

Sentencia de la Audiencia Provincial

Sección 5ª de Madrid

3 de noviembre 2008

Audiencia Provincial de Madrid

Sección 5ª

Rollo: 493/2008

Órgano procedencia: Juzgado de Instrucción nº 13 de Madrid

Procedimiento origen: Diligencias previas Procedimiento Abreviado nº 5952/2005

Auto núm. 3975/08

Ilmos. Magistrados.

Don Arturo Beltrán Núñez

Don Jesús Angel Guijarro López

Doña Celia Sáinz de Robles Santa Cecilia

En Madrid, a tres de noviembre de dos mil ocho.

HECHOS

PRIMERO.- En las Diligencias Previas Proc. Abreviado nº 5952/2005 del Juzgado de Instrucción nº 13 de Madrid, con fecha 10/07/08 se dictó auto por el que se desestima el Recurso de Reforma interpuesto contra el auto de fecha 5/5/08 por el que se acuerda el Sobreseimiento Provisional y archivo de las actuaciones al no ser constitutivos de infracción penal los hechos denunciados.

SEGUNDO.- Contra dicho auto, por la representación procesal de AUDIOVISUAL SPORT SL, CANAL SATELITE DIGITAL SL, DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL y LIGA NACIONAL DE FUTBOL PROFESIONAL se interpuso recurso de apelación, al que se dio trámite y al que se pone fin por medio del presente auto.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se iniciaron como consecuencia de la denuncia interpuesta por la representación de la entidad Audiovisual Sport S.L. como titular en exclusiva de los derechos audiovisuales y televisivos de todos los partidos de la Liga Nacional de Fútbol en primera y segunda división A, así como los partidos de la copa de su Majestad el Rey, contra el portal de Internet con página web www.tvmix.net, siendo el administrador de la misma el imputado xx, la cual servía de "link" de forma gratuita con el programa "pplive", que a su vez permite el visionado de partidos de fútbol con acceso de sistema codificado en España por parte de televisiones radicadas en China que emiten esos partidos en abierto. Entendiendo la acusación particular que tales hechos podían ser constitutivos de un delito contra la propiedad intelectual del artículo 270 del CP y de un delito del artículo 286 contra el mercado y los consumidores.

SEGUNDO.- El carácter fragmentario del Derecho Penal, el cual debe actuar al modo de última ratio del ordenamiento jurídico y solamente contra los ataques claros a los bienes jurídicos protegidos en los casos concretos, siendo en este supuesto particular aquí tratado tales bienes objeto de protección el mercado, los consumidores, el orden socioeconómico y los derechos de los titulares de la explotación. No pudiéndose acudir al Derecho Penal como solución ante la existencia de presuntos ataques cuando no queda claro la intervención de la facultad punitiva del Estado como remedio ante tales situaciones. Situación aplicable a las presentes actuaciones.

De toda la instrucción practicada, de la declaración del imputado tanto en fase policial (folio 62 a 64) como las diversas declaraciones judiciales que el mismo prestó en sede judicial (folios 73 a 74; 102 a 104) **en las que el mismo manifestó que no sabía que esa actividad fuese en modo alguno prohibida puesto que él no distribuía los partidos de la Liga Española que ofrecían las cadenas de pago españolas infringiendo en este supuesto de forma directa si así lo hubiese hecho los derechos de la propiedad intelectual, sino que permitía acceder a canales chinos que a su vez retransmitían los partidos de al Liga nacional; no se desprende que el mismo tuviese conocimiento que realizaba una actividad ilícita. El mismo imputado cuando tuvo conocimiento de que existía un procedimiento penal contra él, suprimió todo acceso desde su página a los eventos deportivos en España que sean exclusivamente de acceso condicional.** Es por ello que el comportamiento doloso del imputado, que exigen los preceptos penales objeto de controversia artículos 270 y 286 del CP, no se demuestra de forma al menos indiciaria para continuar con la tramitación de las presentes diligencias.

TERCERO.- Las pruebas periciales que se solicitaron por parte del juzgado, obrante en el folio 357 a 369, y posteriormente ampliado con el informe de fecha 3 de diciembre de 2007, y todas las ratificaciones ulteriores del mismo, **concluyeron que la actividad que realizaba el imputado no es delictiva desde el momento en que los programas que invita son de libre uso y su utilización es abierta y universal por lo que no precisan de ninguna licencia de uso,** aun cuando se pudiese producir perjuicios económicos a terceros. Máxime cuando cualquier persona puede acceder a los mismos e incluso desde páginas de servidores como Terra o la página web del periódico El País se pueden obtener descargas de tales partidos de fútbol emitidos en abierto por las cadenas chinas. El perito judicial fue contundente y ya manifestó, repitió y reiteró que los programas con los que enlaza la página son libres, abiertos y no requieren de licencia alguna. **Posteriormente insistió en que en dicha página ni se transformaba ni se digitalizaba señal alguna.**

Las conclusiones anteriores, este perito las sintetiza de la forma siguiente: los responsables del servidor www.tvmix.net, sin ánimo de lucro por hacerlo de forma gratuita, facilitan a terceros por medio del citado servidor, información necesaria para que ellos consigan acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, habiendo anteriormente (en el pasado) suministrado la información necesaria para que esos terceros pudieran conseguir además, una forma alternativa gratuita para obviar el acceso condicional a servicios de pago encriptados, independientes, de televisión, utilizando comunicaciones a través de la red Internet, e incitando a conseguirlo mediante la programación de eventos deportivos de gran interés en una agenda deportiva diseñada para ello, complementada por otros servicios en el servidor, que la fomentan sinérgicamente. Ahora bien, este perito, cree que las preguntas que tiene que ayudar a resolver son: ¿[tvmix.net](http://www.tvmix.net) comete delito? y, ¿[tvmix.net](http://www.tvmix.net) está facilitando o induciendo a otros a cometer delito? No en ambos casos, porque a reserva de lo que se dilucide con la siguiente y última conclusión, los programas que invita o incluso incita a utilizar, son de libre uso, y su utilización es abierta y universal, por lo que no necesitan ninguna licencia de uso, y en consecuencia, para los hechos denunciados, objeto de este informe, no se comete ninguna infracción, aunque sí se produce en algunos casos quebranto económico a terceros. Es por ello que tampoco quedaría acreditado el artículo 270 del CP que precisa de un perjuicio económico y de un ánimo de lucro. **En relación al perjuicio económico inferido a los titulares de los derechos de emisión de los partidos de Liga Nacional no se ha podido determinar el mismo dado el movedizo mundo de Internet en el que la prueba de tal extremo resulta prácticamente imposible, por lo que faltaría un elemento determinante de éste (STS 1578/02) ni tampoco 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. En este mismo contexto destaca la sentencia del Tribunal Supremo 529/2001 de 2 de abril en la que indica que **lo sancionable son la importación de las obras usurpadas pero no las adquiridas lícitamente en el extranjero aunque su comercialización en España no haya sido aquí autorizada, por lo que de esa conducta puede defenderse el titular mediante las medidas cautelares y sistema de responsabilidad previsto en el artículo 138 y s.s. de la Ley de Propiedad Intelectual.** Supuesto este extrapolable a la conducta típica del artículo 286 que tampoco se vería conculcado en el presente supuesto.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 de la L.E.Crim. se declaran de oficio las costas devengadas en esta alzada. Vistos los arts. mencionados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JesúsAngel Guijarro López, **LA SALA DISPONE DESESTIMAR el recurso de apelación** interpuesto por la representación procesal de AUDIOVISUAL SPORT SL, CANAL SATELITE DIGITAL SL, DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL y LIGA NACIONAL DE FUTBOL PROFESIONAL contra el auto dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del JDO. Instrucción nº 13 de Madrid en la causa a que este rollo hace referencia y **CONFIRMAR** la expresada resolución, 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 acordamos, mandamos y firmamos.