

# LAS DESCARGAS ILEGALES DE MÚSICA Y SUS CONTROLES

**JOSÉ MANUEL SUÁREZ ROBLDANO**  
*Magistrado*

**Palabras clave:** propiedad intelectual, telecomunicaciones, descargas de Internet.

## **ENUNCIADO**

En virtud de las gestiones que habitualmente realizaba una entidad de gestión de derechos de autor, concretamente de producciones musicales, vino en conocimiento que se estaban produciendo infinidad de descargas de archivos musicales por internet sin satisfacer los interesados que las estaban efectuando sin control los derechos de autor legalmente establecidos y cuya gestión tenía encomendados aquella.

El abogado defensor de la referida sociedad de gestión de derechos de autor, considerando que antes de la presentación de la demanda de infracción de derechos de autor procedente sería precisa la identificación de los infractores para poderles demandar, estima que debe reclamarse dicha información con el auxilio judicial correspondiente para efectuar dicha reclamación.

### CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Qué debe hacerse si existe una pluralidad de infractores de derechos de autor que no pueden identificarse sino por medio de la obtención de listados de los proveedores de Internet correspondientes?
2. ¿Cuál será la fundamentación jurídica por infracción de los derechos de autor que debe realizar la entidad de gestión para formular su reclamación judicial o demanda?

### 3. ¿Cuál es la práctica judicial española sobre las cuestiones suscitadas?

## **SOLUCIÓN**

1. La existencia de la referida pluralidad de infractores y la necesidad de que se obtenga la identificación de todos ellos merced a la correspondiente autorización judicial a través de las direcciones «IP» de cada uno de ellos fue planteada, en vía prejudicial, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la decisión del mismo, en relación con las Directivas 95/46/CE, 2000/31/CE, 2001/29/CE, 2002/58/CE y 2004/48/CE, y con los artículos 41, 42 y 47 de la parte III del Acuerdo de Marrakech de 15-4-1994, 12 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 22-7-2002, constituye el supuesto central de la presente cuestión.

Debe recordarse que, para comenzar, el citado artículo 12 de la ley española referida dispone lo siguiente:

«1. Los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamiento de datos deberán retener los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información por un período máximo de 12 meses, en los términos establecidos en este artículo y en su normativa de desarrollo.

2. Los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los prestadores de servicios a que se refiere este artículo no podrán utilizar los datos retenidos para fines distintos de los indicados en el apartado siguiente u otros que estén permitidos por la Ley, y deberán adoptar medidas de seguridad apropiadas para evitar su pérdida o alteración y el acceso no autorizado a los mismos.

3. Los datos se conservarán para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los Jueces o Tribunales o del Ministerio Fiscal que así los requieran. La comunicación de estos datos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se hará con sujeción a lo dispuesto en la normativa sobre protección de datos personales.»

El cauce procesal en el que se puede plantear la cuestión es el de las Diligencias Preliminares contempladas en los artículos 256 a 263 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), que han sufrido una importante modificación en virtud de lo dispuesto en la Ley de 5 de junio de 2006, debiendo plantearse ante el Juzgado de lo Mercantil correspondiente o el que tenga atribuidas sus competencias, de no existir, de conformidad con la norma de competencia objetiva contenida al respecto en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La pretensión ejercitada frente a «Telefónica» por la sociedad de gestión actora consistía en la solicitud de que se ordenase a «Telefónica» revelar la identidad y la dirección de determinadas personas a las que esta presta un servicio de acceso a Internet y de las que se conoce su dirección «IP» y la fecha y hora de conexión. Según la actora, estas personas

utilizan el programa de intercambio de archivos denominado «KaZaA», (conocido como «peer to peer» o «P2P»), y permiten el acceso, en una carpeta compartida de su ordenador personal, a fonogramas cuyos derechos patrimoniales de explotación corresponden a los asociados de la entidad actora. Se estimaba que los usuarios de dicho programa están cometiendo actos de competencia desleal y que vulneran los derechos de propiedad intelectual por lo que debía facilitársele la información referida con la finalidad de poder ejercitar contra los infractores interesados las correspondientes acciones civiles de protección de los derechos de gestión y protección que tiene encomendados legalmente por los titulares de la propiedad intelectual.

La decisión adoptada, tras recordar la doctrina consistente en que, cuando las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales versan sobre la interpretación de una disposición de Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está obligado, en principio, a pronunciarse, salvo que resulte evidente que la petición de decisión prejudicial pretende, en realidad, que este Tribunal se pronuncie mediante un litigio inventado o formule opiniones consultivas respecto a cuestiones generales o hipotéticas, que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio, o que el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera adecuada a las cuestiones planteadas (véase la Sentencia Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, antes citada, apdo. 17), añade que el Tribunal de Justicia es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar la compatibilidad de las normas de Derecho interno con la normativa comunitaria.

Partiendo de tales premisas o planteamientos previos, hay que señalar que las disposiciones de Derecho comunitario mencionadas en la cuestión planteada tienen por finalidad que los Estados miembros garanticen, concretamente en la sociedad de la información, la protección efectiva de la propiedad intelectual y, en particular, de los derechos de autor que la demandante reivindica en el asunto principal. Sin embargo, el órgano jurisdiccional que planteó la cuestión prejudicial partía de la premisa de que, en el marco del Derecho nacional, las obligaciones que emanan del Derecho comunitario que exige esta protección pueden verse enervadas por las disposiciones del artículo 12 de la Ley de la Sociedad de los Servicios de la Información. Es cuestión pacífica que su artículo 12 tiene por finalidad aplicar las normas de protección de la intimidad que impone además el Derecho comunitario en virtud de las Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE. Esta última Directiva se refiere al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, que es el afectado en el asunto principal, debiendo, pues, tenerse en cuenta para resolver la cuestión planteada.

Se añade, asimismo, que las tres directivas citadas en la consulta prejudicial efectuada y mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente tienen por finalidad que los Estados miembros garanticen, concretamente en la sociedad de la información, la protección efectiva de la propiedad intelectual y, en particular, de los derechos de autor. Sin embargo, resulta de los artículos 1.º, apartado 5, letra b), de la Directiva 2000/31/CE, 9.º de la Directiva 2001/29/CE y 8.º, apartado 3, letra e), de la Directiva 2004/48/CE, que tal protección no puede ir en perjuicio de las exigencias relativas a la protección de los datos personales. También debe tenerse en cuenta que es cierto que el artículo 8.º, apartado 1, de

la Directiva 2004/48, exige que los Estados miembros garanticen que, en el contexto de los procedimientos relativos a una infracción de un derecho de propiedad intelectual y en respuesta a una petición justificada y proporcionada del demandante, las autoridades judiciales competentes puedan ordenar que se faciliten datos sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o servicios que vulneran un derecho de propiedad intelectual. Sin embargo, de estas disposiciones, que deben leerse en relación con las del apartado 3, letra e), del mismo artículo, no se desprende que obliguen a los Estados miembros a imponer el deber de comunicar datos personales en el marco de un procedimiento civil con objeto de garantizar una protección efectiva de los derechos de autor. Tampoco el tenor de los artículos 15, apartado 2, y 18 de la Directiva 2000/31/CE, ni el del artículo 8.º, apartados 1 y 2, de la Directiva 2001/29/CE, exigen que los Estados miembros impongan tal deber.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que los artículos 41, 42 y 47 del Acuerdo ADPIC, invocados por «Promusicae», y a cuya luz debe interpretarse, en la medida de lo posible, el Derecho comunitario que regula, como es el caso de las disposiciones evocadas en el marco de la presente petición de decisión prejudicial, un ámbito al que se aplica dicho Acuerdo (véanse, en este sentido, las Ss. de 14 de diciembre de 2000, Dior y otros, C-300/98 y C-392/98, Rec. p. I-11307, apdo. 47, y de 11 de septiembre de 2007, Merck Genéricos-Productos Farmacéuticos, C-431/05, apdo. 35), si bien exigen la protección efectiva de la propiedad intelectual y la institución del derecho a una tutela judicial para hacer que esta sea respetada, sin embargo no por ello contienen disposiciones que obliguen a interpretar que las directivas mencionadas obligan a los Estados miembros a imponer el deber de comunicar datos personales en el marco de un procedimiento civil.

Tras indicar que los derechos fundamentales de propiedad y a una tutela judicial efectiva constituyen principios generales del Derecho comunitario, es preciso constatar que, en la situación controvertida, interviene además el derecho fundamental a la protección de los datos personales y, en consecuencia, el de la intimidad. De esta forma, la petición de decisión prejudicial plantea la cuestión de la necesaria conciliación de las exigencias relacionadas con la protección de distintos derechos fundamentales, a saber, por una parte, el derecho al respeto de la intimidad y, por otra parte, los derechos a la protección de la propiedad y a la tutela judicial efectiva. Siendo esto así, corresponde a los Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico a las directivas citadas, procurar basarse en una interpretación de estas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. A continuación, en el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico a estas directivas, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no solo interpretar su Derecho nacional de conformidad con dichas Directivas, sino también procurar que la interpretación de estas que tomen como base no entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad (véanse, en este sentido, las Ss. Lindqvist, antes citada, apdo. 87, y de 26 de junio de 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros, C-305/05, apdo. 28).

Por todo ello, hay que concluir que las Directivas 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva

sobre el comercio electrónico), 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), no obligan a los Estados miembros a imponer, en una situación como la del asunto principal, el deber de comunicar datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil. Sin embargo, el Derecho comunitario exige que dichos Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico interno a estas Directivas, procuren basarse en una interpretación de estas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. A continuación, en el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico interno a dichas directivas, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no solo interpretar su Derecho nacional de conformidad con estas mismas directivas, sino también no basarse en una interpretación de estas que entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad.

2. A tal respecto, ha de señalarse que la infracción aducida de los derechos de autor de los titulares cuya gestión tiene encomendada la entidad que promueva las actuaciones por medio de la correspondiente demanda civil, en la que se ejercitará una pretensión de condena al pago de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con la ilícita difusión o adquisición de dichos derechos o copias sin pagar el importe o precio establecido en el mercado, se ejercitará conforme a lo establecido en el artículo 140 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), por la comunicación pública de obras llevada a cabo sin autorización en un establecimiento o para sí, disponiendo dicho precepto, modificado por la Ley de 5 de junio de 2006 que:

«1. La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no solo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

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

- a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita.

En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

- b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

3. La acción para reclamar los daños y perjuicios a que se refiere este artículo prescribirá a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla.»

También, debe tenerse en cuenta que, con carácter general, la pretensión de la actora deberá basarse en lo establecido en los artículos 1.º, 10, 14, 17, 18, 19, 20 y, especialmente cuando de ejercicio de la acción indemnizatoria por entidad de gestión se trate, en lo establecido sobre la precisa legitimación de las mismas, en el artículo 150 de la LPI citada, acreditándolo así cumplidamente en atención a lo prevenido al respecto en el artículo 217 de la LEC. Dice el referido artículo 150 del TRLPI que «Las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado solo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente».

3. Se ha de indicar, con respecto a la tercera cuestión suscitada, que la doctrina jurisprudencial de las audiencias ha venido ya tratando el tema de la difusión ilegal de archivos musicales obtenidos mediante descargas de Internet señalándose, en primer lugar, que la aplicación del artículo 217 de la LEC en estos casos hace que sea el demandado el que deba acreditar que los archivos no estaban viciados de ilegalidad, al decirse que «echándose en falta una mayor aportación probatoria de la parte demandada para justificar la tesis de que únicamente suenan obras libres o no amparadas por los derechos de las actoras, sin que resulte bastante con lo declarado por los dos clientes, que más bien se referirían a un periodo más reciente que lejano en relación al objeto de la reclamación judicial, y no pueden acreditar con contundencia tal aseveración fáctica, teniendo en cuenta además la época más bien reciente (abril-mayo 2006) de la solución informática contratada por la demandada, así como lo razonado en la sentencia apelada respecto de esta prueba y de las descargas de Internet, en el sentido de no prejuzgar la procedencia de las grabaciones ni haber demostrado el hecho alegado por la demandada».

No existirá infracción alguna, rechazándose la demanda planteada, si se trata de la difusión de obras fundadas en el denominado *copyleft* o si se trata de obras libres en tanto que «Teniendo en cuenta las características del litigio, tanto por su cuantía como por tratarse la demandada de una entidad sin ánimo de lucro y no de una empresa con una estructura caracterizada por la profesionalidad propia del tráfico mercantil, se entiende que esta prueba es suficiente para llegar a la convicción, como ha hecho la juez a quo, de que la demandada evita la comunicación de obras cuya gestión esté encomendada a la apelante, utilizando, mediante su descarga de los sitios web correspondientes, un repertorio de obras cuyos autores no tienen cedidos los derechos de explotación a la Sociedad General de Autores (SGAE). Ello además sería confirmado por el carácter "alternativo" de la asociación, lo que explicaría su integración en el denominado movimiento *copyleft* y *creative commons* al que hacen

referencias algunas resoluciones judiciales, como, por ejemplo, Sentencia n.º 12/2006 del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, de 2 de febrero, Sentencia n.º 15/2006, de 17 de febrero, del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Badajoz, Sentencia n.º 158/2006, de 25 de octubre, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo o la Sentencia de 11 de abril de 2007 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Salamanca. Sobre esta cuestión, son especialmente interesantes las consideraciones contenidas en la última de las sentencias citadas, en la que se afirma: Hasta fechas recientes esa posibilidad de desvirtuar la presunción (de que los derechos de autor de las obras comunicadas públicamente en un establecimiento público eran gestionados por la SGAE) se tornaba ciertamente difícil, dada la ingente cantidad de obras gestionadas por la SGAE, bien a consecuencia de contratos estipulados directamente por los autores con la SGAE o a través de contratos de reciprocidad concertados con otras entidades de gestión de todo el mundo, todo lo que ha generado hasta ahora la sensación de que la SGAE tiene un derecho a la gestión exclusiva del repertorio universal de las obras musicales».

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 86 ter.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 217 y 256 a 263.
- Ley 34/2002 (Servicios de la Información y del Comercio Electrónico), art. 12.
- RDLeg. 1/1996 (TRLPI), arts. 1.º, 10, 14, 17, 18, 19, 20, 140 y 150.
- Acuerdo ADPIC de 1994, arts. 41, 42 y 47.
- Directiva 2000/31/CE (Aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información en particular el comercio electrónico en el mercado interior), arts. 1.º 5 b), 15.2 y 18.
- 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), arts. 8.º 1 y 2 y 9.º.
- Directiva 2004/48/CE (Derechos de Propiedad Intelectual), art. 8.º 1 y 3.
- STJUE, Pleno, de 29 de enero de 2008
- SSAP de Madrid, Secc. 28.ª, de 5 de julio de 2007 y de A Coruña, Secc. 4.ª, de 19 de septiembre de 2008.