en cambio, había absuelto al titular de la IP por entender que no quedaba acreditada la infracción por parte del titular de la IP. Analizaremos después los términos exactos en los que se producen los distintos litigios y las cuestiones más controvertidas.

Pero puede considerarse razonable pensar, sea como fuere, que esta nueva estrategia combativa de los titulares de derechos de propiedad intelectual permitirá rebajar sensiblemente los niveles de infracción: tendrá, siendo así, una incidencia directa en los altos índices de descargas ilegales. Las experiencias de países como Alemania o Finlandia han generado la expectativa y la confianza necesaria de los titulares de estos derechos. En Alemania, transcurridos ya años desde que se generalizasen este tipo de reclamaciones, las descargas ilegales son prácticamente inexistentes; y en Finlandia, por su parte, las descargas ilegales se han reducido significativamente en los últimos años<sup>5</sup>.

4 Muy interesantes reflexiones en MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*. Se ha subrayado por la doctrina científica lo que la evidencia empírica sugiere: que es difícil reducir este tipo de comportamientos en el ciberespacio utilizando la amenaza del castigo (SCHULTZ, 2006); y, también, que existen factores de distinta naturaleza (por ejemplo, las normas sociales o el propio sistema de valores del individuo) que parecen presentar sólidos efectos preventivos (BAUTISTA, 2012; MIRÓ Y BAUTISTA, 2013; PATERNOSTER, 2010; SVENSSON Y LARSSON, 2012).

5 Deben consultarse los estudios relevantes del Observatorio Europeo de las vulneraciones de los derechos de Propiedad Intelectual. Particular interés adquiere el más reciente sobre Medidas legislativas relacionadas con las vulneraciones de los DPI en línea, 2018. Vid. <https://euipo.europa.eu/ohimportal/es/web/observatory/observatory-publications>

## II-.Una aproximación al marco normativo español en materia de protección de los derechos de autor en el entorno digital.

Vamos a referirnos, antes de analizar pormenorizadamente las sentencias indicadas, al **marco normativo español** en esta materia.

Téngase en cuenta, en este sentido, que 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*, por el que se regularizaron, aclararon y armonizaron las disposiciones legales vigentes sobre la materia, incorporando las disposiciones por entonces vigentes en el ámbito comunitario europeo. Esta Ley ha sufrido importantes modificaciones en virtud de sucesivas reformas, condicionadas por la *Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*<sup>6</sup>. Así, por ejemplo, la Ley 23/2006, de 7 de julio; la reforma de la Ley 2/2011, de 4 de marzo; y, con carácter fundamental, 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*. Esta reforma ha pretendido ser un avance en materia de protección de los derechos de autor en el entorno digital. Se pretendía fortalecer, de este modo, “los instrumentos de reacción frente a las vulneraciones de derechos” en este entorno. Esta reforma, además, es sólo un anticipo de la reforma integral de la propiedad intelectual que

se pretende en España. La Disposición Final Cuarta, bajo la rúbrica “Reforma integral de la Ley de Propiedad Intelectual”, precisa que “El Gobierno, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, realizará los trabajos preliminares necesarios, en colaboración con todos los sectores y agentes interesados, para preparar una reforma integral de la Ley de Propiedad Intelectual ajustada plenamente a las necesidades y oportunidades de la sociedad del conocimiento (...)”.

Mientras tanto también se procedió, en un ámbito estrictamente administrativo de protección, a la revisión del procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información. Se fortaleció así la posición de la Comisión de Propiedad Intelectual en la persecución de grandes infractores que causan daños significativos, cuantitativa o cualitativamente, a los derechos de propiedad intelectual.

El propio legislador parte de que “ (...) El desarrollo de las nuevas tecnologías digitales de la información y de las redes informáticas descentralizadas han tenido un impacto extraordinario sobre los derechos de propiedad intelectual, que ha requerido un esfuerzo equivalente de la comunidad internacional y de la Unión Europea para proporcionar instrumentos eficaces que permitan la mejor protección de estos derechos legítimos, sin menoscabar el desarrollo de Internet, basado en gran parte en la libertad de los usuarios para aportar contenidos”. En este sentido se consideró prioritario, dada la cuestionable capacidad de nuestra legislación sobre propiedad intelectual “(...) para adaptarse satisfactoriamente a los cambios sociales, económicos y tecnológicos que se han venido produciendo en los últimos años”; adoptar medidas legales previas a la aprobación de una nueva Ley integral de la Propiedad Intelec-

<sup>6</sup> En el ámbito internacional supracomunitario existen también diversos Convenios, tendentes a dispensar una protección uniforme (Berna, Ginebra, Roma, Bruselas, Tratados de la OMPI, acuerdo ADPIC de Marrakech, etc).

tual. *La Ley 21/2014, de 4 de noviembre*, procuró el fortalecimiento de los instrumentos de reacción frente a las vulneraciones de derechos que permita el impulso de la oferta legal en el entorno digital. Y en esta transitoriedad todavía nos encontramos.

No olvidemos tampoco que este ímpetu de reforma ha alcanzado, de un modo igualmente principal, al ámbito de la protección penal de los derechos de propiedad intelectual. Es sabido que podrán instruirse causas criminales por infracciones penales de los derechos de autor.

En el marco normativo vigente, en consecuencia, la defensa procesal de los derechos de propiedad intelectual se produce en un doble ámbito (civil y penal) y de un modo similar a lo que sucede con la propiedad industrial (tanto signos distintivos como invenciones técnicas). También, para algún caso particular, en el ámbito estrictamente administrativo: vinculado a la protección de la propiedad intelectual en Internet y a las competencias atribuidas a la denominada Comisión de propiedad intelectual. Debe distinguirse claramente, de este modo, la incidencia de los distintos ámbitos de reproche en la transgresión de normas de protección de la propiedad intelectual y derechos de autor. Pero no se olvidará, como sugiere nuestro legislador, que "(...) la Ley de Propiedad Intelectual (*LPI para nosotros, en adelante*) 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".

### II.1.-Ámbito civil de protección.

La LPI actual, a la espera de una reforma integral, fortalece los instrumentos de reacción frente a las vulneraciones de estos derechos en el entorno digital. Y el objetivo declarado por el

legislador es que "esto repercute en la mejora de la visibilidad de contenidos en internet y suponga el impulso de los nuevos modelos de negocio en internet". **La vía jurisdiccional civil** se mantiene hoy como cauce ordinario para la solución de conflictos, pero se han ido incorporando algunas mejoras en la redacción de determinadas **medidas de información previas** necesarias para la protección de los derechos en el entorno digital en línea.

La protección civil está regulada en los arts. 138 a 143 de la LPI. Esta protección se extiende a cualquier vulneración de los derechos de propiedad intelectual imaginable. Pero particular mención se realiza a la protección frente a los actos de elusión, o preparatorios de éstos, de cualquier medida tecnológica 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). Estos preceptos forman parte del 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).

Se establecen también **criterios legales para enjuiciar la ilicitud de las conductas de terceros** que posibilitan la infracción de los derechos de propiedad intelectual en este entorno (art.138). Se prevé así que será también responsable como infractor quien induzca a sabiendas (esto es, dolosamente) 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, cuenta con una capacidad de control sobre la conducta del infractor (con las salvedades de 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*).

El titular de los derechos de propiedad intelectual podrá ejercitar **dos tipos de acciones principales** frente al infractor: las **acciones de cese** de la actividad ilícita -que podrán comprender múltiples situaciones- (art.139) y las **acciones indemnizatorias** (art.140 LPI). También podrá instar a costa del infractor la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral favorable en medios de comunicación (art.138 LPI). Y dispone igualmente de **medidas cautelares** de extraordinaria importancia (art.141 LPI), en la medida en que pueden representar una protección urgente y necesaria para el titular del derecho: porque exista ya infracción o un temor racional y fundado de que ésta va a producirse de un modo inminente. Repárese igualmente, lo que puede resultar de gran interés, en que el titular de los derechos de propiedad intelectual podrá dirigirse contra el **intermediario del que se valgan terceros para infringir** derechos de propiedad intelectual. Podrá solicitar la suspensión de los servicios prestados por este intermediario tanto por la vía del ejercicio de acciones de cese (art.139.1.h LPI) como por la vía de las medidas cautelares (art.138 y 141.6 LPI). Esto aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción y sin perjuicio de lo dispuesto en la *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información*.

Las **acciones indemnizatorias**, que prescribirán a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla, pueden consistir en la reparación del daño emergente y el lucro cesante. La indemni-

zación por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá, de este modo, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido (daño sufrido: material y moral), sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso – acaso especialmente apropiado para los supuestos de vulneración en línea- los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial (art. 140.1 LPI). El legislador aligera después la determinación del importe de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el titular de los derechos. Se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes: bien 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; o bien la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión. Es importante destacar que **la eventualidad de una indemnización por daño moral no queda excluida por el hecho de no haber existido perjuicio económico**.

Y para la valoración de su concurrencia se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra (art. 140.2 LPI). Recuérdese, por lo demás, que la *Sentencia TJUE (Sala Quinta) de 17 marzo 2016, Rec. C-99/2015*, sostiene que «El artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, debe interpretarse en el sentido de que permite al perjudicado por la violación de su derecho de propiedad intelectual que reclama una indemnización del daño patrimonial

calculada, con arreglo al párrafo segundo, letra b), del apartado 1 de este artículo, sobre la base del importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor le hubiese solicitado autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual de que se trate, reclamar además la indemnización del daño moral tal como está prevista en el apartado 1, párrafo segundo, letra a), de dicho artículo.»

Serán los **Juzgados de lo Mercantil** (art.86. Ter 2.a LOPJ) quienes conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a propiedad intelectual (del mismo modo que, entre otras, de las demandas sobre competencia desleal, propiedad industrial y publicidad). Y la LEC concreta los medios de tutela de la propiedad intelectual e industrial. Lo hace con referencia a las diligencias preliminares previas al juicio y medidas de aseguramiento de la prueba. La mejora del **régimen de las diligencias preliminares** se ha concretado en distintos aspectos vinculados, en mayor o menor grado, con la infracción de un derecho de propiedad intelectual en línea.

Todo juicio, de acuerdo con el art. 256.1 LEC, podrá prepararse mediante la solicitud de diligencias preliminares. Esta solicitud deberá presentarse ante el 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 acordaran para preparar el juicio. Esto salvo las diligencias preliminares previstas en los números 6.º, 7.º, 8.º y 9.º del art. 256.1. LEC. En estos supuestos será competente el tribunal ante el que haya de presentarse la demanda determinada. Pero si, como prevé el art. 257.1 LEC, «se solicitasen 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».

Independientemente de la previsión del número 9, relativa a las diligencias y averiguaciones que para la protección de determinados derechos prevean las correspondientes leyes especiales, se precisan los términos de una eventual solicitud relacionada con los derechos de propiedad intelectual. Ha de destacarse que la información obtenida mediante las diligencias que vamos a referir tiene un carácter reservado. Puede causar cierta sorpresa. Pero se utilizará exclusivamente para la tutela jurisdiccional de los derechos de propiedad industrial o de propiedad intelectual que se pretende. Se prohíbe, por lo tanto, su divulgación o comunicación a terceros. Y el Tribunal, a instancia de cualquier interesado, puede atribuir carácter reservado a las actuaciones. Refiere, expresamente, que « (...) para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial» (art.259.4 LEC).

El legislador distingue distintos ámbitos de vulneración de estos derechos, comenzando por aquellos que no se realizan 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».

Otro escenario, diferente del citado, es el de actos de vulneración desarrollados a otra escala. La vulneración de los derechos de propiedad intelectual puede cometerse mediante actos desarrollados a **escala comercial**: es decir, aquellos que son realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos (art. 256.8º LEC). Se dispone, en este caso, que la solicitud de diligencias puede producirse «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».

Otras dos previsiones inciden directamente sobre *los prestadores de servicios de la sociedad*

*de la información*. El legislador valora si el propio prestador del servicio es el infractor: porque 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». En estos casos se delimita el contenido de la solicitud en un doble sentido. La solicitud, en primer lugar, se limitará a los datos necesarios para llevar a cabo la identificación; y podrá dirigirse, en segundo lugar, « (...) 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». Estos prestadores de servicios 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. Aunque se exceptúan los datos que exclusivamente estuvieran 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.



La intervención del prestador de servicios de la sociedad de la información se solicita en otros casos para que se identifique al usuario de sus servicios 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».

## II.2.- **Ámbito de la protección penal.**

Decíamos anteriormente que el ímpetu de reforma ha alcanzado igualmente al ámbito de la protección penal de los derechos de propiedad intelectual. En el capítulo XI del Título XIII Código Penal 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”. Hay que valorar necesariamente, en consecuencia, las aportaciones que supuso en este ámbito *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. El legislador, con esta reforma, continuó con un régimen escalonado de

responsabilidad penal en función de la gravedad de la conducta (que se traslada a los delitos contra la propiedad industrial) y se mejora técnicamente la tipificación de las conductas existentes (ajustando en algún tipo la terminología empleada a la más amplia reflejada en la Directiva 2001/29/CE). El Juez tiene un margen adecuado para ajustar la pena a la gravedad de la conducta, pero se aumentan por lo general las penas que se pueden imponer.

Se tipifican, en particular, las siguientes conductas (arts. 270, 271 y 272 CP):

\***Quien**, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, **reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente** o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios (pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: art.270.1 CP).

Se prevé igualmente la imposición de una penalidad menor en los supuestos de **distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional** (pena de prisión de seis meses a dos años). Y la valoración de las características del culpable, así como la entidad del beneficio económico, permite en su caso reducir sensiblemente esta pena: «No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias agravantes 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» (art.270.

4 CP).

\*Otra conducta tipificada está llamada a tener un protagonismo interesante en el estado actual de la vulneración en línea de los derechos de propiedad intelectual. Esta conducta entronca directamente con la prestación de servicios de la sociedad de la información. Nos referimos 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» (art.270. 2 CP) (pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses).

El legislador procura proteger directamente los derechos vulnerados: porque, ante cualquiera de las conductas tipificadas descritas, el juez o tribunal ordenará la retirada de las obras o prestaciones objeto de la infracción. Y, en el caso de los portales de acceso a internet o servicios de la sociedad de la información en los que se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos objeto de la propiedad intelectual, se ordenará la interrupción de la prestación. El juez podrá también acordar cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual. Incluso se contempla ordenar el bloqueo del acceso correspondiente: aunque limitada esta posibilidad, claramente excepcional, a la reiteración de las conductas perseguidas y a que resulte una medida proporcionada, eficiente y eficaz (art.270.3 CP).

Se tipifican expresamente, por lo demás, otras conductas por medio de las cuales se llevan a cabo infracciones de los derechos de propiedad intelectual de los que pueden derivar significativos perjuicios. 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 las conductas principales antes descritas, 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).

En este caso se establece obviamente una salvedad: porque la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado o con su consentimiento.

\*Favorezcan o faciliten la realización de las conductas principales descritas (art.270.1 y 2 CP) **eliminando o modificando**, sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, **las medidas tecnológicas eficaces** incorporadas por éstos con la finalidad de impedir o restringir su realización (art.270.5.c).CP)

\*Quienes 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).

Finalmente, y con una pena diferente, se tipifica otra conducta (pena de prisión de seis meses a tres años):

\*La conducta de **quien fabrique, importe, ponga en circulación o posea con una finalidad comercial cualquier medio** principalmente concebido, producido, adaptado o realizado **para facilitar** la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en los dos primeros apartados de este artículo (art.270.6 CP).

El cuadro referenciado no sería completo si no se indica que se reconocen circunstancias agravantes para cualquiera de los tipos del art. 270 CP: beneficio obtenido, o que se hubiera podido obtener, de especial trascendencia económica; 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; utilización de menores de 18 años para la comisión de los delitos; y, finalmente, la pertenencia del culpable a una organización o asociación infractora, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual. En estos casos, y si concurriera alguna de las circunstancias mencionadas, se impondrá la pena de 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 período de dos a cinco años (art. 271 CP).

En estas causas pueden adoptarse idénticas medidas cautelares que en los procedimientos civiles, sin que se impida la adopción de cualesquiera otras establecidas en la legislación procesal penal (art. 142 LPI). La propia legislación penal, además, remite en cuanto a la extensión de la responsabilidad civil derivada de estos delitos a la Ley de Propiedad Intelectual: es decir, a las previsiones sobre el cese de la actividad ilícita y la indemnización de daños y perjuicios. No olvidemos tampoco que, en el supuesto de sentencia condenatoria penal, el Juez o Tribunal podrá decretar su publicación a costa del infractor en un periódico oficial. (art.272.1 y 2 CP).

### II. 3. La Comisión de la Propiedad Intelectual.

Otra mención especial merece 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 traerla a colación en la medida en que tiene atribuida una función específica de salvaguarda de los derechos en el entorno digital.

El art. 193 la define como órgano colegiado de ámbito nacional, dependiente del Ministerio de Cultura, para el ejercicio de las funciones de mediación y arbitraje, y de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual que le atribuye la Ley. Ejercerá igualmente funciones de asesoramiento sobre cuantos asuntos de su competencia le sean consultados por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

La Comisión actuará por medio de dos Secciones. La *Sección Primera* ejercerá las funciones de mediación y arbitraje, así como de determinación de tarifas y control en los términos previstos en la Ley.

[Mediación] Esta función se desarrollará respecto a las materias directamente relacionadas con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual y para la autorización de la distribución por cable de una emisión de radiodifusión, por falta de acuerdo entre los titulares de los derechos de propiedad intelectual y las empresas de distribución por cable. Siempre previo sometimiento voluntario, por lo tanto, colaborará en las negociaciones y presentará eventuales propuestas a las partes (art.194.1.a) y b) LPI).

[Arbitraje] Dando solución, previo sometimiento voluntario de las partes, a los conflictos sobre materias directamente relacionadas con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. También fijando, a solicitud de la propia entidad de gestión afectada, de una asociación de usuarios, de una entidad de radiodifusión o de un usuario afectado especialmente significativo, a juicio de la Comisión, y previa aceptación de la otra parte, cantidades sustitutorias de las tarifas generales (art.194.2.a) y b) LPI). Porque téngase en cuenta que las entidades de gestión están obligadas a establecer tarifas generales, simples y claras que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio (art.164. 1 LPI). La comisión, en estos casos, deberá tener en cuenta al menos los criterios mínimos de determinación de las tarifas previstos en el artículo 164.3 LPI.

Las funciones de determinación de tarifas y control se desarrollarán de acuerdo con lo previsto en el art. 194. 3, 4 y 5 LPI. Se establece que la Sección Primera de la Comisión de Propiedad

Intelectual «ejercerá su función de determinación de 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». La función de control le permitirá velar « (...) por que las tarifas generales establecidas por las entidades de gestión en cumplimiento de sus obligaciones, sean equitativas y no discriminatorias, para lo que deberá valorar, entre otros aspectos, la aplicación de los criterios mínimos previstos en el artículo 164.3 en su determinación». Se contempla asimismo la comunicación a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ante un incumplimiento de estas obligaciones (art. 194.4 LPI).

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 claramente, por lo que se refiere a la Sección Primera de la Comisión, entre: el procedimiento de mediación, el procedimiento de arbitraje general, el procedimiento de arbitraje de sustitución de tarifas, el procedimiento de determinación de tarifas y el procedimiento de control de tarifas.

Pero de mayor trascendencia, en relación a nuestro propósito, resulta la *Sección Segunda* de la Comisión. Esta Sección tiene asignada 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 en 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 Infor-*

*mación y de Comercio Electrónico*. La función específica de salvaguarda de los derechos en el entorno digital está llamada a desempeñar un papel de primer orden en este ámbito de protección. La Comisión, en el procedimiento de restablecimiento de la legalidad correspondiente, podrá adoptar 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: aunque siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial. Las medidas, con el objeto de asegurar el cese de la vulneración y evitar la reanudación de la misma, podrán comprender medidas técnicas y deberes de diligencia específicos exigibles al prestador infractor (art.195.4 LPI).

Se encuentran **legitimados para instar el inicio del procedimiento** los titulares de los derechos de propiedad intelectual que se consideren vulnerados o las personas que tuvieran encomendado el ejercicio de aquellos derechos o la representación de tales titulares. Es el caso, desde luego, de las entidades de gestión. La denuncia debe acompañarse de una prueba razonable del previo intento de requerimiento de retirada infructuoso al servicio de la sociedad de la información presuntamente infractor. Este requerimiento, en el que se debe haber solicitado la retirada de los contenidos específicos ofrecidos sin autorización, es suficiente que se dirija a la dirección electrónica que el prestador facilite al público a efectos de comunicarse con el mismo. Y si el prestador de servicios no facilita una dirección electrónica válida no será exigible el intento de requerimiento previsto (art.195.3 LPI).

**El procedimiento se inicia frente al responsable del servicio de la sociedad de la información** en el que concurran ciertas características. Se fortalece así la posición de la Comisión de

Propiedad Intelectual en la persecución de grandes infractores que causan daños significativos, cuantitativa o cualitativamente, a los derechos de propiedad intelectual. Incluye expresamente en su ámbito de aplicación, además, a los prestadores de servicios que vulneren derechos de propiedad intelectual de forma significativa, facilitando la descripción o 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 (no afectando, por tanto, a los prestadores que desarrollen actividades de mera intermediación técnica; así, por ejemplo, una actividad neutral de motor de búsqueda de contenidos). Dispone la Ley que, «(...) en particular, se incluirá a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio» (art.195.2.b) LPI). Para entender que un prestador de servicios vulnera estos derechos de forma significativa 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).

**La suspensión que se acuerde, sea como fuere, podrá dirigirse a los servicios de intermediación de la sociedad de la información.** Queremos decir que el legislador prevé, ante la falta de retirada voluntaria por el infractor, que la Comisión pueda requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad. Se les requerirá, por tanto, para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor. Adviértase, en todo caso, que la ejecución de esta medida de colabo

ración dirigida al prestador de servicios de intermediación correspondiente exigirá la previa autorización judicial, 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).

La probable entidad de las medidas de colaboración parece justificar la autorización judicial. El legislador obliga a que la Sección Segunda de la Comisión valore la posible efectividad de medidas de colaboración dirigidas a bloquear la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información declarado infractor. Y el bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet deberá motivarse adecuadamente en consideración a su proporcionalidad, teniendo en cuenta la posible eficacia de las demás medidas al alcance. Es claramente una opción legal por la aplicación del bloqueo técnico cuando resulte proporcionado y necesario para alcanzar el fin de restablecimiento de la legalidad perseguido. También se refiere que en el caso de prestarse el 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).

El procedimiento administrativo descrito puede suponer que estos prestadores de servicios sean **sancionados administrativamente** en el caso de incumplimiento reiterado de los requerimientos de retirada efectuados por la Comisión. Se prevé expresamente que el incumplimiento de requerimientos de retirada de contenidos declarados infractores, que resulten de resoluciones finales adoptadas conforme a lo previsto, por

parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información, constituirá desde la segunda vez que dicho incumplimiento tenga lugar, inclusive, una infracción administrativa muy grave sancionada con multa de entre 150.001 hasta 600.000 euros. Especial énfasis se pone igualmente en la reanudación de actividades ilícitas con posterioridad: es decir, « (...) 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». Y se refuerza el sistema doblemente: porque igual trato tendrán « (...) los prestadores que, aun utilizando personas físicas o jurídicas interpuestas, reanuden la actividad infractora»; y porque «La reanudación por dos o más veces de actividades ilícitas por parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información también se considerará incumplimiento reiterado a los efectos de este apartado» (art. 195.6 LPI).

Otros efectos pueden derivarse del propio procedimiento administrativo como consecuencia de la comisión de infracción. Estarán supeditados a su debida justificación de acuerdo con la gravedad y repercusión social de la conducta infractora. Es el caso de 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 aquélla 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 (otra vez contemplando la eventualidad de 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).

Una última consideración resulta de interés respecto al procedimiento administrativo que comentamos: las resoluciones dictadas por la Sección Segunda ponen fin a la vía administrativa; y, obviamente, 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.- La práctica judicial reciente sobre la materia: una mayor sensibilidad

Vamos a dar cuenta ahora de lo sucedido en las recientes sentencias del *Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Vitoria de 10 de mayo de 2018*, del *Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 5 de enero de 2018* y del *Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián de 2 de noviembre de 2017*. También de algunas otras sentencias que le preceden. Son supuestos vinculados a descargas ilegales mediante programas de intercambio de archivos, pero cada uno con su propia singularidad.

Cualquier análisis que se pretenda, a nuestro juicio, deberá partir de la concreción del funcionamiento de tales programas de intercambio de archivos. Debemos señalar, en este sentido, que son muy variadas las **prácticas que pueden realizarse en internet** y que potencialmente tienen una incidencia significativa en los derechos de propiedad intelectual. Son recurrentes las siguientes, pero siempre a riesgo de quedar obsoleta cualquier enumeración que se pretenda. Es el caso del *browsing* o navegación, el *caching*, los enlaces o vínculos y, precisamente, el *Peer to Peer* (P2P).

El *browsing* se identifica con la navegación por la red. Estos desplazamientos por la web tienen

el propósito de buscar y consultar información. Parece razonable pensar que la simple consulta o lectura no atentaría contra los derechos de propiedad intelectual, aunque ciertamente en nuestro ordenador tendría lugar una reproducción. Pero esta reproducción debe considerarse provisional a los efectos de la exención prevista en el art. 31.1 LPI: es decir, que «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* consiste en almacenar las páginas webs que visitamos, existiendo en nuestro ordenador una memoria donde se almacenan las páginas web que ha visitado el usuario. Igualmente podría considerarse un acto de reproducción provisional en el sentido de la excepción prevista en el art. 31.1 LPI.

El *enlace* o *vínculo* introducido en una página web en internet es altamente controvertido. Habrá que diferenciar, como mínimo, las situaciones en las que se remite al usuario a un sitio web de internet en el que se encuentra alojada una obra que ha sido colgada por el propio titular: porque podría entenderse una aceptación implícita de los eventuales enlaces que pudieran producirse. Es muy discutible, en cualquier caso, si la incorporación de un enlace debe considerarse un acto de reproducción y/o de comunicación pública.

El *Peer to Peer* (P2P) es un sistema de intercambio de archivos entre usuarios de la red a través de programas específicos que lo permiten. La propia estructura del sistema comporta la reproducción y comunicación pública de obras que

pueden estar protegidas. Y no puede sostenerse, a nuestro juicio, que la descarga del archivo digital de que se trate pueda considerarse una copia privada. Eso sería desconocer que el sistema, por su propia naturaleza, supone la puesta de la obra copiada a disposición de los demás participantes del sistema. El archivo, que queda en nuestro disco duro, podrá ser copiado por otros usuarios sin contar con la autorización del titular de la obra. Todo parece indicar, en consecuencia, que nos situamos en el terreno de la reproducción y comunicación pública.

Sobre este sistema de intercambio, que es claramente un cauce idóneo y recurrente para las descargas ilegales, se han pronunciado ya algunas sentencias muy relevantes. Lo han hecho incluso a propósito una pretendida responsabilidad intelectual indirecta de los titulares de páginas webs que permiten enlaces a tales programas o en relación a quienes proporcionan el software necesario. La **Sentencia de la AP Madrid de 31 de marzo de 2014**, destaca que "(...) los protocolos "Peer to Peer" (o 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".

No se prejuzga, desde luego, la ilegalidad del uso que pueda darse a este sistema, porque "La realización de dichos intercambios de archivos entre particulares constituye una actividad perfectamente lícita en la medida en que los que sean objeto de transferencia no estén sujetos a derechos exclusivos de

tercero o se cuente con la autorización de éste". Aunque, sigue señalando la *Sentencia de la AP Madrid de 31 de marzo de 2014*, "(...) 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".

Repárese, no obstante, en que la Audiencia desestima la demanda porque los demandados no son usuarios que actúen de la forma descrita, sino que "(...) se trata de los creadores y distribuidores del software de intercambio de archivos y (...) lo que ellos lanzan al mercado son programas informáticos que permiten poner en marcha protocolos "Peer to Peer" de tipo descentralizado, de modo que no tienen intervención alguna en el intercambio de archivos que pueden realizarse directamente entre los usuarios de dichas herramientas tecnológicas". Pero tratándose de un usuario, lo que no es el caso litigioso, la infracción se cometería "(...) por inmiscuirse en la órbita de los derechos exclusivos de explotación que incumben al titular de los mismos (art. 17 LPI), en concreto, el de comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición del público de forma interactiva de las obras ( art. 20 LPI , párrafo 2, apartado i ) y art 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 ( art. 18 LPI , con carácter general, y art. 115 en lo que atañe a los productores de fonogramas), por la realización no consentida de copias digitales de las obras protegidas, sin que ello ampare el límite de copia privada ( art. 31.2 LPI ), 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".

En el mismo sentido, aunque ahora sobre la infracción por un usuario, se había ya pronunciado la **Sentencia de la AP Barcelona de 18 de diciembre de 2013**. La sentencia, de hecho, declaraba que



un usuario de un programa de intercambio de archivos entre particulares (P2P) ponía a disposición de otros usuarios miles de archivos sonoros que contenían grabaciones musicales. Declaró la sentencia, por esta razón, que se infringían los derechos de propiedad intelectual que correspondían a las compañías discográficas demandantes. Lo singular de este litigio es que el titular de los derechos de propiedad intelectual, al desconocer la persona que se encontraba detrás de un nombre de usuario, ejerció una acción de cese de actividad ilícita contra el intermediario del que se valía este tercero para infringir derechos de propiedad intelectual. La dirección IP permitía conocer la compañía que prestaba el servicio de acceso a internet y que resultó demandada. Los arts. 138 y 139.1.h) LPI reconocen legitimación pasiva a los intermediarios o prestadores de servicios a terceros siempre que la actividad realizada por el usuario sea infractora y aunque el intermediario esté exento de responsabilidad: "El cese de la actividad ilícita puede comprender: (...) 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" (art. 139.1.h) LPI)<sup>7</sup>.

La **Sentencia de la AP Barcelona 7 de julio de 2011** también se pronuncia sobre la ilicitud del uso de los programas de intercambio (P2P) para efectuar descargas ilegales por un usuario. Pero lo hace, precisamente, para distinguirlo del supuesto en examen. El caso enjuiciado es el de un titular de una página web que permite el enlace a tales programas. Y no condena al demandado en el caso particular por ser un supuesto diferente al de la descarga directa: " (...) el sitio web índice-web.com ofrece exclusiva-

mente enlaces para descargas en redes P2P -u otros sitios web-, sin almacenar ningún tipo de contenidos audiovisuales y sin intervenir en las transmisiones realizadas en las redes P2P, y de que, teniendo en cuenta el concepto legal de reproducción (...) y de comunicación pública, puede decirse que la labor de enlazar sin intervenir en la descarga no entra dentro del núcleo de lo que constituye reproducción (del artículo 18 LPI, "se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación y la obtención de copias de todo o de parte de ella") ni comunicación pública, ésta última, en la modalidad concreta denunciada en la demanda, del artículo 20.2.i) LPI, según el cual son actos de comunicación pública " la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija ". El sitio web del demandado facilita u orienta a los usuarios de Internet la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes P2P, pero en nuestro derecho ese favorecimiento no constituye ni reproducción ni puesta a disposición de la obra". En definitiva, el ofrecimiento del enlace no supone un acto de disposición del archivo, razón por la cual no cabe hablar de la "puesta a disposición" como acto de comunicación pública.

Otro supuesto extraordinariamente relevante, y que precede al anterior, es el planteado en la Sentencia de la **AP de Barcelona de 24 de febrero de 2011**. Las incertidumbres son notables, porque realmente existen al menos tres tipos de enlaces en Internet que permitirían realizar descargas por los usuarios. Estas descargas, como indica la Audiencia, pueden ser o no directas. Habría que distinguir,

<sup>7</sup> La Directiva 2001/29, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, dispone en su art. 8.3 que "Los Estados miembros velarán por que los titulares de los derechos estén en condiciones de solicitar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor".

por tanto, los enlaces que dirigen a archivos P2P; los que dirigen a archivos en *streaming*; y, finalmente, los que suponen una descarga directa, a través de los propios servidores del demandado o de servicios de almacenamiento online.

La sentencia, en clara anticipación de la doctrina citada, estima que la facilitación a través de una página web de **enlaces a una red P2P** no supone la existencia de actos de reproducción o comunicación de obras protegidas. Sostiene, por lo tanto, 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”

La sentencia, no obstante, sí declara la ilicitud de la conducta del demandado consistente en realizar actos de comunicación pública de obras musicales incluidas en el repertorio de la actora al permitir su **descarga directa** a través de la página web de la que es titular. Y se condena al demandado, en consecuencia, al pago de una indemnización, en concepto de canon digital por comunicación pública de obras protegidas y por gastos generados por la investigación. Respecto al *streaming*, que permite la reproducción del contenido de un archivo sin descargarlo en el disco duro, la Audiencia considera que estos actos suponen una comunicación pública de acuerdo con el artículo 20.2 i) LPI, sin que importe el lugar de almacenamiento de la obra. Pero no condena al demandado porque los hechos no habían sido expuestos en la demanda.

**Realmente, a nuestro juicio, en cualquiera de estas hipótesis** (en abstracto: páginas web con en-

laces que dirigen a archivos P2P; que dirigen a archivos en streaming; así como la inclusión de enlaces a servidores de descarga directa –propios del demandado o externos a servicios de almacenamiento online-) **habría razones más que suficientes para entender que estamos, en su caso, ante una infracción de los derechos de propiedad intelectual por un acto de comunicación pública del administrador de la web.** No debería interpretarse de otro modo el art. 20.2. i) LPI, en tanto que “*especialmente*” será un acto de comunicación pública “La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”. Y no pretendemos con esto negar las bondades del uso de tales medios de difusión y comunicación. Pero, desde luego, debe hacerse con otros fines distintos a los de la vulneración de los derechos de propiedad intelectual de terceros. **Que tales actuaciones no se consideren “puesta a disposición del público” resulta una ficción completamente alejada de la realidad.** No debiese ser necesario insistir en que “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe” (art. 7.1 Código Civil). Tampoco que “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo”; y que “Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso” (art.7.2 Código Civil). La existencia de un acto de comunicación pública, mediante la puesta a disposición del público de obras, no puede negarse en estos casos: porque “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos **y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas,**

atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas” (art. 3.1. Código Civil).

**Será difícil, en cualquier caso, que tales conductas de los titulares de estas páginas web queden en el futuro sin reproche cuando pueda acreditarse la vulneración de los derechos de propiedad intelectual por parte de los usuarios finales. La redacción actual del art. 138 LPI, desde la reforma introducida por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, parece facilitar ahora considerablemente.** Porque, como hemos mencionado anteriormente al describir el régimen jurídico vigente, “(...) 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 (...)”. **Es sabido que muchos de los titulares de estas páginas web, que además reciben compensaciones económicas de diversa índole, tienen igualmente un interés manifiesto en la conducta infractora que acaban realizando los usuarios. Su interés económico está muy vinculado a la recurrencia de las visitas de la página que realicen los usuarios, sin que sea posible sostener que desconocen la conducta infractora o que, al menos, no cuentan con indicios razonables para conocerla.** Y esto es precisamente inducir: “mover a alguien a algo”, que es la descarga ilegal, o “darle motivo para que lo haga”.

Conviene ahora, como dijimos, tener muy en cuenta los términos exactos en los que se producen los distintos litigios y las cuestiones más controvertidas en las sentencias del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Vitoria de 10 de mayo de 2018, del *Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 5 de enero de 2018* y del *Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián de 2 de noviembre de 2017*.

La sentencia del *Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián de 2 de noviembre de 2017* es representativa de una determinada posición sobre la cuestión. Anticipamos ya, en parte por las reflexiones expuestas anteriormente, que no la compartimos: porque una sentencia de este tenor, ante una realidad de vulneración de sus derechos tan extendida como indudable, dejaría indefensos a los titulares de derechos de propiedad intelectual. Esta sentencia se plantea **si se puede imputar un acto de comunicación pública al usuario de una red P2P en su modalidad de puesta a disposición.** Se produce en el ámbito de un juicio verbal sobre propiedad intelectual.

La actora, titular de los derechos que se dicen vulnerados, considera que el demandado ha incurrido en una infracción de la normativa sobre propiedad intelectual al “poner a disposición o difundir de forma directa o indirecta” un fichero correspondiente a una película protegida mediante un programa Cliente P2P en una fecha y hora determinados y desde una concreta IP de la que es titular. Solicitaba, por esta razón, que se condenase al demandado a abonar a la actora la suma de 475 euros de principal más los intereses legales de demora que procediesen. La cantidad reclamada se basaba en el 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, relativa al respeto de los Derechos de Propiedad Intelectual.

Ciertamente, como indica la sentencia, el demandante no precisa los preceptos que se consideran infringidos con los hechos relatados en la demanda. Pero el principio “*da mihi factum, dabo tibi ius*”, sin embargo, le permite entender que el fundamento de su petición reside en la infracción del derecho de comunicación pública del art. 20.2 LPI en su modalidad de puesta a disposición. El art. 17 LPI regula, como sabemos, el Derecho exclusivo de explotación y sus distintas modalidades: de tal manera que «Corres-

ponde 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». El derecho de comunicación pública se concreta en el art. 20.1 LPI, entendiéndose por 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». Y se considera especialmente un acto de comunicación pública «La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija» (art.20.2.i) LPI).

La oposición de la demandada se fundamenta en una doble argumentación. Así, en primer lugar, indica que “No ha descargado ni ha compartido la obra objeto de este procedimiento ni ninguna otra; el titular de la dirección IP no tiene porqué ser el usuario de la red que realiza una acción a través de internet, sino que simplemente es la persona que contrató la línea por medio de la cual dicho usuario habría explotado el derecho de propiedad intelectual; en segundo lugar, que “La parte actora le demanda no como titular de la línea de internet, sino como autor de la infracción, sin que haya acreditado que sea así”.

La sentencia, reconociendo las importantes dudas de hecho y de derecho que plantea la cuestión –que determinarán la falta de condena en costas-, desestima la demanda presentada: ¿pero cuáles son las razones?

Para el Juzgador, en primer lugar, “(...) resulta forzada la calificación de comunicación pública en las redes de intercambio de archivos”. Para nosotros, en cambio, lo que resulta forzada es su propia argumentación a la hora de interpretar este asunto. Señala la sentencia, al explicar el funcionamiento de esos sistemas, que: “La subida de datos a partir

de los programas P2P se produce de forma automática por la propia configuración del programa. Si quieres bajar obras, tienes que subirlas. Esto ocurre por defecto sin que se requiera el conocimiento o la voluntad del usuario (...) La actora considera ilegal el uso del programa P2P en que supone poner a disposición o difundir obras protegidas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta 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 (...) la misma expresión “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”. Y por estas razones, a su juicio, “(...) Para entender un acto como de comunicación pública, del cual la puesta a disposición no es sino una manifestación, lo determinante 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”.

Otro argumento que esgrime la sentencia para negar que existe un acto de comunicación pública es la ausencia de lucro alguno relevante en quien realizase la conducta infractora: “(...) en el caso del usuario concreto no hay un componente lucrativo, más allá del ahorro del precio de venta al público de una obra, insignificante desde el punto de vista de la amplitud que exige un acto de comunicación pública”. Y vuelve a negar una comunicación pública,

porque “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<sup>8</sup>”.

**No podemos estar de acuerdo. Para noso-**

8 La sentencia invoca expresamente, y de un modo sorprendente –porque debería conducir a un resultado bien distinto- la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia comunitario a propósito del concepto de comunicación al público en el sentido del art. 3, apartado primero, de la Directiva 2001/29. Así la STJUE de 14 de junio de 2017 analiza, en particular, la actividad de los proveedores de acceso a Internet (Ziggo y XS4ALL). Tales proveedores ponen a disposición de sus abonados una plataforma de intercambio en línea TPB, un índice o protocolo BitTorrent: en virtud del cual los usuarios, conocidos como «pares» o «peers», pueden intercambiar ficheros libremente. El Tribunal valora si la “comunicación pública” comprende este supuesto: esto es, la puesta a disposición y la gestión en Internet de una plataforma de intercambio que, indexando metadatos relativos a obras protegidas y proporcionando un motor de búsqueda, permite a los usuarios de esa plataforma localizar las obras e intercambiarlas en una red entre pares (peer-to-peer). Se refiere la exigencia de una apreciación individualizada de acuerdo con la sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300: Transcribe literalmente lo siguiente: “ 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 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 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).”

**tros el propósito de difundir la obra es indudable. La finalidad o el propósito de ofrecer, directa o indirectamente, el original o copia de la obra al público es consustancial al sistema. Todo programa de P2P, por ejemplo, tiene una columna donde indica la velocidad y cantidad de información que estás subiendo/compartiendo a la vez que te lo estás descargando. Y es por ello que muchos usuarios buscan simetría en su conexión a internet; es decir, altas velocidades de descarga y de subida: pues cuanto más compartes más rápido te descargas. Esto puede leerse, además, en múltiples blogs sobre el sistema de P2P accesibles desde cualquier buscador.** La propia visualización del programa (y, en su caso, de las páginas desde donde obtienes el archivo con la información de descarga/compartir) hacen poco creíble el desconocimiento del sistema por el usuario medio. Otra cosa, bien distinta, es que se pueda probar en el caso concreto si el titular de la IP es quien ha sido el usuario que ha realizado la infracción; o que, como sucede en el litigio en examen, que no se invocara expresamente la inducción o la cooperación con la conducta infractora del art. 138.2 LPI (lo que creemos que no debiera ser óbice, en todo caso, para condenarlo: de hecho, el propio demandado afirma que se le demanda como "autor de la infracción" y no pueden desconocerse los términos del art. 138.2 al referirse al inductor o cooperador como "responsable de la infracción"). Pero el sistema es más que idóneo para una comunicación pública reprochable desde el punto de vista de la vulneración de los derechos de propiedad intelectual de que se trate.

**Creemos, a nuestro juicio, que debería haberse condenado al titular de la IP: sobre todo si valoramos la responsabilidad que como titular debiese corresponderle. Es aquí donde la sentencia vuelve a errar. Porque en el centro del debate se situará pronto de manera**

**principal la delimitación del ámbito de responsabilidad del titular de una IP.** La sentencia sostiene, no sin faltándole razón en este punto, 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". Pero la sentencia plantea inmediatamente después un juego de presunciones un tanto particular cuando menos. Se entiende, a su juicio, que la invocación del art. 138. 2 LPI " (...) supondría, (...) 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 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*". Y se considera que " (...) 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".

**Es aquí donde la resolución es especialmente sorprendente:** porque, para nosotros, que el demandado alegue una serie de circunstancias (la posible utilización por miembros de su familia, por invitados a la casa o una utilización de la conexión wifi por un tercero) no debería llevar a

afirmar que "(...) se debe de asumir que bajo una misma línea y dirección IP puede actuar no sólo el titular sino otras personas y, además, puede ser objeto de utilización no autorizada por un tercero" y que, en consecuencia, "Nos podríamos entonces encontrar con una atribución de responsabilidad a un titular de línea por actos de un tercero". **Pues precisamente se trata de eso: de atribuirle responsabilidad, en su caso –y como mínimo-, por actos propios y de un tercero. Ese es el sentido, y no otro, del art. 138.2 LPI.** No olvidemos que la wifi ya de por sí tiene una contraseña cifrada desde que se recibe por la distribuidora: y, si bien existen programas para descifrar estas contraseñas por un tercero, también existen programas o software de monitorización que controlan todo el consumo de datos de la red y pueden impedir que un tercero entre la red. **El titular de una IP debe ser el responsable, hasta donde sea razonable, del uso de la misma. La razonabilidad debe medirse con el tiempo social. Así ya está sucediendo en otros países (por ejemplo, EEUU, Alemania y Finlandia). A buen seguro, por tanto, se generalizará en breve el uso de estos programas de monitorización en España: carga que en última instancia recaerá sobre el titular de una IP.**

#### **IV.- La sentencias del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Vitoria de 10 de mayo de 2018 y del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 5 de enero de 2018: una tendencia favorable a los titulares de derechos de propiedad intelectual**

En esta tendencia favorable a los titulares de derechos de propiedad intelectual se inscriben las recientes sentencias del *Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Vitoria de 10 de mayo de 2018* y del *Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 5 de*

*enero de 2018.*

La sentencia del ***Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, de 5 de enero de 2018***, se pronuncia ante un supuesto en el que se demanda al titular de una dirección IP porque, según el demandante, se ha utilizado la misma para realizar una "actuación no autorizada consistente en poner a disposición o difundir de forma directa o indirecta una película protegida mediante un programa cliente P2P vulnerando la LPI". Se le reclama también, como consecuencia de la infracción, 475 euros en concepto de daños y perjuicios. Invoca los preceptos de la LPI y el art. 13,b) de la Directiva 2004/48, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. El demandado se opuso a la demanda esgrimiendo dos argumentos: primero, que no es autor material de la descarga; y, segundo, que tampoco debe responder por los actos de un tercero de acuerdo con el art. 138 LPI.

Como muy bien indica la sentencia, lo que resulta de la mayor importancia, no ha sido discutido en el procedimiento que la obra cinematográfica fuese descargada utilizando la dirección IP del demandado. Tampoco que dicha descarga, realizada 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). Ya hemos expuesto, en este sentido, las dudas que pudiera suscitar esta cuestión.

**Para nosotros la sentencia es ejemplar en la defensa debida de los derechos de propiedad intelectual que corresponden a sus titulares. Y la fundamentación, a nuestro juicio, es impecable en todos sus extremos. No puede ser más directa y mejor pertrechada, destacando tres esferas de reflexión muy a tener en cuenta.** Así, en primer lugar, que el demandado

“(…) siendo el titular de la línea IP, debe considerarse acreditado que es el autor material de la infracción”. No es suficiente ya, permítasenos la expresión, negar la mayor. Se aleja en este punto, por tanto, del criterio gris de la sentencia del *Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián de 2 de noviembre de 2017*. Se proporciona ahora una interpretación razonable de la *facilidad probatoria* en la distribución de la carga de la prueba conforme al art.217 LEC: es decir, que: “El demandado niega que haya sido autor de la descarga ilegal. Dice, con razón, que no ha quedado demostrado en el pleito quién fue dicho autor material, y que no es suficiente la titularidad de la conexión a internet para su identificación (...) Pero el hecho de que sea titular de la conexión a internet le traslada a él la carga de alegar y probar quién pudo haberlo hecho (alguien de su entorno, un sabotaje de la línea, por ejemplo). Es el demandado, titular de la línea, quien tiene la facilidad probatoria (art. 217 LEC). Si se obligase al propietario de la obra a probar quién fue el autor 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. 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, pudo ser utilizada por cualquiera: pero sin aportar elemento probatorio alguno que demuestre que así ha sido”.

El segundo ámbito de reflexión es el que tiene que ver con la interpretación concreta que ha de darse al art. 138 LPI en estos supuestos. Declara la sentencia que “El art. 138 de la LPI responsabiliza de la infracción de los derechos de propiedad intelectual, no solo al autor material de la vulne-

ración, 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 que 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”. **Y realmente, para nosotros, no puede obviarse que el art. 138 LPI amplía el ámbito de responsabilidad ante infracciones de este tipo; o, si se quiere, amplía el ámbito de los responsables de la infracción. Lo que evidentemente podrá determinar una acumulación de responsabilidades muy interesante frente eventuales litigios: el autor material de la infracción y quien de algún modo la induzca, coopere o controle. Todos serán responsables solidarios de la infracción.**

Concluye la sentencia, en este particular sobre la delimitación de responsabilidades, que “(...) acreditada la piratería de la obra cinematográfica a través un conexión a internet, el titular de la línea de internet a través de la cual se han descargado ilegalmente las películas cinematográficas debe 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”.

Y el tercer ámbito de reflexión que encontramos en la sentencia es el relativo a la cuantificación de los daños y perjuicios causados por la descarga ilegal de la película. Ya hemos referido en su momento que el art. 140.2 LPI plantea la elección del perjudicado como elemento determinante en



la fijación de los daños y perjuicios, materiales y morales, causados al autor de la obra. Esta elección deberá hacerse conforme a alguno de los criterios que se proponen. La parte demandante reclama la suma de 475 euros invocando la previsión del art. 140.2.b) LPI: es decir, la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión. Pero lo cierto es que, como indica la sentencia, no aporta dato alguno que apoye su pretensión económica. Otro tanto sucede con la demandada que sólo niega su responsabilidad y pide la desestimación de la demanda. El juzgado de lo mercantil, en este sentido, resuelve que «Teniendo que cuenta que, por una parte, no puede entenderse este procedimiento civil como una respuesta punitiva a la infracción, pero que, por otro lado, tampoco deben favorecerse las conductas infractoras, sancionando con una escasa cuantía el ilícito civil cometido, 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». La estimación parcial de la demanda, en este último punto, conlleva que no sean impuestas las costas procesales a ninguna de las partes (art. 394 LEC).

La última de las sentencias sobre la que deseamos llamar la atención es la del **Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Vitoria de 10 de mayo de 2018**. Vuelve a incardinarse en una tendencia muy favorable a la protección en línea de los derechos de propiedad intelectual. El demandante, también en esta ocasión, ejercita una acción de reclamación de cantidad por infracción de

sus derechos de propiedad intelectual. Reprocha al demandado la puesta a disposición o difusión, de forma directa o indirecta, de un determinado fichero correspondiente a una película mediante un programa P2P desde la IP de la que es titular. El demandado se opone alegando, básicamente, que la titularidad de la IP no acredita que haya cometido infracción de los derechos de propiedad intelectual. Tampoco que pueda imputársele la responsabilidad del art. 138 LPI, al no invocarse en la demanda e responsabilidad por culpa o que se esté obligado a responder por actos de tercero. El litigio, en consecuencia, se plantea en idénticos términos del que fue objeto en la sentencia anterior del *Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, de 5 de enero de 2018*.

Adviértase que no se discute en el procedimiento lo que ya resultó de las diligencias preliminares practicadas: esto es, que en la dirección IP existe el fichero almacenado mediante un programa P2P, siendo titular de la conexión a internet a la que se asocia la IP el demandado. Las cuestiones estrictamente jurídicas que se plantean, de acuerdo con la sentencia, son las siguientes: si puede considerarse un acto de comunicación pública del art. 20.2.i) LPI el funcionamiento de la herramienta P2P, al compartir el archivo que el usuario descarga y almacena en su ordenador; si, en segundo lugar, se podría imputar la conducta infractora al titular de la IP.

La sentencia, para dar respuesta a tales interrogantes, sitúa en un primer plano la doctrina de la *STJUE de 14 de junio de 2017* (TJCE 2017, 96). Esta sentencia, como hemos descrito en otro momento de este trabajo, plantea un supuesto distinto al ahora controvertido. Pero con una identidad suficiente a los efectos que se pretenden. Propugna, de este modo, una interpretación amplia del concepto de comunicación al público. Señala, particularmente, que “Recuerda el TJUE que conforme a los considerandos 9 y 10 de la Direc-

tiva 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<sup>9</sup>.

Se considera que el **“acto de comunicación al público”** de un usuario exige la concurrencia de varios criterios complementarios, de naturaleza no autónoma y dependientes unos de otros. Se refiere así, en primer lugar, al “papel ineludible del usuario y el **carácter deliberado de su intervención**”. A su juicio “(...) 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”. Esto debe entenderse en el sentido de que “(...) el usuario debe intervenir con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento y por tanto que con el mismo, al compartir el archivo está dando acceso a otros usuarios a un contenido protegido”. Y, claro está, es lo que sucede en el supuesto en examen<sup>9</sup>.

Otro criterio cuya concurrencia debe valorarse es el **interés económico** del usuario. Ya hemos manifestado nosotros anteriormente que no puede discutirse en estos supuestos (y menos aún, referíamos, en el de los titulares de páginas

web que funcionan con enlaces). Para la sentencia, no obstante, “el elemento más dudoso es el interés económico o lucrativo, que como ha dicho el TJUE no es irrelevante”: “Sin embargo, hay un componente que desde luego no puede 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 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 aun 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”.

9 La Según el Juzgado hay más razones aún para considerarlo así si tenemos en cuenta el supuesto de la *STJUE de 14 de junio de 2017*: “Respecto de este necesario conocimiento o comportamiento deliberado, el TJUE dice más adelante (&36) analizando la conducta de las empresas administradoras de la plataforma que ni siquiera han subido ellas los ficheros sino que lo han hecho sus usuarios abonados, que “dichos administradores, mediante la puesta a disposición y la gestión de una plataforma de intercambio en línea como la controvertida en el litigio principal, intervienen, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para proporcionar acceso a las obras protegidas, indexando y catalogando en dicha plataforma los ficheros torrents que permiten a los usuarios de ésta localizar esas obras y compartirlas en una red entre pares (...) Con mayor razón deberemos entender 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”.

La segunda cuestión estrictamente jurídica es la relativa, como adelantábamos, al **criterio de imputación de la infracción al demandado: es decir, si se podría imputar la conducta infractora al titular de la IP.** Tal imputación no plantea duda alguna para el juzgado. **Y el precedente, en cuanto a la solidez de la argumentación que se articula, es magnífico para los intereses legítimos de los titulares de derechos de propiedad intelectual que se vean vulnerados. Conviene reproducirla literalmente, porque a buen seguro será argumento principal en las futuras resoluciones que se produzcan:** “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”. **El argumento, a nuestro juicio, es realmente demoledor en su simplicidad. Y cualquier usuario medio entendería, sin mediación de letrado alguno, el tenor de la resolución que se le notificase.**

Y algo más significativo incluso en relación la determinación del responsable de la infracción. Se refiere a la inducción o cooperación del art.

138 LPI como innecesario criterio de imputación en estos supuestos: porque, a su juicio, “(...) 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, no considero que sea este el criterio de imputación adecuado, una vez definido el acto infractor. 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 él 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”.

En cuanto a la determinación de los daños y perjuicios, y al no proporcionarse por el demandante criterios o elemento alguno, opta la sentencia “(...) por señalar la misma cantidad a la

que se condena en el *Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao en las 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”.

**Interesante camino, por tanto, el que se abre expresamente en España para poder disminuir sensiblemente las descargas ilegales. Al menos para generar una mayor confianza en nuestro sistema y, en particular, creer en la eficacia de algunas de las medidas**

**legislativas adoptadas. El proceso de reformas iniciadas permite imaginar un escenario de equilibrio, necesariamente próximo, en el que los usuarios puedan consumir contenidos multimedia a un coste razonable; y un escenario, a su vez, en el que los propietarios de los derechos de autor reciban la protección que legalmente les corresponde, aunque con perfiles y contenido diverso, desde antaño. Pero la cuestión es, por el resto, de una sensibilidad extraordinaria. No es fácil la tarea de precisar tal escenario.**