

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ062899

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sentencia 550/2017, de 4 de diciembre de 2017

Sección 28.^a

Rec. n.º 556/2015

SUMARIO:

Propiedad intelectual. Redes P2P. Reproducción y puesta a disposición de fonogramas. Web de enlaces «Sharemula». Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Conocimiento efectivo. La puesta a disposición y la gestión de una plataforma de intercambio en línea como la controvertida en el litigio principal debe considerarse un acto de comunicación en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29. En principio, cualquier acto mediante el que un usuario proporcione a sus clientes, con pleno conocimiento de causa, acceso a obras protegidas puede constituir un «acto de comunicación» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29. Esta conclusión determina que la actividad de los gestores o titulares de sitios intermedios con enlaces que permiten que los usuarios del sistema de intercambio puedan localizar archivos con los contenidos que desean en los ordenadores de otros usuarios constituye un acto de comunicación. 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». Los usuarios de la página controvertida pueden acceder, en cualquier momento y simultáneamente, a las obras protegidas que se intercambian a través del sitio web. Así, dicha comunicación se dirige a un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica un número considerable de personas, y de ello se deduce que las obras protegidas se comunican efectivamente a un «público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29. Además esas obras han sido comunicadas a un público «nuevo», un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial. Si la obra se encuentra disponible sin el consentimiento del titular de los derechos, necesariamente cualquier nueva puesta a disposición se dirige a un público nuevo. Los operadores de Sharemula no podían ignorar que esta web permite acceder a obras protegidas sin autorización de los titulares de derechos, teniendo en cuenta que la práctica totalidad de los archivos cuya descarga se facilita son obras publicadas sin autorización de los titulares de derechos. En consecuencia, la demandada no puede acogerse a la exención de responsabilidad prevista en el artículo 17 LSSICE.

PRECEPTOS:

Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor de 20 de diciembre de 1996, art. 8.
Directiva 2001/29/CE (Armonización de determinados aspectos de los Derechos de autor y Derechos afines a los Derechos de autor en la sociedad de la información), art. 3.
Constitución Española, arts. 9.3 y 24.1.
Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 7.3.
RDLeg. 1/1996 (TRLPI), arts. 20.1, 138, 139.1 h) y 140.
Ley 1/2000 (LEC), arts. 139, 412 y 413.
Ley 34/2002 (Servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico), arts. 14 a 17.

PONENTE:*Don Gregorio Plaza González.***Audiencia Provincial Civil de Madrid**

Sección Vigésimooctava



C/ Gral. Martínez Campos, 27, Planta 1- 28010

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0220777

ROLLO DE APELACIÓN Nº 556/2015

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 793/2011

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid.

Parte recurrente: SONY MUSIC ENTERTAINMENT SPAIN, S.L.

EMI MUSIC SPAIN, S.A.

UNIVERSAL MUSIC SPAIN, S.L.

WARNER MUSIC SPAIN, S.L.

WEA INTERNATIONAL INC. y

Productores de Música de España (PROMUSICAE)

Procuradora: D^a María Isabel Torres Ruiz

Letrado: D. Francisco Javier Márquez Martín

Parte recurrida: D^a Sandra

Procuradora: D^a Rocío Sampere Meneses

Letrado: D. Javier de la Cueva González-Cotera

SENTENCIA

En Madrid, a cuatro de diciembre de dos mil diecisiete.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Gregario Plaza González, D. José Manuel de Vicente Bobadilla y D. Francisco de Borja Villena Cortés, los presentes autos de juicio ordinario sustanciados con el núm. 793/2011 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Dos de Madrid, pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandante la Sentencia que dictó el Juzgado el día veintidós de julio de dos mil trece.

Han comparecido en esta alzada las demandantes, SONY MUSIC ENTERTAINMENT SPAIN, S.L., EMI MUSIC SPAIN, S.A., UNIVERSAL MUSIC SPAIN, S.L., WARNER MUSIC SPAIN, S.L., WEA INTERNATIONAL INC. y Productores de Música de España (PROMUSICAE), representadas por la Procuradora de los Tribunales D^a María Isabel Torres Ruiz y asistidas del Letrado D. Francisco Javier Márquez Martín, así como la demandada D^a Sandra, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Rocío Sampere Meneses y asistida del Letrado D. Javier de la Cueva González Cotera.

ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**

La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: Que desestimando la demanda formulada por la procuradora D^a Isabel Torres Ruiz, en nombre de Productores de Música de España, Emi Music Spain, S.A., Warner Music Spain, S.A., Universal Music Spain, S.L., Sony Entertainment Spain, S.L. y Wea International Inc, absuelvo a la demandada Sandra, de todos los pronunciamientos efectuados en su contra. Se condena en costas a la parte demandante".

Segundo.

Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día treinta de noviembre de dos mil diecisiete.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Gregario Plaza González.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

SONY MUSIC ENTERTAINMENT SPAIN, S.L., EMI MUSIC SPAIN, S.A., UNIVERSAL MUSIC SPAIN, S.L., WARNER MUSIC SPAIN, S.L., WEA INTERNATIONAL INC. y la Asociación Productores de Música de España (PROMUSICAE) interpusieron demanda de juicio ordinario contra D^a Sandra como titular y/o responsable de la web "www.sharemula.org" (en adelante "Sharemula") en ejercicio de acciones de cesación por infracción de derechos de propiedad intelectual y de indemnización de daños y perjuicios.

1. La demanda se sustenta en la implantación en la web de la demandada de un sistema de intercambio de archivos peer to peer (P2P). A través del mismo el usuario puede descargar contenidos ilícitos, en este caso archivos musicales, obteniendo e instalando un programa de intercambio de archivos. A continuación se selecciona la música deseada y se ordena la descarga. Para todo ello los usuarios disponen de instrucciones precisas. Previamente otro usuario debe crear el archivo musical en formato MP3, reproducirlo en su ordenador o en el servidor de un tercero y generar y publicar el correspondiente elink (lo que se denomina "subir música").

Sharemula ofrece a sus usuarios la descarga de fonogramas protegidos por derechos de propiedad intelectual sin contar con la debida autorización, obteniendo a través de dicha explotación ilícita cuantiosos ingresos publicitarios.

Sus contenidos suponen a todas luces "incitar, facilitar y prestar el soporte necesario para la realización de actos de infracción de derechos de la propiedad intelectual en los que incurren sus usuarios - además de suponer la materialización de tales infracciones por sí mismos".

La información proporcionada al usuario y la operativa de funcionamiento de las descargas denota la plena consciencia de los actos de reproducción y puesta a disposición de obras musicales protegidas, por lo que Sharemula no puede desconocer dicha actividad.

Junto con la demanda se aportaba informe pericial elaborado por D^a Consuelo y D. Ambrosio (doc. 14) para acreditar que los fonogramas que se obtienen a través de Sharemula son los comercializados lícitamente por las compañías discográficas.

Se añade otro informe pericial elaborado por D. Arsenio (doc. 15) que constata la correspondencia entre las grabaciones descargadas de Sharemula y las originales titularidad de las compañías discográficas.

En definitiva, se realizan actos de reproducción y puesta a disposición de fonogramas publicados por las compañías discográficas sin su autorización (pgs. 23 y 26 de la demanda).

La demanda añade (pg. 30) que los administradores de la web Sharemula autorizan la publicación de un enlace y, en cuanto detectan algún tipo de "error", lo retiran inmediatamente (informe elaborado por CoPeerRight Agency España, doc. 16, con el que se acredita que la participación de los administradores de la web es esencial

y en el que se pone de manifiesto que Sharemula efectúa la comprobación de si el link funciona correctamente y acepta o rechaza el enlace, pg. 38 de la demanda).

Se refiere la demanda sobre estos hechos a la infracción directa de los derechos de propiedad intelectual.

2. Al mismo tiempo se atribuye a la titular de la web la infracción indirecta por su esencial contribución a los ilícitos en cuanto facilita que los usuarios puedan descargar archivos musicales.

3. La demandada no podía ignorar la actividad ilícita desarrollada para pretender su exención de responsabilidad en cuanto fue requerida por PROMUSICAE para cesar en su actividad al efectuarse a través de la web descargas de archivos que suponen actos de reproducción y puesta a disposición no autorizados, sin que se atendiera al requerimiento (docs. 20 a 22). Dado el conocimiento de la actividad infractora no puede quedar amparada en la exención de responsabilidad prevista en el artículo 17 LSSI.

4. Se ejercita la acción de cesación prevista en el artículo 139.1.h TRLPI.

5. Finalmente, en relación a la indemnización por infracción de derechos de propiedad intelectual se aporta informe pericial elaborado por D^a Consuelo (doc. 28) en el que se determina el beneficio medio por descarga legal que obtienen las empresas discográficas y, posterior mente, el número de descargas que por la acción de Sharemula se han dejado de obtener. Se cifra la indemnización en la suma total de 2.354.350,48 euros, distinguiendo los importes indemnizatorios correspondientes a las multinacionales demandantes y al resto de asociados a PROMUSICAE.

Se reclama también como gastos de investigación el importe de los informes periciales que asciende a 31.406,32 euros.

6. En definitiva se pretende en el suplico de la demanda:

- La declaración de la infracción directa.
- Subsidiariamente, la declaración de la infracción indirecta.
- Subsidiariamente, la declaración de la no exención de responsabilidad la demandada como prestador de un servicio de intermediación.
- Subsidiariamente de las anteriores, el cese de la actividad ilícita y la prohibición de reanudarla.
- Para el caso de estimación de cualquiera de las tres primeras pretensiones, la cesación de la actividad infractora y la prohibición de reanudarla.
- La condena a indemnizar los daños y perjuicios causados.
- La publicación en la página web de la demandada y en las webs de "El País" y "El Mundo" de un anuncio sobre la resolución dictada y su vínculo a un extracto o al texto íntegro de la sentencia.
- Y, en caso de estimación de cualquiera de las pretensiones declarativas, la condena al pago de los gastos de investigación.

7. En la contestación a la demanda se alega que Sharemula no realiza una actividad ilícita pues a través de la misma únicamente se enlaza a otras webs. Además, Sharemula estaba cerrada el 25 de mayo de 2011, por lo que tampoco cabe una acción de cesación.

Respecto de la actividad de Sharemula se remite al auto dictado por la Sec. 2^a de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 18 de junio de 2008, en el que se afirma que la web "no contiene archivos de obras audiovisuales, sino enlaces "e2dk", que es un enlace a las redes de pares. No tiene, pues, contenido dicha página web, más que caracteres literales precedidos por la cadena alfanumérica "e2dk" y desde la misma no cabe descargarse ningún archivo". Alega la contestación a la demanda la excepción de falta de legitimación en cuanto PROMUSICAE no es titular de ningún derecho. Las codemandantes EMI, SONY, UNIVERSAL y WARNER tampoco lo son, pues el derecho solo puede ser atribuido a las multinacionales respectivas y no a las compañías nacionales que interponen la demanda. Respecto a WEA no se acredita la relación con el objeto del pleito.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo mercantil resultó desestimatoria de la demanda.

8. Respecto a la legitimación de PROMUSICAE señala que se trata de una asociación que tiene por objeto la defensa de los intereses de los productores musicales y agrupa al noventa por ciento de los mismos, de modo que su legitimación deriva de lo dispuesto en el artículo 7.3 LOPJ. Por otra parte las compañías nacionales demandantes son titulares de los derechos para la puesta a disposición en España. Rechaza la sentencia la alegación de la demandada que considera que podría tratarse de fonogramas de extranjeros intercambiados a través de redes situadas en otros países, ya que ha de presumirse que los usuarios son españoles y por lo tanto los fonogramas pertenecientes a las sociedades demandantes. Añade la sentencia que extraprocesalmente no se discutió la legitimación tras los burofaxes que se enviaron a la demandada.



9. Respecto al fondo, la sentencia señala que Sharemula ofrece enlaces a otras páginas web a través de las cuales se producían los intercambios de archivos musicales entre particulares.

10. Por otra parte la web se encuentra cerrada desde el 25 de mayo de 2011.

11. Destaca la sentencia que el favorecimiento o facilitación e incluso la orientación a los usuarios no puede considerarse reproducción o puesta a disposición de los archivos, por mucho que se eliminen direcciones erróneas o se elaboren listas de los más descargados.

12. Respecto a la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios prevista en el artículo 17 LSSI no resulta de aplicación en cuanto la demandada no es responsable de infracción de los derechos de propiedad intelectual.

Segundo. *Recurso de apelación interpuesto por SONY MUSIC ENTERTAINMENT SPAIN, S.L., EMI MUSIC SPAIN, S.A., UNIVERSAL MUSIC SPAIN, S.L., WARNER MUSIC SPAIN, S.L., WEA INTERNATIONAL INC. y la Asociación Productores de Música de España (PROMUSICAE).*

13. Sostiene el recurso que no es posible aislar las conductas de la titular y administradora de Sharemula y de los usuarios pues todas ellas, conjuntamente, integran la infracción.

14. Respecto a la actividad de la demandada señala lo siguiente:

- Ha subido "enlaces" con contenidos.
- Ofrece el software necesario.
- Facilita esa labor de subir los enlaces.
- Tiene conocimiento de los contenidos que se ofrecen.
- Busca colaboradores.
- Elabora un listado de archivos "Mas descargados".
- Verifica los contenidos eliminando archivos vacíos.

15. Añade. el recurso que la demandada reconoció en el procedimiento penal sustanciado que hay enlaces colgados por la declarante y que se facilita "que el usuario sepa la canción, película o contenido concreto al que va a llevar el enlace" y que se incluyen las carátulas de la película o álbum, sin que tenga derechos de los titulares de los derechos de propiedad intelectual de dichas carátulas.

16. En su escrito de oposición al recurso destaca la demandada aquí apelada que en el Auto dictado por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid ya se determinaron los hechos y se calificó la conducta realizada a partir de un informe de la Brigada de Investigación Tecnológica. Si no se tiene en cuenta este pronunciamiento, sobre unos mismos hechos se podría afirmar en este caso que se producen actos infractores de la propiedad intelectual cuando previamente se ha rechazado la comisión de dichos actos. Esto vulneraría la seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva.

17. Y por lo que se refiere a la actividad de la demandada señala lo siguiente:

- Los enlaces no se suben a una web sino que se escriben. Utilizar la terminología que se usa para los archivos pudiera hacernos pensar que los enlaces constituyen una realidad diferente de lo que realmente son. El recurso no diferencia lo que es un enlace -cadena alfanumérica- de lo que es un fonograma.

- La web no almacena el archivo referenciado por el enlace, lo que acredita el informe del perito Sr. Efrain y el Auto dictado por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 9 de septiembre de 2008.

- No existe en nuestro Derecho la infracción por contribución.

- El programa eMule se aloja en "www.emule-project.net". Es inexacto decir que la demandada ofrece el programa eMule por enlazarlo.

- Las webs de enlaces son un mero punto de intercambio de enlaces entre los usuarios del programa eMule y de ahí la búsqueda de colaboradores -con cita del informe pericial del Sr. Efrain-. Se trata de una comunidad de personas que administran una web de enlaces (doc. 12.b de la demanda, referido a distintos administradores, moderadores y supermoderador e Informe de la brigada de Investigación Tecnológica -que comprueba que distintos usuarios se identifican como manager, como manager o administrador-).

- Las clasificaciones de enlaces como "mejor valorados" o "más descargados" se realizan automáticamente por el software utilizado sin control o actividad alguna por parte de la demandada.

- No ha realizado la demandada ningún acto de reproducción o puesta a disposición de fonogramas.



Valoración del Tribunal.

18. De las Diligencias Previas 1089/2006 del Juzgado de instrucción nº 4 de Madrid.

Por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid, se dictó Auto, con fecha 28 de septiembre de 2007, por el que se decretaba el sobreseimiento libre y archivo de las diligencias 1089/06 tal y como había solicitado el Ministerio Fiscal. Dicho Auto fue objeto de recurso de reforma y subsidiario de apelación. Por medio de fecha 14 de diciembre de 2007 fueron desestimados los recursos de reforma planteados, dándose trámite al recurso subsidiario de apelación.

La Sección 2ª de esta Audiencia Provincial dictó Auto de fecha 11 de septiembre de 2008 que acordó desestimar los recursos de apelación interpuestos. Según el citado Auto:

De la investigación llevada a cabo por la Policía Judicial y tal como ya ha apuntado el juez de instrucción, se desprende que la actividad de página web www.sharemula.com se centra en facilitar "enlaces", ni aloja archivos, ni realiza directamente la descarga, limitándose a facilitar una dirección donde se puede descargar la obra, esto es su actividad se centra en "enlazar".

Añade el Auto que es una forma de facilitar al usuario de Internet el acceso a otra página web, pero no se reproduce la página enlazada, ni se da lugar a un almacenamiento de la misma en la propia página web de la remitente.

Y señala también, con remisión a otra resolución, que, aun cuando la actividad pueda suponer técnicamente una reproducción provisional, tampoco sería ilícita por su transitoriedad, porque forman parte del proceso tecnológico que hace posible el enlace, y porque suponen simplemente una transmisión entre terceras partes (el usuario de la red y la página a la que se dirige).

19. De los hechos relativos a la actividad de la demandada que fueron apreciados en el proceso penal.

Como ha señalado la STS de 19 de septiembre de 2013, los tribunales deben tomar en consideración los hechos declarados probados en resoluciones firmes dictadas por tribunales de una jurisdicción distinta, de modo que sólo pueden separarse de tales hechos exponiendo las razones y fundamentos que justifiquen tal divergencia. Ello a su vez no impide que en cada jurisdicción haya de producirse un enjuiciamiento y una calificación en el plano jurídico de forma independiente y con resultados distintos si ello resulta de la aplicación de normativas diferentes.

Y a este respecto cita el Alto Tribunal la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 192/2009, de 28 de septiembre, que fija su doctrina sobre este extremo declarando:

«Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, F. 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre [RTC 2008, 109], F. 3).

Asimismo, este Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar que esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada. Por ello, cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio, puntualizándose que sí bien unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada a la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento (por todas, STC 34/2003, de 25 de febrero, F. 4)».

Atendiendo a lo expuesto, hemos de considerar que no existe razón para apartarse de los hechos relacionados con la actividad de Sharemula que quedaron constatados en el Auto dictado por la Sección 2ª de esta Audiencia Provincial en fecha 11 de septiembre de 2008.

Dicha actividad consiste en facilitar el intercambio de enlaces entre los usuarios y cualquier reproducción a la que se refiere la demanda únicamente tendría carácter instrumental para que los enlaces sean reales y efectivos.

No obstante, partiendo de la actividad que realiza Sharemula, el Tribunal no está vinculado por la calificación que desde el punto de vista jurídico pudiera efectuarse, al margen de las particularidades que resultan de los propios elementos del tipo penal.

Esto resulta especialmente relevante respecto de la aplicación a tales hechos del concepto de comunicación pública, que es un concepto jurídico.

20. Introducción de nuevas alegaciones en el recurso.

El recurso de apelación sirve para introducir nuevas alegaciones referidas en este caso al reconocimiento de los ilícitos por la demandada en la declaración que efectuó en las diligencias previas 1089/06.

Nada de ello figura en la demanda, que se limitaba a dejar constancia de dichas actuaciones y del sobreseimiento y archivo acordado (pg. 3). El recurso se sirve del testimonio de dichas diligencias para introducir las alegaciones.

Como señala la STS núm. 713/2014, de 17 de diciembre, "Lo que configura el objeto del proceso son las alegaciones de las partes realizadas en la demanda y la contestación en la demanda, con las precisiones admisibles en la audiencia previa del juicio ordinario. Las pruebas practicadas, en concreto los documentos aportados, tienen como función acreditar los hechos oportunamente alegados por las partes en esos escritos configuradores del objeto del proceso cuando son controvertidos. Pero no es admisible que las pruebas sustituyan a las alegaciones que deben realizarse en el trámite procesal que en nuestro sistema procesal se establece para la expresión de los hechos y demás alegaciones que configuran el objeto del proceso, que en el caso de la parte demandante es el escrito de demanda".

En consecuencia, por mucho que se hubiera acompañado a la demanda dicho testimonio, cualquier alegación sobre reconocimiento del ilícito por la demandada en el curso de su declaración en las diligencias previas requería su constancia en el escrito rector. La introducción de nuevas alegaciones resulta improcedente, puesto que el recurso no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a resolver cuestiones distintas de las planteadas inicialmente, tanto en lo que se refiere a los hechos (*quaestio facti*), como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas (*quaestio iuris*), dado que ello se opone al principio general "*pendente appellatione nihil innovetur*" (artículo 456 LEC y STS 452/2010, de 12 de julio, entre otras).

Por otra parte, en la declaración mencionada, la demandada se refiere a "enlaces" y ni siquiera se concreta ningún contenido de archivos, cuando el presente procedimiento se refiere a los derechos de propiedad intelectual sobre fonogramas. El recurso acaba por introducir referencias a los derechos sobre las carátulas.

21. Norma aplicable. Infracción indirecta.

No resulta aplicable al caso el artículo 138.º LPI en la redacción otorgada por la Ley 21/2014, al resultar su entrada en vigor posterior a la fecha de interposición de la demanda. A partir de dicha reforma se reconoce la responsabilidad por cooperación a la infracción ajena, que hasta ese momento se contemplaba respecto a la supresión o neutralización de dispositivos técnicos de protección de software o a la elusión de medidas tecnológicas de protección. Según la Exposición de Motivos de la reforma "se prevé que será responsable como infractor quien induzca dolosamente la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor. Lo anterior no afecta a las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los artículos 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la medida en que se cumplan los requisitos legales establecidos en dicha ley para su aplicación".

Como señalamos en nuestra Sentencia de 31 de marzo de 2014 (R. 631/2012), sin una previsión legal que tipifique el alcance de la cooperación necesaria o de la complicidad en esta materia, falta un soporte jurídico suficientemente sólido para que el juez pueda condenar por infracción indirecta en este ámbito.

22. Infracción directa. Comunicación pública.

No cabe duda de que los usuarios de los sistemas P2P realizan actos de reproducción y de comunicación pública de las obras protegidas. Sin embargo, desde un principio se suscitaron dudas en orden a la calificación de las actividades realizadas por los servidores o sitios intermedios que hacen posibles los intercambios o respecto a los sitios web que incluyen enlaces, en cuanto se entiende 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 - artículo 20.1 TRLPI-. También se suscitaron dudas respecto a los titulares de los programas que hacen posible el intercambio.

El artículo 8 del Tratado OMPI sobre derechos de autor, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 introduce el concepto de "puesta a disposición del público" comprendida en la comunicación al público, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a las obras desde el lugar y en el momento que cada uno elija.

Ese es el concepto que contempla incluido en la comunicación al público el artículo 3 de la Directiva 29/2001/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. El considerando 23 de la Directiva señala que el derecho de comunicación pública "debe entenderse en un sentido amplio que incluya todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación". Como no se contiene ninguna definición de "comunicación al público" o de "puesta a disposición del público" es el tribunal de Justicia el que ha venido perfilando los contornos de ambos conceptos.

Desde esta perspectiva, los enlaces podrían quedar comprendidos en los supuestos de comunicación al público en la medida en que resulta suficiente con que se permita al público acceder al contenido protegido.

Bien es cierto que existen distintos tipos de enlaces. Los enlaces simples son aquellos links que redirigen a los usuarios a un lugar determinado de la web. Dentro de éstos, en función del tipo y profundidad de la remisión, encontramos los enlaces de superficie, que redirigen al usuario a la página inicial del sitio web de un tercero; y, los enlaces profundos, que remiten al usuario a una página interior del sitio web.

Por su parte, los sistemas P2P carecen de servidores centrales. Las peticiones de búsqueda y las respuestas se tramitan a través de los ordenadores conectados. Una vez localizado el ordenador que alberga el archivo buscado, la conexión para la descarga se efectúa directamente entre el nodo peticionario y el suministrador. Los sitios intermedios con enlaces hacen posible que los usuarios del sistema de intercambio puedan localizar los archivos con los contenidos que desean en los ordenadores de otros usuarios, aunque la descarga se efectúa directamente desde los ordenadores de los otros usuarios sin que la información circule por el servidor en el que se encuentra alojada la página en la que se incluye el enlace.

En sus conclusiones en el asunto C-610/15, TPB, el Abogado General Sr. Maciej Szpunar explica el funcionamiento de las redes peer to peer del siguiente modo (20):

En este modelo, el ordenador de cada usuario, esto es, de cada par (peer), no sólo es un cliente que recibe los datos, sino también un servidor que los almacena y los pone a disposición de otros pares. Por lo tanto la red está descentralizada (no existen servidores centrales) y presenta una «geometría variable», dado que sólo los pareservidores conectados forman la red en un momento dado (al contrario que en una red «tradicional», en la que los servidores suelen estar conectados permanentemente y sólo los clientes se conectan y desconectan temporalmente). Tal configuración de la red presenta múltiples ventajas, especialmente en lo referente a la optimización del uso de las capacidades de almacenamiento y de transmisión de datos. Igualmente, gracias a su arquitectura descentralizada, una red de este tipo es más resistente ante los ataques así como ante las intervenciones de las fuerzas del orden o de los derechohabientes de los derechos de autor. Es particularmente difícil suprimir el contenido presente en una red peer-to-peer, ya que éste se encuentra en diferentes servidores que pertenecen a diferentes personas físicas situadas en diferentes países.

Añade que en el caso contemplado, entre el 90% y el 95% de los ficheros compartidos en la red contienen obras protegidas, lo que resulta extrapolable a la mayoría de las redes peer to peer. La razón es que los contenidos legales tienen sus propios canales de distribución y las redes peer to peer se utilizan para compartir contenidos que de otro modo no estarían disponibles al público de forma gratuita.

Como hemos señalado, el Tribunal de Justicia se ha ocupado de determinar el alcance de dicho concepto, en cuanto requiere una interpretación uniforme.

En la STJUE de 13 de febrero de 2014, Svensson, C-466/12 se planteó si constituye un acto de comunicación al público la presentación en una página de Internet de enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas disponibles en otra página de Internet, siendo así que en esa otra página pueden consultarse libremente dichas obras publicadas sin ninguna restricción de acceso. Se trataba por lo tanto de enlaces a otra página web.

La sentencia se refiere al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 y considera (apartado 19) que, para que exista un «acto comunicación» basta con que la obra se ponga a disposición de un público de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella, sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esa posibilidad, de modo que el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas debe calificarse de «puesta a disposición» y, en consecuencia, de «acto de comunicación» en el sentido de la referida disposición (apartado 20).



Lo que rechazó el Tribunal de Justicia en ese caso es que la puesta a disposición de obras, mediante un enlace sobre el que se puede pulsar, comunicase dichas obras a un público nuevo. Si la obra ya se encuentra disponible libremente para todos los internautas en otro sitio de Internet con la autorización del titular de los derechos de autor, dicho acto no puede calificarse de «comunicación al público». En el mismo sentido, el Auto de 21 de octubre de 2014, BestWater International, (C-348/13), a propósito de vínculos que utilizan la técnica denominada de «transclusión» (framing). Recuérdese que lo que establece el Tribunal de Justicia en ese caso es que no se daba lugar a que la obra en cuestión se comunique a un "público nuevo".

Lo relevante es el sentido amplio que atribuye el Tribunal al concepto al que nos referimos, incluyendo los enlaces como «acto de comunicación».

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2016, GS Media, C-160/15, el vínculo ya se establecía a una página en la que las obras protegidas se encontraban disponibles libremente sin la autorización del titular de los derechos de autor. Tras reiterar que el concepto de comunicación al público debe entenderse en un sentido amplio establece la sentencia (apartado 51) que cuando la colocación de hipervínculos se efectúa con ánimo de lucro se ha de presumir que la colocación ha tenido lugar con pleno conocimiento de la naturaleza protegida de dicha obra y de la eventual falta de autorización de publicación en Internet por el titular de los derechos de autor. En tales circunstancias, y siempre que esta presunción iuris tantum no sea enervada, el acto consistente en colocar un hipervínculo que remita a una obra publicada ilegalmente en Internet constituye una «comunicación al público».

Estos mismos criterios se han aplicado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de abril de 2017, FilmSpeler, C-527/15, con cita de las que hemos reseñado, considerando (apartados 36 y 37) que 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, sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esa posibilidad y los enlaces a otra página de Internet ofrecen a los usuarios de la primera página un acceso directo a las obras protegidas.

Según dicha Sentencia, el concepto de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE, incluye la venta de un reproductor multimedia en el que se han preinstalado extensiones, disponibles en Internet, que contienen hipervínculos que reenvían a sitios de Internet libremente accesibles al público en los que se ponen a su disposición obras protegidas por derechos de autor sin la autorización de los titulares de tales derechos.

Destacó el Tribunal de Justicia (apartado 41) que no se trataba, en el caso de autos, de una «mera» puesta a disposición de las instalaciones materiales destinada a permitir o a realizar una comunicación puesto que, con pleno conocimiento de las consecuencias de tal comportamiento, en el reproductor multimedia se preinstalan extensiones que permiten específicamente a los compradores de dicho dispositivo "acceder a obras protegidas" publicadas en sitios de difusión en flujo continuo sin la autorización de los titulares de los derechos de autor y visualizar tales obras en su pantalla de televisión. Esta operación permite establecer una conexión directa entre los sitios de Internet que difunden obras pirateadas y los compradores del reproductor multimedia, sin la cual estos últimos difícilmente podrían disfrutar de las obras protegidas.

Obsérvese que, en el caso que nos ocupa, los enlaces permiten conectar a los usuarios con el ordenador que alberga el archivo buscado, de manera que se facilita el acceso a obras protegidas, que se ponen a disposición de los usuarios sin autorización de los titulares de derechos afines.

Finalmente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2017, TPB, C-610/15, se refiere a la plataforma de intercambio en línea TPB (The Pirate Bay). Esta plataforma indexa ficheros torrent, de manera que las obras a las que tales ficheros remiten puedan ser fácilmente localizadas y descargadas por los usuarios de dicha plataforma de intercambio. El BitTorrent es un protocolo en virtud del cual los usuarios (llamados «pares» o «peers») pueden intercambiar ficheros. Una gran parte de los ficheros torrent que figuran en la plataforma de intercambio en línea TPB reenvían a obras publicadas sin autorización de los titulares de derechos. Se trata por lo tanto de una plataforma de intercambio que, al indexar metadatos relativos a obras protegidas y proporcionar un motor de búsqueda, permite a los usuarios de esa plataforma localizar dichas obras e intercambiarlas en una red peer-to-peer.

Considera el Tribunal de Justicia que, aunque TPB no alojó el contenido en sí, al poner a disposición y gestionar una plataforma de intercambio en línea, los operadores de TPB intervienen, con pleno conocimiento de las consecuencias de su conducta, para proporcionar acceso a obras protegidas. Al indexar los archivos torrent TPB permite a los usuarios ubicar estas obras y compartirlas como parte de una red peer to peer. Por lo tanto, TPB desempeña un papel esencial en la puesta a disposición de las obras en cuestión y hubo un "acto de comunicación".

La sentencia no deja lugar a duda sobre la calificación de los actos realizados a través de la plataforma de intercambio en línea:

36 En segundo lugar, si bien es verdad, como ha señalado el tribunal remitente, que las obras que se ponen a disposición de los usuarios de la plataforma de intercambio en línea TPB han sido subidas a esa plataforma no por los administradores de ésta, sino por sus usuarios, no es menos cierto 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 (peer-to-peer). A este respecto, como ha señalado en esencia el Abogado General en el punto 50 de sus conclusiones, de no existir la puesta a disposición y la gestión de esos administradores, dichas obras no podrían ser compartidas por los usuarios o, al menos, su intercambio en Internet resultaría mucho más complejo.

37 En consecuencia, debe considerarse que, mediante la puesta a disposición y la gestión de la plataforma de intercambio en línea TBP, los administradores de ésta ofrecen a sus usuarios un acceso a las obras de que se trata. Por ello, puede entenderse que desempeñan un papel ineludible en la puesta a disposición de tales obras.

38 Por último, no puede considerarse que los administradores de la plataforma de intercambio en línea TPB realizan una «mera puesta a disposición» de instalaciones necesarias para facilitar o efectuar una comunicación en el sentido del considerando 27 de la Directiva 2001/29. En efecto, en la resolución de remisión se indica que esta plataforma indexa ficheros torrents, de manera que las obras a las que tales ficheros remiten puedan ser fácilmente localizadas y descargadas por los usuarios de dicha plataforma de intercambio. Además, de las observaciones presentadas al Tribunal de Justicia se desprende que la plataforma de intercambio en línea TPB propone, además de un motor de búsqueda, un índice que clasifica las obras en diferentes categorías, basadas en la naturaleza de las obras, su género o su popularidad, dentro de las que se reparten las obras que se ofrecen, y que los administradores de la plataforma comprueban que cada obra se coloque en la categoría adecuada. Por otro lado, los administradores suprimen los ficheros torrents obsoletos o erróneos y filtran de manera activa algunos contenidos.

39 Habida cuenta de estas consideraciones, la puesta a disposición y la gestión de una plataforma de intercambio en línea como la controvertida en el litigio principal debe considerarse un acto de comunicación en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

El propio escrito de oposición al recurso nos ofrece como ejemplo equiparado a la actividad de Sharemula la "página de enlaces <http://thepiratebay.se>" (pg. 19). El hecho de que "eDonkey" y "BitTorrent" sean protocolos distintos (incluso una misma red puede operar con diferentes protocolos), derivados de las sucesivas generaciones de redes peer to peer, no excluye la actividad infractora. Como señalaba el Abogado General Sr. Maciej Szpunar en sus conclusiones (25 y 26), a pesar de los avances debe buscarse la esencia jurídica de determinados actos, independientemente de las modalidades técnicas en las que se enmarquen.

La Sentencia, con cita de las que hemos reseñado anteriormente, parte de un concepto amplio de «acto de comunicación»:

34 Por lo tanto, de esta jurisprudencia cabe deducir que, en principio, cualquier acto mediante el que un usuario proporcione a sus clientes, con pleno conocimiento de causa, acceso a obras protegidas puede constituir un «acto de comunicación» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

Esta conclusión determina que la actividad de los gestores o titulares de sitios intermedios con enlaces que permiten que los usuarios del sistema de intercambio puedan localizar archivos con los contenidos que desean en los ordenadores de otros usuarios constituye un acto de comunicación.

23. Comunicación al público.

Como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, 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 "Svensson", apartado 16).

Al igual que en el caso analizado en la Sentencia "TPB" (apartado 42) la comunicación controvertida en él tiene como destinatarios, como mínimo, a todos los usuarios de Sharemula. Esos usuarios pueden acceder, en cualquier momento y simultáneamente, a las obras protegidas que se intercambian a través del sitio web. Así, dicha comunicación se dirige a un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica un número

considerable de personas, y de ello se deduce que las obras protegidas se comunican efectivamente a un «público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

Por lo que respecta a la cuestión de si esas obras han sido comunicadas a un público «nuevo» el Tribunal de Justicia (entre otras Sentencia "Svensson", apartados 24 y 31) ha declarado que un público nuevo es un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial. Si la obra se encuentra disponible sin el consentimiento del titular de los derechos, necesariamente cualquier nueva puesta a disposición se dirige a un público nuevo.

Los operadores de Sharemula no podían ignorar que esta web permite acceder a obras protegidas sin autorización de los titulares de derechos, teniendo en cuenta que la práctica totalidad de los archivos cuya descarga se facilita son obras publicadas sin autorización de los titulares de derechos. Basta para llegar a esta conclusión comprobar el contenido de las páginas de Sharemula y el informe pericial elaborado por D^a Consuelo. La demandada conocía que se facilitaba el acceso a las obras sin la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual, más cuando fue advertida de ello (doc. 20 de la demanda).

El escrito de oposición se refiere al archivo de las diligencias penales, pero esto no vincula la calificación que desde el punto de vista jurídico pudiera efectuarse en sede civil, ni excluye el conocimiento que es pertinente analizar en relación al concepto de comunicación pública.

En consecuencia, existe una comunicación a un «público nuevo» (en este sentido, la Sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15, apartado 50).

Tampoco cabe cuestionar aquí que la explotación de Sharemula se realiza con el fin de obtener un beneficio, aunque sea a través de la publicidad (Sentencia "TPB", apartado 46, entre otras) como se desprende del informe pericial elaborado por D^a Consuelo (doc. 24 de la demanda).

Según las anteriores consideraciones, la actividad realizada por Sharemula constituye una «comunicación al público» de obras protegidas sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, lo que representa una actividad ilícita.

24. Responsabilidad de los PSSI

Por medio de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico se incorporó al ordenamiento español la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico o DCE).

Conforme establece su artículo 13, que se ocupa de la responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información, los mismos están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley.

Ya hemos señalado que la demandada resulta responsable de la infracción de los derechos que se invocan en el presente procedimiento, en concreto por la ejecución de actos de comunicación de las obras sobre las que los demandantes ostentan derechos de propiedad intelectual.

El artículo 17 LSSICE permite la exención de responsabilidad a aquellos prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda en determinadas condiciones:

1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

- a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
- b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.

Al referirse a la falta conocimiento efectivo de la lesión de derechos de tercero que en este y otros preceptos contempla la Ley como condición para la exención de responsabilidad, el Tribunal Supremo ha señalado que se incluye una mención de naturaleza ejemplificativa de conocimiento efectivo, no excluyendo la posibilidad de que el mismo se pruebe de cualquier otra manera, es decir, no restringe los instrumentos aptos para alcanzarlo (Sentencia 128/2013, de 26 de febrero).

Basta que el conocimiento derive de circunstancias aptas para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate (STS de 4 de diciembre de 2012).

Con anterioridad, el Tribunal Supremo, en Sentencias de 9 de diciembre de 2009 y 10 de febrero de 2011, realizó una interpretación del concepto de «conocimiento efectivo» a la luz de la citada Directiva. Así señaló que la LSSICE no se limitaba a incluir en los supuestos de exención de responsabilidad el conocimiento por parte del proveedor de resolución dictada por órgano competente que declarara la ilicitud, sino que incluía también la posibilidad de "otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse", como el conocimiento «que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate» o, en palabras de la Directiva, en su artículo 14, «hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito» (STS 144/2013 de 4 de marzo).

Ya hemos expuesto que la demandada no podía ignorar razonablemente y de buena fe que se facilitaba el acceso a los usuarios, para su descarga, de miles de archivos conteniendo obras protegidas sin autorización de los titulares de los derechos, e incluso fue advertida de ello para que cesara en su actividad. Más bien lo difícil es encontrar en Sharemula referencia a archivos que no contengan de manera manifiesta obras protegidas. Y es que ese es su propio modelo de negocio.

En consecuencia, la demandada no puede acogerse a la exención de responsabilidad prevista en el artículo 17 LSSICE.

Hemos de señalar finalmente que la demandada facilita el acceso a obras protegidas y sobre esta base desarrolla su negocio con pleno conocimiento de causa, es decir, realiza una actividad ilícita en los términos expuestos por el Tribunal de Justicia en la sentencia TPB, en cuanto el concepto de «comunicación al público» debe interpretarse en el sentido de que comprende la puesta a disposición y la gestión en Internet de una plataforma de intercambio.

Establecida la responsabilidad de la demandada por la realización de actos de comunicación pública no autorizados resulta innecesario analizar la "solidaridad impropia" a la que hace referencia el apartado cuarto del recurso de apelación.

Tercero. Acción indemnizatoria.

25. El apartado sexto del recurso viene a reproducir las alegaciones efectuadas en la demanda en relación a la indemnización de daños y perjuicios, conforme a lo dispuesto en los artículos 138 y 140 TRLPI.

Se reclama la cantidad que como remuneración hubieran percibido las compañías discográficas asociadas a PROMUSICAE si se hubiera autorizado la explotación de los fonogramas.

El importe reclamado en concepto de indemnización se sustenta en el informe pericial elaborado por D^a Consuelo aportado como doc. 24 junto con la demanda.

El informe opta por cuantificar las ganancias dejadas de obtener por las referidas empresas discográficas por no haber vendido a su precio en el mercado online los álbumes. El informe toma en consideración dos parámetros:

- (i) El beneficio medio que perciben las compañías discográficas por la venta online de un álbum y
- (ii) el número total de descargas efectuadas a través de Sharemula.

Comenzando por este segundo apartado, el informe advierte que es inevitable efectuar una estimación del número de descargas perdidas puesto que la información en este aspecto no es accesible a las compañías.

El método estimativo resulta aceptable para establecer el número de descargas efectuadas en relación a los álbumes sobre los que las citadas compañías ostentan derechos. De ello no deriva indefensión alguna para la demandada, que puede aportar informe pericial contradictorio en el que se discuta la estimación o incluso en el que se ofrezcan datos precisos que están a su alcance.

Ciertamente, se utilizan fuentes secundarias acreditadas e hipótesis económicas razonables que no resultan en modo alguno desvirtuadas. Así, se fija la cifra diaria, mensual y anual de usuarios en primer lugar, para posteriormente calcular el número de usuarios que descargan música basándose en una hipótesis económica razonable, cual es que el comportamiento de los internautas que usan Sharemula es similar al del conjunto de internautas en España. Estos datos se obtienen a partir de las estadísticas proporcionadas por AdPlanner Google. De este modo, se fija el número total de descargas en el período que transcurre desde enero de 2009 a marzo de 2011, también desglosado por compañías.

Esta cifra (429.626 descargas) se multiplica por el beneficio medio que perciben las compañías por la venta online de un álbum.

Para ello se toman en cuenta los contratos suscritos por las compañías discográficas, señalando el informe pericial que se ha accedido a información confidencial, pero explica cómo se remunera a los derechos de las compañías en dichos contratos y que se toman los precios netos o precios de venta mayorista -a la empresa que los comercializa en la red- de las descargas. El precio resultante asciende a 5,48 euros por álbum.

El total del importe de la indemnización en el periodo en cuestión asciende a 2.354.350,48 euros.

El escrito de oposición al recurso viene a descalificar el informe basándose en sus fuentes, pero no hemos advertido que quepa efectuar objeción alguna al método empleado ni a los datos obtenidos, dada su precisión.

La parte demandada tenía en su mano aportar un informe contradictorio, ofreciendo datos que se encuentren a su alcance, o empleando fuentes alternativas para desvirtuar el informe que se ha expuesto, y no lo ha hecho.

Y respecto al extremo concreto relativo al beneficio medio que obtienen las compañías por la venta online de un álbum considera que existe imposibilidad de contradicción, por sustentarse el informe en datos confidenciales que no puede contrastar.

Tampoco podemos aceptar la alegada imposibilidad de contradicción por el hecho de que no se acompañen los contratos a los que se refiere, puesto que el informe explica con todo detalle los documentos que ha examinado y el método empleado para determinar el beneficio. No es posible considerar que, pese a las explicaciones detalladas del informe, los perjudicados estén obligados a revelar datos confidenciales para poder fijar el importe de la indemnización, lo que resultaría desproporcionado.

Basta que el informe pericial refiera la fuente de la que obtiene los datos y explique el procedimiento utilizado, sin necesidad de aportar materialmente los contratos a los que se refiere, naturalmente sin perjuicio de que el tribunal valore las explicaciones ofrecidas en el informe pericial, y si son o no convincentes.

Es más, al margen de que lo que se denuncia es en realidad una cuestión que simplemente afecta a la valoración de la prueba, la demandada hubiera podido elaborar un informe pericial contradictorio también sobre este aspecto, incluso con acceso a cualesquiera contratos por parte del perito designado, siempre con la obligada reserva de confidencialidad, y tampoco lo ha hecho.

Finalmente, resulta igualmente acreditado el importe de los gastos de investigación a los que se refiere la demanda.

Cuarto. Acción de cesación.

26. Se refiere el apartado séptimo del recurso a la acción de cesación reiterando que se ejercitó como acción que ostenta el titular de los derechos para instar el cese de la actividad ilícita - artículo 138 TRLPI- y, subsidiariamente, la que ostenta el titular frente a los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero, aunque los actos de los intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción.

Nos encontramos ante la primera de las acciones.

Lo que sostiene la parte demandada en su contestación, y reitera el escrito de oposición al recurso, es que en fecha 25 de mayo de 2011 el sitio ya estaba cerrado y la noticia circulaba por los foros de Internet. Efectivamente ello se acredita con el informe pericial elaborado por D. Amadeo acompañado como doc. 1 de la contestación.

La demanda está fechada el día 17 de mayo de 2011, pero no se interpone hasta el día 21 de diciembre de 2011, cuando ya había cesado la conducta infractora muchos meses antes.

Conforme al principio per petuatio actionis recogido en los arts. 412 y 413 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los pleitos deben fallarse con carácter general según la situación de hecho y de derecho en que estaban las partes y las cuestiones objeto de litigio al presentarse la demanda (STS 511/2013, de 18 de julio de 2013), de manera que no es posible ordenar el cese de una conducta que ya había cesado mucho antes de la interposición de la demanda.



El recurso distingue la prohibición de reanudar la actividad infractora. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 139 LEC, el cese de la actividad ilícita podrá comprender la prohibición de reanudar la actividad infractora, y lo cierto es que en el momento de interposición de la demanda no persiste actividad infractora alguna ni existía indicio alguno de que fuera a reanudarse en el futuro.

Quinto. Publicación.

El artículo 138 TRLPI faculta al titular de los derechos para que también pueda instar la publicación o difusión, total o parcial de la resolución judicial en los medios de comunicación.

La publicación que se interesa referida a los sitios web Sharemula no guarda relación con dicha facultad, y carece de sentido la adopción de tal medida cuando el sitio web cerró con anterioridad a la interposición de la demanda. Respecto a la publicación en las webs "elpais.com" y "elmundo.es" basta acordar la publicación del fallo de la sentencia en dichos medios de comunicación online en una fecha concreta, sin necesidad de que se reitere la misma, y de igual modo que se inserta cualquier otro remitido, dado que Sharemula ya había cerrado con anterioridad a la interposición de la demanda.

Sexto. Estimación parcial del recurso. Costas.

28. Pese a la enrevesada redacción del suplico de la demanda, lo que se ejercitan son acciones derivadas de la infracción (directa o indirecta) de los derechos de propiedad intelectual (la LSSICE no contempla una infracción específica sino supuestos de exención de responsabilidad de los PSSI) y, subsidiariamente, la acción de cesación frente al intermediario no infractor, además de la acción de cesación de la actividad infractora y la prohibición de reanudarla, así como la acción indemnizatoria.

Visto lo expuesto, procede estimar parcialmente el recurso interpuesto y, en consecuencia, estimar parcialmente la demanda en cuanto se refiere a la declaración de la actividad infractora y la acción indemnizatoria, así como ordenar la publicación en los términos expuestos, sin efectuar expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 LEC.

FALLAMOS

ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por SONY MUSIC ENTERTAINMENT SPAIN, S.L., EMI MUSIC SPAIN, S.A., UNIVERSAL MUSIC SPAIN, S.L., WARNER MUSIC SPAIN, S.L., WEA INTERNATIONAL INC. y Productores de Música de España (PROMUSICAE) contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Dos de Madrid en el proceso del que dimanen las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes y, en consecuencia, revocamos dicha resolución y, en su lugar,

1. Estimamos parcialmente la demanda interpuesta por SONY MUSIC ENTERTAINMENT SPAIN, S.L., EMI MUSIC SPAIN, S.A., UNIVERSAL MUSIC SPAIN, S.L., WARNER MUSIC SPAIN, S.L., WEA INTERNATIONAL INC. y Productores de Música de España (PROMUSICAE) contra D^a Sandra.

2. Declaramos que la demandada es responsable de la infracción de los derechos de propiedad intelectual de las demandantes mediante la comunicación pública de obras protegidas sin autorización realizada a través de la web SHAREMULA.

3. Condenamos a la demandada a indemnizar a PROMUSICAE en la suma de dos millones trescientos cincuenta y cuatro mil trescientos cincuenta euros con cuarenta y ocho céntimos (2.354.350,48 €), así como al pago de los gastos de investigación incurridos por importe de treinta y un mil cuatrocientos seis euros con treinta y dos céntimos (31.406,32 €).

4. Ordenamos la publicación del fallo de la sentencia en los sitios web "www.elpais.com" y "www.elmundo.es", en una fecha determinada y del mismo modo que se inserta cualquier otro remitido.

5. Absolvemos a la demandada en el resto de las acciones ejercitadas.

6. No se efectúa expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia.

No se efectúa expresa imposición de las costas derivadas del recurso.



La estimación parcial del recurso conlleva la devolución del depósito constituido por la parte apelante de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ.

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

La presente resolución no es firme y podrá interponerse contra ella ante este tribunal recurso de casación de concurrir interés casacional y también, conjuntamente, el recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ. De dichos recursos conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.