

Rollo número 813/2010

Diligencias Previas número 5741/2002

Juzgado de Instrucción número 3 de Madrid

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION PRIMERA

Ilmos. Sres.

Don Alejandro María Benito López

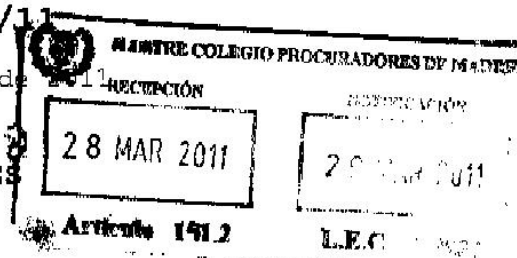
Don Luís Carlos Pelluz Robles

Don Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

AUTO N° 179/11

En Madrid, a quince de marzo de 2011

ANTECEDENTES



PRIMERO.- El día 17 de Junio de 2010 el/la Ilmo/a Sr/a Magistrado/a Juez del Juzgado de Instrucción número 3 de Madrid dictó auto por el que acordó el sobreseimiento provisional y archivo de las diligencias. Notificado a las partes, la representación procesal de EGEDA (Entidad de gestión de derechos de los productores audiovisuales) solicitante de las diligencias, interpuso recurso de reforma y recurso subsidiario de apelación, siendo desestimado el recurso de reforma por auto de 06/09/2010. Posteriormente se ha admitido el recurso subsidiario de apelación, del que se ha dado traslado al Ministerio Fiscal y demás partes, solicitándose la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- Remitido el oportuno testimonio de las actuaciones a este Tribunal para la resolución del recurso se ha señalado el día 23 de Febrero de 2010 para la deliberación, votación y

fallo, designándose Ponente a Don Eduardo de Porres Ortiz de Urbina, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso que nos corresponde examinar se cuestionan dos aspectos de la resolución recurrida. Por un lado, se alega que la actividad desarrollada por los imputados en la página www.edonkeymania.com constituye un ilícito contemplado en el artículo 270 del Código Penal y, por otro, se aduce también que en el marco de la investigación se ha comprobado que la actividad ilícita no se limitaba a la descarga ilegal de obras protegidas sino que se vendían obras a través de la página ebay, también en este caso sin autorización de los titulares.

En relación con la primera de las cuestiones este Tribunal ya se ha pronunciado en varias ocasiones anteriores sobre este mismo tipo de hechos. Estamos en presencia de una página de enlaces que facilita la descarga a través de Internet de obras protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual.

En este proceso no se ha investigado la actividad de las personas que utilizaron la página y descargaron los archivos protegidos sino la de los responsables de la página que proveía ese servicio, y que obtenían además una ventaja económica por la gestión de la web en cuestión.

El resultado de esta larga investigación se resume y compendia en el informe policial obrante a los folios 2.119 a 2.195 de las actuaciones. Según éste, los distintos ordenadores analizados formaban una infraestructura de desarrollo y diseño WEB para la actualización y administración de los sitios WEB conocidos como edonkeymania.com y donkeymania.com cuyo contenido y servicios era similar. Ambos sitios WEB "pueden ser considerados como -web de enlaces- de redes P2P y sus



páginas WEB contienen diversos enlaces en forma ed2K (elinks) a todo tipo de creaciones, mayoritariamente audiovisuales o información relativa a las redes P2P. La inserción de los elinks la realizan los usuarios utilizando el sistema de gestión de contenidos disponible en estos sitios WEB y son los usuarios los únicos que tienen de forma completa o parcial los contenidos de los ficheros que se comparten en dichas redes utilizando los diferentes clientes P2P instalados en los ordenadores de los usuarios”.

Debe determinarse si la conducta investigada tiene cabida en el artículo 270 del Código Penal que castiga como delito a quien *“con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”*.

La jurisprudencia viene analizando con pronunciamientos contradictorios si en esta actividad se produce un acto de comunicación pública y si existe o no ánimo de lucro, requisitos de todo punto necesarios para considerar la conducta como delito. De conformidad con el artículo 20.1 de la Ley de Propiedad Intelectual por comunicación pública se entiende *“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”*. El mismo precepto establece que no se considerará pública la comunicación cuando ésta tiene lugar en el ámbito estrictamente doméstico sin conexión a redes de difusión, como sucede con los videos comunitarios, hoteles, etc.”

En el recurso se sostiene que lo fundamental para que se produzca la comunicación pública es que cualquier persona y

desde el lugar y en el momento que ella elija pueda acceder a la obra y no tanto que la página en cuestión aloje los archivos que contienen la obra protegida y que el hecho de que el beneficio económico sea indirecto no excluye la posible exigencia de responsabilidad criminal. Discrepamos de tales afirmaciones.

A) Técnicamente quien comunica y ofrece la obra es el usuario que pone a su disposición sus archivos para compartirlos con otros usuarios. 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 amplia difusión entre los usuarios de Internet. Los actos de ordenación y anuncio de los títulos que se transfieren realizados por los gestores de la WEB investigada facilitan la descarga pero no pueden equipararse a ésta, por lo que, en principio podrían calificarse de actos de mera intermediación. Por lo tanto, estimamos que la actividad realizada por los imputados no es punible en la medida en que no constituye un acto de comunicación pública de obras protegidas.

B) La retribución que obtienen los administradores de la página no compensa la descarga de los títulos sino la publicidad derivada de la inscripción en la página, que es independiente de ésta y que se puede producir aunque no haya descarga. Además la retribución que obtienen los administradores no sólo deriva de esta labor de intermediación sino de otros servicios que no se contemplan en esta investigación.

C) Por otra parte y siguiendo el criterio contenido en el auto 582/2008 de 11 de Septiembre, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid, el proveedor de servicios de Internet, conforme a lo previsto en el artículo 17 de la Ley 34/2002, está sujeto a responsabilidad siempre que realice su actividad a sabiendas de que los contenidos que facilita son ilícitos y

para ello se requiere una prueba indudable de tal hecho o una previa resolución que en este caso no se ha producido. Respecto del conocimiento de la ilicitud penal del hecho no se puede afirmar que exista al tratarse de una cuestión polémica y discutible hasta el punto de que la mayoría de los pronunciamientos judiciales habidos hasta ahora son contrarios a tal posibilidad.

D) Un argumento más se suma a los anteriores. La resolución administrativa previa prevista en el artículo 17 de la Ley 34/2002 ha sido introducida en la legislación recientemente por la Ley 2/2011, de 4 de Marzo, de Economía Sostenible. En su disposición adicional cuadragésimo tercera se ha modificado la Ley 34/2002 y otros textos legales relacionados (Ley de Propiedad Intelectual, entre otros), un procedimiento administrativo para la identificación de los prestadores de servicios con contenidos prohibidos por la Ley de Propiedad Intelectual con posibilidad de la clausura de la WEB. Se ha creado una Comisión de Propiedad Intelectual en el Ministerio de Cultura, cuya Sección segunda tiene como función la protección efectiva de tales derechos frente a las empresas proveedoras de servicios de Internet. Se dispone que esta sección "podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial. Antes de proceder a la adopción de estas medidas, el prestador de servicios de la sociedad de la información deberá ser requerido a fin de que en un plazo no superior a las 48 horas pueda proceder a la retirada voluntaria de los contenidos declarados infractores o, en su caso, realice las alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas sobre la autorización de uso o la aplicabilidad de un límite al derecho de Propiedad Intelectual. Transcurrido el plazo

anterior, en su caso, se practicará prueba en dos días y se dará traslado a los interesados para conclusiones en plazo máximo de cinco días. La Comisión en el plazo máximo de tres días dictará resolución. La retirada voluntaria de los contenidos pondrá fin al procedimiento. En todo caso, la ejecución de la medida ante el incumplimiento del requerimiento exigirá de la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa".

El Legislador, en vez de modificar el vigente artículo 270 del Código Penal para superar los problemas interpretativos que plantean las páginas de enlace de contenidos de Internet, ha optado por una intervención administrativa para clausurar estas páginas o retirar sus contenidos caso de que se vulneren los derechos de propiedad intelectual. El principio de subsidiariedad del derecho penal es un argumento más para sostener la atipicidad de la conducta investigada. El ordenamiento jurídico ha arbitrado un procedimiento específico para la protección de los derechos de propiedad intelectual frente a la actividad de los proveedores de servicios, procedimiento que debe utilizarse antes de acudir a la jurisdicción penal.

SEGUNDO.- Entrando en el análisis de la segunda queja del recurrente, no cabe sino su estimación. En el curso de la investigación se tienen indicios de que, además de las descargas, se ha procedido a la venta de obras protegidas a través de la empresa ERAY. Las últimas diligencias de investigación han girado en torno a tal cuestión y en el auto de sobreseimiento nada se afirma sobre tales hechos. Ciertamente estos hechos son distintos de los inicialmente investigados y parece que el responsable de los mismos es sólo una de las personas investigadas, pero lo cierto es que pueden constituir una infracción penal en la modalidad de venta no autorizada de obras protegidas y debe ser objeto

de investigación. Por tal razón, procede estimar parcialmente el recurso dejando sin efecto el sobreseimiento de tales hechos a fin de que en el mismo expediente o en uno nuevo, previa deducción de testimonio de los particulares que se estimen procedentes, se investigue este hecho.

TERCERO.- Estimándose parcialmente el recurso deben declararse de oficio las costas procesales de esta alzada, según autorizan los artículos 239 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: **ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de EGEDA con las Diligencias Previas 5741/2002 por el Juzgado de Instrucción número 3 de Madrid que se revoca parcialmente en los siguientes términos:

- 1.- Se deja sin efecto y se revoca el auto de sobreseimiento citado sólo en relación con la supuesta actividad de venta de obras protegidas a través de la empresa EBAY. En consecuencia, bien en el mismo procedimiento, bien mediante un procedimiento independiente, incoado a partir del testimonio de particulares que se estime procedente, deberá completarse la investigación de ese hecho.
- 2.- Se confirma íntegramente la decisión de sobreseimiento libre respecto de los restantes hechos investigados en las presentes diligencias.
- 3.- Se declaran de oficio las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución, contra la que no cabe recurso alguno, y póngase en conocimiento del Juzgado de Instrucción, remitiendo certificación de la presente resolución.

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