

Enlaces, descargas y puesta a disposición en redes P2P (Comentario a la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010, sobre el sitio web “elrincondejesus”).

Miquel Peguera Poch

Profesor Agregado de Derecho mercantil. *Universitat Oberta de Catalunya*

Abstract. La primera sentencia recaída en vía civil contra una página de enlaces a obras protegidas (elrincondejesus.com) desestima íntegramente la demanda al considerar que, frente a lo alegado por la actora, el demandado no lleva a cabo actos de reproducción ni de comunicación pública. La sentencia analiza también, más allá del objeto del pleito, la licitud de las conductas de los usuarios que intercambian obras a través de redes peer-to-peer (P2P).

1. Introducción.....	1
2. El objeto del procedimiento contra el administrador del sitio web de enlaces «elrincondejesus.com».....	2
3. Desestimación de la calificación pretendida por la actora: los enlaces no constituyen actos de reproducción ni de comunicación pública.	3
4. Sobre la aplicabilidad del límite de copia privada del art. 31.2 TRLPI a las descargas P2P.....	8
5. La tesis de que la conducta de los usuarios que comparten archivos en redes P2P no encaja en la categoría de acto de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición.	12
6. Conclusión.....	15

1. Introducción

Las páginas de Internet que proporcionan enlaces a obras protegidas se hallan desde hace tiempo en el punto de mira de los titulares de derechos de propiedad intelectual, tanto en el plano de la estrategia judicial como en el de política legislativa. Contra un buen número de estas páginas o webs de enlaces se han ejercitado acciones civiles y penales, que en términos generales han resultado infructuosas. Al mismo tiempo, la reforma propuesta en la Disposición Final 2ª del Proyecto de Ley de Economía Sostenible,¹ que permite a la futura Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual adoptar medidas de suspensión o cierre de servicios de la sociedad de la información que vulneren la propiedad intelectual, se ha concebido principalmente como una fórmula para actuar contra este tipo de páginas.

Muchos de los procedimientos iniciados se hallan todavía en curso. En el ámbito penal sólo dos han finalizado en condena del acusado, y en ambos casos la condena se ha

¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 60, 9 de abril de 2010.

dictado de conformidad.² En el plano civil se han dictado diversos autos referidos a medidas cautelares solicitadas por los demandantes, siempre en sentido desestimatorio.³ La primera sentencia recaída en un procedimiento civil contra webs de enlaces es la dictada en el pleito contra el administrador del sitio web www.elrincondejesus.com. Se trata de la sentencia 67/10 del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010 (LA LEY 3256/2010), en la que se desestima íntegramente la demanda y se condena en costas a la actora.

Se trata de una sentencia a la que los medios de comunicación han prestado una notable atención. Parecen haber llamado la atención de los medios las apreciaciones contenidas en la sentencia, referidas no sólo a la licitud de la actividad de provisión de enlaces desarrollada por el demandado, sino también a la «legalidad» de las redes peer-to-peer («la red P2P es legal», señala la resolución) y a la calificación jurídica de las conductas de intercambio de obras protegidas y prestaciones que llevan a cabo los usuarios de dichas redes. El objeto del presente artículo será el análisis –necesariamente breve– de dicha sentencia y de las principales cuestiones que la misma suscita.

2. El objeto del procedimiento contra el administrador del sitio web de enlaces «elrincondejesus.com»

La Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) formuló demanda de juicio ordinario contra el administrador y titular del sitio web www.elrincondejesus.com. Solicitaba que se declarase que el demandado, desde el 1 de octubre de 2007 hasta el momento de presentación de la demanda, llevaba a cabo a través de su sitio web, de modo ilegítimo, la comunicación pública y la reproducción de obras musicales del repertorio de la actora, y pedía que se le condenara a cesar en la utilización del sitio web y a la indemnización de daños y perjuicios. La actora solicitaba también que se acordase la suspensión de los servicios de intermediación –al parecer, de *hosting*– prestados al demandado por la entidad REDCORUÑA S.L.U.⁴ Como medidas cautelares, pedía el cese provisional e inmediato de los servicios de comunicación pública y reproducción o suministro en línea de obras musicales del repertorio de la SGAE ofrecidos por el demandado a través del sitio web, así como la intervención y depósito de los ingresos obtenidos por el demandado por la comercialización de la citada página web y también la suspensión de los servicios de intermediación prestados por REDCORUÑA en relación con el sitio web.

Según los hechos que la sentencia declara probados, el sitio web del demandado ofrecía «a través del sistema de menús y referencias visuales de las obras, la posibilidad de descargar archivos de música, películas, documentales etc. mediante el sistema de enlace[s] o "links" a la llamada red P2P eDonkey». Se consideró también acreditado «que en la página web www.elrincondejesus.com, no se almacenan ninguno de los archivos cuya referencia se indica, limitándose a ofrecer la posibilidad de descarga a través de la citada red P2P» y que el demandado «no percibe cantidad alguna directa o indirectamente relacionada con el servicio que ofrece en su página

² El primero es el caso del sitio web [infopsp](http://infopsp.com) (Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Logroño, de 25 de noviembre de 2008); el segundo es el caso simonfilms.tv (Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Vigo, de 26 de enero de 2010), si bien en este último caso no queda claro en el relato de hechos de la sentencia si se trata de una mera página de enlaces o si alojaba los contenidos servidos en *streaming*.

³ En el caso [Etmusica/Elitemula](http://Etmusica.com) se acordaron medidas cautelares *inaudita parte*, pero una vez oído el demandado fueron levantadas (Auto del Juzgado de lo Mercantil de Huelva, de 13 de noviembre 2009).

⁴ Entiendo que el fundamento para esta acción de cesación –también para la petición de la correspondiente medida cautelar– se hallaría en el art. 138.III TRLPI, en relación con los artículos 139.1.h y 141.6 TRLPI, en los que se prevé la posibilidad de solicitar «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 [...]». Sin embargo, como veremos, la actividad del demandado –que es quien se vale de los servicios de intermediación de Redcoruña–, no se considerará infractora.

web, la cual es de acceso gratuito, sin que en la misma existan referencias publicitarias de terceros anunciantes». Se trata por tanto una web que no aloja obras o prestaciones protegidas (salvo las fotografías, en tamaño reducido, de carátulas de películas o discos, lo que la sentencia denomina «referencias visuales de las obras»), y que se limita a proporcionar enlaces a archivos ubicados en redes P2P. En concreto –ciñéndonos a la descripción de hechos probados que ofrece la sentencia–, se trataría exclusivamente de enlaces a la red eDonkey, esto es, enlaces ed2k. Estos enlaces apuntan a archivos que están alojados típicamente en discos duros de usuarios y que pueden descargarse mediante un programa cliente P2P (la sentencia cita específicamente el programa eMule).

La cuestión jurídica a resolver, de la cual dependía la procedencia de los pedimentos de la actora, consistía en determinar si la actividad desarrollada por el demandado era constitutiva de infracción de derechos exclusivos de explotación con arreglo al Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI). En concreto, si sus actos podían calificarse de reproducción (art. 18 TRLPI) y/o comunicación pública (art. 20 TRLPI) de obras musicales del repertorio de la SGAE, llevados a cabo sin autorización.

3. Desestimación de la calificación pretendida por la actora: los enlaces no constituyen actos de reproducción ni de comunicación pública.

Mediante Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, de 2 de julio de 2009 (LA LEY 104337/2009), se denegaron las medidas cautelares solicitadas por la demandante. Como es lógico, el Auto no llega a pronunciarse de modo definitivo sobre la cuestión jurídica debatida (la existencia o no de infracción en la conducta del demandado), pero sí concluye que falta la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) de la demandante. Lo hace, sin embargo, recurriendo a un análisis peculiar. En lugar de examinar si los actos propios del demandado constituyen actos de reproducción y/o comunicación pública, analiza la actividad desarrollada por los usuarios de las redes P2P (en abstracto), para luego concluir que si esta actividad no resulta infractora, con mayor razón, no lo será tampoco la del demandado.

El Auto de medidas cautelares propone este análisis en los siguientes términos: «[D]entro del marco provisional de las medidas cautelares, se ha de analizar si la concreta actividad que desarrolla [el demandado] es susceptible de vulnerar alguno de los derechos de propiedad intelectual invocados por la demandante. Antes de nada resulta preciso acotar la referida actividad. A la vista de los hechos que se han declarado probados, de las alegaciones de ambas partes y de las periciales aportadas puede concluirse que la página web www.elrincondejesus.com, es una especie de menú de obras musicales y videográficas, con portadas y carteles publicitarios de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual, a través del cual se puede acceder a la red P2P de eDonkey, que utiliza el programa eMule. Dicho de una manera gráfica si la red P2P se puede considerar un almacén de archivos (o “tienda virtual”) al que se accede por los usuarios de Internet para descargar principalmente música y películas, la página web titularidad del demandado vendría a ser el cartel publicitario de parte del contenido de dicho almacén. Por tanto, se ha de analizar, primero si nuestra actual legislación sobre propiedad intelectual prohíbe “el almacén”, para ver si la actividad que desarrolla el demandado es contraria a la ley y si, en relación con lo anterior, la petición que formula la SGAE en este procedimiento se ajusta a derecho».

En ese análisis, el Auto apunta diversos argumentos –que examinaremos más adelante, ya que muchos de ellos se recogerán también en la sentencia– para concluir

que «la propia existencia de las redes P2P y las actividades de los usuarios relacionadas con ellas no encuentra un claro acomodo en los comportamientos prohibidos por el TRLPI», y que si esto es así, «entonces el comportamiento desarrollado por [el demandado] que es, básicamente, hacer publicidad sin ánimo de lucro, favorecer comportamientos no prohibidos, sin almacenar archivos, tampoco podría estimarse prohibido por el TRLPI». En este sentido indica el Auto que no concurre «una apariencia de buen derecho que permita estimar las medidas cautelares interesadas».

Aunque resulta sugerente, el tipo de análisis jurídico que plantea el Auto tiene el inconveniente de que no responde de modo directo a la cuestión planteada. La actora alegaba que los actos del demandado constituían por sí mismos, actos de reproducción y de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición, lo cual no necesariamente depende de la calificación jurídica que puedan merecer los actos realizados por los usuarios de las redes P2P.

Es en la sentencia donde de forma clara se responde a la cuestión de fondo (Sentencia 67/2010 del J. Mercantil nº 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010, LA LEY 3256/2010): «Entrando en el fondo del asunto objeto de enjuiciamiento, de las alegaciones de la partes que constituyen los hechos base de su pretensión relacionadas con los informes periciales que las apoyan técnicamente, se puede concluir que la página web de enlace a redes P2P, de la manera en que se configura la web de elrincondejesus, no vulnera en la actualidad los derechos de explotación que les confiere a los autores la Ley de Propiedad intelectual. El sistema de enlaces o *links* que se ha descrito, desarrollado por el demandado en este caso, no supone ni distribución, ni reproducción, ni comunicación pública. Dicho de otra forma, enlazar en la web de la manera que lo hace elrincondejesus.com no supone distribuir, ni reproducir, ni comunicar públicamente obras protegidas» (FJ 2º).

Hubiera sido deseable que la sentencia justificara con cierto detalle esta tesis, mostrando cómo y porqué la actividad del demandado no resulta subsumible en los tipos legales que definen los actos de reproducción y comunicación pública en el TRLPI. De todos modos, es claro que el enlace no es una reproducción de la obra, y parece claro también que el enlace como tal no constituye un acto de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición. Quien se limita a ofrecer un enlace no dispone de la obra, de modo que difícilmente puede entenderse que la pone a disposición del público. La puesta a disposición tiene lugar en los ordenadores de los usuarios donde se halla la obra, y desde donde se puede descargar a través de programas cliente P2P; son, por tanto, estos usuarios quienes realizan la puesta a disposición.

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

No es ocioso notar, sin embargo, que la lista de supuestos de comunicación pública considerados en el art. 20.2 TRLPI (entre los que se incluye, en la letra *i*, la modalidad de puesta a disposición) tiene un carácter meramente ejemplificativo, según se sigue del encabezamiento de dicha enumeración («[e]specialmente, son actos de

comunicación pública»...) (énfasis añadido). Y el concepto de comunicación pública se define en términos muy amplios en el artículo 20.1. del TRLPI (“[s]e entenderá 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”) (énfasis añadido). Es por ello que no cabe descartar interpretaciones jurisprudenciales expansivas en el sentido de considerar que la provisión del enlace es *un acto que permite* a una pluralidad de personas acceder a la obra (enlazada) sin previa distribución de ejemplares, como ha defendido también algún autor.⁵

En cualquier caso, la conclusión de que el mero enlace no constituye comunicación pública no resulta novedosa. A idéntica conclusión –aunque en sede penal– se había llegado ya en otros casos relativos a webs de enlaces, al analizar si el titular de la página llevaba a cabo un acto de comunicación pública (para poder determinar así si incurría en el tipo objetivo del art. 270 del Código Penal). Señaladamente se alcanzó ya esta conclusión en el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Madrid, de 20 de diciembre de 2006, en el caso del sitio web www.sharemula.com, que denegó las medidas cautelares solicitadas. El Juez de Instrucción entendió que «[l]os responsables de la página "sharemula.com" no realizan de forma directa actos de comunicación pública de obras protegidas por la LPI ya que no alojan en sus archivos los títulos descargados. Únicamente favorecen esa conducta en la medida en que seleccionan, ordenan e informan sobre los títulos y facilitan a los usuarios que lo necesitan los medios técnicos apropiados (descarga del programa emule) para efectuar la transferencia de los archivos». El Juez de instrucción valoró expresamente la tesis de que, por más que técnicamente sean los usuarios quienes ponen a disposición los archivos, la actividad del demandado debería entenderse no como una mera intermediación, sino como verdadera parte de la actividad de comunicación pública (definida en términos muy abiertos por el art. 20 TRLPI). Tras calificar esta postura de «no desdeñable», destacó que, sin embargo, «no puede soslayarse la circunstancia de que la página web investigada no aloja los archivos, ni realiza directamente la descarga», y que «[l]os actos de ordenación y anuncio de los títulos que se transfieren facilitan la descarga pero no pueden equipararse a ésta, por lo que, en principio podrían calificarse de actos de mera intermediación». Esta fundamentación serviría luego para decretar el sobreseimiento libre (Auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid de 28 de septiembre de 2007), sobreseimiento que sería confirmado por la Audiencia (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2ª, de 11 de septiembre de 2008, LA LEY 142459/2008). En este Auto, la Audiencia ofrece una doble argumentación. Por una parte considera aplicable la exclusión de responsabilidad establecida en el artículo 17 de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), y entiende que el denunciado puede ampararse en dicha cobertura de responsabilidad, habida cuenta de que, al no existir una resolución previa que declare la ilicitud de los contenidos enlazados, se cumple el requisito de ausencia de conocimiento efectivo exigido en dicho precepto. Por otra parte, la Audiencia señala de modo expreso que no se cumplen ninguno de los elementos objetivos del tipo penal, esto es, reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente (cfr. Art. 270.1 CP). En particular, sostiene que no existe comunicación pública. Para ello no ofrece otra argumentación que una larga cita tomada de la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª, de 20 de Diciembre de 2007 (LA LEY 328892/2007), donde se sostiene que «el enlace simple o de superficie no supone infracción de los derechos de propiedad intelectual. Este tipo de links constituye únicamente una forma de facilitar al usuario de Internet el acceso a

⁵ Vid. MASSAGUER FUENTES, José: «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, núm. 13, enero-abril 2003, págs. 11-48, esp. p. 30.

otra página web, sin tener que «teclear» el nombre de esa página».⁶ Muchas otras resoluciones en el orden penal han seguido la doctrina del caso Sharemula, declarando que la provisión de enlaces no constituye comunicación pública y que, por tanto, no concurren los elementos objetivos del tipo.

En el orden civil, con anterioridad a la sentencia de elrincondejesus se habían dictado ya diversos Autos de medidas cautelares que, sin pronunciarse de modo definitivo sobre el fondo, denegaban las medidas solicitadas por falta del necesario *fumus boni iuris*, esto es por no apreciarse, de modo indiciario o provisional, la existencia de infracción de propiedad intelectual. En este sentido cabe citar el Auto 185/2009 del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona, de 11 de mayo de 2009 (caso Índice-web); el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 6 de mayo de 2009 (caso ajugero.com); y el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Huelva de 13 de noviembre 2009, por el que se levantan las medidas cautelares adoptadas *inaudita parte* (caso Etmusica/Elitemula).

Al considerar si el demandado ha incurrido en infracción según el TRLPI, la sentencia de elrincondejesus apunta una importante cuestión de fondo: la inexistencia de un sistema general de responsabilidad indirecta o secundaria en el TRLPI. La sentencia, en efecto, sostiene que la provisión de enlaces no constituye comunicación pública, sino que es una actividad distinta *que el TRLPI no tipifica como infracción* de los derechos reservados, y en este sentido declara: «La conducta desarrollada por el demandado es la de crear un índice que favorece y orienta a los usuarios para acceder a las redes de intercambio de archivos P2P mediante el sistema de menús, carteles o portadas con títulos de películas u obras musicales. Pero, en el sistema de protección regulado por la Ley de Propiedad Intelectual, adaptado a la normativa comunitaria, *no se contiene previsión alguna que prohíba favorecer, permitir u orientar a los usuarios de la red de Internet que acceden a esta página, la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes P2P*» (FJ. 2º) (énfasis añadido).

El presupuesto de fondo que parece latir en esta consideración es el de que la legitimación pasiva para la acción indemnizatoria prevista en el TRLPI sólo corresponde al infractor *directo*, esto es, a quien usurpa los derechos reservados mediante la realización de actos de explotación no autorizados o mediante la violación de derechos morales. Ciertamente, no hay en el TRLPI una norma general que indique que los actos indirectos o secundarios que faciliten o permitan a un tercero la realización del acto usurpatorio deban considerarse también una forma de infracción, con la excepción de lo establecido de manera específica en materia de elusión de medidas tecnológicas de protección (art. 160), de supresión o alteración de información para la gestión de derechos (art. 162), y en materia de supresión o neutralización de las protecciones en programas de ordenador (art. 102.c). El resultado de esta lectura del TRLPI, desde luego, no impediría el ejercicio de acciones de cesación, ni las medidas cautelares de cesación contra los «intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, *aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción*», según prevé el art. 138.III y los arts. 139.1.h) y 141.6 del TRLPI. Sin embargo, la acción indemnizatoria de la LPI sólo cabría dirigirla contra los infractores directos. Esto no significa que el perjuicio patrimonial que las conductas de contribución a la infracción puedan ocasionar al titular de los derechos deba ser soportado por éste. El perjudicado podrá acudir a las reglas generales de nuestro derecho de daños (art. 1902 CC), que sí aceptan la idea de la contribución a la

⁶ Conviene notar, de todos modos, que la sentencia de la AP de Navarra se refiere sólo a enlaces a otros sitios web, y deja claro que no entra a valorar otros tipos de enlaces más complejos, entre ellos los enlaces P2P.

causación de un perjuicio.⁷ Pero se trata de una vía que presenta sus propias dificultades, en particular la de acreditar el daño y la de establecer el nexo de causalidad entre la acción u omisión del agente (aquí el proveedor de enlaces) y el daño efectivamente sufrido.

Se trata de una cuestión compleja y poco pacífica en la doctrina, que además admite probablemente cierta gradualidad. Aunque no es este el lugar para analizarla en profundidad, sí conviene notar que mientras parte de la doctrina sigue, con diversos matices, la idea de que las acciones indemnizatorias del TRLPI se limitan a los infractores directos (salvo las excepciones ya indicadas),⁸ otras posiciones doctrinales entienden que la referencia al «infractor» en el artículo 138 del TRLPI es lo suficientemente amplia como para incluir a quienes contribuyen a la realización del acto de usurpación por el tercero.⁹

La sentencia, por lo demás –entiendo que para reforzar la idea del carácter no infractor de la mera provisión de *links*–, realiza una suerte de «elogio del enlace» y viene a poner en pie de igualdad la conducta del demandado con la desarrollada por Google: «En un sentido amplio, *el sistema de enlaces constituye la base misma de Internet y multitud de páginas y buscadores (como Google) permiten técnicamente hacer aquello que precisamente se pretende prohibir en este procedimiento, que es enlazar a las llamadas redes P2P. Google no ofrece la visualización de las carteleras o portadas, como hace el demandado y ese plus de conducta del demandado es la que se pretende prohibir. Pero en nuestro derecho no está prohibido favorecer, orientar o ayudar mediante enlaces, en la búsqueda de archivos que contengan obras protegidas para lograr su posterior descarga a través de las llamadas redes P2P*» (F.J. 2º) (énfasis añadido).

La apreciación de que «el sistema de enlaces constituye la base misma de Internet» ha hecho fortuna en los titulares de los medios de comunicación en papel y digitales que se han hecho eco de la sentencia. Sin embargo, se trata de una afirmación tan cierta como carente de efectos jurídicos. Por otra parte, la idea que los medios han transmitido al gran público es que, al ser los *enlaces la base misma de Internet*, enlazar *siempre* será lícito. Y esto es algo que ni dice la sentencia (que se limita a dilucidar si hay infracción del TRLPI) ni desde luego resulta correcto. Precisamente porque cabe la posibilidad de que el establecimiento de un enlace dé lugar a responsabilidad en determinados supuestos, la LSSICE ofrece la cobertura de su artículo 17, sujeta a la falta de conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido enlazado por parte de quien proporciona el enlace.

Por otra parte, la analogía con Google en los términos en que la plantea la sentencia resulta discutible. Según se viene a indicar expresamente, la diferencia entre Google y elrincondejesus se limita al hecho de que este último «ofrece la visualización de las

⁷ Ahora bien, la exclusión de responsabilidad del artículo 17 LSSICE, en la medida en que resulte de aplicación y siempre que se cumplan los requisitos exigidos en dicho precepto, impedirá atribuir responsabilidad –también la derivada del art. 1902 CC– al intermediario que proporciona enlaces a contenido infractor, sin que esto sea obstáculo, en mi opinión, para el ejercicio de acciones de cesación.

⁸ Vid. CARRASCO PERERA «Comentario al art. 133 TRLPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, págs. 1757 y ss; y del mismo autor, «Comentario al art. 138» en la tercera edición de la obra (2007), págs. 1665-71, esp. págs. 1669-70. Asimismo, MASSAGUER FUENTES, José: «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, núm. 13, enero-abril 2003, págs. 11-48, esp. págs. 25-26. También GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, José Javier: «La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P)», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, núm. 18, septiembre-diciembre 2004, págs. 25 a 68, esp. págs. 39 y ss.

⁹ Así, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada (1ª ed., 2005, págs 278 y ss.; 2ª ed., 2010, págs. 252 y ss); SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer-to-peer*, Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2007, págs. 159-163 y 180 y ss.

carteleras o portadas». Parece una simplificación desafortunada. Una cosa es que la provisión de enlaces no constituya una infracción del TRLPI (por no implicar reproducción, distribución, comunicación pública ni transformación de la obra protegida). Otra cosa es que la actividad de un buscador general y neutro como Google pueda equipararse a la elaboración de un directorio específico destinado a facilitar la descarga de obras puestas a disposición en redes P2P.¹⁰ En la medida en que se entienda que el TRLPI no contempla más infracción que la de carácter directo, esta diferencia no será suficiente para ejercitar acciones basadas en dicho texto legal, pero sí podría ser relevante en el marco de una acción de responsabilidad por culpa fundada en el 1902 CC.

En cualquier caso, la conclusión de que, en contra lo alegado por la actora, los actos llevados a cabo por el demandado no constituyen ni reproducción ni comunicación pública, es suficiente para desestimar íntegramente la demanda, y en efecto así lo declara la sentencia en el último párrafo del FJ 2º: «El objeto de este procedimiento se ha centrado, a través de los hechos, fundamentos y suplico de la demanda, en la determinación de que el sitio web www.elrincondejesus.com, infringe derechos de autor con todas las consecuencias solicitadas y en virtud de lo expuesto la demanda debe ser desestimada en su integridad».

La fundamentación de la sentencia, por tanto, podía haber finalizado aquí, sin entrar a valorar otras cuestiones. Sin embargo, a partir de aquí, y «a mayor abundamiento» los FJ. 3º y 4º realizan una serie de consideraciones sobre la licitud de las conductas de los usuarios de las redes P2P. En lo esencial, aunque dejando de lado algunos argumentos, estas valoraciones reproducen las ya vertidas en el Auto de denegación de medidas cautelares (Auto del J. Mercantil nº 7 de Barcelona, de 2 de julio 2009, LA LEY 104337/2009). Lo que se analiza en estos fundamentos jurídicos es, por una parte, la aplicabilidad del límite de copia privada del art. 31.2 TRLPI a las descargas P2P, y por otra, la cuestión de si mediante dichas redes los usuarios llevan a cabo actos de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición (art. 20.2.i TRLPI).

Antes de examinar estos puntos en los apartados siguientes conviene apuntar brevemente que la sentencia no aborda en ningún momento la cuestión de si el demandado puede beneficiarse de la exclusión de responsabilidad establecida en el art. 17 LSSICE. Ciertamente no era necesario hacerlo, una vez alcanzada la conclusión de que la conducta del demandado no es constitutiva de infracción.¹¹

4. Sobre la aplicabilidad del límite de copia privada del art. 31.2 TRLPI a las descargas P2P

Para abordar esta cuestión conviene recordar en primer lugar el tenor literal del art. 31.2 TRLPI, donde se establece el límite de copia privada: «2. No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, [...]. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las

¹⁰ Mucho más parecido a Google es el buscador www.foofind.com, lanzado recientemente, que indexa y busca archivos en redes p2p. De forma automatizada, visualmente muy similar a Google, ofrece resultados en forma de enlaces de diversa naturaleza a redes p2p, entre otros, enlaces en protocolo ed2k. Por otra parte, la conducta del demandado se define en la sentencia como la provisión de enlaces ed2k, por lo que la equiparación con Google tampoco es exacta ya que Google –a diferencia de foofind o de elrincondejesus– no proporciona enlaces en dicho protocolo.

¹¹ Es de lamentar, de todos modos, que, al sintetizar las alegaciones de la defensa, la sentencia se refiera a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información con el inopinado rótulo de «Ley de Sociedades y del Servicio de Información».

bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a, los programas de ordenador».

En su FJ. 3º, la sentencia manifiesta en primer lugar que «[c]omo se indicó en el auto de medidas cautelares, los comportamientos y actividades que se desarrollan en estas redes no encuentran un acomodo claro y específico en los comportamientos que prohíbe la ley, en especial la reproducción, distribución y comunicación pública sin autorización. Por ello, la actividad desarrollada por el demandado difícilmente encuentra acomodo en los actos típicos de la Ley. Las redes P2P, como meras redes de transmisión de datos entre particulares usuarios de Internet no vulnera[n] derecho alguno protegido por la Ley de Propiedad Intelectual. Hay parte del “gran almacén” que constituye el sistema de redes P2P, que contiene archivos que no son protegidos. También hay obras que ya no son objeto de protección porque ha transcurrido el plazo de duración de los derechos y hay obras cuya protección no está encomendada, en este caso concreto, a la SGAE. Por tanto, resulta necesario delimitar claramente obras protegidas y comportamientos que pueden infringir la LPI, cosa que no se ha realizado en este caso» (FJ. 3º).

Llama la atención que la sentencia entre a valorar la licitud de las actividades que realizan los usuarios en las redes de intercambio P2P, ya que propiamente esta cuestión no era objeto del pleito. Sin embargo, como vimos, ya en el auto de denegación de medidas cautelares el Juez realizó un detallado análisis de la licitud de estas conductas precisamente para concluir que si la actividad de los usuarios no es ilícita con mayor motivo no lo será la del demandado, que simplemente facilita las conductas que luego llevan a cabo los usuarios. Esta argumentación podría ser válida si se tratara de determinar la colaboración del demandado a una actividad ilícita desarrollada por los usuarios. Sin embargo, como ya se ha indicado, no era este el verdadero objeto del pleito. La demandante no pedía responsabilidad del demandado por facilitar o colaborar en una actividad ilícita de terceros, sino que le reclamaba responsabilidad por haber llevado a cabo supuestamente actos de reproducción y de comunicación pública no autorizados por los titulares de derechos. No se entiende muy bien, pues, porqué la sentencia, después de haber determinado en su FJ. 2º que los actos del demandado no son infractores y haber declarado en consecuencia que la demanda debe ser desestimada en su integridad, entra luego a valorar las actividades de los usuarios en las plataformas P2P. El FJ 3º introduce este análisis «a mayor abundamiento», y afirma que «tiene relación directa con el objeto de este proceso». Y reitera entonces el argumento de que si las actividades que se realizan en estas redes no son infracción tampoco lo será la actividad del demandado, argumento que además de innecesario parece, por lo ya dicho, fuera de lugar, al no responder al objeto propio del pleito.¹²

Destaca en el párrafo transcrito la afirmación de que «[l]as redes P2P, como meras redes de transmisión de datos entre particulares usuarios de Internet no vulnera[n] derecho alguno protegido por la Ley de Propiedad Intelectual». Tomada en su literalidad, esta declaración parece tan correcta como vacía de contenido, porque no son las redes las que pueden vulnerar derechos protegidos por la LPI, sino las actividades que los usuarios pueden llevar a cabo empleando dichas redes. Si lo que se quiere indicar es que cabe utilizar dichas redes sin infringir derechos de propiedad intelectual estamos de nuevo ante una obviedad. Y si lo que se quiere decir es que *ninguna* actividad llevada a cabo por los usuarios a través de dichas redes puede

¹² Tendría más sentido este *excursus* si la sentencia estuviera acogiendo –como no parece ser el caso– la tesis de que las acciones por violación de derechos de propiedad intelectual previstas en el TRLPI pueden dirigirse también contra quienes contribuyen o facilitan la infracción directa realizada por terceros (y la demanda hubiera planteado su pretensión en este sentido). En tal caso, y para analizar si existe tal contribución, tendría sentido analizar la conducta de los usuarios, que serían en última instancia los posibles infractores directos.

vulnerar derechos de propiedad intelectual entonces la afirmación es inútil si no se acompaña de una justificación satisfactoria de dicha tesis.

El FJ 3º continúa en los siguientes términos: «Además, hay que tener en cuenta, por otra parte, la imposibilidad en el actual marco legislativo, de que en un procedimiento civil y en la tutela de los derechos de autor, pudiera llegar a identificarse a los particulares o usuarios de estas redes a través de las empresas suministradoras del servicio y de la dirección IP, para poder luego averiguar qué obra o archivos son descargado[s], cuál es su procedencia o su utilización y cómo se realiza la descarga por cada usuario en concreto. Así lo indica la sentencia de la AP de Barcelona, sección 15 de 15 de diciembre de 2009, con cita de la importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 29 de enero de 2008 (asunto PROMUSICAE), al señalar que “se aprecia que en nuestro derecho no existe ningún deber legal de colaboración impuesto a las entidades suministradoras de acceso a Internet para suministrar la información interesada por la actora, para justificar una reclamación civil. Y la ausencia de este deber no contraía la normativa comunitaria, que restringe dicho deber de colaboración únicamente en relación con la persecución de delitos, sin perjuicio de la valoración que el legislador nacional pudiera realizar a la hora de introducir este deber de colaboración para proteger los derechos de propiedad intelectual en caso de infracciones civiles”».

No hay nada que objetar a esta digresión, salvo que se trata de un comentario que no parece guardar relación alguna con el objeto del procedimiento. Que no sea posible solicitar la colaboración de los ISP para identificar al titular de la IP no tiene nada que ver con la licitud de la conducta desarrollada por del titular de dicha IP, y menos aun con la del demandado.

A continuación, el FJ 3 pasa a considerar la aplicabilidad del límite de copia privada, y lo hace del modo siguiente: «Partiendo de aquí y en materia de reproducción, como se indicó en sede de medidas, se ha de tener en cuenta el límite recogido en el art. 31.2 de la LPI, pues las obras que circulan en el *gran almacén*, que constituye Internet generalmente ya se han divulgado, por persona física para uso privado con un acceso legal (pues la red P2P es legal) y la copia no es objeto de una utilización lucrativa, ni tampoco colectiva, pues estas dos expresiones se refieren a la posterior utilización que se hace de la obra una vez descargada, una vez obtenida la copia. Salvo los casos en que se haga una utilización en un ámbito público o con una finalidad lucrativa, claro está».

En cuanto a la previa divulgación (uno de los requisitos del límite de copia privada), es cierto que muchas de las obras ya han sido previamente divulgadas, aunque –como la propia sentencia parece tener en cuenta– no necesariamente será así en todos los casos (p. ej. películas todavía no estrenadas). Cuando la sentencia indica que esas obras «ya se han divulgado, por persona física para uso privado con un acceso legal» parece incurrir en un fallo de redacción, ya que parece decir que *la divulgación* se ha llevado a cabo por persona física para su uso privado. Supongo que en realidad quería decir que *la reproducción*, esto es, *la descarga*, se realiza por persona física para su uso privado, que llega a la obra a través de un acceso legal. A este último punto (el acceso legal) se referirá la sentencia con detalle más abajo. Aquí dice simplemente que el acceso es legal porque «la red P2P es legal». Declaración que de nuevo parece una vacuidad. Decir que «la red P2P es legal» no significa nada; o por decirlo de otro modo, no tiene ninguna relevancia jurídica. La red P2P es tan legal como lo son los ordenadores, las líneas telefónicas, los navegadores o los teléfonos móviles. Lo que puede ser o no legal son determinadas *conductas* llevadas a cabo a través de las redes P2P.

En cuanto al uso colectivo o lucrativo, lo que dice la sentencia no resulta de gran ayuda. El artículo art. 31.2 TRLPI exige que «la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa». La sentencia dice que «la copia *no* es objeto de una *utilización lucrativa*, ni tampoco *colectiva*, pues estas dos expresiones se refieren a la posterior utilización que se hace de la obra una vez descargada, una vez obtenida la copia». Tal como está escrita, me temo que la frase simplemente no tiene sentido. Es obvio –lo indica el precepto *expressis verbis*– que estas expresiones se refieren al uso que se dé a la copia una vez obtenida. Pero es obvio también que si la copia –una vez obtenida, como indica literalmente el artículo– se destina a un uso colectivo o lucrativo, quedará fuera del límite de copia privada. Si el uso colectivo o lucrativo, por el hecho de realizarse una vez obtenida la copia, no pudieran tenerse en cuenta para determinar si la copia entra en el límite de copia privada, entonces se trataría de un requisito que por definición resultaría imposible de incumplir y por tanto superfluo. No se entiende muy bien, pues, porqué la sentencia apunta este extraño argumento, sobre todo cuando a renglón seguido, en clara contradicción con esa idea, añade: «Salvo los casos en que se haga una utilización en un ámbito público o con una finalidad lucrativa, claro está», con lo que desactiva por completo la objeción anterior. Al final, lo único que se puede sacar en claro es la tautología de que las copias descargadas no son objeto de utilización colectiva o lucrativa salvo cuando lo sean.

Quizás la sentencia quería indicar que normalmente las copias descargadas no se destinarán a un uso colectivo ni lucrativo. Aun esto parece discutible, puesto que lo habitual será la ubicación de la copia en una carpeta compartida, cosa que implica un uso colectivo de la copia, al constituir una comunicación al público en la modalidad de puesta a disposición.

A continuación el FJ. 3º se refiere con más detalle al requisito del acceso legal previsto en el art. 31.2 TRLPI: «Asimismo, respecto del límite de la copia privada es preciso añadir que el art. 31.2 en su redacción vigente que trae causa de la Directiva Sociedad de la Información exige que la copia privada se haga a partir de obras a las que haya accedido legalmente, poniendo así el acento en la nota de licitud o legalidad del acceso y no en la licitud o legalidad de la fuente. En el marco de las redes P2P, resulta dudoso y complejo el examen en cada caso de la legalidad de la fuente. Pero esto no es la exigencia de la Ley de Propiedad intelectual, que habla de legalidad del acceso y no de la fuente, de tal manera que la mayoría de los usuarios de estas redes acceden legalmente a la obra, por cuanto han celebrado un contrato lícito y válido a cambio de un precio con un prestador de servicios de la red. La copia de la obra una vez descargada mediante el sistema de intercambio privado queda guardada en el disco duro del ordenador o bien es grabada en un CD, DVD regrabable o en un disco duro portátil. Y es preciso recordar en este punto, que precisamente por ser elementos susceptibles de recibir copias privadas de obras protegidas por propiedad intelectual, todos estos instrumentos y aparatos están gravados por el correspondiente canon o compensación equitativa a que se refiere el art. 25 de la Ley de Propiedad Intelectual y que redundan en beneficio de la aquí actora y en general de los titulares de los derechos de explotación de la obra».

En cuanto al requisito del acceso legal –requisito que no exige la Directiva (vid. art. 5.2.b)–, la interpretación que hace la sentencia, como legalidad referida al acceso y no a la fuente, es, en efecto, una lectura posible. De hecho parece la más acorde con el tenor literal del artículo 31.2 TRLPI, y ha sido sostenida por parte de la doctrina.¹³ Sin

¹³ Así lo ha sostenido GARROTE, quien –si bien entiende que lo que realmente pretendía el legislador era dejar fuera del límite las reproducciones realizadas a partir de copias puestas en el mercado sin autorización de los titulares de derechos– se inclina por la interpretación literal del artículo por considerarla más beneficiosa para los derechohabientes. En este sentido destaca que se trata de reproducciones que en la práctica no se podrán impedir, y que si se les niega el carácter de copia privada no generarán derecho de compensación equitativa para los titulares de

embargo la mayoría de autores entiende que el precepto se refiere a un acceso legal en el sentido de autorizado por el titular de derechos, de modo que no accedería legalmente a la obra quien la obtuviera de alguien que la comunica ilícitamente.¹⁴ En todo caso, nada hay que objetar a la sentencia a este respecto. El tiempo dirá si esta es la interpretación que prevalece en sede jurisprudencial o si acaba consagrándose la segunda. Por lo demás, tampoco es inadecuado recordar, como hace la sentencia, que los soportes sobre los que se fija la obra descargada están sujetos al canon. Sin embargo, que se hallen sujetos al canon no significa que todo lo que se grabe en dichos soportes constituya copia privada. En este sentido no es un argumento para sostener que las descargas P2P cumplen los requisitos del art. 31.2 TRLPI.

En conclusión, la respuesta a la pregunta de si las descargas P2P son copias privadas no puede ser otra que “depende”. Depende en primer lugar de si la obra se había divulgado previamente (que será lo habitual, pero no necesariamente va a ocurrir siempre). Si no había divulgación previa, no será copia privada. Depende también de cómo se interprete el requisito de haber accedido legalmente a la obra. Si se interpreta en el sentido de la sentencia, este requisito se entenderá cumplido en la mayoría de los casos. Quedan entonces los requisitos de que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa. En el FJ 3º, la sentencia da por hecho que no habrá tal utilización salvo cuando la haya, cosa que no resulta muy aclaratoria y que en cualquier caso no autoriza a concluir que *todas* las descargas P2P son siempre copias privadas.¹⁵

5. La tesis de que la conducta de los usuarios que comparten archivos en redes P2P no encaja en la categoría de acto de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición.

Una vez analizado en el FJ 3º si las descargas pueden acogerse al límite de copia privada, el FJ. 4º de la sentencia examina el otro punto de posible infracción: el derecho exclusivo de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición (art. 20.2.i del TRLPI). El artículo 20 dispone en su apartado primero que «[s]e entenderá 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

derechos. Vid. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual* (2ª ed), Comares, Granada, 2010, pp. 91-98. También GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso, «La copia privada y la compensación por copia privada», en Bercovitz, R. *et al: Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, València, 2006, págs. 127 a 172, esp. p. 135. En sentido similar, LÓPEZ RICHART destaca también que muy probablemente la intención del legislador fue dejar fuera del límite de copia privada las descargas de redes P2P, pero que para ello debería haber predicado la legalidad no del acceso sino de la fuente, o del modo en que la obra se puso a disposición del público. Vid. LÓPEZ RICHART, Julián, «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2008, p.188.

¹⁴ Entre otros, GONZÁLEZ DE ALAIZA, quien señala que si bien el tenor literal del precepto sólo proscribió las copias cuando es el propio copista quien comete una ilicitud, lo que el legislador pretendió en realidad fue dejar fuera del límite de copia privada las obtenidas a partir de alguna vulneración del derecho de autor (vid. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, José Javier: *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008, p. 308); LÓPEZ MAZA, que considera que el requisito de «acceso legal» del art. 31.2 debe interpretarse en conjunción con lo previsto en el art. 161.1 TRLPI y que por tanto debe entenderse como equivalente a «acceso autorizado» (vid. LÓPEZ MAZA, Sebastián: *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada, 2009, p. 224); SÁNCHEZ ARISTI, quien entiende que quedan fuera del límite de copia privada las realizadas a partir de obras puestas ilícitamente a disposición del público, siempre que el copista sea de mala fe, es decir, que no ignore el carácter ilícito del soporte de procedencia; y señala que difícilmente podrá considerarse que los usuarios que realizan descargas en redes P2P actúan de buena fe respecto de la ilicitud de dicho soporte (vid. SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer-to-peer*, Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2007, p. 172 y ss.). En el mismo sentido que este último autor, BERCOVITZ, Rodrigo: «Los derechos de autor y los límites a la propiedad intelectual», en Bercovitz, R. *et al: Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, València, 2006, págs. 29 a 64, esp. p. 48. También CARBAJO entiende que el requisito del acceso legal impide que las descargas de P2P puedan ampararse en el límite de copia privada (vid. CARBAJO CASCÓN, Fernando: «La “larga marcha” de la compensación equitativa por copia privada. A propósito de la sentencia (Sala 1ª) del TS de 25 de octubre de 2005», *pe. i. Revista de propiedad intelectual*, nº 22, 2006, págs. 13 a 62, esp. p. 37, nota 41).

¹⁵ Es positivo en todo caso que la sentencia haya abandonado la teoría, sostenida en el auto de denegación de medidas cautelares, de que en ocasiones las descargas no serán ni siquiera reproducción.

ellas», y matiza que «[n]o se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo». En la lista enunciativa contenida en el apartado 2, la letra i) se refiere a «[l]a puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija».

En realidad creo que la cuestión es muy simple: el usuario que coloca archivos en su disco duro, dentro de una «carpeta compartida» a la que cualquiera puede acceder mediante un programa cliente P2P, está poniendo esos archivos a disposición del público. No hay en ello ningún problema, salvo en el caso de que esos archivos contengan obras o prestaciones protegidas. En tal caso la ley requiere autorización del titular de los derechos para realizar ese acto de puesta a disposición.

La sentencia trata de demostrar que «el tipo legal no cuadra exactamente y en todo[s] los casos con el comportamiento de los usuarios de tales redes» (FJ. 4). La argumentación se contiene en un único párrafo del FJ. 4, que empieza señalando lo siguiente: «Sin duda que mediante las redes P2P se produce una puesta a disposición del público de obras sin previa distribución de ejemplares y, al menos, potencialmente, aunque no se haga una efectiva bajada por parte de otros usuarios. Y este comportamiento puede en muchos casos ir encaminado a una pluralidad de personas.». Empieza, pues, reconociendo que mediante esas redes *se produce un acto de comunicación pública* (la puesta a disposición del público de obras sin previa distribución de ejemplares). Pero sigue con algo que puede dar lugar a confusión, al decir «y, al menos, potencialmente, aunque no se haga una efectiva bajada por parte de otros usuarios». La puesta a disposición no ocurre “potencialmente”. Lo que ocurre “potencialmente” son las descargas; esto es, puede que nadie se descargue nada de ese ordenador. Pero la puesta a disposición no es potencial, sino actual, ya que los archivos son accesibles a través de la red P2P. La última frase del párrafo transcrito resulta de nuevo sorprendente: «Y este comportamiento puede en muchos casos ir encaminado a una pluralidad de personas». No es que “pueda”, “en muchos casos”. Si los archivos están disponibles en una carpeta compartida y son accesibles vía eMule, esos archivos están a disposición del público en general.

Sigue la sentencia en estos términos: «Sin embargo, de nuevo, el tipo legal no cuadra exactamente y en todo[s] los casos con el comportamiento de los usuarios de tales redes, puesto que, por un lado, en la mayoría de los casos el usuario tiene como única intención descargar un archivo desconociendo si de la parte de ese archivo que tiene descargada en una parte del disco duro de su ordenador se están descargando a su vez otro usuario o una pluralidad de usuarios». Aquí la sentencia no se refiere propiamente a la conducta de quien sitúa archivos completos en una carpeta compartida (acción que, por otra parte, puede estar configurada por defecto por el programa cliente), sino al hecho de que, durante la descarga, la porción ya descargada normalmente resulta ya accesible al resto de usuarios. La objeción que pone a considerar que se trataría de un acto de puesta a disposición es que el sujeto no tenía conocimiento de que se producía ese efecto. Ahora bien, lo determinante para que exista puesta a disposición no es ni la intención ni el conocimiento de quien la efectúa, sino la realización de los actos que están sujetos al monopolio del titular de derechos. La falta de conocimiento puede ser relevante a los efectos de la acción de indemnización, pero no a los efectos de calificar la acción como vulneradora del derecho reservado, y ciertamente no limita el derecho del titular a impedir el acto de usurpación.

Continúa la sentencia señalando que «[p]uede ser perfectamente posible que el intercambio de archivo sea con una única persona o con un escaso número de personas.» De nuevo: la puesta a disposición prevista en el artículo 20.2.i TRLPI no depende de que se lleve a cabo una efectiva *transmisión*, total o parcial, del archivo puesto a disposición.

Apunta a continuación la resolución que «[t]ambién es perfectamente posible que el sistema permita al usuario impedir la subida de datos desde su equipo, aunque realice descargas al mismo tiempo o que el propio usuario elimine de su disco duro las obras que podrían ser objeto de descargas por otros usuarios» Ciertamente, en estos casos, esto es, cuando los terceros no pueden acceder a los datos, está claro tales datos no están puestos a disposición. Pero esto no desvirtúa la tesis de que sí hay puesta a disposición cuando los datos sí se hacen accesibles.

La sentencia añade a continuación dos argumentos que en nada modifican la conclusión de que existe puesta a disposición. Uno es el de que «puede haber archivos que no son protegidos, u obras que ya no son objeto de protección porque ha transcurrido el plazo de duración de los derechos, o también obras que cuya protección no está encomendada, en este caso concreto, a la SGAE». Por supuesto: la puesta a disposición de tales archivos no requerirá autorización. El otro argumento indica que: «a todo ello se ha de añadir la imposibilidad actual de identificación de los usuarios en el marco del procedimiento civil en el sentido aludido». ¿Y bien? Como la anterior, no se trata de una objeción a la calificación jurídica de los actos consistentes en hacer accesibles archivos protegidos a través de las redes P2P.

La argumentación del fundamento jurídico cuarto finaliza con la siguiente frase: «[e]n definitiva, no hay que olvidar que se trata de un mero intercambio de archivos entre particulares, sin ánimo de lucro directo o indirecto (pues difícilmente puede establecerse una necesaria relación de causalidad entre descarga y ausencia de compra de la obra) a través de un medio como es la red de Internet, que a diferencia de otras tecnologías obsoletas (intercambio o copia de cassette a cassette), se ha tornado masivo y de ámbito mundial, como también lo es la distribución, por el mismo medio, publicidad, acceso y comunicación autorizada de obras por sus autores y gestores con los correspondientes beneficios económicos y de difusión cultural».

Se mezclan aquí elementos muy diversos. Primero: que se trata de «mero intercambio de archivos entre particulares». No se entiende muy bien qué se quiere indicar con esto. Desde luego, un «particular» puede llevar a cabo actos de puesta a disposición. Esta modalidad de comunicación pública no está reservada a empresarios o profesionales. Quizás se quiere significar que el «mero intercambio de archivos *entre particulares*» no puede ser comunicación *pública*. Esto sería correcto, por ejemplo, en el caso de un particular que envía a otro un mensaje de correo electrónico en el que adjunta un archivo mp3 que contiene una obra protegida. No hay allí comunicación *al público*. Pero no es este el caso de la puesta a disposición de obras en redes P2P. Por definición, las obras alojadas en espacios compartidos son accesibles por cualquier miembro del público (es decir, por cualquier persona) que tenga conexión a Internet y un programa cliente compatible. Basta con esto para hallarnos en el supuesto del artículo 20.2.i) TRLPI. De hecho, no es necesario que se produzca ninguna descarga: es el mero acto de poner la obra a disposición del público lo que recibe la consideración de comunicación pública en esta modalidad.

El segundo elemento al que hace referencia el párrafo transcrito es la falta de ánimo de lucro. Ocurre sin embargo que el ánimo de lucro no es un elemento integrante de la definición de comunicación pública, ni tampoco de la específica modalidad de puesta a

disposición, por lo que su ausencia no afecta para nada a la calificación jurídica del acto como puesta a disposición.

Por último, el resto de la frase parece apuntar la idea de que lo que se lleva a cabo en las redes P2P es simplemente lo mismo que antes se hacía con los cassettes (y supongo que de aquí se quiere inferir que si el intercambio de cassettes no requería autorización tampoco la requiere el intercambio de archivos en redes P2P). De nuevo, me parece, es una apreciación que en nada afecta a la calificación jurídica que se discute, ya que se trata de realidades distintas. A diferencia de lo que podía ocurrir con el intercambio de cassettes (o bien con el préstamo del disco a un amigo para que se lo grabara en una cinta), el intercambio de archivos en redes P2P se produce en el ámbito público: cualquiera que disponga del programa cliente puede realizar la descarga. En este sentido cabe traer a colación el segundo párrafo del art. 20.1: «[n]o se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo».

En síntesis, me temo que el conjunto de argumentos esgrimidos por la sentencia no desmienten de ningún modo la tesis inicial de que, de acuerdo con el TRLPI, el usuario que coloca archivos en una «carpeta compartida» a la que cualquiera puede acceder mediante un programa cliente P2P, está poniendo esos archivos a disposición del público. Y, de acuerdo también con el TRLPI, esa puesta a disposición requiere la autorización del titular de derechos si se trata de archivos que contienen obras o prestaciones protegidas.

6. Conclusión

La sentencia es sin duda relevante y creo que acierta en lo principal, al concluir que la actividad desarrollada por el demandado, consistente en ofrecer enlaces a archivos en redes P2P, no constituye un acto de comunicación pública, ni, por supuesto, un acto de reproducción. Sigue así el criterio ya avanzado en el orden jurisdiccional penal al analizar la concurrencia de los elementos objetivos del tipo del artículo 270 CP, y sigue también lo apuntado ya de modo provisional en los autos del orden civil que deniegan medidas cautelares contra páginas de enlaces. Ahora bien, dada la amplitud del art. 20.1 TRLPI no cabe descartar que surjan interpretaciones que entiendan que el enlace tiene cabida en la noción del comunicación al público contemplada en dicho precepto.

De todos modos, el hecho de que el proveedor de enlaces no lleve a cabo un acto de comunicación pública, no impide que puedan solicitarse, de modo definitivo o cautelar, medidas de cesación basadas en el art. 138.III TRLPI, en relación con los arts. 139.1.h) y 141.6. Tampoco cabe descartar, por otra parte, acciones dirigidas a exigir responsabilidad a los administradores de páginas de enlaces por su colaboración en actos de infracción, ya sea al amparo de una interpretación amplia de la legitimación pasiva de las acciones previstas en el TRLPI, ya sea con fundamento en las normas generales sobre responsabilidad por daños. Este tipo de acciones de responsabilidad, sin embargo, se enfrentarían a la dificultad de superar la exclusión de responsabilidad conferida por el artículo 17 de la LSSICE al prestador de servicios que proporciona enlaces a contenidos de terceros. Tal superación podría venir facilitada por la aplicación a este ámbito de la noción no limitativa del “conocimiento efectivo” que la sala primera Tribunal Supremo ha reconocido en relación con el artículo 16 LSSICE en su Sentencia de 9 de Diciembre de 2009 (LA LEY 247488/2009).

Donde la sentencia resulta más discutible es en el análisis de la conducta de los usuarios de las redes P2P, sobre todo porque el conjunto de argumentos que aporta

no resultan concluyentes, en abstracto, para excluir que algunas descargas P2P puedan quedar fuera del límite de copia privada ni para entender que el usuario que hace accesibles los archivos en la red P2P no lleva a cabo una comunicación pública en la modalidad de puesta a disposición. Por decirlo de otro modo, parafraseando la expresión empleada en diversas ocasiones por la sentencia: en determinados casos, las conductas de los usuarios de redes P2P, *encuentran un claro acomodo* en los comportamientos prohibidos por el TRLPI. Concretamente, las copias descargadas que quedan ubicadas en una carpeta accesible en la red P2P son reproducciones que no están amparadas por el límite de copia privada; y la colocación de obras o prestaciones protegidas en espacios compartidos constituyen actos de comunicación por puesta a disposición.