

Juicio Oral Nº 15/13

Juzgado de lo Penal nº 3 de los de Valencia

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

El Ilmo. Sr. D. Jesús Leoncio Rojo Olalla, Magistrado-Juez con destino en el Juzgado de lo Penal nº 3 de esta ciudad, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA Nº 313/2013

En Valencia, a veinticuatro de junio de dos mil trece.

Habiendo sido visto en Juicio Oral y Público, ante el Ilmo. Sr. D. Jesús Leoncio Rojo Olalla, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal nº 3 de los de Valencia, los presentes autos de **Juicio Oral nº 15/13**, dimanantes del expediente de Procedimiento Abreviado nº 52/12 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Mislata, **por delito continuado de DEFRAUDACIÓN DE PROPIEDAD INTELLECTUAL**, con la asistencia del **Mº Fiscal** (representado por D. Hugo Yáñez); de las **acusaciones particulares asumidas por LAUREN FILMS VIDEO HOGAR S.A. y siete más**, estando representadas por Procurador de los Tribunales, en la persona de Dª Teresa Pérez Orero, y asistidas de Letrado, en la persona de Dª _____); y **ENTIDAD DE GESTION DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES, EGEDA**, estando representada por Procurador de los Tribunales, en la persona de Dª María Ángeles Más Victoria, y asistida de Letrado, en la persona de Dª _____
y delacusado

_____ sin antecedentes penales, sin adopción de medidas cautelares sobre su situación personal, estando representado por Procurador de los Tribunales, en la persona de Dª María Solano Vilana, y asistido de Letrado en la persona de D. _____; resulta,

2 ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO: La presente causa se sustanció tras la recepción del atestado instruido por el Puesto de la Guardia Civil de Rivas-Vaciamadrid, bajo el nº 2008-338-3695.

En el Juicio Oral concluido el 21 de mayo de 2013, y en trámite de calificación definitiva, la acusación particular asumida por la entidad EGEDA solicitó la condena de _____ como autor responsable de un delito continuado de defraudación de propiedad intelectual, previsto y penado en los Arts. 270, 271-b y 74 del C. Penal, por no consentida reproducción y comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales de los Arts. 18 y 20 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad, e interesando la imposición de

pena de prisión en la extensión de 3 años con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de condena; y multa en extensión de 18 meses, con cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, y a que en vía de responsabilidad civil indemnice a la entidad EGEDA en la suma de 55.940'56 euros más intereses.

Por la acusación particular asumida por ADIVAN y otros, se solicitó la condena de _____ como autor responsable de un delito continuado de defraudación de propiedad intelectual, previsto y penado en los Arts. 270, párrafo 1º, 272 y 74 del C. Penal, por no consentida reproducción y comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales de los Arts. 10, 17, 18 19 y 140 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad, e interesando la imposición de pena de prisión en la extensión de 2 años con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de condena, y multa en extensión de 24 meses, con cuota diaria de 12 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, y a que en vía de responsabilidad civil indemnice a la entidad ADIVAN y otras en la suma de 27.130 euros en total, según detalle que indicó para cada entidad acusadora.

Por la defensa del acusado se solicitó la libre absolución de su asistido; al respecto alegó que la actividad desarrollada por el acusado era de mero enlace; que salvo la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Vizcaya, que se citó por las acusaciones, el resto de sentencias viene a considerar atípica la actividad de enlace; que enlace no es comunicación pública; que los enlaces son cadenas alfanuméricas que se escriben y no se suben; que enlace es distinto al archivo en sí; que no se reproducen porque es distinto a enlazar; el Art. 20-1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual exige que para poner a disposición es preciso tener el archivo; si no se tiene el archivo, no se puede poner a disposición; apeló al tenor del Art. 271 en la reforma de C. Penal pendiente de aprobar, y que contempla de forma expresa, frente al tenor actual, la figura del enlazador, lo que corroboraría el carácter atípico de la conducta en la actualidad; por otra parte y en cuanto al lucro, sostuvo que no hay tal si quien ve el archivo no paga al enlazador; además el lucro debe serlo como actividad comercial y no de mero receptor por publicidad; por último, discrepó de la valoración de la responsabilidad civil al dudar de los criterios utilizados por el perito y de su competencia profesional.

Concluida la vista y dada audiencia al acusado, quedó el Juicio finalizado para sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO:En la presente causa han resultado probados los siguientes hechos:

"El acusado es _____ mayor de edad y sin antecedentes penales.

Durante los ejercicios de 2007 y 2008 el acusado ha venido actuando como administrador de las páginas web www.divxonline.info, www.estrenosonline.es y www.seriesonline.es; a través de estas páginas, el acusado facilitaba el acceso

a diverso material audiovisual para su visionado directo o para su descarga; el visionado se realizaba online, desde la página propia del acusado, por el procedimiento del streaming, tecnología que permite visualizar contenidos multimedia sin necesidad de esperar a que se descarguen en el disco duro, facultando, así, el visionado en tiempo real, desde la propia web, de ficheros de audio y video aunque estuviesen alojados en otros servidores, siéndolo, principalmente, en Megavideo.

En concreto y desde la página www.divxonline.info, el acusado utilizaba una página web intermedia denominada www.okmessenger.com, de la que también era administrador, y desde la que se recuperaban las películas de los servidores de Megavideo, facilitando el visionado en www.divxonline.info. Las películas alojadas en Megavideo y que se ofrecían en esta página www.divxonline.info, solo se podían ver o descargar desde esta página, sin que se pudieran ver directamente en Megavideo. Además, la página de www.divxonline.info contenía un enlace, denominado colaborador, que daba acceso a un formulario mediante el que cualquier visitante de la web facilitaba al administrador los enlaces de películas alojadas en los servidores que se publicitaban en la misma web. Este enlace era el que posteriormente se incluía en la página web de www.divxonline.info para que cualquier usuario de Internet que la visitara, al elegir una película de las ofertadas, pudiera visionarla directamente desde dicha página. La web www.divxonline.info no necesitaba tener en su poder los archivos de las películas ni en servidores gestionados por la página.

Por otra parte y para facilitar el visionado, el acusado ponía a disposición de los visitantes de la web un software que les permitía la reproducción de las obras audiovisuales en su totalidad, sin limitación de tiempo, para el caso de que existiesen restricciones por parte de los servidores donde estaba alojada la obra.

Con la mecánica de proceder, el acusado en y a través de, al menos, la página www.divxonline.info, estaba facilitando el acceso libre a usuarios de internet sobre obras audiovisuales consistentes en películas y series de televisión, careciendo, a tal objeto, de autorización de los legítimos titulares de los derechos de propiedad intelectual.

El acusado obtenía ingresos de publicidad derivados de los banners o espacios cedidos o explotados directamente y asentados en el formato de la página, y así, al menos entre 2007 y 2008, obtuvo el pago de 16.931'23 euros desde la entidad gestora de espacios de publicidad en internet denominada Impresiones Web S.L."

SEGUNDO:La construcción de hechos probados parte del relato incorporado a autos por acusación particular asumida por Adivan y otros, idéntico, en lo esencial sobre proceder del acusado, al tenor del escrito de acusación, elevado a definitivo, de la entidad Egeda. El tenor del relato tan solo ha introducido las siguientes modificaciones:

- a) Por una parte se dice que "Este enlace era el que posteriormente se incluía en la página web de www.divxonline.info para que cualquier usuario de Internet que la visitara, al elegir una película de las ofertadas, pudiera visionarla directamente desde dicha página.", y se ha excluido el añadido de "sin tener

que entrar en la web del servidor"; si por servidor se entiende el megaservidor, en particular Megavideo, como depósito de los archivos, es evidente que no es cierta la afirmación pues, como indicó el agente de la Guardia Civil que intervino en autos, agente nº [redacted] precisamente lo que se hacía era descargar la película desde el megaservidor, apareciendo incluso los banners de publicidad que el megaservidor había colocado en la presentación de la película, de forma que se accedía a este y se trasladaba a la reproducción en el entorno de la página web www.divxonline.info.

- b) De otra, se ha excluido la mención de ingresos indirectos desde la publicidad de Megavideo porque es una afirmación que no ha tenido respaldo objetivado, pago acreditado en origen.
- c) Y se ha excluido la cita a otros ingresos distintos a los de Impresiones Web, aludiendo las acusaciones a unos ingresos de 26.846'59 euros que aparecen en las cuentas de Bancaja, porque no consta referido el origen concreto para poder valorar en qué medida pudiera obedecer al tráfico de publicidad en la o las web gestionadas por el acusado.

Por lo demás, la defensa, en informe, no ha entrado en la mecánica descrita por las acusaciones en orden a la forma en que se operaba con las obras audiovisuales desde las páginas web del acusado, ni se ha hecho mención, también desde la defensa, a posibles dudas sobre la titularidad de las páginas. Y todo ello acompañado del silencio mantenido por el acusado en la vista al acogerse a su derecho a no declarar. Por otra parte, la mecánica de la operativa ha venido a ser expuesta por los agentes [redacted] y [redacted].

Sobre los ingresos desde Impresiones Web S.L., es cierto que el legal representante que compareció por videoconferencia no estaba muy informado sobre el particular, pero en todo caso consta el escrito de la entidad en que se informó de ese extremo.

De interés, por lo que se dirá abajo, es que no se ha incorporado el dato técnico expuesto en sala por el agente de la Guardia Civil con TIP [redacted], relativo a que a través de www.divxonline.info solo se podían visualizar las obras audiovisuales que previamente habían sido subidas al megaservidor a través de la propia página de www.divxonline.info; incluso, los agentes [redacted] y [redacted] informaron en sala que entre el material intervenido en los ordenadores del acusado, se halló una cuenta "premium", con clave, que concedía Megavideo a clientes muy concretos y que, por su capacidad, sí permitía su empleo para subir al megaservidor archivos de una extensión propio para incorporar películas, si bien los agentes no tenían evidencias de su uso por el acusado con esa finalidad; asimismo, estos agentes indicaron que entre el material hallaron una agenda Finocam que contenía fechas y dirección de colocación de películas. En todo caso, se trata de un extremo -el de que solo se pudieran ver archivos subidos a través de las web del acusado- que por no haber sido relatado en las acusaciones y por el interés que pudiera tener en la calificación, no se ha introducido de oficio al estar vetada las modificaciones al relato que puedan incidir en la calificación, en particular, en la consideración de hecho punible.

1 FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Los hechos declarados probados se examinan sobre la base de la sentencia que ha sido citado por las partes -de la Ilma. Audiencia Provincial de Bilbao, Sección 1ª, nº 530/11, de 27 de septiembre, recurso de apelación nº 211/2011-, única, parece ser, que habría recogido un pronunciamiento de condena en una situación pareja, y que dice lo siguiente:

"HECHOS PROBADOS: Debe corregirse la sentencia en el sentido de incluir el siguiente relato de hechos probados:

Los acusados Ernesto y Leovigildo , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, puestos de común acuerdo y durante el periodo comprendido entre octubre de 2005 a marzo de 2007, pusieron a disposición de los usuarios de Internet enlaces que reproducían obras protegidas por derechos de autor sin contar con la autorización de los titulares de esos derechos y ofreciendo la descarga gratuita de los archivos, causando el correspondiente perjuicio a los titulares de las obras.

Realizaban esta actividad a través de las páginas web "fenixp2p.com" y "mp3-es.com" de las que ambos eran administradores, donde sistematizaban, ordenaban y hacían una reseña de la obra correspondiente, incluyendo los enlaces a los archivos de páginas de intercambio, siendo la relación de enlaces lo que albergaban en su propio servidor. Cuando el usuario accedía a ese enlace lo hacía a través de tales páginas de intercambio de archivos, pero obtenía una descarga directa de la obra en cuestión.

Los acusados llevaban a cabo esta actividad con la intención de obtener ganancias a través de la publicidad que ofrecían en ambas páginas, calculándose los ingresos obtenidos en tal concepto mediante un sistema basado en el número de visitas a las páginas. Para ello contrataron con las empresas Net Real Solutions Group S.L. e Impresiones Web S.L., habiendo abonado NRS Group por la publicidad alojada en fenix.com la cantidad de 6.022,47 euros a Ernesto y por la publicidad alojada en mp3-es.com 25.950,96 euros a Leovigildo ; y habiendo abonado Impresiones Web SL. por la publicidad alojada en fenixp2p.com 3.600,12 euros a Ernesto y 4.969,55 euros a Leovigildo por la publicidad de la página mp3-es.com.

FUNDAMENTOS DE DERECHO...

CUARTO. Pasamos a analizar la tipicidad de la conducta que consideramos acreditada en los términos que hemos hecho constar en el relato de hechos probados, partiendo de la base de que todas las partes personadas y el propio Juzgador se han hecho eco de la controversia jurídica creada en torno a esta cuestión, por lo que merece un análisis más detenido.

Sin embargo, lo primero que debemos indicar es que la argumentación de la sentencia no puede ser aceptada pues en definitiva niega la tipicidad de la conducta por dos motivos: por entender que "Internet es un sistema de enlaces entre ordenadores a través de una gran red electrónica virtual de información y que lo que tal sistema ha venido a permitir ha sido el superar el intercambio tradicional entre particulares de soportes físicos para llegar a un intercambio entre internautas usuarios mucho más rápido y con alcance general de archivos de todo tipo..."; y como segundo argumento indicando que "las páginas a que se refiere nuestro procedimiento no alojaban archivos como tales sino enlaces, ni realizaban directamente la descarga de los mismos", por lo que concluye que no encaja en las conductas del art. 270 CP.

Es evidente que el primero de los argumentos no tiene base jurídica alguna y el hecho de que Internet tenga unas características concretas (como plataforma de comunicación y de transmisión de datos) entre las que puede destacarse la ausencia de controles expresos, el favorecimiento del anonimato, o la facilidad o rapidez; en la conexión y en la comunicación, ello no justifica desde luego que se lesionen derechos o que se atente contra bienes de otras personas, o contra su intimidad, o que se acceda a la información de otro sin la autorización correspondiente, no justifica en definitiva que se lleven a cabo conductas ilícitas.

Y en cuanto al segundo argumento utilizado por el Juzgador, como diremos a continuación, y aun considerando que los archivos no eran descargados en el servidor de los dos acusados, y entendiéndolo que lo que ofrecía la página eran meros enlaces, la Sala considera que la conducta sí constituye comunicación

pública y en tal sentido es típica con arreglo a lo dispuesto en el art. 270 del CP.

Según sostienen los dos acusadosellos no procedían en ningún caso a descargar los archivos en su servidor, se limitaban a reseñar una serie de contenidos que cualquier usuario podría encontrar en las páginas que se utilizan para compartir archivos como Emule o Edonkey. De este modo, señalan, realizaban una labor de intermediación consistente en facilitar enlaces a otros contenidos y tal labor está, regulada en el art. 17 LSSI (Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico), según el cual tal conducta no lleva consigo responsabilidad alguna por la información o por el contenido, siempre que los prestadores no tengan conocimiento efectivo de que la actividad a la que remiten es ilícita o lesiona bienes o derechos de terceros.

Este argumento ha sido acogido por diversos tribunales en nuestro país, pudiendo citarse entre otras muchas la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de marzo de 2011. Según tales resoluciones la propia ley en el art. 17 expresa cuándo se tiene conocimiento efectivo de la ilicitud de contenido al que se enlaza, indicando que se entenderá que un prestador de servicios tiene conocimiento efectivo de la ilicitud "cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos y el prestador conociera la correspondiente resolución". Las sentencias que aplican este artículo hacen una interpretación literal del mismo y se acogen al principio de intervención mínima considerando que las conductas como las que nos ocupan (las páginas de enlaces) no son punibles. Sin embargo, esta Sala no está de acuerdo con el planteamiento.

Este artículo 17 de la LSSI plantea la responsabilidad del prestador de servicios en labores de intermediación en relación con el contenido enlazado. Y sostiene que quien hace esa labor no es siempre responsable del contenido de la página o de los datos que se ofrecen en otro lugar de la red. El régimen de la responsabilidad se invierte y salvo que conste que el prestador de servicios de intermediación tiene conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos, se le exime de cualquier responsabilidad. Pensemos precisamente en los buscadores, a los que se refieren las defensas con insistencia, o en páginas que ofrecen relaciones de enlaces a otras páginas. La ley establece que no puede hacerles responsables de que esas páginas a las que enlazan tengan un contenido ilícito (pensemos, por ejemplo, en un contenido de carácter xenóforo o que atente contra el honor de un tercero), de manera que el prestador de servicios de intermediación sólo sería responsable si tuviera conocimiento efectivo de que el contenido enlazado es ilícito.

Pero en el caso que nos ocupa los acusados enlazan con películas o con música. El contenido en sí no es ilícito (podría serlo si alguna de las cintas incluyera contenido pedófilo por ejemplo, pero no es el caso). Y tampoco sería ilícito si lo que hicieran los acusados fuera enlazar con la página P2P de intercambio privado de archivos. Si el enlace fuera a la página P2P, los acusados estarían dando acceso a una página cuya actividad no es ilícita puesto que, como ellos mismos han indicado, la actividad de compartir archivos no se ha considerado ilícita por los tribunales (desde el punto de vista del usuario que participa en el intercambio de archivos).

Pero en nuestra opinión el enfoque es incorrecto: no se trata de valorar si el contenido al que acceden es ilícito, sino de valorar su actividad, es decir, si con su actividad los acusados realizaban un acto de comunicación pública. Dicho de otro modo, aunque consideremos la labor de los acusados como de intermediación, lo que solo puede ser entendido en nuestra opinión en un sentido muy amplio del concepto, entendemos que el art 17 de LSSI al que se remiten las defensas no es el más adecuado para regular la responsabilidad de los dos acusados puesto que, como hemos visto, lo relevante en este caso no es la licitud o la ilicitud del contenido, sino su actividad.

Lo que hacen los acusados es entrar en la página de intercambio de archivos y extraer de ella un enlace de archivo de música o de película que albergan en su servidor (el enlace), sacándolo de ese contexto de página de intercambio para convertirlo en un archivo de descarga directa en otro lugar. Técnicamente cuando el usuario pincha en "descargar" realiza un acceso a la página P2P correspondiente, pero solo como trámite informático necesario para acceder al archivo. Los acusados no llevan al usuario a ese entorno de intercambio, sino que consiguen que acto seguido y sólo con esa acción de hacer un clic en "descargar" accedan a la película o la música correspondiente. En nuestra opinión, esta labor técnica y de alteración de la

naturaleza de la página a la que dan acceso (permitiendo una descarga directa de su contenido fuera de ese contexto de intercambio), hace muy cuestionable que el art. 17 sea aplicable a tal actividad. Como hemos visto, el art. 17 se preocupa por la licitud del contenido enlazado por un prestador de servicios de intermediación, pero compartimos con los recurrentes que se trata más bien de un acto propio a través del cual (a través del artificio técnico de introducir al usuario en la página de intercambio de archivos P2P y dar acceso directo a un contenido concreto de esa página) los acusados realizan un acto propio de comunicación, un acto de puesta a disposición a cualquier usuario potencial de esa página de un contenido que vulnera derechos de terceros.

El argumento de las defensas en el sentido de que al ser contenidos que están en la red son contenidos accesibles para cualquiera y que los acusados se limitaban a informar de que las obras estaban disponibles en otro servidor (similar, dicen, a la reseña de películas de un periódico) no es admisible en ningún caso. Con su intervención técnica y tras haber indexado, clasificado y comentado las obras, lo que hacían era poner a disposición de manera directa la descarga. Es decir, era su actuación directa y no su labor de intermediación la que lograba el resultado del acceso a la obra en cuestión. En este sentido entendemos con los recurrentes que esta actuación directa está contemplada en la LPI art. 20 como un supuesto de comunicación pública y que en tal sentido configura el tipo penal que refleja el art. 270 CP. Y en todo caso, y desde la perspectiva de la LSSI que ha venido aplicándose a estos supuestos, y dado que no consideramos adecuada la aplicación a la acción de los acusados del art. 17 citado arriba, considera la Sala que sería más adecuada la aplicación del art. 15 de ese texto legal. Se refiere este artículo a "los prestadores de servicios de intermediación que transmitan datos facilitados por un destinatario y que con la única finalidad de hacer más eficaz, su transmisión los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal." Creemos que éste es el caso que nos ocupa porque lo que hacen los acusados es crear una página con diversos enlaces ("datos" en un sentido informático) que alojan en sus servidores y lo hacen de forma temporal. Y señala este artículo 15 que estos prestadores de servicios no son responsables "por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, sí:

b) Permiten el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplen las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita.

Y como hemos dicho arriba, es precisamente éste el caso que nos ocupa, puesto que lo que hacen los acusados es permitir el acceso directo a los archivos, al contenido de esos enlaces (o datos) sin cumplirse las condiciones de una página de intercambio de archivos y creando con su acción una página de descarga directa. Y siendo esto así y según la LSSI, estos prestadores de servicios si serían responsables por esta actividad que en definitiva es de comunicación pública de una información caía lesiona derechos de propiedad intelectual de terceros.

En definitiva, tanto desde la perspectiva del LPI como de la LSSI entiende el Tribunal que la actividad de los dos acusados, en cuanto albergaban en sus servidores los enlaces a las obras concretas, en cuanto los indexaban y reseñaban, y en cuanto realizaban la labor técnica necesaria para que se produjera la descarga directa del archivo en cuestión, está sujeta a la responsabilidad correspondiente, que en este caso es naturaleza penal, puesto que entendemos que con ello comunicaban públicamente unas obras para las que no se habían abonado derechos de autor, permitiendo que los usuarios de la página accedieran a ellas igualmente sin abono alguno.

Dicho esto, debemos indicar que también se dan el resto de los elementos previsto en el art. 270 CP y en concreto el ánimo de lucro que ha sido cuestionado por las partes. Los acusados siempre han reconocido en todas sus declaraciones que obtenían ingresos en concepto de publicidad y así queda acreditado documentalmente de manera profusa en las actuaciones. Y en este sentido han reconocido que los ingresos por publicidad dependían del número de accesos a las páginas que administraban, y añadimos nosotros, ello está directamente unido al contenido que ofrecían (la posibilidad de descarga directa y gratuita de archivos). No cabe duda, a nuestro juicio, de que esta actividad estaba orientada a obtener ingresos por este medio y de que por lo tanto concurre el ánimo de lucro cuestionado.

Cabe recordar en todo caso que el concepto del ánimo de lucro ha sido entendido de una manera muy amplia por los tribunales y puede citarse en tal sentido la STS de 21 de julio de 2006 que nos recuerda que "el ánimo de lucro tradicionalmente ha sido entendido por esta Sala como el propósito del autor dirigido a la obtención de un beneficio, ventaja o utilidad, para sí o a para un tercero, que trate de obtener el sujeto activo y a cuyo fin despliega una conducta, incluyendo las pretensiones meramente lúdicas, contemplativas o de ulterior beneficencia. En definitiva, todo provecho o utilidad de naturaleza económica que una persona se proponga obtener mediante una conducta ilícita". QUINTO. Una vez establecido todo lo anterior y dado que la Sala entiende que los recursos deben ser estimados, consideramos que los dos acusados son autores de un delito relativo a la propiedad intelectual, previsto y penado en el art. 270,1ª CP."

Al respecto, las acusaciones particulares han sostenido la naturaleza penal de la conducta en base a la posibilidad ofrecida por la página web para la práctica del streaming o visionado en directo, en tiempo real, del archivo audiovisual y, además, en la propia página web administrada por el acusado, de forma que el acusado realizaría la comunicación pública, el visionado, en su propia página; y ello en la exclusión de la situación que describe el Art. 17 de la LSSI; a lo expuesto agregaron que el acto de comunicación pública lo hace la propia web del acusado aunque la película está alojada en otro servidor; que comunicación pública consiste en la mera puesta a disposición según el Art. 20 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual; y que la organización de los enlaces y la subida de los mismos, se hacía por sí o por terceros; agregaron que el acusado era consciente de todo este irregular proceder.

Y en ese panorama, véase que la sentencia que se cita apela, en todo caso, a la previsión de la LSSI; es consciente de que tratándose de redes de internet, existe una previsión del legislador al respecto y que no se puede omitir, y que, a su vez, determina el marco de la responsabilidad penal posible, y así lo dice el Art. 13 de la LSSI cuando, con carácter preceptivo, señala:

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.

Verdaderamente, la norma se refiere a labores de intermediación, pero véase que en su tenor, a través de los artículos que siguen, contempla distintas figuras, y tanto si almacenan la información en sus servidores como si se limitan a facilitar enlaces; se regula todo lo relacionado con las distintas maneras de acceso a los contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual, y en ello cabe incluir el mero reenvío a otra página web o la exhibición directa desde el propio servidor; así es porque viene a considerar enlazador –en el Art. 17 de la LSSI- tanto quién facilita el enlace –la URL del archivo- como quien incluye en sus propios contenidos de la página web los directorios de otros; es decir, se contempla tanto quién comunica el enlace como quien se constituye en enlace que permita engarzar con otras direcciones de web y consiguiente URL para facilitar la descarga del archivo, y bien, a falta de distinguos, para lectura directa, a tiempo real, como para descarga en el disco duro del usuario. Y si bien la proyección directa del archivo en la propia página, su visionado inmediato, puede ser considerado acto de comunicación pública, es lo cierto que el Art. 17

contempla un régimen de exclusión de la responsabilidad y a la que, por la generosidad de la norma frente a la evidencia de la irregularidad para la persona común, se acoge el acusado en cuanto que se dice "Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse." No cabe compartir el criterio expuesto en la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Vizcaya acerca de que el Art. 17 de la LSSI se refiere solo a contenidos; y ello es así porque es evidente que en la introducción, en el párrafo primero, alude y discierne sobre la figura del enlace, y describe las situaciones posibles en que se puede realizar un cometido de enlace. Asimismo, y también discrepando de la interpretación del mismo órgano judicial, no sería de aplicación el Art. 15 de la LSSI pues resulta evidente, y así está admitido por las acusaciones, que en ningún momento los archivos de audiovisuales se han encontrado almacenados en el servidor o servidores con los que trabajan las páginas web administradas por el acusado, siendo así que frente a lo dicho en la sentencia arriba citada, el Art. 15 exige almacenamiento de la información en el propio servidor de la página web defraudatoria, con más o menos duración. En cuanto al hecho de que el software de la página www.divxonline.info dispusiera de un dispositivo para bloquear las limitaciones de tiempo en la descarga de la película durante su visionado, no altera lo fundamental, que es la exigibilidad de la responsabilidad basada en que el sujeto activo de la conducta sea conocedor de la limitación de acceso y difusión, vía enlace, a esos archivos y como consecuencia de resolución expresa, judicial o no, que le haya sido trasladada de alguna manera; por el contrario, respondería a una manipulación con fines de lucro, consiguiendo mayor número de visitas por el tipo de servicio prestado y, en consecuencia, mayores retribuciones por publicidad de la web.

A lo anterior cabe agregar que sería razonable considerar que la conducta pudiera variar en la calificación si se hubiese incorporado el dato al que arriba se ha hecho mención -que a través de la página www.divxonline.info solo se veían las películas o audiovisuales que previamente habían sido subidos al megaservidor a través de la propia página, de forma que, unido a que solo se podían ver a través de esa página los archivos depositados en el megaservidor y publicitados en la página, determinaría que tales archivos solo existían y se podían visualizar merced a la labor del acusado, en cuanto administrador de la página-; dicho de otra manera, solo el acusado sería responsable de que esos archivos se pudieran visualizar porque su existencia obedecería a su incorporación a través de su página; dejaría de ser mero enlazador y se convertiría en comunicador público con el solo matiz de que el almacén empleado no sería su propio servidor sino otro abierto a colaborar con él como tal, los megaservidores -Megavideo, Veo, TVTV...- y sobre los que luego actuaría recuperando su material, el subido desde su página web, bloqueando los elementos de seguridad del megaservidor; sin embargo, y como se ha dicho, este extremo fáctico no se ha incorporado al relato y, por tener carácter fundamental para la calificación, no cabe la incorporación de oficio para no conculcar el derecho de defensa del acusado.

Sobre lo referido, y como criterio que se expone en situación idéntica, de práctica de streaming, véase el tenor del auto nº 369/2011 de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 29ª, de fecha 30 de junio, recurso de apelación 281/11, que dice:

SEGUNDO.- Entrando a conocer de la cuestión de fondo, sostiene la recurrente que la actuación denunciada realizada en web www.peliculasok.com

conocida como streaming, por la que se pone a disposición de los usuarios que acceden a ella copias de películas cinematográficas de reciente estreno, posibilitando mediante unos enlaces que tiene la propia página, acceder a los archivos que contienen películas y que el usuario puede visualizar en tiempo real sin descargas llevada a cabo, constituye un acto de comunicación pública definido en el artículo 20.2.i) del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. No constando con autorización. Y proporcionando esta actividad a sus titulares un lucro que se deriva de la publicidad a través de los banners insertados en toda la página.

El Ministerio Fiscal impugna el recurso y entiende que ni estamos ante un acto de comunicación pública, como dice la SAP de Navarra de 20 de diciembre de 2007, ni concurre el elemento de ánimo de lucro remitiéndose a lo expuesto en este sentido en la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado.

Estamos ante una tema polémico que no se ha resuelto de manera pacífica, existiendo resoluciones de otras Audiencias Provinciales favorables a considerar esta conducta como incardinable en el delito del art. 270 C.P. (entre otras, Auto 732/2009, 11-11-2009, Sección 3ª, AP. Barcelona; Auto 201/2009, 16-9-2009, Sección 5ª, AP. Murcia; Sentencia 40/2008, 18-2-2008, Sección 1ª, AP. Cantabria; Auto 30-9-2009 (Rollo Apel. 241/2009), Sección 2ª, A P. Álava; Auto 26-10-2010 (Recurso 499/2010) AP Valencia, Sección 3ª; además de los acompañados por la recurrente a su recurso); mientras que otras niegan que estemos ante un delito (Auto 582/2008, 11-9-2008, Sección 2ª de la AP. Madrid; Auto 3975/2008, 3-11-2008, Sección 5ª AP. Madrid; Sentencia 223/2007, 20-12-2007, Sección 3ª, AP. Navarra; Autos de 15y 10-3-2011y 27-4-2010 Sección 1ª AP Madrid; Auto 11-5-2010, Sección 23ª AP Madrid y etc).

Y es con esta última postura con la que se alinea este Tribunal.

En primer lugar porque denunciándose una página web que además de ofrecer enlaces de superficie, ofrece enlaces de profundidad-que vinculan a una página interior de otra web distinta - y enlaces P2Plink -que vinculan los archivos de todos los ordenadores de particulares que se hallen interconectados con él-, posibilitando algunos de los sitios web con los que enlaza el visionado de las películas a tiempo real a través de las mismas, estamos ante unos actos de mera intermediación, sin que la página web denunciada tenga los archivos en su servidor ni realice directamente la descarga.

En este sentido, el Auto de 27 de abril de 2010 de la Sección 1ª AP Madrid, que resolvió sobre esta materia en un caso en el que la página web establecía enlaces para bajar, a través de programas de intercambio P2P, archivos o ficheros de contenido diverso entre los diversos usuarios, partidos de fútbol emitidos en otros países y cuyos derechos de explotación es España correspondían en exclusiva a la querellante, denunciándose al responsable de la página que provee un servicio de intercambio de archivos, declara que: "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 artículo 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."

En igual línea, la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, dice que "En lo que respecta a 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 arts. 14a 18 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico".

En segundo lugar, por no mediar el elemento del ánimo de lucro exigido por el tipo del artículo 270 C.P. Si bien las antes citadas resoluciones judiciales que consideran que hechos como los denunciados constituyen un delito contra la propiedad intelectual defienden una interpretación extensa del lucro, incluyendo el lucro indirecto obtenido a través de la publicidad inserta en la página web; consideramos que este elemento debe ser interpretado en el sentido estricto de lucro comercial, relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos en los que puede estar implícito un propósito de obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial. No teniendo tal carácter la retribución que obtienen los administradores de la página denuncia por la publicidad que contiene la página, pues tal retribución 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; de manera que la obra intelectual no es objeto de transacción. En este sentido, como dice la Circular de la Fiscalía 1/2006 "Debe tenerse en cuenta que la distinta naturaleza de estos derechos, que recaen sobre bienes inmateriales, a la de los derechos patrimoniales o de propiedad hace necesaria una valoración del elemento subjetivo del ánimo de lucro distinta a la que el TS tiene establecida respecto de los delitos contra el patrimonio. (En este sentido en las SSTS Sala 2 nº 1578/2002, de 2 de octubre, y nº 876/2001, de 19 de mayo, en las que el TS se pronunció sobre la comisión de delito en supuestos de emisión 36 por cable de obras audiovisuales sin autorización de los titulares de la propiedad intelectual, se contemplan respectivamente casos en los que los infractores actuaron con lucro comercial y en el marco de una actividad empresarial).

En apoyo de la anterior interpretación, debe señalarse que en la Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo presentada por la Comisión el 12-7-2005, sobre medidas penales para asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, se contempla en su artículo 3. la consideración por los Estados Miembros como delito de "todas las infracciones intencionales de los derechos de propiedad intelectual a escala comercial..." Este criterio a su vez es tomado del art. 61 del Acuerdo sobre aspectos relacionados con el Comercio de los Derechos de Propiedad Intelectual, firmado el 15 de abril de 1994, por todos los miembros de la Organización Mundial del Comercio. Por otro lado, si tenemos en cuenta que en el marco del derecho comunitario con el que debe estar armonizado nuestra legislación interna, la materia de derechos de propiedad intelectual industrial tiene un tratamiento unitario y uniforme, no parece responder a un régimen de protección penal equivalente, el que se exija que tratándose de derechos de propiedad intelectual el elemento subjetivo del ánimo de lucro, pueda ser integrado por cualquier tipo de ventaja o beneficio particular, y en el caso de derechos contra la propiedad industrial, el elemento subjetivo sea exclusivamente el de un de lucro comercial o industrial."

En tercer lugar porque, siguiendo el criterio del Auto 582/2008 de 11-9 de la Sección 2ª AP Madrid, recogido en el Auto de 15-3-2011 de la Sección 1ª AP Madrid, y de la citada Circular 1/2006 de la Fiscalía, **la responsabilidad de los proveedores de servicios en la sociedad de información exige que realice la actividad a sabiendas de que los contenidos que facilita son ilícitos, requiriéndose para ello una prueba indudable de tal hecho o una previa**

resolución administrativa que aquí no se ha producido (art. 17 de la Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico).

Pero además, el legislador en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, ha desarrollado la resolución administrativa previa a la que se refiere el art. 17 Ley 34/2002, estableciendo un procedimiento administrativo para la identificación de los prestadores de servicios con contenidos presuntamente vulneradores de la propiedad intelectual con posibilidad del cierre de la página WEB, creando la Comisión de Propiedad Intelectual, como órgano colegiado de ámbito nacional, compuesta de dos Secciones, atribuyendo a la sección segunda la competencia para adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual 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 (Disposición Final Cuadragésimo tercera de la ley 2/2011).

De manera que, como informa el Ministerio Fiscal, el legislador ha optado por una intervención administrativa frente a las infracciones de los derechos de propiedad intelectual por los prestadores de servicios de la sociedad de información. Lo que enlaza con el principio de subsidiariedad y de intervención mínima del derecho penal (en este sentido, cf. Circular 1/2006 Fiscalía General del Estado)."

Con lo anterior, sin embargo, no se pueda olvidar que en el ámbito de este procedimiento, y con criterio de superioridad sobre el de sede de Juzgado Penal, consta el pronunciamiento de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3ª, en auto de 26 de octubre de 2010, que acoge, sin embargo, la consideración de comunicación pública en la práctica del streaming realizada por el acusado; al tiempo de pronunciamiento de ese auto, la situación de hecho valorada fue la misma que la contemplada en los escritos de acusación particular sobre los que se apoya esta sentencia; así, al margen de consideraciones que se puedan hacer en sede de este Juzgado Penal por remisión al tratamiento de la situación en la LSSI y arriba expuestas, la seguridad jurídica del entorno territorial-jurisdiccional recomienda sujetarse al criterio de sala, teniendo en cuenta, además, que la propia sala ha acogido la naturaleza de norma penal en blanco y ha citado, aún para otro aspecto, la LSSI, por tanto evaluando y representándose el discernimiento entre enlazador y comunicador público; y dice así el auto:

"**TERCERO.-** En cuanto a la cuestión de fondo suscitada, ha de partirse del tipo penal recogido en el artículo 270.1 C. Penal, delito contra la propiedad intelectual, que es sobre el que se basa la imputación efectuada. Castiga el artículo 270.1 C. P 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", tratándose el expresado artículo de una norma penal en blanco que se remite a otras de distinta naturaleza, estando en presencia de un delito de mera actividad, el que trata de proteger el denominado derecho de autor en todas sus facetas, siendo sujeto activo cualquier persona que sea imputable, al paso que sujeto pasivo tan solo puede serlo el autor o creador de la obra científica, literaria o artística, sus causahabientes o cesionarios (art. 5, 48 y 105 TR 1/1996); el objeto jurídico se materializa en el derecho del autor y el objeto material lo constituye las obras del ingenio humano, entre las que figuran las cinematográficas, siendo la dinámica comisiva muy variada y se concreta en la "reproducción, plagio, distribución o comunicación pública" (STS 876/2001, 19-5). Sostienen los recurrentes que la página administrada por el imputado, www.divxonline.info, facilita el acceso a todo tipo de material audiovisual protegido por los derechos de propiedad intelectual, sin que los titulares de tales derechos lo hubieren autorizado, defendiendo el imputado que la página administrada por él lo es de enlaces, la que se limita a facilitar el acceso a otra u otras Web, desde las que los usuarios se descargan, si así lo

desean, determinadas obras, sin que la web www.divxonline.info aloje ningún tipo de archivo, no llevándose a cabo, en la misma, descarga alguna.

El **enlace simple o de superficie** constituye una forma de facilitar al usuario de internet el acceso a otra página Web, sin tener que teclear el nombre de esta última, no reproduciendo la página enlazada, ni dando lugar a un almacenamiento de la misma en la propia página web de la remitente. El enlace simple se limita a cumplir esa función, enlazar con otras páginas de la red, creando un índice que favorece y orienta a los usuarios para acceder a otros sitios web o a las redes de intercambio de archivos P2P mediante el sistema de menús, carteles o portadas con títulos de películas u obras musicales, de modo tal que, partiendo del concepto legal de distribución (puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma) o de comunicación pública (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), puede entenderse que la simple labor de enlazar sin intervenir en la descarga, sin alojar archivos de las obras y sin permitir el visionado -en el caso de obras videográficas- de éstas a una pluralidad de personas, quedaría fuera del núcleo de lo que constituye distribución y comunicación pública y ello resulta del hecho de que comunicados los usuarios de las redes P2P, éstos actúan la descarga, en su caso, sin intervención de los sitios que han facilitado el enlace.

Existen otro tipo de enlaces más complejos, como son aquellos que vinculan a una página interior de otra web distinta, sin pasar por su página principal (**enlaces de profundidad**); los que dividen la página propia en dos marcos o ventanas, en una de las cuales se pone contenido de una página web distinta ("marcos" o "frames"); los enlaces involuntarios, en los que la vinculación es realizada por el navegador sin la intervención del usuario; y otros como los P2P links, que vinculan los archivos de todos los ordenadores de particulares que se hallen interconectados entre sí.

En el supuesto de autos sostiene **el imputado** que las páginas web que administra son páginas que contienen enlaces de superficie, sin embargo **olvida que**, como seguidamente se menciona, algunos de esos sitios web **posibilitan**, al margen de enlaces con otras que contienen los archivos, **el visionado de las películas en tiempo real a través de las mismas**.

Cobra especial relevancia, a los fines que interesa a la resolución que ahora se dicta, la información ofrecida por el Grupo de delitos Telemáticos de la Guardia Civil, el que expone, a través de las actuaciones llevadas a efecto con la finalidad de localizar a los autores de los hechos a los que se contraen las actuaciones y concretar los hechos supuestamente llevados a efecto por el imputado, que "...la actividad de [REDACTED], como administrador de la página web www.divxonline.info, no se limita a ser un mero enlazador, ya que facilita el visionado del material audiovisual protegido por derechos de propiedad intelectual, a la vez que recibe ingresos en concepto de publicidad tanto directamente, alojado en su propia página web, como indirectamente, recibido por el visionado de las películas que facilita" (fol. 219), recogiendo en el Anexo I que se acompaña a informe de la Guardia Civil de fecha 28-10-2008 que "...el visionado de las películas se realiza on line desde la propia web divxonline por el método "streaming". Esta técnica permite visualizar contenidos multimedia como música y videos sin necesidad de esperar a que éstos se descarguen, en su totalidad, al disco duro. Permite ver y oír en tiempo real ficheros de video y audio..." (fol. 228). El atestado policial recoge que el imputado es titular de los siguientes dominios, respecto de los que percibe ingresos económicos: "maspeliculas.com", "divxonline.com.es", "emulemas.com", "divxonline.info", "seriesonline.us" y "estrenosonline.es" y que "de todos ellos, "maspeliculas.com" y "emulemas.com" son meros enlazadores, tienen un sistema de funcionamiento similar al "Sharaemula", localizando archivos en programas P2P para facilitar su descarga (no sujetos a restricciones según la LSSI). Se descartan, por tanto, a los efectos de la presente investigación. El resto de dominios ("divxonline.com.es", "divxonline.info", "seriesonline.us" y "estrenosonline.es") tienen un sistema semejante de funcionamiento basado en la localización de archivos videográficos en la red para poder ser visionados en tiempo real desde cualquiera de esas cuatro páginas..." (fol. 465). Así, es de ver, ad. ex., que las películas "Cinturón Rojo" y "JCVD 2008" fueron visionadas por el grupo policial investigador desde la web "divxonline.info" (fols. 475 y siguientes) o la serie "El Internado" en la página web "www.seriesonline.us" (fols. 478 y siguientes).

También ha quedado revelado a través de las investigaciones efectuadas que el imputado, con motivo de la actuación llevada a efecto, ha percibido ingresos o beneficios económicos mediante la inserción de anuncios ("banners") en las

páginas, las que muestran diferentes sitios web que el usuario puede visitar "pinchando" en el propio anuncio. Estos "banners" están gestionados por la empresa "Impresiones Web, S.L.", empresa publicitaria que, dado el interés que tiene de que en los anuncios publicitarios gestionados por ella sean vistos por el mayor número de personas, el administrador de la página donde se publican dichos anuncios tiene que preocuparse de que su página sea visitada por un gran número de personas, siendo una de las formas más productivas que existen de atraer visitantes a una página web, la de ofertar gran cantidad de archivos de música, juegos, películas, etc, para su descarga -o directamente visionado como acontece en autos-, de tal modo que, a la hora de que un usuario pretenda descargarse alguno de los archivos disponibles o visionarlos, indirectamente, tiene a la vista el anuncio o los anuncios publicados en la web.

Se desprende de lo actuado en el procedimiento que la explotación de los dominios "divxonline.info", "seriesonline.us" y "estrenosonline.es," administrados por el imputado con la distribución no autorizada de archivos videográficos efectuada a través de la reproducción de dichas obras desde los propios portales, reporta al mismo unos "...beneficios indirectos procedentes de la entidad Impresiones Web, S.L." por valor de 140160 euros" en el periodo comprendido entre agosto de 2007 y febrero de 2009" (fols. 498).

Así las cosas y centrando la atención en las conductas básicas que constituyen el delito contra al propiedad intelectual denunciado, ha de vincularse la desplegada por el imputado a la modalidad de "comunicación pública", estableciendo el artículo 20 TRLPI que "se entenderá por comunicación pública 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. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo", señalando la STS 19-5-2001 que "...lo verdaderamente integrador del tipo penal es la modalidad de comunicación pública, que puede llevarse a cabo por cualquiera de los medios descritos legalmente e incluso, sin necesidad de modificar el tipo, por cualquier otro sistema o avance tecnológico que pueda surgir en el futuro."

CUARTO.- Llegados a este punto, ha de decirse, de un lado, que no desconoce la Sala las resoluciones que menciona la defensa en su escrito interesando el sobreseimiento de las actuaciones, así como oponiéndose al recurso interpuesto por las Acusaciones Particulares (Auto 582/2008, 11-9-2008, Sección Segunda de la A.P. Madrid; Auto 3975/2008, 3-11-2008, Sección Quinta A.P. Madrid; Sentencia 223/2007, 20-12-2007, Sección Tercera, A.P. Navarra; etc), del mismo modo que, de otra parte, tampoco desconoce las dictadas en sentido divergente (ad. ex. Auto 732/2009, 11-11-2009, Sección Tercera, A.P. Barcelona; Auto 201/2009, 16-9-2009, Sección Quinta, A.P. Murcia; Sentencia 40/2008, 18- 2-2008, Sección Primera, A.P. Cantabria; Auto 30-9-2009 (Rollo Apel. 241/2009), Sección Segunda, A.P. Alava, etc.), lo que pone de manifiesto que el debate jurídico sobre la materia es relativamente novedoso en los tribunales españoles y está abierto, lo que unido a que el precepto regulador es una norma penal en blanco que se remite a otras de distinta naturaleza y que la cuestión suscitada se ofrece, en definitiva, con una complejidad fáctica y jurídica considerable, resulta mas adecuado, a la vista del resultado de las investigaciones llevadas a efecto por el Grupo policial referenciado y como ya se expusiera en el auto de fecha 8-1-2010 dictado por esta misma Sala, seguir adelante con el procedimiento hasta el juicio oral, sin perjuicio de lo que pudiere resultar una vez, en el plenario, se practiquen las pruebas propuestas por cada una de las partes del procedimiento."

De los elementos del tipo y una vez considerado que el proceder se ajustaría a la consideración de comunicación pública, sin interpretaciones evaluables conforme a la LSSI, no se ha discutido en autos que los títulos a los que se accedía desde las páginas web administradas por el acusado, contaban con derechos de propiedad intelectual cuyos titulares no tenían autorizado ni consentimiento al acusado la difusión a través de sus páginas; asimismo y en cuanto al ánimo de lucro, tal no puede ser confundido con la indemnización por el perjuicio; si el acusado desarrollaba la actividad y lo hacía de manera tan plural, resulta razonable que no lo fuese por motivos altruistas, y así resulta probado en autos, en que percibía ingresos por la publicidad generada cada vez que un usuario accedía a su página y eran visionados los espacios con anuncios, de

forma automática, por pertenecer al entorno de la página; y el usuario accedía por el atractivo del servicio ofrecido consistente en el acceso a obras protegidas por derechos de propiedad intelectual y sin pagar cantidad alguna; existe una inmediata vinculación entre la oferta de los archivos audiovisuales con la motivación de esa oferta, que era, al menos en parte sino única fuente de inspiración, la expectativa de ingresos por publicidad; no es que el acusado prescindiera de forma voluntaria del cobro directo por el visionado del archivo, de la película, sino que esa fórmula no debía representar negocio para él o podía generar un evidente peligro de ser descubierto –por el tráfico contable del dinero- y encausado; y lo que hace es dotar de valor a las obras mediante su empleo como reclamo, consciente de que con ello privaba a los titulares de la propiedad intelectual del derecho a negociar y percibir unos u otros emolumentos, y patrimonializando el valor de las obras expuestas a comunicación pública mediante la publicidad que con ello generaba y cobraba. Lo relevante es que el acusado buscaba generarse ingresos, y la vía de ingresos era el empleo no consentido de obras protegidas por la propiedad intelectual, empleo que es comunicación pública y que constituye la fuente de la que dimanaban los ingresos pues, sin esa comunicación, no habría recursos posibles o razonables.

Consecuencia de lo expuesto es que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito continuado de defraudación de propiedad intelectual, previsto y penado en los Arts. 270-1, 272 y 74 del C. Penal de 1.995, en relación con el Art. 20 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual; aparte de los requisitos arriba citados, véase:

- Se aplica la continuidad por el largo periodo del aprovechamiento, durante al menos 2007 y 2008, en parte.
- No se aplica el tipo agravado del Art. 271 del C. Penal porque no se ha ofrecido en el relato de hechos probados el volumen de movimiento en número de visitas y descargas o la posición de las páginas web gestionadas por el acusado, en el ranking de páginas más visitadas.

Del hecho así calificado aparece como autor responsable, a los efectos de los Arts. 27 y 28 del C. Penal, el acusado

En aplicación de los Arts. 61 y 66-1-6 del C. Penal, y no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad, procede imponer al acusado las penas de prisión en la extensión de 1 año, 7 meses y 15 días con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de condena; y multa en extensión de 21 meses, con cuota diaria de 12 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfecha; las penas se han impuesto en la mitad superior del tipo básico como consecuencia de la continuidad; en esa mitad se han fijado en la mitad por ausencia de atenuantes y agravantes, si bien no se impone en menor extensión debido a que la conducta del acusado, con distintas páginas web, denota cierta extensión, con el consiguiente reproche penal; sobre la cuota, se ha fijado en la común de la práctica forense para supuestos en que no consta indagación de la capacidad económica del acusado, si bien teniendo en cuenta que se ajusta a zona de mínimos del Art. 50 del C. Penal –entre 2 y 400 euros/día- y que el acusado ha obtenido ingresos de entidad en cuanto a que es inferior el coste total de la multa.

No cabe fijar indemnización en esta instancia por las lagunas y falta de claridad observado en el perito Sr. _____ a la hora de explicar la forma de

cuantificar el daño; basta remitir a la grabación para observar que se basa en unas directrices de cuantificación que no ha ofrecido, que no consta su publicación, que no resulta que tengan criterios de comparación, con lo que la sola manifestación de una u otra cifra se antoja carente, ahora, de rigor; al respecto y puesto que las entidades de la acusación particular eligieron el formato de indemnización equivalente a la cantidad que hubiesen obtenido en el supuesto haber autorizado al acusado la explotación de sus obras videográficas o audiovisuales, lo propio sería un examen comparativo de la posición mostrada en otras situaciones reales y lícitas para, desde ahí, trasportarlas a autos, y tal hecho no consta revelado.

SEGUNDO: De los artículos 123 del C. Penal y 240 de la Leocr. resulta la condena en costas del acusado, incluidas las de las acusaciones particulares.

2FALLO

Debo condenar y condeno a _____ **como** autor responsable de un **delito CONTINUADO de DEFRAUDACIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL**, previsto y penado en los Arts. 270-1, 272 y 74 del C. Penal, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las siguientes responsabilidades:

- Pena de **PRISIÓN en la extensión de UN AÑO, SIETE MESES y QUINCE DÍAS**, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de condena.
- Pena de **MULTA en la extensión de VEINTIÚN MESES** con una cuota diaria de **DOCE EUROS**, y con responsabilidad personal subsidiaria de privación de libertad de un día por cada dos cuotas de multa no satisfechas.
- Y a que en vía de **RESPONSABILIDAD CIVIL** indemnice a las entidades EGEDA, ADIVAN, Lauren Films Video Hogar S.A., Manga Films SL., Twentieth Century Fos Home Entertainment España S.A., Universal Pictures Spain S.L., Warner Home Video Española S.A., Paramount Home Entertainment Spain S.A., Columbia Tristar Home Entertainment y Cia S.R.C, y Walt Disney Company Iberia S.L. en la **cantidad que se fije en ejecución de sentenci** por los perjuicios derivados de la comunicación de los títulos hallados en las páginas web objeto de autos.

Debo condenar y condeno al acusado al abono de las costas devengadas en el trámite, incluidas las de las acusaciones particulares.

Y debo participar y participo el contenido de esta resolución—con la sola exclusión de datos biográficos del acusado— **a los perjudicados**—EGEDA, ADIVAN, Lauren Films Video Hogar S.A., Manga Films SL., Twentieth Century Fos Home Entertainment España S.A., Universal Pictures Spain S.L., Warner Home Video Española S.A., Paramount Home Entertainment Spain S.A., Columbia Tristar Home Entertainment y Cia S.R.C, y Walt Disney Company Iberia S.L.— para su particular conocimiento y en condición de víctima de conducta delictiva, haciéndole saber que no es firme; **tal comunicación podría hacerse a través de la postulación en autos** en la medida en que es la fórmula habitual para entidades que cuenta con una división de departamento jurídico.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia disponiendo a tal fin del plazo de diez días, o cinco días si es Juicio Rápido, y a plantear mediante escrito en forma dirigido al Juzgado que deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se base la impugnación.

Así por esta mi sentencia, dictada en primera instancia; lo pronuncia, manda y firma; doy fe.

E/