Rollo número 556/2010
Diligencias Previas número 6824/2005
Juzgado de Instrucción número 1 de Madrid

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID
SECCIÓN PRIMERA

MAGISTRADOS
Ilmos Señores:
Don Alejandro Mª Benito López
Doña Araceli Perdices López
Don Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

AUTO Nº 159/11

En Madrid, a 10 de marzo de 2011

21 MAR 2011 | 22 MAR 2011

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 13 de abril de 2010 el Juzgado de Instrucción nº 1 Madrid, dictó auto en las Diligencias Previas nº 6824/2005 desestimando el recurso de reforma contra el auto de 2 de marzo de 2010 por el que se acordaba el sobreseimiento provisional de las actuaciones.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra el mencionado auto por la representación procesal de EGEDA y de AGEDI, Lauren

Madrid

traslado de los mismos al resto de las partes que los impugnaron, tras lo que se elevó a esta Audiencia para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los recurrentes combaten la decisión de sobreseer la causa, argumentando para hacerlo que la actuación llevada a cabo en la web indicedonkey.com constituye un acto de comunicación pública de obras protegidas por la ley de la propiedad intelectual, sin consentimiento de sus titulares y por el que se obtiene un beneficio económico a través de la publicidad que genera la web, por lo que estaríamos ante un supuesto que sería incardinable en el art. 270 del Código Penal y procedería la revocación del sobreseimiento acordado y la continuación de las diligencias.

Al respecto se señala que los titulares de la web publicitan en su página la relación y listado de una multitud de títulos de películas, ordenadas por diferentes categorías, a los que se acompaña la carátula y una breve sinopsis de la misma, publicándose al lado un código que pinchándolo automáticamente pone en funcionamiento el programa de intercambio P2P a través del cual el usuario va a poder descargarse la película de varios sitios diferentes, y que a través de esta actividad, que estaba presidida por un ánimo de lucro se generaba una ganancia económica que se obtenía mediante los anuncios publicitarios, por la cesión de datos personales o por clicks.

Pese a que no se ignore la existencia de criterios dispares dentro de lo que se denomina como jurisprudencia menor, esta Sección por Auto de 27 de abril de 2010, ya resolvió sobre esta materia en un caso en el que una página web establecía enlaces para bajar, a través de programas de intercambio P2P, archivos o ficheros de contenido diverso entre los distintos usuarios o invitados, en concreto, partidos de fútbol emitidos en otros países y cuyos derechos de explotación en España correspondían a la querellante, en el que en línea con el criterio de la Fiscalía General del Estado se examinaba la concurrencia del ánimo de lucro como ventaja económica indirecta (pues no se retribuía la descarga sino la publicidad de la inserta en la

propia página y que se visualizaba con independencia de que se produjera o no descarga), que se negaba, pues la retribución que obtienen los administradores de la página no compensa la descarga de los títulos sino la publicidad derivada del acceso genérico a la página, que es independiente de ésta y que se puede producir aunque no haya descarga.

Establecimos entonces lo siguiente:

"La acusación particular entiende que existe un acto de comunicación pública de obras protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual sin autorización de los respectivos titulares.

Es un criterio generalizado actualmente que la actividad de descarga de archivos a través de Internet no es constitutiva de delito. Baste citar el criterio de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado para poner de relevancia esa circunstancia. En la referida Circular se afirma lo siguiente:

En cuanto a la tipificación de la conducta de quién coloca a través de un servidor en un sitio de la Red obras protegidas sin autorización del titular de los derechos de explotación, puede incardinarse dentro de los supuestos de comunicación no autorizada, pero en este supuesto si no está acreditada ninguna contraprestación para él, no concurrirá el elemento típico del ánimo de lucro, pudiendo perseguirse esa conducta sólo como ilícito civil. Respecto del usuario que "baja o se descarga de la Red" una obra, y obtiene ésta sin contraprestación, como consecuencia de un acto de comunicación no autorizado realizado por otro, realiza una copia privada de la obra que no puede ser considerado como conducta penalmente típica. En lo que respecta e la responsabilidad de los proveedores de servicios en la sociedad de la información, los mismos no serán responsables cuando el servicio que prestan sea el de simple intermediación, dentro de los términos que establecen los artículos 14 a 18 de la Ley 34/2002, de 11 da julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

No obstante lo anterior, en este proceso lo que se ha investigado y cuestiona no es la actividad de las personas que se integran en la red de intercambio de archivos sino la de los responsables de la página que provee este servicio, y que obtienen además una ventaja

económica por su actividad por más que sea indirecta, ya que no se retribuye la descarga sino la publicidad de la inserta en la propia página y que se visualiza con independencia de que se produzca o no descarga.

Los responsables de la página 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 la forma de acceder a las páginas que ofrecen la retransmisión de partidos.

No es desdeñable la postura de quienes sostienen que si se valora la actividad investigada de conjunto y en función del resultado final, las páginas web como la investigada pudieran estar ofertando públicamente obras protegidas y realizando los actos de apoyo necesarios para que los usuarios de la red se comuniquen y utilicen esa oferta pública de las obras. Su labor, desde esta perspectiva no sería de mera intermediación sino el núcleo de actividad que anuncia y posibilita el intercambio masivo de archivos a los usuarios que, sin esa publicidad y organización, no podrían hacerlo o lo podrían hacer de forma significativamente más limitada. Las labores de ordenación y oferta de las obras podrían constituir un acto de comunicación pública no autorizada por más que técnicamente sea el usuario y no el proveedor quien de facto ponga a disposición del público el archivo. El proveedor anuncia y oferta a los usuarios de forma pública la obra protegida y facilita en algunos casos los medios técnicos para que los usuarios enlacen entre sí y realicen la descarga. Tal posición podría tener apoyo en el articulo 20 de la LPI en el que se define el concepto de "comunicación pública" de forma abierta en cuanto dicho precepto define ese concepto jurídica de forma amplia de la siguiente forma: "todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares de cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que esté integrado o conectada a una red de difusión de cualquier tipo".

Sin embargo, deben hacerse las siguientes consideraciones:
a) En atención a los hechos acreditados en este proceso no puede soslayarse la circunstancia de que la página web investigada no

aloja los archivos, ni realiza directamente la descarga. Los archivos se transfieren a través de programas de descarga de amplia difusión entre los usuarios de Internet.
B) Los actos de ordenación y anuncio de los partidos que se transfieren facilitan la descarga pero no pueden equipararse a ésta, por lo que, en principio podrían calificarse de actos de mera intermediación.
C) Por otra parte, la retribución que obtienen los administradores de la página no compensa la descarga de los títulos sino la publicidad derivada del acceso genérico a la página, que es independiente de ésta y que se puede producir aunque no haya descarga.
D) Los gestores de la página, tal y como se indica en el auto impugnado, no facilitan la desprotección de los códigos claves para el visionado de los eventos deportivos, ni realizan conexiones con programas de desprotección, sino que facilitan únicamente el visionado de programas de televisión emitidos en abierto.
Por todo ello, los hechos denunciados no son constitutivos de delito y la decisión de sobreseer las actuaciones es conforme a derecho".

Estos argumentos son de aplicación al presente caso en el que nos encontramos ante una web de enlace cuyos ingresos provienen de los anuncios publicitarios, de la cesión de datos personales o de clicks, lo que como señala una de las partes apeladas implica que la obra intelectual no es objeto de transacción, existiendo otras resoluciones en esta Audiencia que participan del criterio que mantenemos.

En este sentido el auto de 3 de noviembre de 2008 de la Sección 5ª relativo a una web que facilitaba enlaces para ver partidos de fútbol desde el extranjero, se pronuncia afirmando que no podía considerarse la concurrencia del ánimo de lucro ya que no obtenía ningún tipo de beneficio por servir de "link" sino por la remuneración indirecta de la publicidad del portal. Del mismo modo, la Sección 23 en su auto de 11 de mayo de 2010, en relación a los titulares de una web precisa que "*es cierto que financian dichas páginas a través de publicidad (o banners) que varía en su montante en función del número de visitantes pero, salvo algún autor que considera que ello supone la concurrencia de un ánimo de lucro aislado (como Secundino), se desestima la concurrencia de dicho requisito siempre que se trate de una copia a reproducción privada por exigirse un ánimo de lucro directo en la descarga y no meramente indirecto de la página*", sin que la invocación que por otra parte se hace al contenido

del art. 256. 8 de la LECivil modifique lo anterior, ya que cuando este precepto dispone que "se entiende por actos desarrollados a escala comercial aquellos que son realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos" lo hace a los efectos de los supuestos contemplados en algunos de sus apartados y por lo tanto para un supuesto procedimental civil muy concreto y ajeno al ámbito penal.

Al no poderse apreciar la existencia de un ánimo de lucro directamente derivado de la descarga de la obra audiovisual, y faltar uno de los presupuestos del art. 270 del Código penal, debe confirmarse la decisión acordada en la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Pese a desestimarse los recursos, las costas que pudieran derivar de los mismos se declaran de oficio.

En atención a lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

La Sala Acuerda:

Desestimar los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de EGEDA, y de AGEDI, Lauren Films Video Hogar S.A y otras, contra el auto dictado por el Juzgado de Instrucción número 1° de Madrid de fecha 2 de marzo de 2010 en las Diligencias Previas n° 6824/2005, que se confirma.

Se declaran de oficio las costas de estos recursos, si las hubiera.

Notifíquese la presente resolución a las partes con instrucción de que contra la misma no cabe recurso y remítase testimonio de esta resolución al Juzgado de procedencia, para su conocimiento y efectos.

Lo acuerdan, mandan y firman los Magistrados que figuran al margen.