

# Audiencia Provincial

## Caso Fenixp2p.com y mp3-es.com

de Vizcaya (Sección 1ª) Caso Fenixp2p.com y mp3-es.com. Sentencia num. 530/2011 de 27 septiembre

### ANTECEDENTES

Por el Juzgado de lo Penal nº 1 (Barakaldo) de los de dicha clase, se dictó con, fecha 11 de febrero de 2011 sentencia... que dice textualmente: *Que debo ABSOLVER Y ABSUELVO a D. Ernesto , D. Leovigildo y D. Sixto del delito contra la propiedad intelectual del que venían siendo respectivamente acusados en el presente procedimiento.."*

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de LAUREN FILMS VIDEO HOGAR Y OTROS.

### HECHOS PROBADOS

Los acusados Ernesto y Leovigildo , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, puestos de común acuerdo y durante el periodo comprendido entre octubre de 2005 a marzo de 2007, pusieron a disposición de los usuarios de Internet enlaces que reproducían obras protegidas por derechos de autor sin contar con la autorización de los titulares de esos derechos y ofreciendo la descarga gratuita de los archivos, causando el correspondiente perjuicio a los titulares de las obras. Realizaban esta actividad a través de las páginas web "fenixp2p.com" y "mp3-es.com" de las que ambos eran administradores, donde sistematizaban, ordenaban y hacían una reseña de la obra correspondiente, incluyendo los enlaces a los archivos de páginas de intercambio, siendo la relación de enlaces lo que albergaban en su propio servidor. Cuando el usuario accedía a ese enlace lo hacía a través de tales páginas de intercambio de archivos, pero obtenía una descarga directa de la obra en cuestión.

Los acusados llevaban a cabo esta actividad con la intención de obtener ganancias a través de la publicidad que ofrecían en ambas páginas, calculándose los ingresos obtenidos en tal concepto mediante un sistema basado en el número de visitas a las páginas. Para ello contrataron con las empresas Net Real Solutions Group S.L. e Impresiones Web S.L., habiendo abonado NRS Group por la publicidad alojada en fénix p2p.com la cantidad de 6.022,47 euros a Ernesto y por la publicidad alojada en mp3-es.com 25.950,96 euros a Leovigildo ; y habiendo abonado Impresiones Web SL. por la publicidad alojada en fenixp2p.com 3.600,12 euros a Ernesto y 4.969,55 euros a Leovigildo por la publicidad de la página mp3-es.com.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

... lo primero que debemos indicar es que la argumentación de la sentencia de insatncia no puede ser aceptada pues en definitiva niega la tipicidad de la conducta por dos motivos: por entender que "Internet es un sistema de enlaces entre ordenadores a través de una gran red electrónica virtual de información y que lo que tal sistema ha venido a permitir ha sido el superar el intercambio tradicional entre particulares de soportes físicos para llegar a un intercambio entre internautas usuarios mucho más rápido y con alcance general de archivos de todo tipo...."; y como segundo argumento indicando que "las páginas a que se refiere nuestro procedimiento no alojaban archivos como tales sino enlaces, ni realizaban directamente la descarga de los mismos", por lo que concluye que no encaja en las conductas del art. 270 del Código Penal.

Es evidente que el primero de los argumentos no tiene base jurídica alguna y el hecho de que Internet tenga unas características concretas (como plataforma de comunicación y de transmisión

de datos) entre las que puede destacarse la ausencia de controles expresos, el favorecimiento del anonimato, o la facilidad o rapidez; en la conexión y en la comunicación, ello no justifica desde luego que se lesionen derechos o que se atente contra bienes de otras personas, o contra su intimidad, o que se acceda a la información de otro sin la autorización correspondiente, no justifica en definitiva que se lleven a cabo conductas ilícitas.

Y en cuanto al segundo argumento utilizado por el Juzgador, como diremos a continuación, y aun considerando que los archivos no eran descargados en el servidor de los dos acusados, y entendiendo que lo que ofrecía la página eran meros enlaces, la Sala considera que la conducta sí constituye comunicación pública y en tal sentido es típica con arreglo a lo dispuesto en el art. 270 del CP .

Según sostienen los dos acusados ellos no procedían en ningún caso a descargar los archivos en su servidor, se limitaban a reseñar una serie de contenidos que cualquier usuario podría encontrar en las páginas que se utilizan para compartir archivos como Emule o Edonkey. De este modo, señalan, realizaban una labor de intermediación consistente en facilitar enlaces a otros contenidos y tal labor está, regulada en el art. 17 [LSSI](#), según el cual tal conducta no lleva consigo responsabilidad alguna por la información o por el contenido, siempre que los prestadores no tengan conocimiento efectivo de que la actividad a la que remiten es ilícita o lesiona bienes o derechos de terceros.

Este argumento ha sido acogido por diversos tribunales en nuestro país, pudiendo citarse entre otras muchas la [Sentencia de la AP de Madrid de 8 de marzo de 2011](#). Según tales resoluciones la propia ley en el art. 17 expresa cuándo se tiene conocimiento efectivo de la ilicitud de contenido al que se enlaza, indicando que se entenderá que un prestador de servicios tiene conocimiento efectivo de la ilicitud "cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos y el prestador conociera la correspondiente resolución". Las sentencias que aplican este artículo hacen una interpretación literal del mismo y se acogen al principio de intervención mínima considerando que las conductas como las que nos ocupan (las páginas de enlaces) no son punibles. Sin embargo, esta Sala no está de acuerdo con el planteamiento.

Este artículo 17 de la LSSI plantea la responsabilidad del prestador de servicios en labores de intermediación en relación con el contenido enlazado. Y sostiene que quien hace esa labor no es siempre responsable del contenido de la página o de los datos que se ofrecen en otro lugar de la red. El régimen de la responsabilidad se invierte y salvo que conste que el prestador de servicios de intermediación tiene conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos, se le exime de cualquier responsabilidad. Pensemos precisamente en los buscadores, a los que se refieren las defensas con insistencia, o en páginas que ofrecen relaciones de enlaces a otras páginas. La ley establece que no puede hacerles responsables de que esas páginas a las que enlazan tengan un contenido ilícito (pensemos, por ejemplo, en un contenido de carácter xenóbofo o que atente contra el honor de un tercero), de manera que el prestador de servicios de intermediación sólo sería responsable si tuviera conocimiento efectivo de que el contenido enlazado es ilícito.

Pero en el caso que nos ocupa los acusados enlazan con películas o con música. El contenido en sí no es ilícito (podría serlo si alguna de las cintas incluyera contenido pedófilo por ejemplo, pero no es el caso). Y tampoco sería ilícito si lo que hicieran los acusados fuera enlazar con la página p2p de intercambio privado de archivos. Si el enlace fuera a la página p2p los acusados estarían, dando acceso a una página cuya actividad no es ilícita, puesto que como ellos mismos han indicado, la actividad de compartir archivos no se ha considerado ilícita por los tribunales (desde el punto de

vista del usuario que participa en el intercambio de archivos).

Pero en nuestra opinión el enfoque es incorrecto: no se trata de valorar si el contenido al que acceden es ilícito, sino de valorar su actividad, es decir, si con su actividad los acusados realizaban un acto de comunicación pública. Dicho de otro modo, aunque consideremos la labor de los acusados como de intermediación, lo que solo puede ser entendido en nuestra opinión en un sentido muy amplio del concepto, entendemos que el art 17 de LSSI al que se remiten las defensas no es el más adecuado para regular la responsabilidad de los dos acusados puesto que, como hemos visto, lo relevante en este caso no es la licitud o la ilicitud del contenido, sino su actividad.

Lo que hacen los acusados es entrar en la página de intercambio de archivos y extraer de ella un enlace de archivo de música o de película que albergan en su servidor (el enlace), sacándolo de ese contexto de página de intercambio para convertirlo en un archivo de descarga directa en otro lugar. Técnicamente cuando el usuario pincha en "descargar" realiza un acceso a la página p2p correspondiente, pero solo como trámite informático necesario para acceder al archivo. Los acusados no llevan al usuario a ese entorno de intercambio, sino que consiguen que acto seguido y sólo con esa acción de hacer un clic en "descargar" accedan a la película o la música correspondiente. En nuestra opinión, esta labor técnica y de alteración de la naturaleza de la página a la que dan acceso (permitiendo una descarga directa de su contenido fuera de ese contexto de intercambio), hace muy cuestionable que el art. 17 sea aplicable a tal actividad. Como hemos visto, el art. 17 se preocupa por la licitud del contenido enlazado por un prestador de servicios de intermediación, Pero compartimos con los recurrentes que se trata más bien de un acto propio a través del cual (a través del artificio técnico de introducir al usuario en la página de intercambio de archivos p2p y dar acceso directo a un contenido concreto de esa página) los acusados realizan un acto propio de comunicación, un acto de puesta a disposición a cualquier usuario potencial de esa página de un contenido que vulnera derechos de terceros .

El argumento de las defensas en el sentido de que al ser contenidos que están en la red son contenidos accesibles para cualquiera y que los acusados se limitaba a informar de que las obras estaban disponibles en otro servidor (similar, dicen, a la reseña de películas de un periódico) no es admisible en ningún caso. Con su intervención técnica y tras haber indexado, clasificado y comentado las obras, lo que hacían era poner a disposición de manera directa la descarga. Es decir, era su actuación directa y no su labor de intermediación la que lograba el resultado del acceso a la obra en cuestión. En este sentido entendemos con los recurrentes que esta actuación directa está contemplada en la LPI art. 20 como un supuesto de comunicación pública y que en tal sentido configura el tipo penal que refleja el art. 270 del Código Penal.

Y en todo caso, y desde la perspectiva de la LSSI que ha venido aplicándose a estos supuestos, y dado que no consideramos adecuada la aplicación del art. 17 citado arriba, considera la Sala que sería más adecuada la aplicación del art. 15 de ese texto legal. Se refiere este artículo a "los prestadores de servicios de intermediación que transmitan, datos facilitados por un destinatario y que con la única finalidad de hacer más eficaz, su transmisión los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal." Creemos que éste es el caso que nos ocupa porque lo que hacen los acusados es crear una página con diversos enlaces ("datos" en un sentido informático) que alojan en sus servidores y lo hacen de forma temporal. Y señala este artículo 15 que estos prestadores de servicios no son responsables "por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, si: b) Permiten el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplen las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita.

Y como hemos dicho arriba, es precisamente éste el caso que nos ocupa, puesto que lo que hacen los acusados es permitir el acceso directo a los archivos, al contenido de esos enlaces (o datos) sin cumplirse las condiciones de una página de intercambio de archivos y creando con su acción una página de descarga directa. Y siendo esto así y según la LSSI, estos prestadores de servicios si serian responsables por esta actividad que en definitiva es de comunicación pública de una información caía lesiona derechos de propiedad intelectual de terceros.

En definitiva, 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.

Dicho esto, debemos indicar que también se dan el resto de los elementos previsto en el art. 270 CP y en concreto el ánimo de lucro que ha sido cuestionado por las partes. Los acusados siempre han reconocido en todas sus declaraciones que obtenían ingresos en concepto de publicidad y así queda acreditado documentalmente de manera profusa en las actuaciones. Y en este sentido han reconocido que los ingresos por publicidad dependían del número de accesos a las páginas que administraban, y añadimos nosotros, ello está directamente unido al contenido que ofrecían (la posibilidad de descarga directa y gratuita de archivos). No cabe duda, a nuestro juicio, de que esta actividad estaba orientada a obtener ingresos por este medio y de que por lo tanto concurre el ánimo de lucro cuestionado.

Una vez establecido todo lo anterior y dado que la Sala entiende que los recursos deben ser estimados, consideramos que los dos acusados son autores de un delito relativo a la propiedad intelectual, previsto y penado en el art. 270,1ª del Código Penal [...]

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Lauren Films Video Hogar y otros, así como el interpuesto por la representación legal de Productores de Música de España (Promusicae), a los que se ha adherido el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada el día 11 de febrero de 2011 por el Juzgado de lo Penal nº I de los de Barakaldo en la Causa nº 506/09, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido de dejar sin efecto la absolución dictada.

En su lugar, condenamos a los dos acusados Ernesto y Leovigildo como autores de un delito contra la propiedad intelectual a la pena para cada uno de ellos de UN AÑO DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA de catorce meses a razón de 12 euros cada cuota-multa, con la responsabilidad personal por impago prevista en el art. 53 del Código Penal.

Los acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a las compañías perjudicadas en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por los perjuicios derivados de su actividad ilícita.

Se acuerda el cese de la actividad de las dos páginas web mencionadas en el relato de hechos así como el comiso de los efectos y dinero ocupados.