



Roj: **SAP PO 2860/2014 - ECLI:ES:APPO:2014:2860**

Id Cendoj: **36057370052014100535**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **5**

Fecha: **21/11/2014**

Nº de Recurso: **903/2013**

Nº de Resolución: **562/2014**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **MARIA MERCEDES PEREZ MARTIN-ESPERANZA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00562/2014

C/ LALIN Nº 4-1º VIGO

Teléfono: 986 817162-63

213100

N.I.G.: 36038 37 2 2013 0503688

APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000903 /2013

Delito/falta: CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Denunciante/querellante: Celestino , Dionisio , Eulogio

Procurador/a: D/Dª MARIA TAMARA UCHA GROBA, ANA MARIA PAZO IRAZU , MARTA BARREIRO CARRILLO

Abogado/a: D/Dª , ,

Contra: MINISTERIO FISCAL, ASESORIA INFORMATICA GALLEGA , Fulgencio , Hipolito , Lina , Melisa

Procurador/a: D/Dª , PURIFICACION RODRIGUEZ GONZALEZ , FELIX HOMBRIA GESTOSO , MARIA AUXILIADORA RUIZ SANCHEZ , LUIS PEDRO LANERO TABOAS , ANA MARIA PAZO IRAZU

Abogado/a: D/Dª , , , , ,

SENTENCIA Nº 562/14

=====

ILMOS/AS SR./SRAS

Presidente/a:

DÑA. VICTORIA EUGENIA FARIÑA CONDE

Magistrados/as

DÑA. MERCEDES PÉREZ MARTIN ESPERANZA

D. JAIME BARDAJI GARCÍA

=====

En VIGO, a veintiuno de Noviembre de dos mil catorce.

VISTO, por esta Sección 005 de esta Audiencia Provincial en la causa arriba referenciada, el recurso de apelación interpuesto por el Procurador MARIA TAMARA UCHA GROBA, ANA MARIA PAZO IRAZU , MARTA



BARREIRO CARRILLO , en representación de Celestino , Dionisio , Eulogio , contra Sentencia dictada en el procedimiento PA : 0000442 /2012 del JDO. DE LO PENAL nº: 002; habiendo sido parte en él, como apelante el mencionado recurrente, como apelado MINISTERIO FISCAL, ASESORIA INFORMATICA GALLEGA , Fulgencio , Hipolito , Lina , Melisa , representado por el Procurador , PURIFICACION RODRIGUEZ GONZALEZ , FELIX HOMBRIA GESTOSO , MARIA AUXILIADORA RUIZ SANCHEZ , LUIS PEDRO LANERO TABOAS , ANA MARIA PAZO IRAZU y el Ministerio Fiscal, en la representación que le es propia, actuando como Ponente el/la Magistrado/ a Ilmo/a. Sr./a. MERCEDES PÉREZ MARTIN ESPERANZA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de referencia se dictó Sentencia con fecha 3-6-2013 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que debo condenar y condeno a Celestino como autor de un delito contra la propiedad intelectual previsto y penado en el art. **270** y 271.1 del CP a la pena de 1 año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, 12 meses de multa con cuota diaria de 10 euros, con aplicación del art. 53 del CP , inhabilitación especial para el ejercicio de profesión relacionada con la programación informática durante dos años y costas procesales

Que debo condenar y condeno a Dionisio como autor de un delito contra la propiedad intelectual previsto y penado en el art. **270** y 271.1 del CP a la pena de 1 año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, 12 meses de multa con cuota diaria de 10 euros, con aplicación del art. 53 del CP , inhabilitación especial para el ejercicio de profesión relacionada con la programación informática durante dos años y costas procesales

Que debo condenar y condeno a Eulogio como autor de un delito contra la propiedad intelectual previsto y penado en el art. **270** y 271.1 del CP a la pena de 1 año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, 12 meses de multa con cuota diaria de 10 euros, con aplicación del art. 53 del CP , inhabilitación especial para el ejercicio de profesión relacionada con la programación informática durante dos años y costas procesales

En concepto de responsabilidad civil, los acusados Sr. Celestino , Sr. Eulogio , y Sr. Dionisio , conjunta y solidariamente, deberán abonar a AIG la suma de 125.000 euros, más los intereses legales.

Que debo **absolver y absuelvo** a Fulgencio , Hipolito , Melisa , Lina Y Jose María del delito contra la propiedad intelectual del que vienen siendo acusados, con todos los pronunciamientos favorables.

Que debo **absolver y absuelvo** a Celestino , Eulogio , Dionisio , Fulgencio , Hipolito , Melisa , Lina Y Jose María del delito de estafa del que vienen siendo acusados, con todos los pronunciamientos favorables".

Y como Hechos Probados expresamente se recogen los de la sentencia apelada: "Que se declaran expresamente como tales:Primero.- En fechas indeterminadas, pero entre los años 1998 y 2001, Asesoría Informática Gallega S.L. (AIG) creó, partiendo de un programa informático de gestión empresarial ya elaborado por ella, un programa informático denominado Classicfashion, destinado a satisfacer las necesidades de gestión de las empresas del sector textil; se llevó a cabo el programa por encargo de los acusados, Celestino y Eulogio , gerentes de las empresas Roptela S.A. y Mama&Mama S.L, respectivamente, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales; los acusados Sr. Celestino y Sr. Eulogio mantuvieron diversas reuniones con Alexis y Balbino , administradores de la empresa AIG y creadores del programa Classicfashion, para transmitirles las necesidades que presentaba el sector textil.

Segundo.- Los acusados adquirieron solamente la licencia de uso del programa Classicfashion y por su intermediación, también fue adquirido por otras empresas textiles. Los acusados no abonaron el mantenimiento del programa.

Tercero.- El Sr. Celestino y el Sr. Eulogio , a lo largo del año 2004, de común acuerdo, decidieron copiar, sin autorización alguna de su titular, el programa Classicfashion, para lo cual, accedieron al código fuente del mismo, apropiándose de él, seguidamente descompilaron el programa original Classicfashion y tras variar mínimamente algunas funciones y contenidos del programa original, volvieron a compilar, denominándolo XMODA V1. Para llevar a cabo la conducta descrita, los acusados Sr. Celestino y Sr. Eulogio , contaron con la cooperación del acusado, Dionisio , mayor de edad y cuyos antecedentes penales no constan, gerente de la sociedad "Aplicaciones de Informática AEVIGO S.L.", empresa dedicada a la venta de ordenadores y material informático, y que suministraba dicho material a las empresas Rotelpa y Mama&Mama, quien se encargó de contactar con Jose María , mayor de edad y cuyos antecedentes penales no constan, profesor de un instituto de Vigo, al que conocía porque AEVIGO también le suministraba material informático; Jose María fue la persona que efectuó las modificaciones, sin que de la prueba practicada en el plenario haya quedado debidamente acreditado que conocía que el código fuente no pertenecía al Sr. Celestino y al Sr. Eulogio .



Cuarto.- Las empresas Rotelpa S.A. y Mama&Mama S.L., en el año 2004 y según convocatoria de diciembre de 2003, solicitaron subvenciones para el desarrollo del software modificado con cargo a fondos FEDER a la Xunta de Galicia, designando a AEVIGO S.L., como empresa desarrolladora del referido software; subvenciones que finalmente se aprobaron entre diciembre de 2004 y febrero de 2005, por importe de 6.840 euros para cada una de ellas.

Quinto.- De estos hechos resultaron también acusados Fulgencio , Hipolito , Melisa , y Lina mayores de edad y cuyos antecedentes penales, sin que de la prueba practicada en el plenario haya quedado debidamente acreditado que de común acuerdo con el Sr. Celestino y el Sr. Eulogio hubieren plagiado el programa Classicfasihon".

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por la representación procesal del hoy recurrente, se interpuso recurso de apelación que formalizó exponiendo las alegaciones que constan en su escrito, el cual se halla unido a las actuaciones.

TERCERO.- Por el Órgano Judicial sentenciador se remitieron a este Tribunal los autos originales con todos los escritos presentados y, recibidos que fueron, se señaló día para deliberación, la que tuvo lugar el día 11-11-2014.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los de la sentencia apelada, excepción hecha del hecho 4º, el cual se suprime y queda redactado del siguiente tenor: Las empresas Rotelpa S.A. y Mama&Mama S.L. en el año 2004 y según convocatoria de diciembre de 2003, solicitaron subvenciones con cargo a fondos Feder a la Xunta de Galicia, subvenciones que se aprobaron entre diciembre de 2004 y febrero de 2005, por importe de 6.840 euros para cada una de ellas, sin que conste que dicha solicitud fuese para el desarrollo del software modificado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que condena a Celestino , Eulogio y Dionisio (a este último como cooperador necesario) de un delito contra la propiedad intelectual del art. 270 y 271.1 del C. Penal , se alzan éstos, solicitando la absolución.

En concreto la representación de Celestino y Eulogio alegan error en la valoración de la prueba y falta de valoración de medios probatorios y en esencia mantienen que no plagiaron el programa sino que se limitaron a corregir errores del programa y que no puede hablarse de la existencia de ánimo de lucro, el cual entienden ha de ser un lucro comercial.

Pues bien, la sentencia de instancia declara probado que "el Sr. Celestino y el Sr. Eulogio adquirieron la licencia de uso del programa Classicfashion y por su intermediación también adquirido por otras empresas textiles. Los acusados no abonaron el mantenimiento del programa...y a lo largo del 2004, de común acuerdo, decidieron copiar, sin autorización de su titular, el programa Classicfashion, para lo cual accedieron al código fuente del mismo, apropiándose de él, seguidamente descompilaron el programa original Classicfashion y tras variar mínimamente algunas funciones y contenidos del programa original, volvieron a compilar, denominándolo Xmoda V1.....que las empresas Rotelpa S.A. y Mama&Mama S.L.(cuyos gerentes respectivamente son el Sr. Celestino y el Sr. Eulogio) , en el año 2004 y según convocatoria de diciembre de 2003, solicitaron subvenciones para el desarrollo del software modificado con cargo a fondos Feder de la Xunta de Galicia, designando a AEVIGO S.L. como empresa desarrolladora del referido software; subvenciones que finalmente se aprobaron entre diciembre de 2004 y febrero de 2005 ...".

Pues bien, con esta declaración de hechos probados, no cabe llegar a una sentencia condenatoria, pues no contiene la descripción de una conducta que contenga todos los elementos típicos del delito por el que se condena a los recurrentes. Tal omisión resultaría ya suficiente para la revocación de la sentencia impugnada.

Y así, el delito del art. artículo 270.1 CP , por el que vienen condenados, sanciona 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 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. Son, pues, elementos constitutivos del tipo los siguientes: a) Una acción de reproducción, distribución o comunicación pública de una obra literaria, artística o científica, o de transformación, interpretación o ejecución de las mismas en cualquier tipo de soporte, o su comunicación por cualquier medio. b) Carencia de autorización para cualquier clase de estas actividades por parte de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual. c) Realización intencionada



de tales conductas con la concurrencia de dolo específico (ánimo de lucro). d) Que tales conductas irroguen un perjuicio de tercero, titular de los derechos de propiedad intelectual, y que se presume cuando la reproducción, el **plagio**, la distribución y la comunicación pública se hace mediante un precio que evidencia la ganancia dejada de obtener por aquél.

Pues bien, partiendo de estos requisitos legales, resulta evidente a esta Sala, a diferencia de lo razonado por la juez a quo, que no concurren los elementos típicos y en concreto un ánimo de lucro en la actuación realizada por los apelantes, pues no comparte la Sala el concepto de ánimo de lucro que aplica la Juez a quo.

Y así, en lo que toca al ánimo de lucro, ha de entenderse que este elemento intencional del tipo pone de manifiesto que la conducta ha de ir acompañada del dolo específico de obtener una ganancia procedente del acto correspondiente que se realiza por el autor de la conducta realizada sin autorización, dolo que ha de ser directo, es decir directamente ha de pretenderse obtener una ganancia a través de todas y cada una de las conductas recogidas en el art. antes referido, pretendiendo con ello, además, perjudicar al titular de tales derechos. Ese ánimo, no puede tener una interpretación amplia o extensiva como entiende la Juez a quo, sino que debe ser interpretado en el sentido estricto de **lucro comercial**, tal y como se ponía de relieve en la circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derecho en las que puede estar implicado un propósito de obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial. 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 1578/2002, de 2 de octubre y 876/2001, de 19 de mayo, en las que el Tribunal Supremo se pronunció sobre la comisión de delito en supuestos de emisión 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).

El Código Penal emplea la expresión "ánimo de lucro" en otros preceptos, especialmente los relativos a delitos contra la propiedad como el robo, el hurto, la estafa o la apropiación indebida, y sobre el significado en estos tipos de ese concepto hay una sólida doctrina legal que sostiene que "ánimo de lucro" equivale a intención de obtener cualquier ventaja, aprovechamiento o utilidad (STS. 411/2004 de 25 de Marzo EDJ 2004/31433 , 1.100/2002 de 13 de junio EDJ 2002/27808). Sin embargo, no hay propiamente una doctrina legal del Tribunal Supremo que interprete ese requisito del ánimo de lucro en los delitos contra la propiedad intelectual, pues habiendo sido introducido el mismo en el C.Penal de 1995 , son pocas sus sentencias posteriores sobre este delito y no abordan desde luego esta cuestión ni tratan la específica problemática que suscita la interpretación del precepto a la luz de la realidad social, que como es sabido debe ser el marco de toda interpretación razonable del derecho (art. 3 C.Civil). Y es que un concepto de "ánimo de lucro" tan extenso como el usado habitualmente en otros delitos contra la propiedad, unido a la amplitud de las conductas típicas descritas en el art. **270** del C.Penal , conduciría a una extensión inusitada de la represión penal en este ámbito,

Y es que, como hemos visto en la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, propugna precisamente que el "ánimo de lucro" propio de estos delitos y exigible conforme al art. **270** C.Penal , puede entenderse no con el contenido tradicional ya expuesto, sino como expresivo de una intención de lucro "comercial" o "a escala comercial", lo que en todo caso excluye el mero beneficio de ahorro obtenido por el sujeto. Ese concepto de "lucro comercial" no es novedoso, como enseña la propia Circular, pues se contiene ya en el Acuerdo sobre aspectos relacionados con el Comercio de los derechos de Propiedad Intelectual firmado el 15 de abril de 1994, y es precisamente el concepto empleado en la Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo presentada por la Comisión Europea el 12 de julio de 2005 para delimitar el ámbito de cobertura penal que como mínimo debe conseguirse en todos los países miembros, mínimo que, por tanto, y siendo así que nos hallamos en un materia especialmente necesitada de uniformidad por su propia proyección internacional, es al que debe llegarse, desechando imponer en cada estado miembro límites penales más estrictos y estrechos.

Por todo ello, entiende la Sala que las conductas típicas sólo son penalmente relevantes si han sido realizadas por el sujeto activo con ánimo de lucro, expresivo de una intención de lucro "comercial" o "a escala 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 algún tipo de ventaja o beneficio distinto al comercial.

Expuesto lo anterior, ha de concluirse que este ánimo no puede deducirse ya de los hechos declarados probados, tal como los hemos recogido, pues el hecho de solicitar y obtener una subvención y no abonar el mantenimiento del programa y solventar los defectos de aplicación mediante el **plagio** del programa (como recoge la Juez a quo), supone en todo caso una ventaja o beneficio que no implica el lucro comercial que exige el tipo.



Es cierto que la Juez a quo en los fundamentos jurídicos, estima que existe también un ánimo de lucro en el "hecho de establecer un algoritmo en el Xmoda para la activación de claves, lo que determina su destino para ser instalado en otros servidores; y la carpeta de claves se encontró en la empresa Mama&Mama y había dos claves adjudicadas a otras dos empresas Asia internacional y Nino Mora"; pero ni siquiera estos hechos podrían ser tomados en consideración por la Sala a dichos efectos, pues no podemos desconocer que el fundamento jurídico, es un lugar inadecuado para considerar probados los hechos.

En efecto, aunque, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2006, la jurisprudencia ha convalidado, en ocasiones, referencias fácticas contenidas en la fundamentación de la sentencia, lo ha hecho, en ocasiones para acordar la absolución y, en otras, cuando en la fundamentación de la sentencia se complementan aspectos fácticos ya expresados en el hecho probado, a manera de desarrollo de los hechos probados, pero no ha admitido esa anómala redacción cuando los elementos fácticos necesarios para la subsunción no aparecen en el hecho probado.

Como recuerda la STS de 27 de abril de 2007, "en relación a la posibilidad de integrar el "factum" con elementos de hecho desplazados en la motivación, en el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 28 de marzo de 2006, hemos dicho que es posible tal integración siempre que los elementos esenciales del tipo estén en los hechos probados, de suerte que la integración sería en el sentido de complementar lo que ya consta en los hechos probados".

En el caso de autos esa integración no sería posible porque no se trataría de complementar el relato fáctico con aspectos de la misma índole contenidos en los fundamentos jurídicos, sino de construir totalmente dicho relato con elementos fácticos desplazados en la fundamentación jurídica de la sentencia. Lo hasta aquí expuesto bastaría para desestimar la existencia de ánimo de lucro, por inexistencia de hechos probados que pudieran integrar ese ánimo y la imposibilidad de la Sala de subsanar esa inexistencia mediante la traslación al relato fáctico de los elementos fácticos contenidos en los fundamentos jurídicos; no obstante hemos de decir, que aun admitiéndolos, tampoco de dicha afirmación puede extraerse la existencia del lucro comercial exigido, pues ninguna referencia se contiene a que ese destino o adjudicación de claves se efectuase mediante pago de un precio, contraprestación etc, y ello no puede presumirlo ésta Sala en contra del reo, visto que además el acusado Sr. Celestino ha afirmado que modificaron el programa solo para su uso o el de algún amigo y para solucionar el problema del día a día, mientras no estuviera desarrollado el programa de la **Universidad**. Por otra parte Saturnino titular de Asia internacional declaró que el único programa que compró e instaló es el desarrollado por la **Universidad** de Vigo, y por lo que respecta a Nino Mora, el Guardia Civil nº NUM000 declara que no llegaron a ir a la empresa de Nino Mora, por lo que no consta estuviese instalado en el mismo, llegando a la conclusión de que Nino Mora tenía instalado el programa, por la subvención que pidió a la Xunta, conclusión que no puede estimarse válida, desde el momento en que dicho guardia Civil declara que "no sabe si las ayudas fueron para el programa de la **Universidad** o para otro...que lo único que sabe es que el dinero entró en las empresas".

Pero es que además el acusado Jose María persona que realizó las modificaciones (a quien se absuelve por la Juez a quo, en base a su propia declaración, no desvirtuada por otras pruebas, y a quien se imputa en el escrito de Acusación Particular, la autoría del algoritmo para asignar números de serie), ha declarado que ese algoritmo de claves se creó para que pudieran coexistir el Classicfashion y el modificado, por lo que, si nos atenemos igualmente a dicha declaración, la instalación del algoritmo podría tener otra finalidad distinta a la admitida por la Juez a quo.

Por otra parte y a los efectos que comentamos relativos al lucro comercial, resulta significativo que en el escrito de la Acusación Particular se impute a los acusados que instalaron el programa en las empresas de Fulgencio, Melisa, Lina, Jose María, ...etc. y que efectuaron gestiones o promoción comercial del programa modificado para venderlo y para su comercialización a otras empresas y nada de eso se da como probado en la sentencia; como tampoco se da por probado que el programa fuese ofrecido a las empresas en sustitución del Classicfashion, como apuntaba el Mº Fiscal en sus conclusiones definitivas. Y es que además no acierta a comprender la Sala, que sentido tendría ofrecer el programa que se dice plagiado, a las empresas referidas en el escrito de Acusación del Mº Fiscal en sustitución del Classicfashion, si como se sostiene en la sentencia dicho programa cubría todas las necesidades y no presentaba error significativo, y dichas empresas (a excepción de Nino Mora y Asia Internacional) tenían ya instalado el Classicfashion.

Pero es que ha de tenerse en cuenta también una serie de datos que no son valorados en la sentencia y que mal se avienen en principio con la existencia de un ánimo de lucro comercial por parte de los acusados. Y así, hemos de partir del hecho de que los acusados tenían la licencia de uso del programa Classicfashion, y que desde el primer momento, manifestaron que efectuaron unos pequeños añadidos debido a que presentaba fallos en su ejecución, lo que reconoce igualmente el Guardia Civil NUM000 al afirmar en juicio que los imputados manifestaron que el programa Classicfashion "le daba problemas y que trataron de arreglar los



problemas del programa"; pues bien la Juez a quo rechaza la existencia de dichos problemas en base a que "los peritos de la **Universidad** de Santiago consideran que el programa Classicfashion cubría todas las necesidades y que no observaron ningún error significativo", sin embargo del examen de dicha pericial, no puede llegarse a dicha conclusión, pues no puede excluirse la existencia de deficiencias en el programa desde el momento en que los peritos, admiten que "...no miraron los programas al 100%...que no introdujeron datos en todas las casillas...que su objetivo inicial era comparar con datos objetivos las dos aplicaciones y la metodología que utilizaron defendía abstraerse de esos detalles...", y que la existencia de pequeños cambios (tales como que no se permita la introducción de los 20 dígitos de una cuenta sino 18, o si un campo no se deja meter el DNI) si bien pueden tener un impacto importante en la actividad del usuario, eso "no era objeto del informe, ya que lo que realmente querían comparar era si eran iguales o no, no si funcionalmente había errores funcionales porque no conocían las especificaciones".

Estas manifestaciones de los peritos no han sido valoradas por la juez a quo, como tampoco se valora la declaración de testigos como Graciela , Artemio que precisamente refieren que cambiaron a un programa nuevo porque el anterior daba muchos problemas, lo que confirma igualmente por referencia de los acusados Sr. Celestino y Sr. Eulogio , Feliciano , persona a quien encargaron el proyecto de la **universidad** y quien refiere que los acusados les transmitían las malas experiencias previas, que les comentaron que el programa Classicfashion tenía errores y dificultades y que esa era la razón de cambiar y encargar el proyecto.

Y es que precisamente y visto que dicho testigo refiere que a principios del año 2004 fue cuando les encargaron el desarrollo del programa, el cual vendría a sustituir a Classicfashion, mal se aviene dicho encargo con el desembolso económico que conllevaba (75.000 más IVA), con una intención de explotar económicamente el programa modificado, el cual según recoge la sentencia se decide copiar también a lo largo de 2004; estos hechos son más compatibles con la versión de los acusados relativa a que modificaron el programa para corregir errores y solucionar el problema del día a día, mientras no estuviera desarrollado el programa de la **Universidad**.

Por otra parte y si bien se recoge en el fundamento de derecho 4º de la sentencia que Lina y Fulgencio hicieron uso del programa Xmoda, ni tan siquiera se afirma que ello fuera mediante pago de un precio.

Así pues y por todo cuanto queda expuesto, habida cuenta además de que los recurrentes no son personas dedicadas a la comercialización de programas informáticos, hemos de concluir que no cabe entender acreditado, el ánimo de lucro que exige el tipo.

Pero y es que, a mayor abundamiento, y aun cuando admitiésemos (hipotéticamente) el concepto de ánimo de lucro recogido por la juez a quo, como cualquier ventaja, beneficio, utilidad o provecho, hemos de decir que resultaría imposible integrar el mismo, por el hecho de no abonar el mantenimiento del programa, desde el momento en que en los hechos probados de la sentencia, no se vincula la copia del programa a dicha finalidad, recogiéndose únicamente que "los acusados no abonaron el mantenimiento del programa", lo que no dejaría en su caso de integrar un mero incumplimiento contractual.

Cierto es por otra parte, que también en los hechos probados se recoge que las empresas de los recurrentes "solicitaron subvenciones para el desarrollo del software modificado con cargo a fondos Feder a la Xunta de Galicia...", hecho que se estima por la Juez integrante de un beneficio, utilidad, provecho, etc. sin embargo, la Sala no estima suficientemente sólidos, los datos de los que parte la Juez a quo para llegar a dicha conclusión.

Y así, el hecho de que en el convenio de colaboración constaran como requisitos formales, tres pagos trimestrales contra factura emitida de fechas 15 de diciembre, 15 de abril y 15 de junio, no supone sin más, y a falta de otra prueba, que en la práctica se hubiese hecho así; por otra parte no se concreta por la Juez a quo en que son diferentes la Memoria técnica que utilizaron para solicitar la subvención y la de la **Universidad** de Vigo y del simple examen de los folios de una y otra, no puede extraerse dicha conclusión; y finalmente el hecho de que se aportaran capturas del programa plagiado (visto que además el acusado Sr. Celestino refiere que ello fue debido a un error), no evidencia cual era el resto del contenido del programa. Y es que además no podemos obviar la declaración del G. Civil NUM000 , el cual llevó la investigación desde el inicio, y quien como ya expusimos anteriormente refiere que "No sabe para qué fue la ayuda de la subvención, si fue para el programa de la **Universidad** o para otro...lo único que sabe es que el dinero entró en las empresas.."; como tampoco podemos pasar por alto la declaración de las personas a quienes se encargó el programa de la **Universidad** (Feliciano y Nicolas), los que manifestaron que desde el principio se les manifestó que para financiar el proyecto iban a pedir una subvención; por lo que ante todo ello no es posible descartar que la subvención de la Xunta tuviese por objeto el programa de la **Universidad**.

Por todo ello, sin necesidad ya de mayores razonamientos, ni de entrar en otras cuestiones, por ser ya innecesario, ha de ser revocada la sentencia, con la estimación de los recursos que analizamos, lo que conlleva



a su vez la absolución del recurrente Sr. Dionisio , al venir condenado como cooperador necesario de los recurrentes Sr. Celestino y Eulogio .

SEGUNDO.- Procede declarar de oficio las costas causadas en ambas instancias.

FALLO:

Se estiman los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia dictada en los autos de P.A. 442/12 seguidos ante el Juzgado de lo Penal nº 2 de Vigo, la cual se revoca, y en consecuencia se absuelve a los acusados Celestino ; Dionisio y Eulogio , del delito contra la propiedad intelectual por el que venían condenados, declarando de oficio las costas causadas en ambas instancias.

Notifíquese el presente a las partes personadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Expídase testimonio de esta resolución para su unión al rollo de Sala y para su remisión al Juzgado de procedencia, para cumplimiento de lo acordado, tomándose las oportunas notas en los libros registro de esta Sección.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CEJPOU