

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2010
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Responsabilidad de proveedores. Proveedor de enlace. Intercambio de archivos. Descarte del lucro por ingresos publicitarios.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª

FECHA: 11-5-2010

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Texto del fallo en <http://www.bufetalmeida.com>

OTROS DATOS: Auto 554/10

SUMARIO:

“En el presente caso, nadie discute que los querellados son los titulares de una página web (o espacio virtual en Internet) en la que diferentes usuarios internautas y dentro de un foro, dejan o establecen links o enlaces a documentos que contienen archivos de películas que están protegidos por la ley de propiedad intelectual”.

[...]

“El titular de la web (en este caso los imputados), es cierto que financian dichas páginas a través de publicidad (o banners) que varía en su montante en función del número de visitantes pero, salvo algún autor que considera que ello supone la concurrencia de un ánimo de lucro aislado ..., se desestima la concurrencia de dicho requisito siempre que se trate de una copia a reproducción privada por exigirse un ánimo de lucro directo en la descarga y no meramente indirecto de la página”.

COMENTARIO: La jurisprudencia española de instancia no ha sido constante al momento de evaluar el carácter lucrativo directo o no de los diferentes proveedores de servicios en la Sociedad de la Información, en razón de la publicidad que venden a los anunciantes para ser colocada en sus páginas *web*, cuando a través de estas últimas se descargan archivos o se facilitan los enlaces a los usuarios de la *Internet* para realizar entre ellos intercambios de tales archivos sin el consentimiento de los titulares del respectivo derecho. Ello a los efectos de la exigencia que a título de dolo específico, aparece en los diferentes tipos previstos en el artículo 270.1 del Código Penal español, por el cual *“será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses 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”*. Así, por ejemplo, mientras la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 7ª (9-2-2006), declaró que *“se desprende claramente la existencia de publicidad en la página Web, y es claro que cuanto mayor sea el número de visitas a la página, mayor será el interés de ser anunciado en la página en cuestión.*

*Actividad esta que sin duda se realiza con ánimo de lucro ...”, la Sección 5ª de la misma Audiencia, por el contrario, en relación a una página web que servía de “link” de forma gratuita con el programa “pplive”, que a su vez permitía el visionado de partidos de fútbol con acceso de sistema codificado en España, por parte de televisiones radicadas en China que emitían esos partidos en abierto, declaró que no estaba demostrada “la existencia de un ánimo de lucro por parte del imputado que según las periciales obrantes en las actuaciones no obtenía ningún tipo de beneficio por servir de «link» sino por la remuneración indirecta de la publicidad del portal”. Y en esa misma tesitura se anota el auto que acá se comenta. En nuestra opinión hay una relación directa entre los ingresos por publicidad de tales proveedores de servicios y las actividades ilícitas que se cometen con su intervención o, al menos, con su cooperación, especialmente si dicho servicio constituye el objetivo principal de la página, pues generalmente el cobro por concepto de publicidad se incrementa con el número de las visitas a la web. Ello fue declarado, por ejemplo, en la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el célebre caso *Grokster* (27-6-2005), y también por la Corte Federal de Australia (5-9-2005), en relación a la operación del sistema *peer-to-peer* de intercambio de archivos de *Kazaa*, cuando dijo que el operador de dicho sistema “se mantiene de las ganancias derivadas de la publicidad” y que “es un principio de la mercadotecnia que el precio está relacionado con la propaganda susceptible de alcanzarse a través de la publicidad. Mientras más archivos hubiera para compartir en *Kazaa*, mayor atracción se generaba para su sitio web”. Es de hacer notar que el fin de lucro es irrelevante para la tipificación en los delitos contra el derecho de autor o los derechos conexos en la mayoría de las legislaciones de los países latinoamericanos. © Ricardo Antequera Parilli, 2010.*

TEXTO COMPLETO:

testimonio de las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción nº 48 de Madrid, en el procedimiento arriba referenciado, dictó auto de fecha 27 de mayo de 2.009, dando lugar al sobreseimiento provisional de la causa contra D. A. G. M. y otros, por la posible comisión de un delito de contra la propiedad intelectual.

SEGUNDO.- El procurador D. Federico Gordo Romero en representación de ENTIDAD DE GESTION DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEA) y la procuradora Dª Blanca Berriatua Horta en representación de COLUMBIA TRISTAR HOME ENTERTAINEMENT Y CIA, y OTRAS interpusieron recurso de reforma y subsidiario de apelación contra la referida resolución, que fueron impugnados por el Ministerio Fiscal, por el Procurador D. Ramón Banco Blanco en representación de D. A. G. M. y por el Procurador D. Norberto Pablo Jerez Fernández en representación de D. J. R. S. siendo desestimada la reforma por auto de 6 de julio de 2009, admitiéndose los recursos subsidiarios de apelación y remitiéndose

TERCERO.- Con fecha 27 de octubre de 2.009 tuvo entrada los precedentes recursos y por providencia de 19 de abril de 2010 se señaló la deliberación con vista y resolución del mismo el día 27 de abril de 2.010.

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco Cucala Campillo, quién expresa el parecer de dicha Sala.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación contra las resoluciones que decretan el sobreseimiento provisional y archivo de la causa por entender que, en contra de lo alegado por el juez instructor, si concurre el ánimo de lucro en la página web desde la cual se enlaza a otras direcciones para llevar a cabo la descarga de archivos y que esto debía ser conocido por los acusados.

Y en cuanto a la petición de sobreseimiento, recordar que el artículo 779 establece la posibilidad de cesación y terminación

anticipada del proceso penal. En efecto dicho precepto afirma que:

“1. Practicadas sin demore las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones: 1ª Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo”.

En el presente caso, nadie discute que los querellados son los titulares de una página web (o espacio virtual en Internet) en la que diferentes usuarios internautas y dentro de un foro, dejan o establecen links o enlaces a documentos que contienen archivos de películas que están protegidos por la ley de propiedad intelectual.

De forma previa se debe recordar que Internet consiste en un sistema de enlaces entre ordenadores a través de una gran red electrónica virtual de información y que fue cuestionado y prohibido dando lugar a la sentencia del Tribunal del Distrito Este de Pensilvania que declaró inconstitucional de la primera ley contra Internet.

Pues bien, desde antiguo se ha producido el préstamo o cesión de libros, películas, música, etc. La diferencia actual consiste, fundamentalmente, en que el soporte empleado antes era el papel o medios analógicos y ahora todo lleva un formato digital lo que permite un intercambio mucho más rápido y de mayor calidad y además un alcance mundial a través de Internet. Y ese intercambio se realiza en la red a través de los sistemas de intercambio de archivos “P2P” (o red entre iguales) donde no hay clientes ni servidores fijos teniendo un alcance mundial pues cualquier internauta puede conectarse con su ordenador y compartir archivos que están

divididos, a su vez, en un gran número de partes.

Para compartir el archivo se utilizan programas (Emule, etc.) que ejecutan el link o enlace al documento que está en la página web de tal manera que el ordenador del usuario se conecta no a un ordenador sino a muchos que tienen distintas partes de un mismo documento siendo este compartido entre muchos usuarios al mismo tiempo sin que nadie perciba por ello ningún tipo de retribución económica.

El titular de la web (en este caso los imputados), es cierto que financian dichas páginas a través de publicidad (o banners) que varía en su montante en función del número de visitantes pero, salvo algún autor que considera que ello supone la concurrencia de un ánimo de lucro aislado (como Fernández Teruelo), se desestima la concurrencia de dicho requisito siempre que se trate de una copia a reproducción privada por exigirse un ánimo de lucro directo en la descarga y no meramente indirecto de la página.

No obstante, lo que es indudable es que la web P2P no tiene los archivos en su servidor sino sólo los enlaces, pues los documentos (o sus partes) se encuentran dispersos en diferentes ordenadores en todo el mundo con lo que no se realizan, de forma directa, ninguna de las conductas típicas del 270 del CP. A lo sumo podría hablarse de cooperación necesaria para desarrollar una actividad entre particulares que no es delictiva con lo que, desde esta perspectiva, tampoco dicha conducta lo sería.

Pero incluso en el supuesto de que estos link fuesen de descarga directa de todo el documento (que se produce cuando se conecta con un servidor que aloje todo el documento a descargar protegido por la ley de propiedad horizontal), sólo podría entenderse cometido el delito por el titular de la web P2p (en calidad de partícipe) si la página web actuara en connivencia con el servidor pero no con los usuarios, lo cual no se ha acreditado ya que, en este caso, y al margen de que el conocimiento se debe acreditar fehacientemente, lo cierto es que se trata de un página que alberga un foro (o lugar virtual

donde los internautas dialogan sobre diversos temas y dejan enlaces a lugares donde se encuentran archivos para descargar) lo que, en sí mismo, implica una dificultad de control aún mayor y por lo tanto, un menor conocimiento de lo que los usuarios pueden estar realizando, lo que devendría en conducta atípica.

Como muestra de lo dicho anteriormente, la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado considera que la actividad de descarga de archivos a través de Internet constituye una comunicación no autorizada, pero que no es constitutiva de delito pues no concurre el ánimo de lucro, debiendo perseguirse esa conducta sólo como ilícito civil pues el usuario realiza una copia privada de la obra que no puede ser considerado como conducta penalmente típica. Considerando a los proveedores de servicios en la sociedad de la información son meros intermediarios no responsables (artículos 14 a 18 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico) –

Aunque la Sala no desconoce resoluciones de otras Audiencias Provinciales favorables a incardinar este tipo de conductas como actos de comunicación pública en el 270 del CP, como el auto de 16/9/09 de la Audiencia Provincial de Murcia (sección 5), el auto de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 1ª, de 18 de febrero de 2008 o el Auto de la AP de Barcelona de 11/11/09, no es menos cierto que este no es el criterio mayoritario, tampoco lo es el de la Audiencia Provincial de Madrid, ni de esta Sección.

Así, esta Audiencia Provincial en el reciente auto de la APM (S 1ª) de 27/4/2010 aborda este tema en un caso en el que una página Web establecía enlaces para bajar, a través de programas P2P, archivos o ficheros de contenido diverso entre los distintos usuarios o invitados, en concreto, partidos de fútbol emitidos en otros países y cuyos derechos de explotación en España corresponden a la querellante.

En el mismo, se planteaba la concurrencia del ánimo de lucro como ventaja económica indirecta (pues no se retribuía la descarga sino

la publicidad de la inserta en la propia página y que se visualizaba con independencia de que se produjera o no descarga) y la cooperación necesaria de dichas webs entendiéndose que se producía, con arreglo al artículo 20 de la LPI “comunicación pública” de forma abierta en cuanto dicho precepto define ese concepto jurídico 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, el auto negaba este supuesto ya que la página (como en nuestro caso) no alojaba los archivos, ni realiza directamente la descarga sino que los archivos se transferían a través de programas de descarga de amplia difusión entre los usuarios de Internet. Además, consideraba que, aunque se facilitaba la descarga, no puede equipararse a ésta, por lo que, en principio los actos serían de mera intermediación. En el mismo sentido, el auto negaba el ánimo de lucro pues la retribución que obtienen los administradores de la página 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. Y por último, se afirmaba que los gestores de la página no facilitan la desprotección de los códigos claves. Estos argumentos son plenamente aplicables a nuestro caso.

Del mismo modo, el auto de 25/9/08 de la Sección 2 de la AP de Madrid, afirma en supuestos similares que cuando el Link es sólo una manera de proporcionar al usuario el acceso a otra página web, sin necesidad de teclear el nombre que ésta ostente, no concurren los presupuestos del tipo recogido en el artículo 270 del Código Penal.

En el mismo sentido el conocido Auto de la AP de Madrid de 11/09/2008 donde se afirma que dicha conducta es atípica por no concurrir el ánimo de lucro (en el intercambio de ficheros en redes P2P).

En el mismo sentido, la Sentencia de la AP de Madrid (S 5ª) de 3 de Noviembre de 2008 en la que una web facilitaba enlaces para ver partidos de fútbol desde el extranjero se pronuncia afirmando, no solo que no se ha probado el perjuicio causado, sino que no podía considerarse la concurrencia del ánimo de lucro “ya que no obtenía ningún tipo de beneficio por servir de “link” sino por la remuneración indirecta de la publicidad del portal.

Y como resoluciones de primera instancia en el mismo sentido, y dentro de nuestro ámbito territorial, los autos del Juzgado de Instrucción nº 1 de Madrid de 2/3/2010 y 19/3/08 y del Juzgado de Instrucción nº 37 de Madrid de 15/7/09.

Y en el resto de España encontramos, entre otros, el auto de sobreseimiento del Juzgado de Instrucción nº 1 de Santander de 12/4/2010, el Auto de 21/10/09 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Vitoria, el auto del Juzgado de instrucción n 3 de Ponferrada de 31/10/08, el Juzgado de instrucción nº 3 de Alcoy dicto auto de sobreseimiento de 17/6/09 o el Auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de Cartagena de 17/4/08.

TERCERO.- Las costas de este recurso se declaran de oficio.

Vistos los preceptos de legal aplicación,

LA SALA ACUERDA: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por La procuradora D. Federico Gordo Romero en representación de ENTIDAD DE GESTION DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEA) y la procuradora Dª Blanca Berriatua Horta en representación de COLUMBIA TRISTAR HOME ENTERTAINEMENT Y CIA, y OTRAS contra los autos de 27 de mayo y 6 de julio de 2009 dictados por el Ilmo. Sr. Magistrado—Juez del Juzgado de Instrucción nº 48 de Madrid, por el que acordaba el sobreseimiento provisional y archivo de la causa, CONFIRMANDO los citados autos y declarando de oficio las costas devengadas en la sustanciación del presente recurso.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Llévese testimonio de esta resolución al Rollo de Sala y al procedimiento, devolviéndose el original al Juzgado de su procedencia para su notificación a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, y para su eficacia y ejecución.

Así por este nuestro Auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.