



Roj: **AAP M 11710/2012 - ECLI: ES:APM:2012:11710A**

Id Cendoj: **28079370232012200465**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **23**

Fecha: **11/07/2012**

Nº de Recurso: **842/2010**

Nº de Resolución: **758/2012**

Procedimiento: **APELACION AUTOS**

Ponente: **ADORACION MARIA RIERA OCARIZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

ROLLO RT Nº 842/10

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 1 DE MÓSTOLES

D.P.A. 1718/10

AUTO Nº 758/12

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

ILTMOS. SRES. DE LA SECCIÓN 23ª

Dª. MARIA RIERA OCÁRIZ

Dª OLATZ AIZPURUA BIURRARENA

D. RAFAEL MOZO MUELAS

En Madrid, a 11 de Julio de 2012.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Sr. Magistrado-Juez, del Juzgado de Instrucción nº 1 de Móstoles, en las D.P.A. 1718/10, se dicto auto de fecha 11 de Agosto de 2010 , contra el cual se interpuso recurso de apelación por la Procuradora Dª. Ana Mª García Orcajo, en nombre y representación de PLAYBOY ENTERPRISES INTERNATIONAL INC. elevándose testimonio de las actuaciones a esta Audiencia.

SEGUNDO.- Una vez recibidas las actuaciones en esta Sección 23ª y formado el rollo 842/10, se señaló día para la deliberación que se celebró el día 11 de Julio de 2012.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª. MARIA RIERA OCÁRIZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sociedad denunciante recurre el auto de sobreseimiento (no indica el mismo si es provisional o libre) de la denuncia por un presunto delito contra la propiedad intelectual del art.270 del CP y solicita la reapertura de la causa para continuar la instrucción por existir indicios racionales de la comisión del delito contra la propiedad intelectual.

La denunciante es la sociedad editora de la revista Playboy y se dirige contra los responsables de la página web www.youkioske.com atribuyéndoles la puesta a disposición de los usuarios de la Red de su revista a cambio de un beneficio económico procedente de la publicidad que consigue reunir la página web, sin el consentimiento de la titular de los derechos de propiedad intelectual sobre dicha publicación.



En el auto del Juzgado de Instrucción 1 de Móstoles se argumenta de forma motivada porqué la Instructora considera que los hechos denunciados no son constitutivos de delito y, sintéticamente, estos argumentos son los siguientes:

1º youkioske.com es una página de enlaces, en cuanto no contiene alojadas en ellas las publicaciones de prensa escrita que son puestas a disposición del público, sino que se limita a facilitar el acceso a esas publicaciones que se encuentran alojadas en otros servidores, en los que han sido cargadas por los usuarios y son ellos los que deciden la forma de acceso a la revista a través de youkioske.com o a través de otros servidores como pueden ser facebook o twitter. Se afirma en el auto apelado que la denunciada no controla el contenido de lo que los usuarios comparten, sino que son los propios usuarios quienes deciden ese contenido y la forma de acceso.

2º Afirma el auto que, dadas las características anteriores, el caso contemplado estaría incluido en el art.17 de la Ley 34/2.002 de 11 de Julio , de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico: *1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:*

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

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.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.

3º Se razona en el auto apelado que, de acuerdo con el precepto transcrito, los prestadores de servicios de información dedicados a facilitar enlaces están exentos de responsabilidad penal si no tienen conocimiento de que están realizando una actividad ilícita y este conocimiento solo se presume cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos facilitados, ordenado su retirada, imposibilitado el acceso a los mismo o se hubiera declarado la existencia de lesión y, dado que no consta la existencia de tal resolución, ni menos de su conocimiento por parte de los denunciados, no es posible considerarlos responsables.

4º Respecto del párrafo 2 del art.17 transcrito, se afirma en el auto que no existen indicios de que el facilitador de contenidos actúe bajo las órdenes del prestador de la información.

5º Se afirma, por último, que el prestador de la información, youkioske, no obtiene un beneficio económico directo de sus usuarios, sino indirecto, a través de la publicidad que se anuncia en el mismo.

SEGUNDO: No le falta razón a la Instructora cuando razona en el auto apelado que los derechos de propiedad intelectual cuentan con un régimen jurídico de protección en el ámbito administrativo y civil en el que se establecen infracciones y sanciones- en el caso que nos ocupa cita el Título VII de la Ley 34/2.002- y ello permitiría reservar la aplicación del Derecho Penal a las infracciones de mayor intensidad antijurídica, pero lo cierto es que el delito contra la propiedad intelectual está descrito de un modo muy amplio en el tipo básico contenido en el art.270-1 del CP , que se refiere al que *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.*

Pues bien, con los datos existentes en este momento en la causa y en ausencia de otras diligencias de prueba, no es posible descartar en este momento la comisión del ilícito penal, porque en principio se dan los elementos objetivos del tipo. Esto es, el objeto generador del derecho de propiedad intelectual se encuentra bajo el ámbito de protección de la Ley de Propiedad Intelectual (arts.8 y 10-1 a) como obra literaria; la actividad ilícita realizada sobre el mismo entraría dentro de las conductas típicas previstas en el precepto, como comunicación pública, de acuerdo con la definición del art.20-1 de la LPI : *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.*



El ánimo de lucro no es descartable en principio, porque youkioske.com obtiene un beneficio económico con su actividad, aunque sea de forma indirecta a través de la publicidad que consigue. La ausencia de autorización de los titulares de los derechos es obvia.

Por otro lado, las exenciones de responsabilidad para los prestadores de enlaces establecidas en el art.17 de la Ley 34/2.002 tampoco se pueden presumir sin más, ya que no se ha practicado diligencia alguna al respecto.

Así, en relación al párrafo 2 del art. 17 de la Ley 34/2.002, en el que se excluye de la exención de responsabilidad el supuesto de que el proveedor de contenidos actuara bajo el control, dirección o autoridad del prestador de los enlaces, se afirma en el recurso que existen determinados proveedores de contenidos de youkioske.com que se repiten constantemente, a modo de ejemplo se cita que, en el apartado de revistas masculinas, estos proveedores son fundamentalmente cuatro: *armin*, *mark180*, *davicin2* y *piolin*, añadiendo que los archivos llegan a la página web en secuencias de grupos y no de forma aleatoria, como sería propio en una actividad no organizada de un número indeterminado de usuarios actuando por su cuenta.

Por todo ello se considera necesario continuar practicando diligencias, las solicitadas en el recurso de apelación, a fin de esclarecer con mayor precisión los hechos denunciados.

LA SALA ACUERDA

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a Ana M^a García Orcajo en nombre de Playboy Enterprises International Inc. Contra el auto de 11-8-2.010 que desestimaba el recurso de reforma interpuesto contra el auto de sobreseimiento de 19-4-2.010 dictados por el Jdo. De Instrucción 1 de Móstoles en diligencias previas 1.718/2.010, los cuales se dejan sin efecto, acordando la continuación de la causa con la práctica de las diligencias solicitadas en el recurso de apelación.

Notifíquese esta resolución y devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con copia certificada de esta resolución.

Así por este auto lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que lo encabezan.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo ordenado. Doy fe. Madrid _____. Repito fe.