AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN 15ª

ROLLO Nº 589/2010-2ª

J. MERCANTIL 6 BARCELONA

J. ORDINARIO 199/2009

ES COPIA

Administració de Justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

SENTENCIA Núm. 301/2011

Ilmos. Sres.:

D. IGNACIO SANCHO GARGALLO

Dª. MARTA RALLO AYEZCUREN

D. LUIS GARRIDO ESPA

Barcelona, 7 de julio de 2011.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección 15ª de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio ordinario número 199/2009, en materia de propiedad intelectual, seguidos ante el Juzgado Mercantil número 6 de Barcelona, a instancia de SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE), representada por el procurador don Francisco Javier Manjarín Albert y defendida por el letrado don José Luis Marco Blasco, contra don , representado por el procurador don Jordi Fontquerni Bas y defendido por el letrado don Javier de la Cueva González Cotera. La Sala conoce de estos autos en virtud del recurso de apelación interpuesto por SGAE, contra la sentencia de 22 de abril de 2010.

ILLUSTRE COL·LEGI DE PROCURADORS DE BARCELONA
RECEPCIÓ
12-07-11 / 13-07-11

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte dispositiva de la sentencia impugnada es del tenor siguiente: "*1. Desestimo íntegramente la demanda formulada por SGAE contra absolviendo a éste de todos los pedimentos formulados en su contra. 2. Se imponen las costas de esta instancia al actor*".

2. SGAE interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia. Admitido en ambos efectos y emplazadas las partes, se remitieron los autos a esta Sección 15ª. Comparecidos los litigantes, se siguieron los trámites legales y se señaló para votación y fallo el día 23 de marzo de 2011.

Ponente: la magistrada Marta Rallo Ayezcuren.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. **I.** SGAE demandó a y solicitó sentencia que declarara que el demandado estaba llevando a cabo, al menos desde el 1 de julio de 2007 hasta la fecha de la demanda (2 de marzo de 2009), de modo ilegítimo, la comunicación pública (mediante puesta a disposición) y la reproducción de obras musicales del repertorio de SGAE, a través del sitio web www.indice-web.com, de titularidad del infringiendo con ello los derechos de la demandante, al carecer de la preceptiva licencia o autorización.

   En la demanda, se solicitaba también: 1) La cesación de la utilización en el sitio mencionado, o en cualquier otro en el que pueda operar el demandado, de las obras musicales del repertorio de SGAE; 2) La suspensión de los servicios prestados por la entidad de intermediación IBERICAHOST C.B. al demandado, respecto del sitio web citado; 3) La indemnización a la actora de los daños y perjuicios que se acreditaran, por la comunicación pública y reproducción en el período de 1 de julio de 2007 a la presentación de la demanda y 4) la indemnización a la actora en la suma de 1.546,28 euros, IVA incluido, por el importe de las investigaciones efectuadas con carácter previo a la demanda.

   II. La sentencia desestimó la demanda, en síntesis, por entender que el sitio web del demandado tiene como función la de servir de índice o catálogo de sitios web, proporcionando solamente un enlace, de forma que la descarga de contenidos protegidos, si se produce, se verifica de una forma completamente externa y ajena a índice-web, que no almacena ningún tipo de contenidos audiovisuales. Según el Sr. magistrado, el sitio web del demandado facilita u orienta a los usuarios de Internet en la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes P2P y nuestro derecho no prohíbe ese favorecimiento u orientación mediante enlaces, en la búsqueda de archivos que contengan obras protegidas para lograr su

Administració de Justícia a Catalunya • Administración de Justicia en Cataluña

posterior descarga a través de las citadas redes P2P. Por ello, la sentencia concluye que el sistema de enlaces desarrollado por el en este caso no constituye distribución ni reproducción ni comunicación pública. La sentencia añade que la mera referencia en la demanda al artículo 13 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información (LSSI), sin más especificación, no puede fundamentar una condena con base en el artículo 17 de la LSSI, que dejaría en indefensión al demandado.

2. La sentencia es objeto de apelación por la demandante, SGAE. El recurso afirma:

1) La sentencia sólo examina la actividad del demandado consistente en la provisión de enlaces a páginas accesibles mediante redes P2P y omite examinar otras posibilidades de acceso a obras protegidas que facilita la web del demandado, *mediante descargas directas* y también operaciones de *streaming* de obras alojadas en el servidor externo Megaupload que utiliza el demandado.
2) Contra lo sostenido en la sentencia del juzgado mercantil, se ha acreditado la participación activa del demandado como prestador de: a) un servicio de control y provisión de enlaces a páginas de terceros que alojan contenidos musicales protegidos y b) de un servicio de redireccionamiento a un servidor que aloja contenidos que otros le han enviado y que el demandado ha autorizado que se alojen en un sitio que sólo él ha seleccionado y contratado. Ello implica, según la demandante apelante, la infracción de los derechos de autor (de reproducción y comunicación al público).
3) Toda provisión de enlaces a través de redes o plataformas P2P implica necesariamente una previa reproducción y comunicación pública de las obras objeto de enlace, que constituye infracción.
4) La LSSI (artículo 13, en relación con el artículo 17 LSSI y el artículo 14.2 de la Directiva 2000/31) establece la responsabilidad civil del demandado por los enlaces que publica en su web, ya que el demandado no está amparado por la excepción del artículo 17.1 LSSI. No hay indefensión alguna para el demandado si se aplica esa norma que fue expresamente invocada en la demanda.
5) La ausencia de ánimo de lucro y de actividad económica del demandado no ampara su actuación vulneradora de los derechos de autor, como da a entender la sentencia, ya que no le sería de aplicación en ningún caso el régimen de exención del artículo 17.1 LSSI. Para su aplicación, es requisito indispensable que los servicios prestados constituyan actividad económica, lo que, según la alegación del demandado, recogida en la sentencia, no concurriría en el caso.
6) Con independencia de lo anterior, en todo caso debería estimarse la acción de cesación de la actividad de enlaces a contenidos protegidos, conforme a los artículos 138.3° y 139 LPI, para impedir un daño o su agravación. Lo mismo es aplicable a la cesación de los servicios de alojamiento de la web del demandado prestados por la empresa IBERICAHOST C.B.

Administració de Justícia a Catalunya • Administración de Justicia en Cataluña

7) Finalmente, con carácter subsidiario, se solicita la no imposición de costas, por tratarse de un caso novedoso, que suscita dudas de hecho y de derecho.

3. La primera de las alegaciones del recurso atañe a la delimitación adecuada de la controversia. Según SGAE, el juez mercantil se habría limitado a analizar la actividad del demandado consistente en la provisión de enlaces a páginas accesibles mediante redes P2P y habría omitido examinar otras posibilidades de acceso a obras protegidas, *mediante descargas directas* y también operaciones de *streaming* de obras alojadas en el servidor externo Megaupload que utiliza el demandado.

La alegación es contestada por el demandado, que atribuye a SGAE un cambio de demanda. Según el apelado, la causa de pedir, en el escrito inicial del juicio, vino constituida exclusivamente por el hecho de que administraba una página web en la que podían hallarse *elinks*, es decir, enlaces a archivos compartidos por usuarios de la red *edonkey* que pueden ser descargados desde programas como *emule*. Así, la demandante consideraría que la actividad de enlazar obras que se intercambian en redes P2P supone la explotación de determinados derechos de propiedad intelectual. La parte demandada apelada sostiene que, en el recurso de apelación, la actora cambia radicalmente el objeto de discusión y se refiere a un servidor llamado Megaupload, sugiriendo la posibilidad de que fuera el propio demandado quien subiera los archivos a ese servidor externo. Con ello variaría el objeto del litigio incluyendo, junto al enlace a obras alojadas en los discos duros de usuarios de la red eDonkey, la posibilidad de que las obras enlazadas pudieran alojarse en servidores externos como el mencionado.

No podemos aceptar enteramente ninguna de las dos lecturas sobre el objeto del juicio. Por lo que respecta a la tesis de la demandante apelante, SGAE, consideramos que las operaciones de *streaming*, es decir, de escucha sin descarga, no se alegaron en la demanda, ni con ese término ni con ningún otro que describa la actividad en cuestión. La demanda se refirió exclusivamente –y de manera insistente- al hecho de que la web del demandado permitía la descarga de obras musicales. El objeto del proceso no viene determinado sólo por lo que se pide –aquí, cesación e indemnización-, sino por la causa de pedir. Y en casos como el de autos, en que se acciona por la infracción de derechos de propiedad intelectual, la causa de pedir viene dada por la calificación jurídica de la infracción –se alega reproducción y comunicación pública (puesta a disposición) no autorizadas- y por la identificación de las actuaciones concretas llevadas a cabo por el demandado que se consideran constitutivas de la infracción: el aspecto fáctico de la causa de pedir. Incumbe a la actora alegar en la demanda los hechos por los que acciona. Por tanto, el juez mercantil hizo bien en no examinar lo relativo al *streaming*, que, por la misma razón, no examinaremos en esta segunda instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 456 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) –*en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho*

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia.

Tampoco podemos acoger íntegramente la tesis de la parte demandada en su escrito de oposición al recurso, que limita el objeto del litigio a las descargas mediante programas de intercambio P2P. Como se ha dicho, en la demanda no sólo se invocaba, como actuación infractora, la descarga de archivos desde este tipo de redes –en realidad, la demanda, como el informe pericial que acompaña, no contiene una sola mención a las redes P2P, con esta o con otra denominación-, sino que se invocaba, en general, sin más detalles, la descarga de archivos musicales desde la propia web del demandado, "directamente o redireccionando a otra de modo automático". Imprecisiones a un lado, así debió de entenderlo también, en su momento, la parte demandada, cuya contestación, negando rotundamente la descarga de obras desde la web del demandado y su condición de mero intermediario de la sociedad de la información, remite al informe pericial que adjunta y en el que se hace constar que la web www.indice-web.com publica enlaces a otros servidores o a otras redes P2P donde se encuentran almacenados los contenidos (f. 180). Así lo entendió adecuadamente el juez mercantil cuando examinó en la sentencia no sólo la descarga por usuarios de redes P2P, sino también la de quienes la efectúan en otros sitios web mediante los enlaces de la web del demandado.

Es cierta, pues, en esencia, la afirmación de la parte apelada de que -no discutido que el demandado administra una web de enlaces, sin alojar obra alguna- el litigio quedaría limitado a una cuestión estrictamente jurídica: si enlazar una obra que el demandado no aloja puede suponer una infracción de derechos de propiedad intelectual y, en concreto, si puede suponer copia o comunicación pública, en la modalidad de puesta a disposición, de dicha copia. Ello, obviamente, dentro de los términos –alegaciones y pruebas- en que ha sido planteado por las partes este concreto litigio.

4. En la siguiente alegación del recurso, SGAE afirma que se ha acreditado la participación activa del demandado en la oferta de contenidos musicales, por cuanto no se limita, como argumenta el juzgador de instancia, a crear un índice que favorece y orienta a los usuarios para acceder a las redes de intercambio de archivos P2P, sino que toma parte, directa y personalmente, en la selección, clasificación, filtrado y organización de esos archivos en su página web, de modo que sólo él decide qué contenidos se enlazan y cómo los presenta en su web, complementándolos con una foto de la portada del disco, la relación de temas que se incluyen en cada enlace, un comentario ilustrativo sobre el grupo musical y el archivo enlazado, un control de descargas de cada archivo y un ranking de los archivos más descargados o valorados.

La sentencia del juzgado mercantil, en su fundamento de derecho segundo, declara probado que:

Administració de Justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

- El sitio web del demandado, www.indice-web.com, ofrece enlaces para descargas en redes P2P u otros sitios web.
- En el sitio web www.indice-web.com, no se almacena ningún tipo de contenidos audiovisuales, sino que se publican enlaces a otros servidores o a redes P2P donde se encuentra almacenados los contenidos.
- En las redes P2P las transmisiones se realizan entre usuarios de la red, sin ninguna intervención de , www.indice-web.com.
- Los servicios prestados por www.indice-web.com son gratuitos y no existe ninguna clase de publicidad (esta puntualización responde a la alegación de la demanda y a la afirmación del informe pericial que acompañaba, de que, en todos los apartados de la página web, aparecía constantemente publicidad, mayoritariamente de contenido sexual, que con toda seguridad proporcionaba los beneficios económicos al demandado. SGAE no mantiene la alegación en la segunda instancia y no se ha acreditado –ni siquiera alegado- ni que la página web demande pago a los usuarios, ni que efectúe publicidad ni tampoco que obtenga otros rendimientos indirectos, por ejemplo, a modo de comisión por transmisión a tercero, para publicidad, de los datos de quienes acceden a la página).

A la vista del informe pericial de la parte demandada, más explícito que el de la demandante, pueden añadirse, en relación con la página web de , los siguientes datos, no discutidos en ninguna de las dos instancias:

- Desde la página a la que se accede mediante la URL www.indice-web.com, pulsando en el enlace "entrar", se llega a la página de portada http://www.indice-web.com/index.php, que muestra los contenidos del web.
- Para acceder a todo el sitio web es necesario un código de usuario y una contraseña que se obtiene de manera gratuita mediante un formulario accesible desde el enlace "*puedes registrarte aquí*" de la página de portada.
- El sitio principal utiliza los sitios web auxiliares www.forosindice donkey.com y www.indice-juegos.com.
- Los servicios y contenidos del web son: chat, foros, juegos, manuales, *elinks* (enlaces a contenidos en redes P2P, en este caso, a la red utilizada por el programa *eMule*) y "enlaces a descargas directas" (descargas de archivos desde otros servidores diferentes a los de indice-web).
- La página que, como declara probado el juez mercantil, no almacena contenidos audiovisuales, contiene enlaces a contenidos almacenados exteriormente al propio servidor. El perito distingue dos tipos de enlaces:

  1) Los enlaces *elinks*, a contenidos almacenados en la red P2P *eDonkey2000* (*ED2K*) que pueden ser descargados con el programa *eMule*

  2) Los que denomina "enlaces de descargas directas", a contenidos almacenados en los sitios siguientes: www.megaupload.com, www.rapidshare.com, www.ziddu.com, www.load.to, www.uploadbox.com, www.efeeme.com.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

5. Como resulta de la prueba pericial, el principal uso de las redes P2P es el de compartir archivos (cadenas de bits) en Internet. Los archivos compartidos los pone el usuario en un directorio de su ordenador conocido por el programa P2P. Cuando un usuario busca un archivo lo puede hacer utilizando su programa P2P (por ejemplo, búsqueda con *eMule*), pero es muy útil que esta búsqueda se realice a través de enlaces publicados en páginas web. Cuando se pulsa uno de estos enlaces, en el navegador de Internet: 1) Se abre el programa P2P (si no está instalado, se visualizará un mensaje de error y no se producirá ninguna descarga); 2) Se producirá una búsqueda en función de la información del enlace y 3) Se iniciará el intercambio entre particulares, en que el oferente del archivo es un usuario distinto a la web que aloja el enlace.

Atendidos los anteriores datos fácticos, no desvirtuados, debemos mantener las consideraciones expuestas en la sentencia de esta Sección 15ª, de 24 de febrero de 2011, en relación, concretamente, con los enlaces a contenidos la red P2P, en un caso de la misma naturaleza.

En una red de archivos compartidos P2P, quien dispone de un archivo musical o de una película y lo introduce en una carpeta de archivos compartidos, a la que cualquiera puede tener acceso mediante un programa cliente P2P, además de llevar a cabo un acto de reproducción no amparado por la excepción del artículo 31.2 LPI, pues no cabría hablar de un uso privado, está poniendo estos archivos a disposición del público y, por ello, realiza un acto de comunicación pública previsto en el artículo 20.2.i) LPI. Pero el titular de la página web que facilita el enlace, además de la previa selección de los archivos, aunque contribuye indirectamente a esta infracción de los derechos de propiedad intelectual afectados por la comunicación pública, no lleva a cabo directamente estos actos. No realiza ninguna reproducción, ya que se limita a suministrar el link, a ofrecer un enlace, a través del cual, eso sí, se podrá llevar a cabo un posterior acto de comunicación pública del archivo compartido. El ofrecimiento del enlace no supone un acto de disposición del archivo, razón por la cual no cabe hablar de la "puesta a disposición" en que consiste la actividad tipificada en la letra i) del artículo 20.2 LPI, como acto de comunicación pública. 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 (p. e. *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

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

alojan ese archivo. No hay, pues, ni siquiera una participación en la transmisión que pudiera entenderse como una suerte de retransmisión.

Por lo expuesto, compartimos también, en el caso en examen, las conclusiones de la sentencia impugnada (fundamento de derecho tercero), de que el sitio web índice-web.com ofrece exclusivamente enlaces para descargas en redes P2P -u otros sitios web-, sin almacenar ningún tipo de contenidos audiovisuales y sin intervenir en las transmisiones realizadas en las redes P2P, y de que, teniendo en cuenta el concepto legal de reproducción (entendemos que a ese concepto se refiere la sentencia, aunque, por mero error, habla de distribución, que no se invocó en la demanda) y de comunicación pública, puede decirse que la labor de enlazar sin intervenir en la descarga no entra dentro del núcleo de lo que constituye reproducción (del artículo 18 LPI, "*se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación y la obtención de copias de todo o de parte de ella*") ni comunicación pública, ésta última, en la modalidad concreta denunciada en la demanda, del artículo 20.2.i) LPI, según el cual son actos de comunicación pública "*la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija*". El sitio web del demandado facilita u orienta a los usuarios de Internet la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes P2P, pero en nuestro derecho ese favorecimiento no constituye ni reproducción ni puesta a disposición de la obra.

6. La anterior conclusión, que la sentencia impugnada desarrolla extensamente en relación con los enlaces a las redes P2P, en correspondencia a la especial atención dedicada a lo largo del proceso –desde la contestación a la demanda- a tales enlaces, el Sr. magistrado la hace extensiva, por razones idénticas, a los enlaces que los litigantes –y el sitio web en cuestión, según el dictamen pericial aportado por la demandada y también, según el dictamen complementario aportado, tardíamente, por la demandante- han denominado "enlaces de descargas directas", es decir, aquellos enlaces del sitio índice-web.com que no dirigen a redes de archivos compartidos P2P, sino a contenidos almacenados en determinados sitios de la red, exteriores al propio servidor, consistentes en servidores de gran capacidad, como www.megaupload.com –y otros, antes mencionados.

Las consideraciones de la sentencia de la primera instancia relativas a que el sitio web del demandado ofrece solamente enlaces a otros sitios web y no almacena ningún tipo de contenidos audiovisuales las aplica igualmente el juez mercantil a estos otros enlaces, sin que en el recurso contenga argumentos que desvirtúen la corrección de tales consideraciones.

Concretamente, el recurso no cuestiona que en el sitio del demandado no se alojan los archivos que son objeto de las llamadas "descargas directas". La dinámica

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

de estos enlaces del sitio índice-web.com del demandado sería la de que, al pulsarlos, el usuario accedería a la página del servidor de gran capacidad (megaupload u otro) y, una vez allí, pulsando de nuevo, iniciaría la descarga del contenido interesado. No se requeriría en este caso que el ordenador tuviera instalado el programa eMule. Así resulta del informe pericial complementario aportado a los autos por SGAE. Por tanto, la descarga del archivo se produce desde un sitio web diferente del sitio del demandado y el usuario puede advertirlo. Pese a su denominación, no se trata de descargas directas desde el sitio del enlace, sino que éste *redirecciona* –como se dice en la demanda- a otro distinto.

Acreditado, por tanto, en estos autos, mediante las periciales de ambas partes, que no se trata de verdaderas descargas directas desde la página del demandado y no aportada ninguna otra prueba que permita una valoración distinta, debe confirmarse la sentencia también en su enjuiciamiento de estos enlaces. Por ello, deben desestimarse los motivos 2) y 3) del recurso de apelación.

7. El siguiente motivo de apelación invoca el artículo 13 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información (LSSI), en relación con el artículo 17 LSSI y el artículo 14.2 de la Directiva 2000/31. Según la actora apelante, con arreglo a dichas normas, el demandado sería responsable civil por los enlaces que publica en su web, ya que no está amparado por la excepción del artículo 17.1 LSSI.

El Sr. magistrado expuso, en la parte final de la argumentación de la sentencia, que la mera referencia en la demanda al artículo 13 de la LSSI (*Responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información. 1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información 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. 2. Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes*), sin más especificación, no podía servir para fundar una condena con base en el artículo 17 de la propia LSSI, que generaría indefensión a la parte demandada.

No pueden modificarse las alegaciones iniciales, a partir de las que se delimitó el debate del juicio. SGAE afirmó, en su demanda, que las acciones ejercitadas eran las de cesación e indemnización previstas en la LPI, por los actos de reproducción (artículo 18 LPI) y comunicación pública (artículo 20.2.i) LPI) inconsentidas, llevados a cabo por en su sitio índice-web.com. La actora no exigió al demandado responsabilidad civil por ningún otro concepto. La invocación del artículo 13.1 LSSI, en el apartado de legitimación pasiva de los fundamentos de derecho de la demanda, lo fue a los solos efectos de fundamentar la legitimación del demandado -al que atribuyó la condición de proveedor de contenidos. No se alegó el artículo 13.2, referido a la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, ni los artículos siguientes, singularmente el 17, invocado en esta

Administració de Justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

segunda instancia, y que, en realidad, no regula la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, sino su exención de responsabilidad por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, cuando se cumplan los requisitos que asimismo establece el precepto.

Por tanto, deben desestimarse los motivos 4º y 5º del recurso.

8. En el motivo 6º, la parte apelante sostiene que, en todo caso, debería estimarse la acción de cesación de la actividad de enlaces a contenidos protegidos, conforme a los artículos 138.3º y 139 LPI, para impedir un daño o su agravación. Pide también la cesación de los servicios de alojamiento de la web del demandado prestados por la empresa Ibericahost C.B. Se trata, pues, de dos peticiones distintas.

El artículo 139. 1. LPI prevé que el cese de la actividad ilícita podrá comprender: "*h) La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*".

El artículo 138 LPI establece que las medidas de cesación específicas contempladas en el artículo 139.1.h) LPI, "*podrán también solicitarse, cuando sean apropiadas, 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, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Dichas medidas habrán de ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias*".

Acerca de la cesación, en su demanda, SGAE solicitó: 1) la condena del demandado a cesar en la utilización en el sitio www.indice-web.com o cualquier otro de las obras musicales del repertorio SGAE y 2) la condena "a la suspensión de los servicios prestados por la entidad de intermediación IBERICAHOST C.B. al demandado respecto del sitio www.indice-web.com, toda vez que el demandado se vale de ellos para infringir los derechos patrimoniales de autor de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición, y de reproducción de obras musicales en su página web."

La petición 1), condena a la cesación en la utilización del repertorio por el demandado, no se acordó, por no apreciarse tal uso. El pronunciamiento, conforme a lo expuesto en los fundamentos de derecho anteriores, debe mantenerse.

La petición 2), condena a la suspensión de los servicios de la tercera entidad IBERICAHOST C.B., debe denegarse, ya que, como también se ha expuesto, no se ha considerado infractora la actividad de intermediación del demandado y, por tanto, falta el presupuesto necesario.

La demandante no solicitó en la demanda la petición de condena que plantea en el recurso, de cesación de la actividad del demandado, de enlaces a contenidos

Administració de Justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

protegidos, por prestar servicios a terceros infractores que se valen del intermediario para infringir derechos de propiedad intelectual. De nuevo, se produce una alteración de la causa de pedir que, de admitirse, generaría indefensión de la parte demandada, la cual, atendida la configuración del proceso, no ha podido defenderse al respecto. Por ello, como en el caso resuelto por esta Sección 15ª, en la sentencia de 24 de febrero de 2011, debemos desestimar la pretensión y el motivo de apelación que la vehicula.

9. Sí consideramos procedente acoger el último motivo, subsidiario, del recurso de apelación de SGAE, que solicita la no imposición de costas, por tratarse de un caso novedoso, que suscita serias dudas de hecho y de derecho. Así lo consideramos, teniendo en cuenta, por un lado, la complejidad de las normas legales aplicadas, que pueden ser objeto de interpretaciones no coincidentes, y, por otro, la ausencia de precedentes judiciales, en España, sobre la materia. Las decisiones judiciales traídas al juicio por las partes se dictaron en la jurisdicción penal. Por ello, no se impondrán las costas de ninguna de las dos instancias (artículos 394.1 y 398.1 LEC).

FALLAMOS

ESTIMAMOS exclusivamente en cuanto al pronunciamiento de costas el recurso de apelación interpuesto por SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE), contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil número 6 de Barcelona, el 22 de abril de 2010, en el juicio ordinario número 199/2009, seguido a instancia de SGAE, contra

CONFIRMAMOS la sentencia del juzgado en todo lo demás.

No se imponen las costas de ninguna de las dos instancias del juicio.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas preparar recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio para su cumplimiento.

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

Administració de Justícia a Catalunya • Administración de Justicia en Cataluña