



Roj: **AAP M 9859/2011** - ECLI: **ES:APM:2011:9859A**

Id Cendoj: **28079370292011200358**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **29**

Fecha: **30/06/2011**

Nº de Recurso: **281/2011**

Nº de Resolución: **369/2011**

Procedimiento: **APELACION AUTOS**

Ponente: **MARIA DEL PILAR RASILLO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 29

MADRID

AUTO: 00369/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección nº 29

Rollo: 281/11 RT

Órgano Procedencia: **JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 34 DE MADRID**

Proc. Origen: **Diligencias Previas nº 3522/2010**

AUTO Nº 369/2011

Ilmos. Sres. Magistrados de la Sección 29ª

Presidente:

DÑA. ANA MARÍA FERRER GARCÍA

Magistrados:

D. FRANCISCO FERRER PUJOL

DÑA. PILAR RASILLO LÓPEZ (Ponente)

En Madrid, a treinta de junio de dos mil once

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por la Procuradora Dª Aurora Gutiérrez Martín, en nombre y representación de la ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA), se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el Auto de 19 de octubre de 2010 del Juzgado de Instrucción 34 de Madrid, por el que se decretaba el sobreseimiento provisional de las Diligencias previas núm. 3522/10 incoadas en virtud de denuncia por la entidad recurrente, en base a las alegaciones que hacía.

SEGUNDO .- Admitido a trámite de reforma, se dio traslado a las partes, siendo impugnado el recurso por el Ministerio Fiscal, dictándose en fecha 16 de marzo de 2011 Auto por el que se desestimaba el recurso de reforma y se admitía a trámite el de apelación, dándose nuevo traslado a las partes que hicieron las alegaciones que entendieron en su derecho. Tras lo cual se remitieron a esta Audiencia Provincial las actuaciones, correspondiendo a la sección 29ª, donde se formó el Rollo núm. 281/11 RT y se siguió el recurso por sus trámites, señalándose fecha para la deliberación, votación y resolución. Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrado Dª PILAR RASILLO LÓPEZ.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Por la recurrente ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (AGEDA) se presentó denuncia contra el representante de la página web www.peliculasok.com al considerar que su actividad, poniendo a disposición de los usuarios que accedan a esa web, reproducciones de películas cinematográficas de reciente en estreno en cines, sin autorización de los correspondientes titulares de los derechos de explotación, constituye un delito contra la propiedad intelectual del artículo 270 Código Penal.

El Juzgado de Instrucción, tras oír al Ministerio Fiscal, que informó en el sentido de entender que la conducta denunciada no tiene relevancia penal, por Auto de 19 de octubre de 2010 acordó el sobreseimiento provisional y archivo de la causa. Resolución que es recurrida por la entidad denunciante, alegando en primer término la nulidad del Auto al haberse dictado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido al no haberse dado traslado del informe del Ministerio Fiscal a la parte recurrente y sin haberse practicado las diligencias de prueba necesarias tendente a acreditar los hechos denunciados.

Sin perjuicio de considerar que la resolución correcta hubiera sido la inadmisión a trámite de la denuncia del art. 269 LECrim., pues lo que acuerda el auto recurrido es precisamente eso, no admitir la denuncia penal y por tanto, sin instrucción alguna decretar el archivo de las actuaciones, hemos de señalar que el Auto de sobreseimiento objeto de impugnación no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente no siendo, en consecuencia, nulo.

El ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino tan solo a una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas, que bien puede ser el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o incluso, la inadmisión de la querrela presentada (SSTC 11/1985, 148/1987, 33/1989, 203/1989, 191/1992, 37/1993, 217/1994). Teniendo declarado la STC 33/89 que el archivo de las actuaciones o la inadmisión de querrela como consecuencia de motivar que los hechos no son delito, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Es más, se pone de manifiesto que en tal supuesto, la tutela se obtuvo, lo que ocurre es que no era acorde con los particulares intereses del querellante, puesto que, como es sabido, el art. 24 CE no supone que la decisión judicial se corresponda con las pretensiones formuladas (ATC 120/1981, de 18 de noviembre).

En este caso, la decisión de archivo viene justificada por no constituir delito los hechos denunciados, acogiéndose por la Juez de Instrucción el informe del Ministerio Fiscal, al que el auto resolutorio de la reforma expresamente se remite. Y en estas condiciones, salvo que la resolución sea manifiestamente arbitraria, infundado o incurra en error -lo que aquí no ocurre-, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 175/1989 y ATC 291/99, de 1 de diciembre).

Alega además la parte recurrente que la falta de traslado del informe del Ministerio Fiscal supone una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva. Tampoco puede ser acogida esta queja. No existe en la Ley ningún trámite de réplica frente al informe del Ministerio Fiscal sobre la admisibilidad o no de la denuncia. La denunciante ya expuso en su denuncia los argumentos por los que entendía que los hechos que denunciaba constituían un delito del art. 270 CP. Y estos junto a lo informado por el Ministerio Fiscal- que carece de fuerza vinculante- son valorados por la Juez de Instrucción para acordar o no la continuación del procedimiento, o más exactamente la inadmisión de la denuncia. Ninguna indefensión se ha causado a la parte denunciante, pues ésta ha podido hacer las alegaciones que ha entendido en su derecho a través de los recursos, primero el de reforma y luego el de apelación, pudiendo combatir el informe del Ministerio Fiscal y el auto de archivo que se remite a este informe.

Por todo ello, no puede acogerse la pretensión de nulidad pues ni se ha producido un quebranto en el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, ni se le ha ocasionado indefensión.

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 15 y 10-3-2011 y 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 P2P link -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 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. 14 a 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 e 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 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 (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).

TERCERO .- Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso y no apreciándose mala fe ni temeridad, se declaran las costas de esta alzada de oficio (art. 240 LECrim).

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA, DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dª Aurora Gutiérrez Martín, en nombre y representación de la ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA), contra el Auto de 19 de octubre de 2010 del Juzgado de Instrucción 34 de Madrid, en Diligencias Previas núm. 3522/10, del que trae causa este recurso, y CONFIRMAR íntegramente dicha resolución; y todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en la presente alzada.



Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra esta resolución no cabe recurso.

Remítase testimonio de este auto al Juzgado instructor para su conocimiento y efectos pertinentes.

ASÍ lo acordaron, mandaron y firman los Ilmos. Sres. de la Sala.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ