



Roj: **SAP CS 1098/2014 - ECLI: ES:APCS:2014:1098**

Id Cendoj: **12040370012014100432**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Castellón de la Plana/Castelló de la Plana**

Sección: **1**

Fecha: **12/11/2014**

Nº de Recurso: **414/2014**

Nº de Resolución: **426/2014**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **AURORA DE DIEGO GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN PRIMERA

CASTELLÓN

Rollo de Apelación Penal Nº 414/2014

Juicio Oral Nº 161/2011

Juzgado de lo Penal nº 4 de Castellón

SENTENCIA Nº 426

Ilmos/a. Sres/a.:

Presidente

DON CARLOS DOMINGUEZ DOMINGUEZ

Magistrados/a

DON PEDRO LUIS GARRIDO SANCHO

DOÑA AURORA DE DIEGO GONZALEZ

=====

En Castellón de la Plana, a 12 de noviembre de dos mil catorce.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, integrada por los Ilmos./a Sres./a anotados al margen, ha visto el presente recurso de apelación en ambos efectos, interpuesto contra la Sentencia de fecha 30 de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 4de Castellón en el Juicio Oral seguido con el número 161/2011 , por delito contra la propiedad intelectual.

Han intervenido en el recurso, como **APELANTE**, Jesús representado por la Procuradora D^a Paola Uso Amellay defendido por el Letrado D. Ignacio Riu Marquez, y como **APELADOS** , PROMOMUSICAE (PROMOTORES DE MUSICA DE ESPAÑA) representado por la Procuradora D^a Paz García Peris y defendido por el Letrado D. Ferrán Llaquet Ballarín, LAUREN FILMS VIDEO HOGAR, S.A. Y OTROS, representados por la Procuradora D^a Elia Peña Chordá y defendidos por el Letrado D^a. Montserrat Batalla Romano y el Ministerio Fiscal, siendo Ponente la Il^{ta}m. Sra. Magistrada D^a AURORA DE DIEGO GONZALEZ que expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida, declara probados los hechos siguientes:

"Ha quedado probado y así se declara el acusado Jesús , mayor de edad, nacido el día NUM000 de 1981, con DNI nº NUM001 y sin antecedentes penales, durante los ejercicios de 2004, 2005 y 2006 el acusado



ha venido actuando como administrador de las páginas web www.bajatetodo.com , y que luego se llamaría www.bajatetodo.es, y otras paginas web asociadas, tales como www.bajateanime.com , www.bajateseries.com , www.bajateporno.com , www.bajartodogratis.com , www.solodvrip.com y www.trackerbajatetodo.com . Habiendo sido todas ellas registradas por el acusado y quien era el responsable de la gestión de sus contenidos y con acuerdo previo de otras personas no identificadas que también realizaban actuaciones de administradores habilitados por el acusado. En las mismas, se ponía a disposición de los usuarios de INTERNET, contenidos protegidos por los derechos de propiedad intelectual sin la autorización de sus legítimos titulares con ánimo de lucro y en perjuicio de terceros.

Dichos contenidos que se ofertaban a través de las paginas web **BAJATETODO**, incluían archivos que reproducían fonogramas, películas, series de televisión, programas y juegos de ordenador, ofrecidas para su descarga gratuita, mediante el uso de programas de intercambio de archivos que operan bajo el protocolo conocido como P2P (peer to peer)

El acusado obtenía beneficios a través de dichas paginas web a través de distintos medios, tales como sería la cesión a terceros de las cuentas de correo de los usuarios de dichas paginas web, así como la publicidad a través de anuncios - banners- o pop-ups (publicidad a través de ventanas emergentes), y publicidad y enlaces a tiendas on line. El acusado obtuvo ingresos económicos por la explotación de las paginas web www.bajatetodo.com y www.solodvrip.com que ascendía a una cantidad cercana a los 21.000 euros.

Los perjuicios económicos causados a la ASOCIACION PRODUCTORES DE MUSICA DE ESPAÑA (PROMOMUSICAE) por un importe de 21.116,70 euros y a la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES (SGAE) por un importe de 7.892,10 euros y a la ASOCIACION ESPAÑOLA DE DISTRIBUIDORES Y EDITORES DE SOFTWARE DE ENTRETENIMIENTO (ADESE) por el importe que se fijara en ejecución de sentencia. . "

SEGUNDO.- El fallo de la sentencia apelada dice:

"Que debo CONDENAR Y CONDENAR a Jesús autor responsable de un delito continuado contra la propiedad intelectual de los artículos 270.1 con relación a los artículos 272 y 74 del C. Penal , a la pena de 18 meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 20 meses con una cuota diaria de 12 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del C. Penal , e inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier actividad relacionada con la creación y gestión de paginas WEB por tiempo de tres años y que abone en concepto de responsabilidad civil al legal representante de PROMOMUSICAE en la cantidad de 21.116,70 euros e intereses legales, que produzca dicha cantidad conforme al artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al legal representante del SGAE en la cantidad de 7892,10 euros e intereses legales, que produzca dicha cantidad conforme al artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y finalmente al legal representante de ADESE, se determinara en ejecución de sentencia e intereses legales que produzca dicha cantidad conforme al artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a partir de su fijación y pago de costas procesales causadas en la causa incluidas las de la acusación particular.

Se acuerde el cese de la actividad de la totalidad de las páginas web recogidas en el relato de hechos probados. . "

En fecha 16 de diciembre de 2013 se dictó Auto de rectificación de la anterior sentencia cuya parte dispositiva dice:

"ACUERDO HABER LUGAR A RECTIFICAR el error manifiesto contenido en el Fallo de la Sentencia de fecha 30 de octubre de 2013 dictada en los presentes autos, debiendo decir en el encabezamiento de la referida Sentencia: "Vistos por mí, D^a. Angelina , Juez sustituta en funciones de refuerzo de este Órgano Jurisdiccional, en virtud de Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 12 de junio de 2012, modificado mediante acuerdo de fecha 25 de septiembre de 2012, ha visto los autos de juicio oral nº 161/11, provenientes del Procedimiento Abreviado 4/08 del Juzgado de Primera Instancia Instrucción número 1 de Castellón, seguido por un supuesto delito contra la propiedad intelectual atribuido a Jesús , mayor de edad, con DNI, nº NUM001 , nacido el NUM000 de 1981, representado por la Procuradora Doña PAOLA USO AMELLA y asistido por el Letrado D. IGNACIO RIU MARQUEZ, como acusación particular PROMOMUSICAE (PROMOTORES DE MUSICA DE ESPAÑA) representada por la Procuradora Doña PAZ GARCIA PERIS y asistido por el Letrado D. FRANCISCO JAVIER MARQUEZ MARTIN, como acusación particular, ADESE (ASOCIACION ESPAÑOLA DE DISTRIBUIDORES Y EDITORES DE SOFTWARE DE ENTRENIMIENTO), COLUMBIA TRISTAR HOME ENTERTAINMENT Y CIA SRC, THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA, S.A., LAUREN FILS VIDEO HOGAR, S.A., MANGA FILMS, S.L., TWENTIETH CENTURY FOX HOME ENTERTAINMENT ESPAÑA, S.L., UNIVERSAL PICTURES SAPIN, S.L., WARNER HOME VIDEO ESPAÑOLA, S.A., PARAMAUNT HOME ENTERTAINMENT SAPIN, S.L., representadas por la Procuradora Doña ELIA PEÑA CHORDA y asistido por la Letrada Doña MONTSERRAT BATALLA ROMANO y el Ministerio Fiscal representado por el Ilustre Sr. D JUAN DIEGO MONTAÑES y en cuyo Fallo deberá constar: "Que debo CONDENAR Y CONDENAR a Jesús como autor responsable de un delito continuado contra la propiedad intelectual de los artículos 270.1 con relación a los artículos 272 y 74 del C. Penal, a la pena de 18 meses de prisión, con accesoria



de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 20 meses con una cuota diaria de 12 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del C. Penal, e inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier actividad relacionada con la creación y gestión de páginas WEB por tiempo de tres años y que abone en concepto de responsabilidad civil al legal representante de PROMOMUSICAE en la cantidad de 21.116,70 euros e intereses legales, que produzca dicha cantidad conforme al artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al legal representante del SGAE en la cantidad de 7892,10 euros e intereses legales, que produzca dicha cantidad conforme al artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y finalmente al legal representante de ADESE, COLUMBIA TRISTAR HOME ENTERTAINMENT Y CIA SRC, THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA, S.A., LAUREN FILS VIDEO HOGAR, S.A., MANGA FILMS, S.L., TWENTIETH CENTURY FOX HOME ENTERTAINMENT ESPAÑA, S.L., UNIVERSAL PICTURES SAPIN, S.L., WARNER HOME VIDEO ESPAÑOLA, S.A., PARAMAUNT HOME ENTERTAINMENT SAPIN, S.L., se determinara en ejecución de sentencia e intereses legales que produzca dicha cantidad conforme al artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a partir de su fijación y pago de costas procesales causadas en la causa incluidas las de la acusación particular.

Se acuerde el cese de la actividad de la totalidad de las páginas web recogidas en el relato de hechos probados".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de la parte apelante se interpuso recurso de apelación ante el órgano judicial que la dictó, por los motivos que desarrolla ampliamente en su correspondiente escrito, confiriéndose traslado al Ministerio Fiscal y al resto de partes que lo impugnaron, interesando la desestimación del recurso de apelación interpuesto y la consiguiente confirmación de la sentencia apelada.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en la Audiencia Provincial, se turnaron a la Sección Primera donde se formó el oportuno Rollo de Apelación, tramitándose el recurso y señalándose deliberación y votación del Tribunal.

HECHOS PROBADOS

SE ACEPTAN los hechos declarados probados en la Sentencia apelada, que han quedado anteriormente transcritos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

SE ACEPTAN los que contiene la resolución recurrida, y

PRIMERO .- *El objeto del recurso.*

La sentencia dictada en el grado primero de la jurisdicción penal condenó a Jesús como autor de un delito continuado contra la propiedad intelectual sancionado en los arts. 270.1, 272 y 74 CP, y ello por entender que en su condición de administrador de diversas páginas web con enlaces a contenidos tutelados por los derechos de propiedad intelectual había incurrido en la conducta sancionada en el tipo. Se alza en apelación el recurrente, discrepando del criterio seguido en la sentencia de primer grado, y solicita de la Sala que se le absuelva libremente de responsabilidad penal y civil en los hechos enjuiciados en el actual proceso, argumentando en apoyo de su pretensión que concurre error en la valoración probatoria de la sentencia impugnada y que infringe por aplicación indebida los arts. 270.1, 272 y 74 CP.

El Ministerio Público, y las acusaciones particulares interesan la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- *El error en la valoración de la prueba.*

Viene a afirmar el recurrente que las páginas web de referencia no ofrecían ni ponían a disposición de los usuarios registrados contenidos protegidos por los derechos de la propiedad intelectual, sino que el foro de usuarios creado proporcionaba los enlaces o links, definidos por la doctrina científica como un navegador web de código abierto en modo de texto, de modo que la descarga de archivos era realizada por los propios usuarios fuera de las web controvertidas por medio del sistema conocido como "peer to peer" (P2P) que permite el intercambio de información entre ordenadores conectados por dicho sistema. Sustenta esta afirmación en la declaración prestada por Ofelia, en su condición de legal representante de Promomusicae, y en el informe de la UDEF obrante al folio 728 de los autos. Igualmente discrepa de la valoración contenida en el relato de hechos probados acerca del perjuicio económico causado, y ello por entender que no viene acreditada la existencia de descarga alguna.



Frente a estos argumentos la defensa de la Asociación Productores de Música de España (PROMOMUSICAE), pone de manifiesto la conjunción de hechos y consideraciones jurídicas en el primer motivo del recurso, el reconocimiento del acusado de que a través de la web proporcionaba enlaces a contenidos protegidos por la propiedad intelectual, y la confusión en materia del perjuicio que comprende la responsabilidad civil, por lo que entiende que no hay error alguno en la valoración probatoria.

La misma conclusión alcanza la defensa de la acusación particular sostenida por ADESE (Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento), Columbia Tristar Home Entertainment y Cía SRC, The Walt Disney Company Iberia, S.A., Lauren Films Video Hogar, S.A., Manga Films, S.L., Twentieth Century Fox Home Entertainment España, S.L., Universal Pictures Sapin, S.L., Warner Home Video Española, S.A., Paramount Home Entertainment Sapin, S.L.. A este respecto estima que no se atacan los hechos probados de la sentencia sino su valoración jurídica.

Finalmente, el Ministerio Público pone de manifiesto que el apelante permitía a los usuarios que desde su propia página web obtuvieran una copia no autorizada de obras intelectuales amparadas por derechos de la propiedad intelectual, entendiéndose que el mecanismo técnico que lo permitía no excluye su responsabilidad penal dado que en su condición de administrador de la página web tenía el dominio del hecho al poder decidir en cualquier momento eliminar los links; y en cuanto al perjuicio económico entiende que la pericial practicada le da adecuado soporte probatorio.

Ciertamente el estudio de las actuaciones y el visionado de las grabaciones del plenario ponen de manifiesto que en el caso actual el debate sobre el "factum" presenta escasa complejidad. Por una parte, el acusado ha reconocido en todo momento ser el creador y administrador de las páginas web " www.bajatetodo.com " y sus asociadas, que contenían los enlaces e link que permitían el acceso directo a contenidos tutelados por la Ley de Propiedad Intelectual, por tanto carece de sustento la argumentación del recurso en el sentido de que Jesús no puso a disposición de los usuarios obras de distinto tipo protegidas por derechos de propiedad intelectual. Igualmente reconoció la obtención de beneficios económicos a través de la publicidad asociada a la web que, entre otras formas, era enviada a las direcciones de correo electrónico facilitadas por los usuarios de las páginas web. Por su parte el Agente de Policía Nacional con carnet nº NUM002 narró que desde 2004 a la fecha de su informe la web tuvo 10 millones de visitas, y que para subir un archivo y generar el enlace se debía disponer del archivo en cuestión, y se subieron durante un tiempo determinado. Asimismo, otro Agente Policial explicó como los enlaces estaban estructurados, ordenados y clasificados por contenidos. Finalmente, en cuanto al perjuicio económico se practicaron tres pericias que fueron debidamente sometidas a contradicción en el plenario y dan cumplida respuesta sobre la forma de cuantificación del perjuicio indemnizable por lo que tampoco se aprecia error alguno en la valoración de la prueba.

Hemos de recordar en este punto que para delimitar el perjuicio y establecer sus efectos ha de acudirse a la legislación específica sobre propiedad intelectual pues lo establece taxativamente el art. 272.1 CP . Concretamente el artículo 140 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, establece las pautas para identificar el alcance de la indemnización por los perjuicios sufridos respecto de la lesión de los derechos que contempla, y se pronuncia así:

" 1. La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

2. La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:

a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita.

En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión. (...) "

El legislador configurara un sistema de resarcimiento alternativo en función de la petición del perjudicado que pasa por significar la elección por los daños efectivos (pérdidas y ganancias dejadas de percibir) incluyendo el daño moral, o concretar la remuneración que se hubiera percibido si el infractor hubiera pedido autorización para la explotación del derecho.



En el caso actual el pronunciamiento en materia de responsabilidad observa el marco legal y se sustenta en los dictámenes periciales que no han sido desvirtuados por el recurrente por lo que deviene forzosa su confirmación.

TERCERO.- La eventual infracción de los arts. 270.1 , 272 , y 74 CP .

La responsabilidad penal por delito contra la propiedad intelectual de los administradores o gestores de páginas web de enlaces que permiten la descarga en Internet de obras protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual constituye a día de hoy un tema controvertido a nivel judicial, dado que existen dos líneas interpretativas opuestas.

Por una parte, encontramos resoluciones de 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 de la Sección 2ª, A.P. Álava; Auto 26-10-2010 de la AP Valencia Sección 3ª, Auto de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 1ª de 20-10-2011, Sentencia de la AP de Vizcaya de 27-9-2011 y SAP de Valencia Sección 4ª de 20-1-2014 . Se parte de que el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/96 de 12 de Abril, conceptúa la comunicación pública como "la transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento público sea o no mediante abono" (apartado e) y asimismo "la retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida".

Se sustentan estas resoluciones en la afirmación de que tales páginas web ponen en comunicación directa al público que accede a ellas de obras amparadas por la Ley de propiedad intelectual, vulnerando los derechos de los titulares. En esta línea dice la Audiencia Provincial de Vizcaya Sec. 1ª en sentencia de 2011 "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."

En este sentido se ha pronunciado también la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. 14, en sentencia de 20 de enero de 2014 : *"La naturaleza penal de la conducta del acusado, en los límites contenidos en la sentencia de instancia, es acorde con lo dispuesto en el art. 13 de la LSSI, que establece la sujeción a la responsabilidad penal de los prestadores de servicios de la sociedad de información, regulándose en la Ley tanto el almacenamiento de información en sus servidores como el facilitar enlaces, reflejando todas las formas de acceso a los contenidos protegidos por los derechos de propiedad intelectual, en las que se incluye el mero reenvío a otra página web o la exhibición directa desde el propio servidor- art. 17- considerando enlazador tanto a quien facilita el enlace como a quien incluye en sus propios contenidos de la página web los directorios de otros, (...)Por tanto, es evidente que la conducta del acusado excede de la mera actividad de enlace que sería impune, incidiendo en cooperación necesaria respecto de la conducta de comunicación pública que realizaba, quien tenía las películas o audios en su poder y las pone a disposición de los usuarios, sin estar en posesión de las pertinentes autorizaciones de los titulares de la propiedad intelectual, con conocimiento efectivo para exigirle la responsabilidad del proveedor del servicio de alojamiento, tal y como se razona cumplidamente en la Sentencia de instancia.*

Lo expuesto impide estimar la vulneración del art. 270 del Código Penal, por inexistencia de comunicación pública en la actividad desarrollada por el acusado, que se alega, precepto penal que recoge las conductas básicas consistentes en "reproducción, plagio, distribución y comunicación pública de las obras", entendiendo por reproducción "la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda obra o parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copia"- art. 18 TR 1/1996, en la redacción dada por Ley 23/2006.

La "distribución" es "la 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"- art. 19 TR 1/96, en redacción Ley 23/2006 -.

Y en cuanto al concepto de "comunicación pública", esta perfilado en el art. 20 del Real Decreto Legislativo 1/96, en redacción Ley 23/2006, consiste en "la transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono-apartado c- y así mismo "la retransmisión, por cualquiera de los medios citados, y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida-apartado f-, siguiendo los criterios contenidos en STS 876/2001 de 19 de mayo .



A tal efecto, sobre la facultad del legislador para delimitar el contenido de los derechos dominicales, ya se pronunció el Tribunal Constitucional en Auto 134/1.995, considerando que la comunicación pública de la obra, como forma especial de explotación, puede ser sometida a una previa autorización del autor porque forma parte del contenido del derecho de propiedad intelectual del autor sobre la obra."

Asimismo, en cuanto al perjuicio económico siguen la interpretación que ofrece la STS de 21 de julio de 2006 " todo provecho o utilidad de naturaleza económica que una persona se proponga obtener mediante una conducta ilícita".

La tendencia opuesta niega que estemos ante un delito, alineándose en esta postura resoluciones tales el 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, Auto de la Sección 2ª de la AP de Madrid de 8-3-11, Auto de la Sección 29 de 30-6-2011, y Auto de la Sección 3ª de la AP de León de 13 de enero de 2014, entre otros. Esta última sigue el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1ª) de 15 de marzo de 2011 " En la indicada resolución se analiza si en esta actividad se produce un acto de comunicación pública y si existe o no ánimo de lucro, requisitos de todo punto necesarios para considerar la conducta como delito, teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 201 de la Ley de Propiedad Intelectual, por comunicación pública se entiende " todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas". El mismo precepto establece que no se considerará pública la comunicación cuando ésta tiene lugar en el ámbito estrictamente doméstico sin conexión a redes de difusión, como sucede con los videos comunitarios, hoteles, etc.

A continuación se discrepa de la afirmación de que lo fundamental para que se produzca la comunicación pública sea que cualquier persona y desde el lugar y en el momento que ella elija pueda acceder a la obra y no tanto que la página en cuestión aloje los archivos que contienen la obra protegida, así como de que el hecho de que el beneficio económico sea indirecto no excluye la posible exigencia de responsabilidad criminal. Y ello por las siguientes razones:

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

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

C) Por otra parte y siguiendo el criterio contenido en el Auto de 11 de septiembre, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid, el proveedor de servicios de Internet, conforme a lo previsto en el artículo 17 de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de Información y de Comercio Electrónico, está sujeto a responsabilidad siempre que realice su actividad a sabiendas de que los contenidos que facilita son ilícitos y para ello se requiere una prueba indudable de tal hecho o una previa resolución que en este caso no se ha producido. Respecto del conocimiento de la ilicitud penal del hecho no se puede afirmar que exista al tratarse de una cuestión polémica y discutible hasta el punto de que la mayoría de los pronunciamientos judiciales habidos hasta ahora son contrarios a tal posibilidad.

D) Un argumento más se suma a los anteriores. La resolución administrativa previa prevista en el artículo 17 de la Ley 34/2002 ha sido introducida en la legislación por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. En su disposición adicional cuadragésimo tercera se ha modificado la Ley 34/2002 y otros textos legales relacionados (Ley de Propiedad Intelectual, entre otros), proveyéndose un procedimiento administrativo para la identificación de los prestadores de servicios con contenidos prohibidos por la Ley de Propiedad Intelectual con posibilidad de la clausura de la web. Se ha creado una Comisión de Propiedad Intelectual en el Ministerio de Cultura, cuya Sección segunda tiene como función la protección efectiva de tales derechos frente a las empresas proveedoras de servicios de Internet. Se dispone que esta Sección podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial. Antes de proceder



a la adopción de estas medidas, el prestador de servicios de la sociedad de la información deberá ser requerido a fin de que en un plazo no superior a las 48 horas pueda proceder a la retirada voluntaria de los contenidos declarados infractores o, en su caso, realice las alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas sobre la autorización de uso o la aplicabilidad de un límite al derecho de Propiedad Intelectual. Transcurrido el plazo anterior, en su caso, se practicará prueba en dos días y se dará traslado a los interesados para conclusiones en plazo máximo de cinco días. La Comisión en el plazo máximo de tres días dictará resolución. La retirada voluntaria de los contenidos pondrá fin al procedimiento. En todo caso, la ejecución de la medida ante el incumplimiento del requerimiento exigirá de la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El Legislador, por tanto, en vez de modificar el vigente artículo 270 del Código Penal para superar los problemas interpretativos que plantean las páginas de enlace de contenidos de Internet, ha optado por una intervención administrativa para clausurar estas páginas o retirar sus contenidos caso de que se vulneren los derechos de propiedad intelectual. El principio de subsidiariedad del Derecho penal es un argumento más para sostener la atipicidad de la conducta investigada. El ordenamiento jurídico ha arbitrado un procedimiento específico para la protección de los derechos de propiedad intelectual frente a la actividad de los proveedores de servicios, procedimiento que debe utilizarse antes de acudir a la jurisdicción penal.

TERCERO.- Vistas las anteriores consideraciones entendemos que es preciso partir del delito en cuestión, pues aunque es cierto que el ordenamiento jurídico arbitra acciones civiles y administrativas en defensa de la propiedad intelectual, contempla nuestro Código Penal responsabilidad de esta índole por lo que hemos de estar a la redacción legal. Así el art. 270 del CP castiga 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".

De la redacción legal derivan los siguientes elementos integradores del tipo:

1. La conducta típica descrita de modo pormenorizado que comprende la reproducción, plagio, distribución o comunicación 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. En el caso actual la problemática se cierne sobre la interpretación del concepto comunicación pública.

La dificultad estriba en que se trata de la tutela penal de derechos reconocidos en normas extrapenales, concretamente, en la Ley de Propiedad Intelectual, con incidencia también de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, conocida como Ley Sinde, que establece en sus arts. 13 y siguientes el régimen de responsabilidad aplicable a las concretas conductas allí reguladas.

El concepto de comunicación pública aparece descrito en el art. 20.1 del RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual 1. 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.

2. Especialmente, son actos de comunicación pública: (...)

e) La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.

Estimamos que la conducta del apelante excede de la simple intermediación y satisface las características de la comunicación pública en el sentido que el referido precepto establece. Así la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 13 de febrero de 2014 (asunto C-466/12) resolviendo una cuestión prejudicial planteada objeto la interpretación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, establece

" 22 Pues bien, un acto de comunicación como el realizado por el gestor de una página de Internet mediante enlaces sobre los que se puede pulsar se dirige al conjunto de usuarios potenciales de la página que dicha persona gestiona, es decir, a un número indeterminado y considerable de destinatarios.

23 En estas circunstancias, debe considerarse que dicho gestor realiza una comunicación a un público."



En el caso analizado se trata de un público diferenciado que accede directamente a las obras a través de las webs controvertidas.

Asimismo mencionaremos que países de nuestro entorno como Francia han apreciado que tiene lugar comunicación pública en estas web (Resolución de 23 de marzo de 2010 de la sección Penal de la Corte de Casación francesa).

2. El ánimo de lucro. Las resoluciones que se posicionan en contra de la condena penal de estas conductas estiman que el lucro no deriva de la comunicación de las obras, sino de la publicidad que se genera. Sin embargo, como hemos visto la doctrina reiterada de la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha interpretado la intención de lucrarse en un sentido amplio consistente en perseguir cualquier ventaja, utilidad o provecho. Igualmente la Circular de la Fiscalía General del estado 1/2006 estima que existe lucro comercial. Por tanto, no estimamos que exista obstáculo real para apreciar el ánimo de enriquecerse en la conducta del recurrente que sumaba a la posibilidad de hacer uso de los enlaces de sus páginas web, la exigencia del facilitar la dirección de correo electrónico a la que remitir contenidos publicitarios de los que obtenía beneficios dinerarios efectivos.

3. El perjuicio de tercero se contempla precedido de la preposición "en" lo que lo califica como requisito tendencial, sin necesidad de que produzca resultado. En esta materia se viene considerando que el perjuicio más importante que se produce como consecuencia de las conductas descritas en el artículo 270 suele estar vinculado con actividades más complejas, desarrolladas con infraestructuras más perfeccionadas (SAP de Madrid de 27-5-2002). Tiene un bien jurídico plural porque se perjudica no solo a los titulares del derecho de propiedad intelectual sino también a la industria correspondiente, los intereses fiscales de Hacienda -que no obtiene determinada recaudación que razonablemente había de percibir- y los intereses de los consumidores - que no tienen asegurada la calidad del producto adquirido- (SAP de Madrid de 23-3-2004). El proceso actual ha contado con la participación de dos acusaciones particulares que actúan precisamente en defensa de titulares de los derechos menoscabados. De igual modo las periciales practicadas han cifrado en un 15% del valor en venta de las obras el perjuicio que se ocasionaba con las descargas gratuitas, por lo que el perjuicio se estima concurrente.

4. La ausencia de autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios tampoco ha sido controvertida.

5. Finalmente, en cuanto al elemento subjetivo de la infracción, en ausencia de especial mención en la redacción legal que exija un dolo directo o de primer grado, consiste en conocer y aceptar que con la actuación desplegada se pueden vulnerar los derechos de propiedad intelectual protegidos por el tipo. Encontramos ese conocimiento y aceptación en el testimonio prestado por el acusado que era buen concedor de las posibilidades de acceso a las obras que su página web proporcionaba, manteniendo y gestionando durante un prolongado espacio temporal.

Asimismo, entendemos que se cumple el canon de gravedad que está en la base de toda sanción penal. La sentencia del T.S. de 24 de febrero de 2003 nos dice: "Para determinar en qué casos habrá de acudir al derecho penal y qué conductas serán merecedoras de una mera sanción administrativa, ha de partirse del principio de intervención mínima que debe informar el Derecho penal en un moderno estado de derecho. Sólo ante los ataques más intolerables será legítima el recurso al derecho penal". En el caso actual el propio recurrente manifestó que llegó a tener más de 80.000 usuarios registrados, el informe técnico de la Policía Nacional reveló 10 millones de visitas a la web y 7.110 descargas, y los beneficios contrastados ascendieron 11.612,51 euros (seuo). Por otra parte, la dinámica comisiva a través de sistemas informáticos dificulta la identificación y persecución de este tipo de conductas.

Si bien inicialmente la tendencia mayoritaria sostenía la falta de responsabilidad penal de los proveedores de servicios de la sociedad de la información, cobran mayor peso jurídico en la actualidad las resoluciones que consideran que se comete el delito contra la propiedad intelectual en los casos como el actual de páginas web con enlaces a redes P2P en las que el titular de la web entra en el sitio de intercambio de archivos, extrae del mismo un enlace a un concreto archivo, ya sea película, música u otra obra, y lo incorpora como elemento de descarga directa en su propia web, sin que aparezca en ella información alguna del tipo de intercambio, de manera que el usuario accede al contenido directamente desde la página. Se trata de enlaces profundos (del inglés "deep linking") que no conectan con otra web sino con un contenido específico de la misma. Junto a ello ofrece en la web una serie de elementos complementarios propios que facilitan el acceso a la obra concreta consistente en la indexación y ordenación sistemática de los contenidos, elaboración de carátulas y sinopsis de los productos, control de calidad sobre el enlace y la copia etc. Asimismo, incorpora un contenido publicitario no solicitado por el usuario que reporta un beneficio económico al masterweb. Por tanto, tal y como analiza Isaac no se trata únicamente de un sistema de enlaces peer to peer, sino que la actividad de este tipo de páginas web va más allá de la intermediación a la que se refiere el art. 13.2 de la Ley de Servicios



de la Sociedad de la Información (LSSI), y excede de la mera facilitación de enlaces que justifica la exclusión de responsabilidad que se contiene en el art. 17.1 de la referida Ley , de modo que resulta aplicable el régimen general de responsabilidad civil, penal, o administrativa prevista por el ordenamiento jurídico tal como previene el art. 13.1 de la citada Ley .

Otra parte, desde algunos sectores doctrinales se plantea la condición de por cooperación necesaria o la autoría mediata de los masterweb en las posteriores descargas de obras por los usuarios.

En suma, y por las consideraciones que han sido expuestas procede la desestimación del recurso.

CUARTO.- Las costas.

En atención a cuantas razones se han expuesto procede la desestimación del recurso de apelación, con imposición al apelante de las costas de esta alzada, de acuerdo con lo previsto en los arts. 240 y 901 de la LECrim .

VISTOS los preceptos legales de pertinente aplicación

FALLAMOS

Que, **desestimando** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal en autos de Jesús contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal Nº 4 de Castellón en el Juicio Oral número 161/2011 , confirmamos la expresada resolución con imposición al apelante de las costas de esta alzada.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, y notificada esta sentencia a las partes, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, para su conocimiento, observancia y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.