

¿Es este software legal?

Este software no almacena, copia o difunde obra intelectual alguna, sino que ésta es una actividad realizada por sus usuarios de forma directa, sin que exista ninguna intermediación de mp2p. Por lo tanto, todo se reduce únicamente a contestar a una pregunta simple y es si la Ley de Propiedad Intelectual española considera infractora la conducta de quien sin realizar acto alguno de explotación de derechos desarrolla herramientas útiles que se pueden utilizar eventualmente para realizar esos actos.

Para poder contestar de forma clara a esta pregunta, y a fin de no mezclarlos, es necesario previamente indicar cuáles son los tres grupos de actores que intervienen en todo intercambio de archivos vía P2P a fin de precisar cuál es el régimen de responsabilidad legalmente diseñado para cada uno de ellos.

Grupo 1: El creador de la herramienta.

Integra ese grupo el desarrollador y proveedor de un software de comunicación P2P que no realiza acto de intermediación entre los usuarios al ser un programa descentralizado. Sería el caso de mp2p.

Grupo 2: Los intermediarios de la sociedad de la información.

Integrarían este grupo los que proveen la conexión a Internet (por ejemplo, Telefónica) y los que desde sus webs enlazan a obras que se intercambian en redes P2P. El grupo está integrado, por lo tanto, por todas aquellas empresas o particulares que, sin explotar derecho de propiedad intelectual alguno, sirven sin embargo de intermediarios en esa actividad realizada por terceros.

Grupo 3: Los propios usuarios que intercambian archivos utilizando el programa P2P.

Respecto de estos tres grupos, la Ley de Propiedad Intelectual es muy clara. Si los sujetos integrados en el **grupo 3**, los usuarios, infringen realmente la propiedad intelectual -lo que dependerá de la legislación que les sea aplicable según su país de residencia-, en ese caso podrían ser sujetos pasivos de una acción de indemnización y de cesación de su conducta. Respecto del **grupo 2**, los intermediarios, la Ley prevé que, dado que estos no llevan a cabo ningún acto de reproducción ni comunicación pública, no son infractores de derechos de propiedad intelectual por lo que no cabe contra ellos acción de indemnización alguna¹, si bien deja abierta la posibilidad en determinados casos de una acción para la cesación de esa intermediación cuando sea utilizada por terceros para vulnerar derechos de propiedad intelectual (art 138 LPI, último párrafo)². Finalmente, respecto del **grupo 1**, que es al que pertenece mp2p, lo legalmente previsto es que, dado que el desarrollador de esa herramienta no lleva a cabo las actividades de copiar música

¹ En este mismo sentido CARRASCO PERERA en “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual” (pág 1668): *“Como el intermediario no usurpa derechos protegidos, no puede ser demandado a efectos indemnizatorios por el artículo 140 LPI”*.

² “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual”: *“El artículo 138 sólo menciona la medida cautelar específica y la acción de cesación de la prestación de los servicios de intermediación (...) el intermediario no es calificado como infractor LPI sino responsable civil genérico al que se le aplicarán determinadas medidas propias de la LPI”*.

o difundirla, lo que es propio de los usuarios, y ni tan siquiera lleva a cabo actividades de intermediación entre esos usuarios, contra ellos no cabe ni la acción de indemnización ni la de cesación.

Fuera de estos supuestos que conforman el régimen general, queda únicamente por analizar si la LPI española identifica de forma específica qué concretas herramientas de software están prohibidas o si, por el contrario, existe una laguna legal que la deja abierta a diferentes interpretaciones. La LPI no deja laguna legal alguna en ese sentido y dedica tres artículos (102.c, 160 y 162) a manifestar cuáles son las herramientas de software cuyo desarrollo y explotación se prohíbe. Estas herramientas son, únicamente, aquellas que están específicamente destinadas a romper los sistemas anticopia incorporados por sus productores en las obras intelectuales. En este caso –y sólo en éste– el legislador prevé como supuesto excepcional que el que desarrolla esas herramientas es tan infractor como el que las utiliza. Huelga decir que la desprotección de obras intelectuales no es una de las funcionalidades de las redes P2P en general ni de las desarrolladas por mp2p en particular.

¿Qué dicen los expertos?

Pese a que la estrategia jurídica de la industria del entretenimiento insiste en intentar que se aplique en los tribunales españoles una suerte de construcción jurisprudencial estadounidense como si fuera ley positiva en este país, lo cierto es que ni nuestra legislación ni nuestros precedentes judiciales reconocen esas figuras jurídicas foráneas. En ese mismo sentido, el libro Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, (coordinado por RODRIGO BÉRICOVITZ) se manifiesta, a propósito de las redes P2P, que:

“No puede haber responsabilidad a efectos indemnizatorios, pues en España la existencia de una “contribución” a la producción de un daño por tercero no es fuente propia de responsabilidad cuando el daño que se tipifica y se sanciona constituye específicamente la usurpación de un derecho de propiedad reservado. La complicidad no basta para realizar el tipo de la norma, pues el titular del programa no infringe ni se apropia por ese solo hecho de un derecho de autor reservado”.

La cita habla de la acción de indemnización, pero queda por preguntarse si contra el desarrollador de una herramienta P2P descentralizada -es decir, contra aquél que no es ni tan siquiera intermediario- existe la posibilidad de exigirle que cese en su conducta, esto es, de ejercer la acción de cesación.

En este sentido ROMÁN PÉREZ manifiesta que los desarrolladores de este tipo de software descentralizado no infringen derecho de propiedad intelectual alguno, por lo que no estarían legitimados pasivamente para ninguna de las acciones previstas en la LPI, ni tan siquiera para las de cese propias de los intermediarios. Manifiesta la autora citada:

“Ahora bien, hay que decir que este modelo de intercambio también tiene lugar cuando no existe por detrás un intermediario, como por ejemplo sucede en Gnutella. Este último consiste en un software que permite la

*conexión de los ordenadores de los usuarios, **de forma directa**, sin pasar por ningún sistema central. **Por consiguiente, en casos como éste, los compositores e intérpretes que vean afectados sus derechos de propiedad intelectual únicamente podrán actuar frente a los particulares que pongan a disposición del resto sus ficheros musicales**".*

Idéntico criterio sostienen BOUZA M.A., y CASTRO MARQUEZ, M., que consideran que la responsabilidad de Napster se derivaba de que ofrecía un servicio de búsqueda centralizado, considerando ambos autores que si Napster fuera un P2P de nueva generación, no habría responsabilidad alguna³.

De igual modo, el anteriormente citado "Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual", comentando el artículo 139 correspondiente a la acción de cesación, manifiesta:

"Fuera de los supuestos contemplados en este precepto y en alguna otra norma aplicable (como los arts. 14 a 17 LSSI), en principio no es sujeto pasivo de la acción negatoria el que provee al infractor de recursos que no son a su vez productos ilícitos. Esto es así aunque existe conciencia de la antijuridicidad de la acción para la que se emplean los recursos. Tampoco existe una genérica responsabilidad por hecho ajeno, más allá de la del artículo 1.903 CC y de la más amplia contenida en los artículos 14 a 17 LSSI (posibilidad de control efectivo sobre los usuarios). Y de nada valdría recalificar esta conducta como "hecho propio" pues, aun con estas condiciones, sólo se responde conforme a la LPI cuando exista una infracción de derechos de propiedad intelectual o de otros derechos "anexos" específicamente acogidos por la ley (como es el caso de arts. 160 y 162 LPI).

Es decir, los únicos casos en los que cabe la acción de indemnización o de cesación contra el desarrollador de una tecnología es cuando así se ha previsto expresamente por el legislador, como sucede en los casos ya citados de los artículos 160 y 162 LPI correspondientes al desarrollo de tecnología específicamente destinada a la elusión de medidas de protección contra la copia. De este modo, el legislador, ante la mayor difusión de las obras y, por consiguiente, de las posibilidades de infracción que propicia el avance tecnológico, permite a los titulares de derechos incorporar tecnologías anticopias, reprimiéndose legalmente la conducta de quien facilite la supresión de esa medida de protección. Por lo tanto, y por mucho que con él aumenten las posibilidades de infracción, no son los avances tecnológicos los que se proscriben, sino la actividad de quien rompe las medidas de protección que los titulares de los derechos han utilizado para paliar sus efectos.

¿Qué dicen los jueces?

En España la mayoría de resoluciones judiciales existentes hasta la fecha sobre intercambios en redes P2P se refieren a la actividad desarrollada por páginas de enlaces a estas redes. Esas resoluciones, dictadas en sede penal, han archivado todos los

³ "El caso Napster", en Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, Tomo XXI-2000, Santiago de Compostela, 2001, pág 443; citado por GARROTE en "La Reforma de la Copia Privada en la Ley de Propiedad Intelectual". Editorial Comares.

procedimientos al considerar que este tipo de páginas no explotaban derecho de propiedad intelectual alguno por lo que su conducta no es delictiva.

Resulta necesario, sin embargo, hacer referencia a las resoluciones judiciales en vía civil que, a fin de que sean similares al caso aquí estudiado, guarden el requisito de tratar el intercambio de archivos en redes P2P y que el demandado no sea el concreto usuario que lleva a cabo los actos de reproducción o comunicación pública de obras intelectuales, sino el que provee determinados medios que pudieran llegar a facilitar esa conducta.

Como es de prever, con estos criterios son pocas las resoluciones que puede haber en España a ese respecto. Sin embargo analizaremos las tres únicas existentes hasta la fecha.

El supuesto de hecho en todas ellas era también el de páginas webs que contenían enlaces a archivos que los usuarios particulares intercambiaban en redes P2P y que estaban protegidos por la entidad de gestión demandante. Se trataría por lo tanto de intermediarios, el Grupo 2 antes señalado, puesto que si bien no llevaban a cabo actividades de reproducción o comunicación pública sí que realizaban la actividad de intermediación consistente en señalar dónde se encuentran esos archivos.

La demandante solicitó el cierre cautelar de las webs demandadas. Tras la celebración de la oportuna vista de medidas cautelares, los tres juzgados que entendían respectivamente de cada uno de estos tres asuntos resolvieron denegar la medida cautelar. Lo interesante de los fundamentos de estas resoluciones es que la razón por la que se deniega el cierre cautelar es que no concurre la apariencia de buen derecho dado que la actividad de las webs demandadas no es la de infringir un derecho de propiedad intelectual y ello porque ni reproducen ni comunican públicamente obras intelectuales, siendo esta actividad exclusiva de los usuarios.

La más interesante de esas resoluciones a los fines aquí estudiados es el auto denegatorio de medidas cautelares de fecha 2 de julio de 2009 del **Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona (Procedimiento Nº 401/09 E, AUTO Nº 138/09)**. El auto analiza pormenorizadamente la actividad de los tres grupos de actores que intervienen en el intercambio vía P2P: el creador de la herramienta, el intermediario y el propio usuario.

Sin perjuicio de que el auto considera que ninguno de los actores implicados infringe derecho de propiedad intelectual alguno, lo que interesa para los fines de este análisis es lo que manifiesta sobre el primero de los grupos, esto es, sobre la herramienta P2P. Respecto de éstas mantiene el Juzgado que:

*“Mediante estas redes P2P, usuarios de la red que instalen el citado programa, pueden descargarse en su ordenador, archivos, entre otros, de música o películas etc. . . , **procedentes de los discos duros de otros usuarios que se encuentren en la misma red y utilicen el mismo programa**, en un sistema cuyo buen funcionamiento dependerá del número de usuarios que tengan copia del archivo que se está descargando y en el que el usuario que descarga favorece la descarga de otros usuarios al tener*

parte del archivo descargado, u otros archivos en su ordenador, que fueron descargados a través del programa Emule”.

Continúa el Auto indicando que “en primer lugar **es preciso destacar que considero que en la actual Ley de Propiedad Intelectual no se prohíben, con carácter general, las redes P2P”** para, en el siguiente párrafo, volver a subrayar que **“Las redes P2P, como meras redes de transmisión de datos entre usuarios de Internet no vulnera, en principio, derecho alguno protegido por la Ley de Propiedad Intelectual”** .