

TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS SITIOS WEB QUE PROPORCIONAN ENLACES A OBRAS Y PRESTACIONES PROTEGIDAS

Por Miquel Peguera Poch
Profesor Agregado de Derecho Mercantil
Universitat Oberta de Catalunya
mpeguera@uoc.edu

Fecha de recepción: 13.09.12

Fecha de aceptación: 13.10.12

RESUMEN: El artículo examina el estado actual de la jurisprudencia española sobre sitios web que proporcionan enlaces a archivos de música, películas o programas de ordenador, puestos a disposición en Internet sin autorización, ya sea en servidores de gran capacidad, ya sea en redes P2P. Si bien en la mayoría de los casos se ha considerado que los enlaces no constituyen actos de comunicación pública, en otras ocasiones se ha entendido lo contrario. El artículo analiza los aspectos esenciales de la discusión y explora las posibilidades de interpretación que ofrece el vigente marco legal.

PALABRAS CLAVE: Webs de enlaces, LSSICE, puerto seguro, comunicación pública, P2P, enlaces ensamblados, puesta a disposición, sharemula.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PROCEDIMIENTOS PENALES. 1. SOBRESSEIMIENTOS Y ABSOLUCIONES. 1. *La absolución en el caso todocarattulas (2005)*. 2. *El caso sharemula (2008)*. 3. *Otros sobreseimientos confirmados por las Audiencias Provinciales (2009-2011)*. 4. *Sobreseimiento acordado por la Audiencia: el caso cinetube (2012)*. 5. *Sobreseimiento recurrido en apelación: el caso estrenosdivx (2011)*. 6. *Sobreseimientos confirmados por la Audiencia en casos de páginas de enlaces a retransmisiones deportivas. Casos tvmix (2008) y rojadirecta (2010)*. 7. *Absolución en el caso pctorrent (2012)*. 2. AUTOS DE AUDIENCIAS QUE ORDENAN SEGUIR CON EL PROCEDIMIENTO PENAL. 1. *Caso elitedivx (2009)*. 2. *Caso ps2rip (2009)*. 3. *Caso divxonline (2010)*. 4. *Caso zonamule (2010)*. 5. *Caso todotorrente (2010)*. 6. *Caso vagos.es (2011)*. 7. *Caso youkioske (2012)*. 3. CONDENAS. 1. *Caso infopsp (2008)*. 2. *Caso simonfilms.tv (2010)*. 3. *Caso infektor (2011)*. 4.

Caso fenixp2p/mp3-es (2011). III. PROCEDIMIENTOS CIVILES. 1. CASOS AGUJERO Y ETMUSICA/ELITEMULA EN VÍA CIVIL (2009). 2. CASO ELRINCONDEJESUS (2011). 3. CASO INDICE-WEB (2011). 4. CASO TOMTOM (2012). IV. ELEMENTOS ESENCIALES DEL DEBATE SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS WEBS DE ENLACES EN LA JURISPRUDENCIA MENOR. 1. ELEMENTOS ESPECÍFICOS DEL ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL. 2. EL ENLACE COMO ACTO DE EXPLOTACIÓN. 1. *Reproducción*. 2. *Comunicación pública en la modalidad de puesta a disposición interactiva*. 3. *Comunicación pública bajo la cláusula general del art. 20.1 LPI*. 4. *Derecho de explotación atípico al amparo del numerus apertus del artículo 17 LPI*. 5. *¿Posibilidad de ejercitar acciones indemnizatorias de la LPI contra actos de mero favorecimiento de la infracción?* 3. LA APLICACIÓN DEL ART. 17 LSSICE. V. CONSIDERACIONES FINALES: ¿HACIA UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD SECUNDARIA?

TITLE: Case Law Regarding Websites Providing Links to Copyrighted Works.

ABSTRACT: The article explores the current state of Spanish case law regarding websites offering links to files containing music, movies, or computer programs made available elsewhere on the Internet without authorization, whether in P2P networks or in mass storage servers. While most of the cases have been dismissed on the grounds that linking does not amount to a communication to the public, some rulings hold that providing links to copyrighted works does fall under the right of communication to the public. The article discusses the main issues of the legal discussion and provides some insights for construing the current legal framework.

KEYWORDS: Linking websites, LSSICE, safe harbors, communication to the public, P2P, embedded links, making available, sharemula.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. CRIMINAL CASES. 1. DISMISSALS AND ACQUITTALS. 1. *The acquittal in the todocaratulas case (2005)*. 2. *The sharemula case (2008)*. 3. *Other dismissals affirmed by the Courts of Appeals (2009-2011)*. 4. *Dismissal ordered by the Court of Appeals: the cinetube case (2012)*. 5. *Dismissal appealed before Court of Appeals: the estrenosdivx case (2011)*. 6. *Dismissals affirmed by the Court of Appeals in cases involving websites providing links to live TV sports events. The tvmix (2008) and roja-directa (2010) cases*. 7. *The acquittal in the pctorrent case (2012)*. 2. COURTS OF APPEALS' RULINGS ORDERING THE CRIMINAL PROCEDURE

TO CONTINUE. 1. *The elitedivx case* (2009). 2. *The ps2rip case* (2009). 3. *The divxonline case* (2010). 4. *The zonaemule case* (2010). 5. *The todotorrente case* (2010). 6. *The vagos.es case* (2011). 7. *The youkioske case* (2012). 3. CONVICTIONS. 1. *The infopsp case* (2008). 2. *The simonfilms.tv case* (2010). 3. *The infektor case* (2011). 4. *The fenixp2p/mp3-es case* (2011). III. CIVIL CASES. 1. THE CIVIL CASES OF AGUJERO AND ETMUSICA/ELITEMULA (2009). 2. THE ELRINCONDEJESUS CASE (2011). 3. THE INDICE-WEB CASE (2011). 4. THE TOM TOM CASE (2012). IV. MAIN ISSUES OF THE CASE LAW DISCUSSION ON THE LEGAL NATURE OF LINKING WEBSITES. 1. PARTICULAR ELEMENTS OF THE CRIMINAL LAW ANALYSIS. 2. THE LINK AS AN ACT OF EXPLOITATION. 1. *Reproduction right*. 2. *Making available right*. 3. *Communication to the public under the general clause in art. 20.1 LPI*. 4. *Atypical right of exploitation under article art. 17 LPI numerus apertus*. 5. *Is it possible to bring LPI causes of action against indirect infringements?* 3. THE APPLICATION OF ARTICLE 17 LSSICE. V. FINAL REFLECTIONS: TOWARDS A SYSTEM OF SECONDARY LIABILITY?

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace ya algunos años, los sitios webs que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas están en el punto de mira de los titulares de derechos, quienes los ven como el objetivo al que deben dirigir principalmente su estrategia para frenar las descargas de contenidos que se producen en la red a partir de copias puestas a disposición de forma no autorizada en servidores de descarga o en redes P2P¹.

Típicamente, estas páginas² atraen a un gran número de usuarios, que desean descargar música, películas o programas de ordenador y están interesados especialmente en las últimas novedades: películas recién estrenadas, o incluso a punto de estrenar, videojuegos que acaban de aparecer en el mercado, últimas producciones discográficas, etc. La página les ofrece de modo ordenado enlaces a dichas obras y prestaciones, a menudo catalogándolas, reproduciendo las

¹ Precisamente para dotarse de un nuevo instrumento que permita perseguir con mayor eficacia dichas páginas (y a la vista del poco éxito logrado en la vía judicial), la industria de contenidos promovió la articulación del procedimiento administrativo previsto en la llamada *Ley Sinde*. En este sentido, *vid.* S. GAVIÑA: «El Gobierno perseguirá 200 webs de descargas ilegales», *ABC*, 20 oct. 2009, disponible en <http://www.abc.es/20091019/medios-redes-web/creadores-contenidos-piden-industria-200910191902.html> (últ. visita 24 nov. 2012); *vid.* también R. MUÑOZ: «Las páginas “web” que permitan descargas serán perseguidas en España», *El País*, 19 de abril de 2009, disponible en http://elpais.com/diario/2009/04/19/sociedad/1240092004_850215.html (últ. visita 24 nov. 2012).

² Salvo que otra cosa se desprenda del contexto, a lo largo del artículo empleo indistintamente el término *sitio* y *página* web, o simplemente *web*.

carátulas, etc. Estos sitios web no *alojan* las obras y prestaciones en cuestión, sino que proporcionan *enlaces* para que el usuario pueda acceder a los archivos digitales correspondientes, los cuales pueden hallarse bien en otros servidores —normalmente servicios de alojamiento de gran capacidad, como fue en su momento *Megaupload*— o bien en redes *peer to peer* (P2P)³. Algunas de estas páginas ofrecen servicios de *streaming*, consistentes en enlaces *ensamblados* (*embedded links*) que permiten visualizar en la propia web películas alojadas en servidores externos. En la inmensa mayoría de los casos, las webs de enlaces obtienen ingresos vía publicidad, tanto de la inserta en la página, como, en ocasiones, de los servicios de publicidad por correo electrónico que es preciso aceptar para registrarse en la web.

Las acciones entabladas en los últimos años contra los administradores de estas páginas —primero en vía penal y luego, aunque en menor medida, en vía civil—, han dado lugar a un cuerpo apreciable de jurisprudencia menor. El objetivo de este estudio es presentar el estado actual de dicha jurisprudencia, ofrecer claves de interpretación y apuntar posibles desarrollos futuros. Para ello analizo todas las resoluciones recaídas hasta la fecha de las que he tenido noticia⁴, que presento aquí de forma sintética y sistematizada, destacando y valorando sus aspectos más relevantes así como el mérito de los distintos argumentos y motivaciones esgrimidos tanto por las partes como por los jueces y tribunales⁵.

II. PROCEDIMIENTOS PENALES

1. SOBRESSEIMIENTOS Y ABSOLUCIONES

1. *La absolución en el caso todocaratulas (2005)*

El procedimiento se refiere a la web *todocaratulas.com*⁶. Se imputaba al acusado un delito contra la propiedad intelectual del art. 270.1 CP (en su redacción anterior a la modificación operada por la LO 15/2003). El tipo exigía la

³ Para una exposición de los diversos tipos de enlaces P2P vid. R. IGLESIAS POSSE: «Provisión de enlaces electrónicos a contenidos protegidos por el derecho de autor», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, vol. 32, 2012, pp. 141-172.

⁴ Los procedimientos sobre webs de enlaces que analizo son una treintena, todos los que he logrado identificar en los que ha recaído alguna resolución judicial, aunque la misma no ponga fin al procedimiento. Desde luego puede haber más, especialmente de Juzgados de Instrucción y de Primera Instancia, ya que sus resoluciones no son normalmente de fácil acceso. En la página http://responsabilidadinternet.wordpress.com/resol_jud/webs_enlace/ puede consultarse una relación de las resoluciones dictadas en esta materia, que trato de mantener actualizada y con enlaces a los textos de la mayoría de las resoluciones.

⁵ Para identificar más fácilmente los casos, los designo normalmente con el nombre de la web principal afectada en cada procedimiento.

⁶ Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 18 de Barcelona, 8.09.2005.

reproducción, plagio, distribución o comunicación pública de la obra protegida en todo o en parte, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero. La acusación particular, ejercida por la SGAE, alegaba que el acusado ponía a disposición de los usuarios archivos musicales en formato mp3, que podían descargar directamente, extremo que sin embargo no pudo ser acreditado. El acusado sostuvo que en su página sólo había enlaces a otros sitios de internet donde sí podían descargarse los archivos. Al no haberse probado que fuera posible descargar directamente, el Juzgado de lo Penal consideró que la conducta del acusado no encajaba en el tipo del art. 270.1 CP⁷. Aun sin argumentarlo directamente, parece claro que el Juzgado consideró que la provisión de enlaces no supone la comunicación pública del contenido protegido enlazado⁸. La absolución fue confirmada en apelación⁹.

2. *El caso sharemula (2008)*

El siguiente caso fue el de la web *sharemula*, caso que descarta la tipicidad de la actividad de proporcionar enlaces y que pronto se convirtió en un referente habitual en estos procedimientos, por lo que conviene revisarlo con cierto detalle.

En 2006, el Juzgado de Instrucción (JI) acordó el sobreseimiento libre por considerar que la actividad no era constitutiva de delito¹⁰, apreciación compartida por la Audiencia Provincial (AP) al confirmar el sobreseimiento en apelación

⁷ El Juzgado hace una digresión de interés en este punto (FJ2), al dar a entender que si los hechos hubieran sido enjuiciados con arreglo a la reforma obrada por la LO 15/2003 (que entró en vigor el 1 de octubre de 2004), la conducta del acusado sí podría resultar constitutiva de delito, ya que encajaría en el artículo 286.3 CP. Dicho precepto se refiere a quien «sin consentimiento del prestador de servicios y con fines comerciales, facilite el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, a servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, o suministre el acceso condicional a los mismos, considerado como servicio independiente» (286.1 CP) o bien sin ánimo de lucro, facilite a terceros dicho acceso, o por medio de una comunicación pública, comercial o no, suministre información a una pluralidad de personas sobre el modo de conseguirlo, incitando a lograrlo (286.3 CP). Parece entender el Juzgado que la comunicación pública —sin necesidad de ánimo de lucro— de información sobre cómo lograr el acceso a obras protegidas ubicadas en otros sitios de internet sería subsumible en el art. 286.3 CP. De este modo, mientras que el delito del art. 270.1 se cometería por quienes ponen a disposición los contenidos infractores, el titular del sitio de enlaces incurriría en el delito previsto en el art. 286.3 CP. Sin embargo, el acceso no se refiere de modo general a obras protegidas sino a “servicios” prestados por un tercero y sin el consentimiento de éste. El bien jurídico protegido parece ser el derecho del titular del sitio de internet donde se ponen a disposición los contenidos o donde se prestan servicios de acceso condicional.

⁸ A ello pudo contribuir la testifical aportada por la propia acusación particular, la cual —según expone la sentencia— vino a indicar «que tan sólo estarán obligados al pago de las oportunas tarifas a la SGAE aquellas páginas que permitan la descarga directa de las obras musicales, pero no aquellas otras que contengan enlaces a otras que permitan esa descarga última, de lo que solo puede deducirse nuevamente la atipicidad de esta segunda clase de conductas» (FJ2).

⁹ Sentencia 8/2005 AP Barcelona, Secc. 7ª, de 22.12.2005. Ponente: Josep Lluís Albiñana i Olmos. Cendoj: 08019370072005100723.

¹⁰ Auto del JI núm. 4 de Madrid, de 28.09.2007. Ponente: Eduardo Porres Ortiz de Urbina.

(2008)¹¹. En su auto sobreseimiento, el JI se limita a remitir a los argumentos que ya había expuesto en el auto de denegación de medidas cautelares¹², de modo que es a este último al que debemos atender ahora para examinar los motivos para sobreseer la causa. La conclusión a la que llega dicho auto es que no hay comunicación pública: «[l]os responsables de la página “sharemu-la.com” no realizan de forma directa actos de comunicación pública de obras protegidas por la LPI ya que no alojan en sus archivos los títulos descargados. Únicamente favorecen esa conducta en la medida en que seleccionan, ordenan e informan sobre los títulos y facilitan a los usuarios que lo necesitan los medios técnicos apropiados (descarga del programa emule) para efectuar la transferencia de los archivos» (FJ 4º).

En su argumentación, el Juez empieza reconociendo que la postura que considera que esta actividad constituye comunicación pública no es descabellada, pero acaba inclinándose por negar que se pueda calificar como tal. Señala así el auto que «[n]o es desdeñable la postura de quienes sostienen que si se valora la actividad investigada de conjunto y en función del resultado final, las páginas web como la investigada pudieran estar ofertando públicamente obras protegidas y realizando los actos de apoyo necesarios para que los usuarios de la red se comuniquen y utilicen esa oferta pública de las obras. Su labor, desde esta perspectiva, no sería de mera intermediación sino el núcleo de actividad que anuncia y posibilita el intercambio masivo de archivos a los usuarios que, sin esa publicidad y organización, no podrían hacerlo o lo podrían hacer de forma significativamente más limitada. *Las labores de ordenación y oferta de las obras podrían constituir un acto de comunicación pública no autorizada por más que técnicamente sea el usuario y no el proveedor quien de facto ponga a disposición del público el archivo.* El proveedor anuncia y oferta a los usuarios de forma pública la obra protegida y facilita en algunos casos los medios técnicos para que los usuarios enlacen entre sí y realicen la descarga. *Tal posición podría tener apoyo en el artículo 20 de la LPI en el que se define el concepto de “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 a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”*»¹³. Sin embargo, el Juez desestima esta posición basándose en una serie de consideraciones, que en realidad no entran a discutir lo esencial de dicha tesis, y que por tanto difícilmente pueden considerarse concluyentes. Dichas consideraciones son, en síntesis, las siguientes: a) «la página web (...) no aloja los archivos, ni realiza

¹¹ Auto 582/08 AP Madrid, Secc. 2ª, de 11.09.2008. Ponente: Rafael Espejo-Saavedra Santa Eugenia. Cendoj: 28079370022008200755.

¹² Auto del JI núm. 4 de Madrid, de 20.12.2006. Ponente: Eduardo Porres Ortiz de Urbina.

¹³ *Id.*, FJ4º (énfasis añadido).

directamente la descarga. Los archivos se transfieren a través de un programa (emule) ajeno a la página y de amplia difusión entre los usuarios de internet. (...); y b) «[l]os actos de ordenación y anuncio de los títulos que se transfieren *facilitan la descarga pero no pueden equipararse a ésta*, por lo que, en principio podrían calificarse de actos de mera intermediación»¹⁴. De esta forma, el Juez de Instrucción rechaza calificar como comunicación pública la actividad denunciada y concluye que la misma «carece por el momento de tipificación penal»¹⁵.

En apelación, la Audiencia sostuvo, en síntesis, que: a) la actividad de la web de enlaces no constituye comunicación pública, y por tanto no se cumple el tipo objetivo del art. 270 CP; b) los responsables de la web cumplen con las condiciones del artículo 17 LSSICE, por lo que no cabría atribuirles responsabilidad. La AP señala que «antes de analizar si concurren los elementos subjetivos del tipo delictivo (con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero), lo procedente es determinar en primer lugar si concurren los elementos objetivos del tipo (reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente) pues si no concurren éstos es indiferente que concurren o no aquéllos» (FJ. 5º).

Pero antes de examinar si en la conducta se da alguno de los elementos objetivos del tipo, el auto se detiene a considerar la aplicación de la LSSICE a la actividad denunciada, concluyendo que se dan las condiciones exigidas para quedar libre de responsabilidad. Para ello transcribe parte de la Exposición de Motivos de la LSSICE, así como sus artículos 16, 17 y 13. Afirma que los artículos 16 y 17 LSSICE «podrán ser de aplicación en el ámbito civil, o en casos en que exista duda sobre la ilicitud penal, en la jurisdicción penal»¹⁶, de modo que el prestador de servicios queda exonerado de responsabilidad cuando cum-

¹⁴ *Ibid.* (énfasis añadido). El Juez apunta también otros dos argumentos, pero ya no están relacionados con la posibilidad de calificar el acto como supuesto de comunicación pública. Estos argumentos son que la retribución no está vinculada a la descarga de las obras sino a la publicidad (los usuarios tienen que inscribirse y reciben publicidad a través del servicio Canal Mail), y que no cabe entender que el artículo 17 de la LSSICE atribuya responsabilidad penal por esta actividad.

¹⁵ Auto del JI núm. 4 de Madrid, de 28.09.2007 (FJ Único).

¹⁶ Afirmer que estos artículos serán aplicables en la jurisdicción penal “en casos en que exista duda sobre la ilicitud penal” resulta un poco extraño. La existencia de dudas sobre la ilicitud penal de una determinada conducta no parece un criterio razonable para determinar la aplicabilidad de estos preceptos. Lo que me parece más probable es que la Audiencia haya tomado esta expresión literal de una sentencia anterior, dictada en el orden civil, la SAP Madrid, Secc. 10ª, de 16.07.2008 (Cendoj 28079370102008100471), referida a un supuesto de alojamiento de comentarios atentatorios contra el derecho al honor. En dicha sentencia, la sala defendía una aplicación estricta de la noción de conocimiento efectivo del artículo 16 LSSICE, considerando que el demandado no tuvo dicho conocimiento y por tanto quedaba libre de responsabilidad. La sentencia, saliendo al paso de las quejas de la apelante, sostenía que con ello no se creaba un espacio de impunidad para los casos en que el contenido (alojado o enlazado) fuera manifiestamente delictivo. En ese sentido, citaba un artículo doctrinal (M. CASTELO: «Apuntes sobre las especialidades de la protección del derecho al honor en Internet», Base de Datos de Bibliografía El Derecho, 10.01.2007, EDB 2007/425), transcribiendo un párrafo del mismo en el que se recoge aquella expresión. Escribe la

ple las condiciones de dichos preceptos. Como es sabido, la condición fundamental consiste en la falta de conocimiento efectivo de la ilicitud de la información a la que dirige el enlace. Apuntando que por el momento ha sido muy escasa la jurisprudencia, la AP cita dos casos (*ajoderse.com* y *banyalbufar.com*) en los que se interpreta el conocimiento efectivo en el sentido restrictivo que resulta del tenor literal del art. 17.1.II LSSICE, entendiendo que si no se ha dictado una resolución previa declarativa de la ilicitud de los datos, el proveedor carece del conocimiento efectivo previsto por la ley.

Recordemos brevemente estos dos casos. El caso *ajoderse.com* no era propiamente de una página de enlaces a archivos de obras protegidas. Bajo el título “Colección de links de Seca Negra” ofrecía un listado de enlaces etiquetados con una breve descripción, que en muchos casos dirigían a otros sitios web con información sobre los códigos para visualizar las señales de televisión de pago¹⁷. La denuncia fue por delito de descubrimiento y revelación de secretos. El JI consideró que, con independencia del conocimiento que el titular de la web tuviera del contenido de los sitios enlazados, carecía del conocimiento efectivo contemplado en el art. 17 LSSICE, puesto que no había existido una previa resolución dictada por órgano competente declarando la ilicitud o lesividad de la información enlazada, u ordenando su retirada o bloqueo, por lo que sobreescribió las diligencias¹⁸. El otro caso citado por la AP es un asunto civil, sobre la responsabilidad de los titulares del sitio web *banyalbufar.com* por los comentarios publicados en uno de sus foros que atentan contra el honor de los demandantes¹⁹. Dicha sentencia opta también por una interpretación estricta del conocimiento efectivo previsto en el art. 17 LSSICE. A la lectura estricta de la noción de conocimiento efectivo preconizada en estos casos se suma la AP en

autora: «Estimamos que las normas siguientes [al art. 13] de la LSSI podrán ser de aplicación en el ámbito civil, o en casos en que exista duda sobre la ilicitud penal (por ejemplo, si se publica un contenido que infringe un derecho de marca, lo que en muchos casos el prestador de servicios no puede saber si no es advertido de ello), pero en ningún caso puede autorizar que un prestador de servicios sea irresponsable de una mínima culpa in vigilando, del cuidado que se le exigirá a un buen padre de familia, sobre contenidos manifiestamente delictivos que se aparejen con su website o servidor» (énfasis añadido). En su origen, pues (tanto en el artículo doctrinal como en la sentencia civil que la recoge), la frase hace referencia a que cuando la ilicitud penal sea manifiesta el proveedor no podrá ampararse en una supuesta falta de conocimiento efectivo de la ilicitud, sentido que no parece tan claro en el auto de *sharemula*.

¹⁷ Los procedimientos contra sitios web que proporcionan enlaces a información sobre sistemas o claves para decodificar señales de televisión de pago, en los que el delito que está en cuestión no es el del art. 270.1 CP, sino delitos de revelación de secretos (280 ss CP) o de acceso no autorizado a servicios de acceso condicional (art. 286 CP), quedan fuera del objeto de nuestro estudio. Cabe remitir en todo caso a las resoluciones dictadas en casos como *Zackyfiles* (S. JP nº1 Zaragoza, 20.10.2010, disponible en <http://www.bufetalmeida.com/611/zackyfiles.html>, y SAP Zaragoza, Secc. 1ª, 16.02.2011, Cendoj: 50297370012011100088), o en el caso *TheLastKeys* (S. JP nº 13 Barcelona, 30.06.2010 y SAP Barcelona, Secc. 7ª, 23.11.2010, Cendoj: 08019370072010100539).

¹⁸ Auto de 7.03.2003 del JI núm. 9 de Barcelona.

¹⁹ Sentencia 65/2007 AP Baleares, Secc. 3ª, de 22.02.2007. Ponente: María Rosa Rigo Rosselló. Cendoj: 07040370032007100067.

el caso *sharemula*, para concluir que «[e]n definitiva, no existiendo ninguna resolución del tipo al que se refiere el citado último párrafo del art. 17.1 LSSICE, el prestador de servicio (la parte denunciada) no tiene el “conocimiento efectivo” que se requiere para que pueda declararse responsable respecto a la información que remiten o recomiendan o donde “enlazan”»²⁰.

Una vez expuesta su posición sobre la aplicación de la LSSICE, el auto presenta finalmente los argumentos para sostener que la actividad de *sharemula* no constituye reproducción ni comunicación pública (FJ. 6º). Se limita para ello a transcribir un largo pasaje de los fundamentos de derecho de una sentencia civil de la AP Navarra en la que se abordó esta cuestión, si bien se trataba de un caso muy distinto al de las webs de enlaces²¹.

Se discutía allí la legalidad del enlace que la demandada realizaba a la web de la actora. La actora, Iura Rech SL, había encargado a la empresa Sutabe el diseño de su página web (*iurarech.com*), proporcionándole al efecto diverso material gráfico e instrucciones. El encargo se llevó a cabo correctamente y la empresa diseñadora incluyó en el apartado de “clientes” de su propia página web un enlace a la web de la actora. Iura Rech demandó a Sutabe alegando que dicho enlace constituía una infracción de sus derechos de propiedad intelectual sobre la web *iurarech.com*, puesto que la demandada realizaba el enlace con fines de lucro para promocionar sus propios servicios. La demanda fue desestimada en primera instancia. En apelación, la Audiencia sostuvo con claridad que, sin perjuicio de que eventualmente la actora pudiera ejercitar otras acciones, por ejemplo en el ámbito de la competencia desleal, el enlace debatido no constituye infracción de la LPI, confirmando así el criterio del Juez de lo Mercantil. La AP Navarra señala: «coincidimos con el parecer del Juzgador de lo Mercantil que, en línea con lo expresado por la doctrina (Ortega Díaz, Garrote Fernández-Díez), considera que el enlace simple o de superficie no supone infracción de los derechos de propiedad intelectual. Este tipo de links constituye únicamente una forma de facilitar al usuario de Internet el acceso a otra página web, sin tener que “teclear” el nombre de esa página²². Por eso no suponen una reproducción ni una distribución de la página web, ya que no reproducen

²⁰ Curiosamente, sin embargo, la sentencia del caso *banyalbufar* que se cita como apoyo no es precisamente absolutoria y entiende que los artículos 16 y 17 de la LSSICE no impiden apreciar responsabilidad en aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Cabe notar, por lo demás, que las consideraciones de la SAP Baleares sobre la responsabilidad por contenidos de terceros están tomadas literalmente de una sentencia de la AP Madrid, la del caso “putasgae” (S. 50/2006, AP Madrid, Secc. 19ª, de 6.02.2006. Ponente: Nicolás Díaz Méndez. Cendoj: 28079370192006100002).

²¹ Se trata de la sentencia 223/2007 AP Navarra, de 20.12.2007. Ponente: Eduardo María Valpuesta Gastaminza. Cendoj: 31201370032007100294.

²² La idea de que el enlace fundamentalmente ahorra “teclear” la URL aparece forma recurrente en las varias resoluciones. Cabe notar sin embargo que la utilidad del enlace va mucho más allá. Al margen de constituir una solución técnica para saltar de un lugar a otro en un solo *click* o para agregar elementos de diversas procedencias, el enlace contiene sobre todo la información de dónde se

la página enlazada, ni dan lugar a un almacenamiento de la misma en la propia página web de la remitente»²³. Según la propia sentencia de la AP Navarra, esta conclusión se limita al caso de los llamados enlaces de superficie, y podría ser diversa si el enlace fuera de otra naturaleza²⁴. En cuanto al derecho de reproducción, la actora sostenía que al pulsar el enlace tiene lugar «una reproducción provisional o momentánea de la página web de la actora, como medio para acceder a dicho website», pero la AP señaló que aunque así fuera, tal reproducción quedaría cubierta por el artículo 31.1 LPI. Por último, la AP Navarra entendió que enlazar a una página web que se ha puesto a disposición del público sin restricción alguna y de modo gratuito no perjudica la explotación de dicha página sino que por el contrario beneficia a su titular al facilitar un mayor tráfico hacia la misma²⁵. Estos argumentos sirven a la AP Madrid para concluir que en la actividad de *sharemula* no se da el tipo objetivo del delito del art. 270 CP, por lo que deviene innecesario averiguar si concurre el ánimo de lucro o el perjuicio de tercero.

Recuerda además la sala la vigencia del *principio de intervención mínima del derecho penal*, que «unido a la necesidad de la salvaguarda de los bienes jurídicos, conduce a proclamar dos exigencias: a) la de que un hecho es constitutivo de delito en la medida en que contiene un real ataque a un bien jurídico a través, además, de una conducta dotada de una expresión sustancialmente

halla el contenido al que el usuario quiere dirigirse (esto es, la URL del mismo). Sin el enlace, el usuario no sólo tendría que perder tiempo “tecleando” la URL, sino que debería en primer lugar averiguar cuál es esa URL, ya que de otro modo ni siquiera manualmente la podría introducir.

²³ SAPN 20.12.2007, cit. *supra* nota, FJ. 3º. Parece claro que la sentencia no se expresa en un sentido técnico cuando se refiere al derecho de *distribución*, ya que en todo caso el derecho que podría estar en cuestión sería el de *comunicación pública*. Probablemente emplea el término *distribución* porque al parecer éste fue el utilizado en la demanda, que alegaba «que el enlace constituye un acto de distribución de la propiedad intelectual, realizado sin consentimiento del actor» (*vid.* FJ 3º, segundo párrafo).

²⁴ Señala así que «[e]l problema podría ser distinto en otros tipos de enlace más complejos, como aquellos que vinculan a una página interior de otra web distinta, sin pasar por su página principal (enlaces de profundidad); los que dividen la página propia en dos marcos o ventanas, en una de las cuales se ponen contenidos de una página web distinta (“marcos” o frames); los enlaces involuntarios, en los que la vinculación es realizada por el navegador sin la intervención del usuario; u otros más complejos, como los P2P links, que vinculan los archivos de todos los ordenadores de particulares que se hallen interconectados entre sí. En algunos de estos casos sí existe una reproducción de la página web ajena dentro de la propia que podría quizás suponer una infracción de los derechos de propiedad intelectual. Pero, como queda dicho, no es el caso de autos, en que el link a www.iurarech.com es un simple enlace de superficie, sin reproducción de la página ajena en la propia; no supone, así, una comunicación pública de dicha página, sino una indicación de dónde se realiza dicha comunicación pública» (FJ 3º). En todo caso, no hay en la sentencia un análisis de esos otros tipos de enlaces, por lo que el valor de esta apreciación general *obiter dicta* es muy relativo. En particular, resulta muy dudoso que los llamados enlaces de profundidad tengan mayor relevancia que los de superficie. Y, si así fuera, sorprende que el auto de *sharemula* se contente con la cita de esta sentencia, pues si algo no eran los enlaces de *sharemula* eran enlaces de superficie.

²⁵ *Id.* Obviamente, este argumento —que tiene sentido en el caso *iurarech*— no sirve para las webs de enlaces a contenidos infractores.

objetiva, en la que los elementos subjetivos pueden tener la función de requisitos adicionales; y b) se exige que los tipos penales aparezcan formulados con unos contornos precisos, evitando cláusulas indeterminadas que priven a las figuras de delito de límites claros y seguros» (FJ. 7º).

3. Otros sobreseimientos confirmados por las Audiencias Provinciales (2009-2011)

Con posterioridad a *sharemula* se han dictado otros nueve autos de Audiencias Provinciales confirmando el sobreseimiento de otros tantos procedimientos contra sitios de enlaces. En buena medida, estas resoluciones recogen los argumentos ya avanzados en *sharemula*, si bien en algunos casos se introducen matices de cierta importancia. Veamos muy sucintamente los aspectos más relevantes de dichos procedimientos, siguiendo el orden cronológico de las resoluciones de las Audiencias.

Caso portalvcd/e-mule24horas (2009). El JI sobreseyó las actuaciones por considerar que los hechos atribuidos a los imputados no son constitutivos de delito²⁶. En apelación, la AP confirmó el sobreseimiento²⁷. Por desgracia el auto de la Audiencia es muy opaco. Tanto para los hechos como para los argumentos de la discusión simplemente remite al auto de sobreseimiento y al de desestimación del recurso de reforma. Si nos atenemos al texto del auto de la AP, da la impresión de que se denunciaron unos hechos que podrían ser constitutivos de delito y que el problema consiste en que no ha sido posible determinar su autoría, por lo que no resultan atribuibles a los acusados. Sin embargo, no es esto lo que se sigue del auto de archivo, que claramente indica que los hechos atribuidos a los imputados no son constitutivos de delito²⁸.

²⁶ Auto del JI núm. 3 de Ponferrada, de 31.10.2008.

²⁷ Auto 463/2009 AP León, Secc. 3ª, de 15.10.2009. Ponente: Alfonso Lozano Gutiérrez. Cendoj: 24089370032009200452.

²⁸ No es descartable que el auto de la AP en realidad quiera referirse a que no ha sido posible determinar qué personas han introducido en la red los contenidos protegidos, que sería la conducta potencialmente delictiva. Señala la AP que «[e]n el presente procedimiento no se ha llegado a acreditar indiciariamente que fuesen los denunciados la persona o personas que hubiesen llevado a cabo alguno [sic] tipo de actuación informática que pudiera estar incardinada [sic] en precitado tipo penal —artículo 270 C. Penal— por cuanto según consta en el informe que al respecto es llevado a cabo por los técnicos especialistas del Cuerpo Policial de Investigación, no se ha podido determinar la persona o personas que hubiesen realizado tal tipo de actuaciones». Por su parte, el Auto del JI indicaba: «No constando que los imputados sean quienes introduzcan en Internet el material y contenidos, protegidos por los derechos de propiedad intelectual que es objeto de intercambio ilícito, ni que sean los mismos los que ejecuten dicho intercambio, siendo únicamente los administradores de una página web que en sí no es ilícita, aunque algunos de sus usuarios usen este medio para actos que sí puedan ser considerados como delitos, procede el archivo de la causa al no ser los hechos atribuidos a los imputados constitutivos de delito, con reserva de acciones civiles para reclamar daños y perjuicios».

Caso Naiadadonkey (2010). El JI acuerda el sobreseimiento libre concluyendo que los hechos investigados carecen de tipicidad penal, e invoca expresamente el AAP Madrid de *sharemula*²⁹. Argumenta que el sitio web no aloja los archivos que contienen las obras protegidas y que, por tanto, «se trata de una actividad de enlazar, esto es, de ofrecer el mero dato fáctico de un contenido que se halla en otro lugar de Internet. Todo ello —dice el auto— hace más que dudoso que dicha conducta integre la conducta típica del art. 270 C.P., pues si bien los actos de selección, ordenación e información de títulos facilitan la descarga, no pueden equipararse a ésta y serían expresión de una mera intermediación». Con ello descarta que en la actividad del imputado concurra el elemento objetivo del tipo. En particular, al no alojar los contenidos enlazados, no hay puesta a disposición, y por tanto no se realiza comunicación pública. El auto afirma que la página «no pone a disposición del usuario películas ni es un medio para ello», y «[e]n definitiva, que desde dicha página no se realiza ningún tipo de comunicación pública susceptible de integrar el tipo penal del art. 270 C.P.». Descarta también el elemento subjetivo del ánimo de lucro con el argumento de que los ingresos obtenidos no se derivaban de modo directo de la provisión de los enlaces, sino de la publicidad incluida en la página. En este sentido se apoya en la interpretación estricta que del ánimo de lucro hace la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado³⁰.

Además de justificar la falta de tipicidad penal de la conducta, el auto invoca también la exclusión de responsabilidad prevista en el art. 17 LSSICE, aunque sin entrar a valorar si han concurrido los requisitos legales para tal exoneración. El sobreseimiento es confirmado por la AP en un escueto auto en el que se aceptan los argumentos del auto recurrido, y en particular que la actividad de proporcionar enlaces no integra el tipo objetivo del art. 270 CP, y que no concurre tampoco el ánimo de lucro³¹.

Caso cvcdgo (2010). El Auto del JI se limita a indicar que la página tan solo facilita enlaces y que, como tal, le es aplicable el art. 17 LSSICE³². Al no haber sido acreditado el conocimiento efectivo concluye el Juez que «no aparece debidamente justificada la perpetración del delito que ha dado motivo a la formación de la causa», y que en consecuencia procede el sobreseimiento provisional conforme al art. 641.1 de la LECr. La AP Madrid confirma el sobreseimiento³³, en un auto en el que se adhiere a la doctrina que la propia AP Madrid había establecido en previas resoluciones, considerando que la actividad de los imputados

²⁹ Auto del JI núm. 3 de Alcoy, de 17.06.2009.

³⁰ Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la ley orgánica 15/2003.

³¹ Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Secc. 2ª, de 18.02.2010.

³² Auto del JI núm. 48 de Madrid, de 27.05.2009.

³³ Auto 554/10 AP Madrid. Secc. 23ª, de 11.05.2010. Ponente: Francisco Cucala Campillo. Cendoj: 28079370232010200448.

no constituye comunicación pública³⁴, y que tampoco concurre el ánimo de lucro. Reconoce que existen «resoluciones de otras Audiencias Provinciales favorables a incardinar este tipo de conductas como actos de comunicación pública en el 270 del CP», y cita el AAP Murcia en el caso *elitedivx*, y el AAP Barcelona en el caso *ps2rip*, que examinaremos más adelante³⁵. Pero se apresura a indicar que no es este el criterio mayoritario, y que no es tampoco el que sigue la AP Madrid. En este sentido remite a los casos *rojadirecta*, y *tvmix*, a los que más abajo haremos referencia³⁶, así como al auto de *sharemula*, todos de la AP Madrid.

Caso Cinegratis.net (2010). El JI acordó el sobreseimiento provisional³⁷, y desestimó el subsiguiente recurso de reforma³⁸, por considerar que «la mera facilitación de enlaces externos para acceder a contenidos protegidos por los derechos de autor, no supone una vulneración de lo dispuesto en el artículo 270 CP», con expresa referencia al AAP Madrid del caso *sharemula*. En apelación, la AP Cantabria confirma el sobreseimiento acordado³⁹. Hay dos aspectos que me parecen interesantes en el auto de la Audiencia que confirma el sobreseimiento. Por una parte, recoge con claridad la argumentación de la recurrente en el sentido de que la provisión de enlaces a obras protegidas constituye un acto de comunicación pública y concretamente un acto de puesta a disposición del art. 20.2.i) LPI⁴⁰. La AP rechaza esta interpretación sin ofrecer una argu-

³⁴ Respecto de la realización del tipo objetivo, el auto indica: «lo que es indudable es que la web P2P no tiene los archivos en su servidor sino solo 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 aloja todo el documento a descargar [...]) solo 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 una 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» (FJ 1º).

³⁵ *Vid. infra* apartado II.2.1 y 2.

³⁶ *Vid. infra* apartado II.1.6.

³⁷ Auto del JI nº 1 de Santander, de 4.02.2010.

³⁸ Auto del JI nº 1 de Santander, de 12.04.2010.

³⁹ Auto 214/10 AP Cantabria, Secc. 1ª, de 8.06.2010. Ponente: José Luis López del Moral Echeverría.

⁴⁰ El auto describe esta alegación en los siguientes términos: «[L]a entidad recurrente considera [...] que tal conducta [la mera facilitación de enlaces externos para acceder a contenidos protegidos por los derechos de autor] sí se encuentra tipificada en el precepto bajo la forma de “comunicación pública”, haciendo notar al respecto que tales “links” o enlaces permiten acceder a la información protegida mediante el procedimiento de visionado en tiempo real, o bien mediante la posibilidad de descarga del archivo que la contiene en el soporte que se desee. Incide la recurrente en que el contenido del artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual define la “comunicación pública” como “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”, y considera especialmente un acto de este

mentación detallada de por qué la actividad examinada no puede ser subsu-
mida en dicho apartado, ni tampoco en la cláusula general del art. 20.1. Da por
hecho la sala que la actividad no es comunicación pública sino mero “favore-
cimiento” de dicha comunicación.

Ahora bien, tomando esta conclusión como punto de partida, el resto del ra-
zonamiento es probablemente más riguroso y preciso que el visto en otras re-
soluciones. El núcleo de la argumentación descansa en el dato de que el “fa-
vorecimiento” de la comunicación pública no se halla tipificado en el art. 270
CP. Señala el auto que en dicho precepto «el legislador penal no ha optado por
adelantar las barreras de protección tipificando conductas de favorecimiento
de la conducta típica. La conducta típica (...) consiste en reproducir, plagiar,
distribuir o comunicar públicamente, en todo o en parte, una obra protegida,
sin que sean objeto de tipificación expresa actuaciones tendentes a favorecer
la ejecución de dichas conductas. En el supuesto analizado la página web (...) no
aloja contenido alguno sino que se limita a facilitar el acceso a las páginas
en las que efectivamente se alojan los contenidos supuestamente protegidos,
ello mediante la inserción de enlaces o “links” que proporcionan información
sobre la existencia y denominación de esas páginas, y además, evitan introdu-
cir sus datos mediante el teclado por cuanto el acceso se consigue operando
directamente con el ratón. Insistimos nuevamente que esta conducta constitu-
ye —dicho sea a título meramente indiciario— un claro acto de favorecimien-
to de las conductas que se tipifican por el artículo 270 del Código Penal, (...).
Pero la conducta de favorecimiento no se encuentra tipificada». Advierte la sala
de que «[n]o se trata por tanto de aplicar el principio de intervención mínima
que es propio del Derecho Penal, o de aludir al carácter fragmentario del or-
denamiento punitivo, sino de acudir al principio de tipicidad del artículo 4.1
del Código Penal y considerar que la conducta imputada no ha sido objeto de
tipificación expresa por el legislador» (FJ 2º).

Por lo demás, el auto apunta que no aplicará al caso la LSSICE «aún cuando
[dicha ley] prevé la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal a los pres-
tadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, pues lo cierto
es que tal mandato de criminalización no ha sido atendido por el legislador pe-
nal». En mi opinión, se trata de una lectura equivocada de la LSSICE, que no
establece en modo alguno un “mandato de criminalización” de la conducta de
enlazar, sino que se limita a otorgar una exclusión de responsabilidad *para el
caso de que la conducta de enlazar pudiera generar responsabilidad*⁴¹.

tipo “la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos,
de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija”.
A juicio de la recurrente ésta es precisamente la conducta en que incurre el denunciado al facili-
tar a un número amplio de personas el acceso a obras protegidas por los derechos de propiedad
intelectual (...)».

⁴¹ *Vid. infra*, nota.

Caso etmusica/elitemula (2010). El JI se limitó a indicar que «[n]o aparece debidamente justificada la perpetración del delito», acordando en consecuencia el sobreseimiento provisional⁴². La AP Huelva confirmó el sobreseimiento⁴³. El auto de la AP se limita a analizar si concurre el ánimo de lucro previsto en el tipo delictivo, sosteniendo que el lucro debe ser directo para ser típico, de tal modo que no se da si no se exige pagar por las descargas y el beneficio se obtiene sólo de la publicidad inserta en la página⁴⁴.

Caso spanishare (2011). El JI basa el sobreseimiento provisional en la falta del ánimo de lucro del art. 270 CP y en que no es el demandado quien lleva a cabo la comunicación no autorizada⁴⁵. Sostiene que «no cabe considerar dentro del concepto de ánimo de lucro el mero hecho de que el sitio en la web contenga publicidad, pues no existe nexo causal entre el supuesto beneficio obtenido por los enlaces publicitarios y la comunicación pública de las obras de autor, además de que no hay condicionamiento alguno en el enlace vinculado a dicha publicidad, pues el beneficio de la misma no se obtiene del enlace final a través del cual se descargan las obras, sino de la propia web del denunciado en la que no se halla almacenado contenido alguno ni distribuye, comunica o difunde directamente las películas, música o juegos, sino que se limita a difundir otros enlaces que son los que realizan tal difusión y comunicación no autorizada». La apelación correspondió a la Sección 2ª de la AP Madrid, la misma que en su día confirmó el sobreseimiento del caso *sharemula*. La sala desestima el recurso y confirma el sobreseimiento⁴⁶. El auto de la Audiencia se remite a la resolución dictada en el caso *sharemula* en 2008⁴⁷, y transcribe largamente sus fundamentos jurídicos, que considera igualmente aplicables al caso presente.

Caso IndiceDonkey (2011). La historia procesal resulta en este caso algo más compleja, hasta que por fin el JI acuerda el sobreseimiento en auto de 2.03.2010⁴⁸, cuyos argumentos consisten esencialmente en remitirse a la doctrina del caso *sha-*

⁴² Auto del JI nº 2 de Moguer, de 13.07.2009.

⁴³ Auto AP Huelva de 1.09.2010. Ponente: J. Fernández Entralgo. Cendoj: 21041370012010200141.

⁴⁴ Señala el AAP Huelva que «[s]i la conducta no reporta directamente un provecho de esa naturaleza, sino que funciona sólo como ocasión para lograrlo, resultaría tan dudoso que se colmaran las exigencias del tipo subjetivo del injusto que habría que optar por la irrelevancia penal de aquélla. (...) No se discute si sería oportuno —desde el punto de vista de la Política Criminal— tipificar también este tipo de comportamientos. La seguridad jurídica exige que estén claramente determinados aquellos que constituyen infracción penal y, en caso de duda razonable, habrá que optar (de acuerdo con el principio “in dubio, pro libertate”) por la denotación más limitada de la fórmula literaria utilizada por el precepto legal».

⁴⁵ Auto del JI núm. 4 de Madrid, de 12.11.2008. En apoyo de su tesis cita la SAP Santander, Secc. 1ª, de 18.02.2008 (ponente: Javier de la Hoz de la Escalera; Cendoj: 39075370012008100024), aunque esta última no se refiere a una web de enlaces.

⁴⁶ Auto 202/2011 AP Madrid, Secc. 2ª, de 8.03.2011. Ponente: María Cruz Álvaro López. Cendoj: 28079370022011200058.

⁴⁷ AAP Madrid 11.09.2008, cit. *supra*, nota.

⁴⁸ Auto del JI nº 1 de Madrid, de 2.03.2010. Inicialmente, el JI había acordado la incoación del procedimiento abreviado (auto de 14.01.2008), pero luego estimó el recurso de reforma contra di-

remula. La AP —también en este caso la de Madrid, si bien la sección 1ª—, confirmó el sobreseimiento⁴⁹. Para ello, la Audiencia se remite a los argumentos expuestos en su propio auto de 27.04.2010, en que confirmó el sobreseimiento del caso *rojadirecta*⁵⁰. Cita también en su apoyo el caso *tvmix*⁵¹ (más abajo haremos referencia a ambos casos, referidos a sitios webs de enlaces a retransmisiones deportivas). Invoca asimismo el auto del caso *cvcldgo*⁵². Con estos precedentes, el auto concluye que «[a]l no poderse apreciar la existencia de un ánimo de lucro directamente derivado de la descarga de la obra audiovisual, y faltar uno de los presupuestos del art. 270 del Código penal»⁵³, debe confirmarse el sobreseimiento.

Caso edonkeymanía (2011). Se trata de uno de los primerísimos casos contra este tipo de páginas, que arranca de una denuncia presentada en octubre de 2002 y que dio lugar a la que probablemente es la primera resolución judicial recaída en un procedimiento contra sitios webs que proporcionan enlaces a obras protegidas⁵⁴. Se trata del auto del JI núm. 3 de Madrid, de 1.08.2003, por el que se adoptó la medida cautelar de cierre de la página. Sin embargo, no fue hasta 2010 en que el JI resolvió acordando el sobreseimiento provisional de la causa⁵⁵, por entender que no se cumple ni el tipo objetivo ni el tipo subjetivo del delito previsto en el art. 270.1 CP. Correspondió a la Sección 1ª de la AP Madrid resolver el recurso de apelación⁵⁶. En dicho recurso se analizaron dos actividades diversas. Una —la que aquí nos interesa— es la provisión de enlaces, respecto de la cual la Audiencia confirmó el sobreseimiento considerando que es penalmente atípica. Era una conclusión ciertamente esperable tratándose de la AP de Madrid, cuya doctrina, como hemos visto, ha sido constante en el sentido de considerar atípica dicha actividad⁵⁷. La segunda actividad consistía supuestamente en la ven-

cho auto y acordó el sobreseimiento provisional (auto de 19.03.2008). El AAP Madrid, Secc. 1ª, de 27.06.2008 dejó sin efecto ese sobreseimiento por un defecto procesal. De nuevo el JI decretó el sobreseimiento, en auto de 31.10.2008, que sin embargo el propio Juzgado dejó posteriormente sin efecto, al objeto de practicar nuevas diligencias. Tras dichas la práctica de las mismas acordó nuevamente el sobreseimiento, en el ya citado auto de 2.03.2010.

⁴⁹ Auto 159/2011 AP Madrid, Secc. 1ª, de 10.03.2011. Cendoj: 28079370012011200006.

⁵⁰ Auto 364/2010 AP Madrid, Secc. 1ª, de 27.04.2010. Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina. Cendoj: 28079370012010200371.

⁵¹ Auto 3975/08 AP Madrid, Secc. 5ª, de 3.11.2008. Ponente: J. A. Guijarro López. Cendoj: 28079370052008204158.

⁵² AAP Madrid 11.05.2010, cit. *supra*, nota.

⁵³ *Vid. supra*, nota 49 (énfasis añadido).

⁵⁴ Ciertamente, el auto de sobreseimiento del caso *ajoderse.com* es unos meses anterior, pero allí no se trataba ni de un sitio web de enlaces p2p ni tan siquiera se imputaba un delito contra la propiedad intelectual, sino un delito de revelación de secretos. Para una comparación entre los dos autos puede verse S. CAVANILLAS MÚGICA: «Ajoderse.com vs. Edonkeymania.com: responsabilidad por enlaces y “conocimiento efectivo” en la LSSICE», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, vol. 8, 2005, pp. 347-354.

⁵⁵ Auto del JI núm. 3 de Madrid, de 17.06.2010.

⁵⁶ Auto 179/2011 AP Madrid, Secc. 1ª, de 15.03.2011. Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina. Cendoj: 28079370012011200001.

⁵⁷ Se da la circunstancia, además, de que el magistrado ponente es el mismo que en su día, como Juez de Instrucción, acordó el sobreseimiento del caso *sharemula*.

ta de obras protegidas a través de la plataforma *eBay*, actividad de la que existían indicios conforme a las diligencias practicadas. Respecto de esta conducta, la Audiencia revoca el sobreseimiento y ordena que continúen las diligencias.

Para argumentar la atipicidad de la provisión de enlaces, la sala sostiene que no hay ni comunicación pública ni ánimo de lucro. En cuanto a la comunicación pública señala que «[t]écnicamente quien comunica y ofrece la obra es el usuario que pone a su [*sic*] 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». En lo que se refiere al ánimo de lucro exigido por el tipo penal, el auto indica que «[l]a 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».

Con cita expresa del caso *sharemula*, la Audiencia se refiere también a la aplicación del art. 17 LSSICE, y señala que «siguiendo el criterio contenido en el auto 582/2008 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, 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»⁵⁸. Por último, y este es un argumento novedoso, la sala entiende que tras la aprobación de la

⁵⁸ No resulta muy claro a qué hace referencia la sala con la última frase del párrafo transcrito, cuando habla de «conocimiento de la ilicitud penal del hecho». Cabría pensar que se refiere a la ilicitud penal del material enlazado. Con ello podría estar sugiriendo que para desactivar la protección del artículo 17 LSSICE en el ámbito penal sería preciso que el enlazador tuviera conocimiento efectivo de la ilicitud *penal* de los materiales a los que dirige el enlace, de modo que no bastaría con saber que los archivos a los que enlaza se han puesto a disposición en origen sin autorización y por tanto dicha puesta a disposición es *civilmente* ilícita por constituir una infracción de derechos de propiedad intelectual. Una interpretación así no parece que pueda cohonestarse con el tenor de la norma, que condiciona la exclusión de responsabilidad a la falta de «conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización» (art. 17.1.a), incluyendo por tanto el conocimiento de su ilicitud meramente civil. Por otra parte, la referencia a que se trata de una cuestión polémica y que la mayoría de los pronunciamientos judiciales son contrarios a tal ilicitud penal, parece referirse a la ilicitud penal de la propia actividad de provisión de enlaces.

“Ley Sinde” resulta aún más injustificado acudir a la vía penal, que debe mantenerse como *ultima ratio*⁵⁹.

Caso películasok (2011). En este caso, en el que se denunciaba que la página web ponía a disposición películas en *streaming*, la AP Madrid confirmó el sobreseimiento acordado por el JI⁶⁰. Tras reconocer que la cuestión no resulta pacífica en la jurisprudencia, a cuyo efecto cita diversas resoluciones en uno y otro sentido, la sala afirma alinearse con las que consideran que la actividad resulta atípica penalmente. Apunta que «estamos ante unos actos de mera intermediación, sin que la página web denunciada tenga los archivos en su servidor ni realice directamente la descarga». Sostiene en síntesis los mismos argumentos ya expuestos en el caso *edonkeymania*, en relación con la falta de ánimo de lucro, la protección derivada del art. 17 LSSICE, y el carácter subsidiario de la vía penal, especialmente tras la instauración por la “Ley Sinde” de un procedimiento administrativo.

4. Sobreseimiento acordado por la Audiencia: el caso *cinetube* (2012)

Inicialmente, el JI dictó un auto denegando la medida cautelar de cierre de este sitio web de enlaces en *streaming*⁶¹. Al motivar la denegación, el auto apuntaba que no se daban indicios de comisión del delito previsto en el art. 270 CP, fundamentalmente por apreciar falta de ánimo de lucro *directo*, y porque el sitio web no aloja los archivos enlazados. De todos modos, las diligencias continuaron, y más adelante el Juzgado dictó auto transformando las diligencias previas en procedimiento abreviado⁶². El auto fue recurrido por la defensa, y la Audiencia estimó la apelación revocando el auto impugnado y acordando el sobreseimiento libre en razón de la atipicidad de la conducta⁶³. Para argumentar la atipicidad, la AP se limita a transcribir literalmente los argumentos expresados por el auto del caso *spanishshare*⁶⁴, que a su vez eran transcripción literal del auto del caso *sharemula*⁶⁵.

⁵⁹ En este sentido señala: «El Legislador, 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» (FJ.1).

⁶⁰ Auto 369/2011 AP Madrid Secc. 2ª, de 30.06.2011. Ponente: Mª del Pilar Rasillo López. Cendoj: 28079370292011200358; Auto del JI nº 34 de Madrid, de 19.10.2010.

⁶¹ Auto del JI nº 2 de Vitoria-Gasteiz, de 21.10.2009.

⁶² Auto del JI nº 2 de Vitoria-Gasteiz, de 30.06.2011.

⁶³ Auto 52/2012 AP Álava, Secc. 2ª, 3.02.2012. Ponente: Jesús Alfonso Poncela García. Cendoj: 01059370022012200001.

⁶⁴ AAP Madrid, 8.03.2011, cit. supra, nota.

⁶⁵ AAP Madrid, 11.09.2008, cit. supra, nota.

5. *Sobreseimiento recurrido en apelación: el caso estrenosdivx (2011)*

En el caso *estrenosdivx*, el JI acordó el sobreseimiento provisional, y se halla ahora pendiente de recurso ante la Audiencia⁶⁶. El auto destaca que la actividad principal de las páginas afectadas consiste en proporcionar enlaces, «es decir, facilitar una dirección donde se puede descargar la obra». No califica jurídicamente esta actividad, sino que pasa a considerar la aplicación del artículo 17 LSSICE, señalando que «aun cuando, hipotéticamente, podrían haber incurrido en responsabilidad penal por la colección de hiperenlaces, el texto del art. 17 LSSICE exige que los prestadores de servicios tengan el “conocimiento efectivo” de que la actividad o la información a la que remite el hiperenlace es ilícita. En la presente causa no se ha aportado prueba alguna de la que deriven indicios de existir una resolución del tipo al que se refiere el último párrafo del citado art. 17 de la ley 34/2002, ni que los imputados conocieran tal resolución», por lo que estima procedente acordar el sobreseimiento respecto de esta actividad⁶⁷.

6. *Sobreseimientos confirmados por la Audiencia en casos de páginas de enlaces a retransmisiones deportivas. Casos tvmix (2008) y rojadirecta (2010)*

Me parece oportuno incluir en esta relación los casos *tvmix* y *rojadirecta*, a pesar de no ser propiamente sitios web de enlaces a archivos de música, películas o juegos. La actividad de estas páginas consiste en proporcionar enlaces a emisiones de televisión, típicamente retransmisiones de eventos deportivos que en España son de acceso condicional (sistema de pago), mientras que en otros países se emiten en abierto. Esas emisiones en abierto son captadas y retransmitidas en Internet. Las páginas españolas denunciadas ofrecen enlaces para recibir en *streaming* esas retransmisiones. Sin duda hay elementos tecnológicos específicos que justificarían un examen particularizado, aunque el análisis realizado por los tribunales ha sido en lo esencial el mismo que en los supuestos típicos de webs de enlaces.

En el caso *tvmix* se denunciaba un presunto delito contra la propiedad intelectual del art. 270 CP y otro contra el mercado y los consumidores, contemplado en el art. 286 CP. El JI sobreseyó las actuaciones⁶⁸. En apelación, la AP

⁶⁶ Auto del JI nº 3 de Ferrol, de 24.01.2011. Nota: Hallándose este trabajo en fase de imprenta, se ha dictado la resolución de la Audiencia, que confirma el sobreseimiento: Auto 22/2013 de la AP de A Coruña, Secc. 1ª, de 8.01.2013. Ponente: María Gabriela Gómez Díaz. Cendoj: 15030370012013200001.

⁶⁷ En el caso se examinaba también la posible ilicitud penal de otra actividad, consistente en la venta de claves para la descarga directa vía FTP, cuestión que quedó vinculada exclusivamente a uno de los imputados ya fallecido, lo que llevó a la extinción de la acción penal contra el mismo. Por otra parte llama la atención que en su FJ 1º el auto apunte que «[p]arece desprenderse de lo actuado que los administradores de dichas paginas no se limitaron a facilitar con ánimo de lucro el citado acceso en la red a las copias ilícitas, sino que llegaron a participar materialmente en la confección de tales copias mediante el montaje del audio que ellos mismos obtenían clandestinamente en exhibiciones de salas de cines autorizadas», sin volver luego a valorar jurídicamente este extremo.

⁶⁸ Auto del JI núm. 13 de Madrid, de 5.05.2008.

Madrid confirmó el sobreseimiento, invocando el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del derecho penal. La sala parece asumir las conclusiones del pe-rito judicial: que los programas con los que enlaza la página son libres, abiertos y no requieren de licencia alguna, y por tanto la invitación a emplearlos no supone infracción; que la página no transforma ni digitaliza la señal; y que no hay ánimo de lucro, ya que los beneficios se obtienen sólo indirectamente a través de la publicidad de la página⁶⁹.

En el caso *rojadirecta* la AP confirma también el sobreseimiento provisional acordado por el JI⁷⁰. El auto de la Audiencia reitera en buena parte los argumentos ya sostenidos en el caso *sharemula*⁷¹. Así, rechaza que la actividad de la página pueda considerarse comunicación pública, y cree que debe entenderse como mera intermediación. Sostiene igualmente que no existe ánimo de lucro puesto que la remuneración obtenida no procede de las descargas, sino de la publicidad que obra en la página. Añade el auto que «[l]os gestores de la página, tal y como se indica en el auto impugnado, no facilitan la desprotección de los códigos claves para el visionado de los eventos deportivos, ni realizan conexiones con programas de desprotección, sino que facilitan únicamente el visionado de programas de televisión emitidos en abierto». El tribunal llega así a la conclusión de que los hechos denunciados no son constitutivos de delito.

7. Absolución en el caso *pctorrent* (2012)

Si empezábamos este apartado con la absolución del caso *todocaratulas* (2005), debemos consignar ahora, tras la larga serie de casos que acabaron en sobreseimiento, una nueva sentencia absolutoria: el caso *pctorrent* (2012)⁷². Al valorar la tipicidad de la actividad denunciada, la sentencia deja constancia de la existencia de *dos líneas jurisprudenciales*, una que entiende que los sitios webs

⁶⁹ Hay también una referencia a la STS 529/2001, Sala 2ª, de 2.04.2001 (ponente E. Bacigalupo Zapater; Cendoj: 28079120012001104447), que sin embargo se refiere a un supuesto de importación de fonogramas y no a un supuesto de comunicación pública. Dicha STS interpretaba el sentido del art. 270.2 CP concluyendo que la conducta de importación de las obras o producciones o ejecuciones solo resulta punible cuando estas son ilícitas (piratas), y no cuando el importador las ha adquirido lícitamente en el país de procedencia. Sin embargo, dicha conclusión se refería a la redacción original de la LO 10/1995. La norma fue modificada por la reforma del CP obrada por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, y por tanto vigente al tiempo de los hechos enjuiciados en el caso *tvmix*. Tras dicha reforma, el art. 270.2 CP castiga la importación de dichos productos «tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia», salvo que se hayan adquirido directamente del titular, o con su consentimiento, en un Estado perteneciente a la Unión Europea.

⁷⁰ Auto nº 364/10 AP Madrid, Secc. 1ª, de 27.04.2010; Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina; Cendoj: 28079370012010200371. Auto del JI núm. 37 de Madrid, de 15.07.2009.

⁷¹ Concretamente, en el auto de denegación de medidas cautelares dictado por el JI en el caso *sharemula* (Auto del JI núm. 4 de Madrid, de 20.12.2006).

⁷² Sentencia 230/12 del Juzgado de lo Penal número 8 de Zaragoza, de 26.06.2012. Ignoro si se trata ya de una sentencia firme o bien se ha recurrido en apelación.

de enlaces llevan a cabo actos de comunicación pública, y otra que niega tal calificación y considera penalmente atípica dicha actividad. Como ejemplo de esta segunda línea cita el auto de *sharemula*⁷³, indicando que numerosas resoluciones han seguido esta interpretación, a la que también se suma el Juzgado Penal. La sentencia considera que de acuerdo con el art. 17 LSSICE los acusados no pueden ser declarados responsables, porque no hay prueba de cargo de que conocieran que los enlaces dirigían a archivos ilícitos y porque no consta que se hubiera dictado la resolución prevista en dicho artículo para entender que concurre el conocimiento efectivo. Y sostiene por otra parte que los hechos no son comunicación pública, por lo que no integran el tipo del art. 270.1 CP.

Se trata de un doble razonamiento no exento de cierta inconsistencia, puesto que parece dar a entender que los acusados serían penalmente responsables si hubieran tenido conocimiento del carácter ilícito de los archivos compartidos o se hubiera dictado la resolución declarando tal ilicitud⁷⁴. En realidad, sin embargo, si se afirma, como hace la sentencia, que la actividad no es comunicación pública, la misma no será en ningún caso punible conforme al artículo 270.1 CP, por no realizarse el tipo objetivo del injusto⁷⁵.

2. AUTOS DE AUDIENCIAS QUE ORDENAN SEGUIR CON EL PROCEDIMIENTO PENAL

1. Caso *elitedivx* (2009)

El JI decretó el sobreseimiento basándose fundamentalmente en la concepción del derecho penal como *ultima ratio*, que solo debe entrar en juego cuando la

⁷³ AAP Madrid 11.09.2008, cit. *supra*, nota.

⁷⁴ Afirma la sentencia que «[e]sta línea jurisprudencial, que es seguida por numerosas resoluciones de diversas Audiencias Provinciales y con la que coincide este juzgador, no viene excluir la responsabilidad penal de los intermediarios en la sociedad de la información en todo caso, pero sí que viene a exigir un cumplido conocimiento de que los archivos cuyo acceso se facilita mediante enlaces son ilícitos o lesionan bienes o derechos de terceros, estableciendo una serie de presunciones aplicables únicamente en caso de haber existido una resolución de órgano competente».

⁷⁵ No es descartable que en último término la sentencia esté suponiendo que el conocimiento efectivo del carácter ilícito de los archivos enlazados es un requisito para que la actividad de enlazar pueda calificarse de comunicación pública. Así podría inferirse del modo en que la resolución concluye sus fundamentos jurídicos (la cursiva es añadida): «No existe (...) una prueba de cargo que permita acreditar que los acusados conociesen el contenido de los archivos que se compartían por los usuarios (...). Tampoco se acreditaba ninguna resolución de la autoridad competente que permita aplicar las presunciones antes indicadas. Por ello, ha de considerarse que, tratándose de meros intermediarios de la sociedad de la información cuyo conocimiento de la posible ilicitud de los contenidos a los que se pudiera acceder desde los enlaces ofrecidos en su página no ha quedado acreditado, y habiéndose determinado suficientemente que los archivos que pudiesen vulnerar derechos de propiedad intelectual no se encontraban alojados en tales páginas web, no puede considerarse acreditada una conducta de comunicación pública que pueda encuadrarse dentro del ámbito de protección penal del Artículo 270 del Código Penal, por lo que, en aplicación del principio de intervención mínima, y sin perjuicio de la protección que la vía civil pueda dispensar a las compañías y asociaciones que se han mostrado parte como perjudicadas, procede absolver a los acusados del delito contra la propiedad intelectual por el que vienen siendo acusados».

conducta no es perseguible adecuadamente por otras vías⁷⁶. En efecto, a diferencia de muchos otros autos de sobreseimiento, aquí el JI acepta que la provisión de enlaces P2P pueda entenderse como comunicación pública⁷⁷, pero niega que tal calificación pueda ser relevante a efectos penales. En efecto, da a entender que la conducta podría subsumirse civilmente en la cláusula general del art. 20.1 LPI, pero entiende que «[p]ara que un acto de comunicación pública concreto pudiese tener trascendencia penal debería, al menos, verse integrado en el catálogo referido [el art. 20.2 LPI], por cuanto lo contrario podría afectar al principio de taxatividad penal, dada la amplitud e inconcreción de que adolece el punto 1 del citado artículo 20». Indica además que la conducta «tiene cabida en la letra i) del citado artículo 20.2», pero que este apartado, procedente de la reforma de 2006 entró en vigor con posterioridad a los hechos enjuiciados, por lo que no resulta de aplicación.

La Audiencia no está de acuerdo con el sobreseimiento, pero no entra a valorar estas argumentaciones⁷⁸. Considera que no hay suficientes datos sobre la actividad desarrollada por el sitio web y entiende que es cuanto menos «prematureo circunscribir a la intermediación la labor de los imputados», puesto que subsisten algunas dudas de hecho («como apunta EGEDA en su recurso, aun no cabe descartar la posibilidad de que los archivos de las obras se subieran a la web y fuera realizada directamente su comunicación pública»). Por lo demás, la AP parece dar a entender que la actividad de facilitar enlaces a redes P2P podría encajar en el tipo del art. 270.1 CP. Así, afirma que «aunque hay opiniones contrarias (como la expresada en auto de la Audiencia Provincial, Sección 2a, de 11 de septiembre de 2008 (...) [*share-mula*], que considera que “el link de superficie, en la medida en que simplemente dirige al usuario a teclear más fácilmente el nombre de una página web, no está infringiendo la propiedad intelectual de ésta”), en la medida que a través de las páginas con enlaces al P2P se pone a disposición de los usuarios de Internet los medios necesarios para la obtención de obras sujetas a derechos de Propiedad Intelectual, sin autorización de sus titulares, *las conductas que se realizan a través de las redes P2P* tienen cabida en los comportamientos típicos del artículo 270.1 del Código Penal»⁷⁹. El párrafo es ciertamente confuso. Parece que lo que se quiere indicar es que *la actividad de proporcionar enlaces P2P* encaja en el tipo objetivo del art. 270.1 CP. Pero

⁷⁶ Auto JI nº 4 de Cartagena, 17.04.2008. Ponente: Fco. Javier De La Torre Guzmán. Cendoj: 30016430042008200001.

⁷⁷ Aunque no lo califica directamente como tal, sino que indica que tales actividades «podrían suponer, desde la óptica del Ordenamiento extra-penal, una vulneración de los derechos de explotación de los titulares de los derechos de propiedad intelectual existentes sobre las obras afectadas, al suponer una actuación de *intermediación en la comunicación pública* de las obras en cuestión.» (FJ Único) (la cursiva es mía).

⁷⁸ Auto 201/2009 AP Murcia, Secc. 5ª, 16.09.2009. Ponente: J.M. Nicolás Manzanares. Cendoj: 30016370052009200206.

⁷⁹ Énfasis añadido.

lo que realmente dice el texto es que «*las conductas que se realizan a través de las redes P2P* tienen cabida en los comportamientos típicos del artículo 270.1 del Código Penal», y sin embargo no es nada claro que facilitar enlaces a redes P2P sea una de estas conductas, que más bien parece que serían sólo la carga y descarga de archivos en dichas redes. En efecto, a continuación, el auto se extiende en justificar por qué *el intercambio de archivos* vulnera los derechos exclusivos de propiedad intelectual y por tanto tiene cabida en el tipo objetivo del art. 270.1⁸⁰. Pero no ofrece argumento alguno para sostener que *la actividad de facilitar enlaces* a archivos P2P constituya en sí misma una infracción de la LPI. Aun así, cabe imaginar que esto es lo que pretende afirmar, visto que contrapone su tesis con la del caso *share-mula*.

Por otra parte, el auto del JI había entendido que faltaba tanto el ánimo de lucro como el perjuicio de tercero, y la AP disiente en ambos puntos. Con respecto al perjuicio de tercero, el JI señalaba que sólo se consuma la conducta «cuando se produce un perjuicio efectivo» (que entiende que no se ha producido en este caso). La Audiencia en cambio sostiene que sí ha habido perjuicio y que además no sería necesario un perjuicio efectivo para realizar el tipo sino que bastaría un «ánimo tendencial».

Con respecto al ánimo de lucro, el JI entiende que debe tratarse de un dolo específico y que además «ha de ser directo, es decir directamente ha de pretenderse obtener una ganancia a través de todas y cada una de las comunicaciones públicas de la obra u obras de que se trate». Como en el caso examinado no se cobra por los enlaces sino que los beneficios se obtienen de la publicidad, el JI concluye que no se da el ánimo de lucro exigido por el precepto. La AP no ofrece argumentos concretos para decir que no es necesario que el beneficio se derive directamente de las comunicaciones públicas de la obra, y simplemente afirma que hay ánimo de lucro porque la actividad produce abun-

⁸⁰ Los argumentos que avanza la AP a este respecto son: (a) la descarga de archivos de redes P2P no puede ampararse en el límite de copia privada (citando en apoyo de esta tesis la sentencia de la AP Cantabria, Secc. 1ª, de 18.02.2008); (b) la puesta a disposición de archivos para su descarga mediante redes P2P «puede encajar en el concepto de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición definida en el artículo 20 de la LPI e igualmente tipificada en el artículo 270 del Código Penal». Cita la STS 19.05.2001, en el sentido de que la comunicación pública «puede llevarse a cabo (...), sin necesidad de modificar el tipo, 'por cualquier otro sistema o avance tecnológico que pueda surgir en el futuro'». Es interesante notar que la AP rechaza, pues, el criterio de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, que consideró las descargas dentro del límite de copia privada. Y se aparta también de la idea clave del lucro «a escala comercial» que defiende la Circular, o por lo menos lo interpreta de modo distinto. Así, la AP considera interesante, «aunque sólo sea a fines interpretativos, la referencia que en uno de los recursos se hace al apartado 8º del artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por la Ley 19/2006, de 5 de junio, en cuanto que establece que «A los efectos de los números 7º y 8º de este apartado, se entiende por actos desarrollados a escala comercial aquellos que son realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos» (FJ 2º).

dantes beneficios derivados de la publicidad, que se incrementan en función del número de visitas.

2. Caso *ps2rip* (2009)

En el procedimiento contra esta web de enlaces P2P a juegos de ordenador, el JI acordó la incoación del procedimiento abreviado⁸¹, lo que fue confirmado en apelación por la AP Barcelona⁸². El AAP no aporta nuevos argumentos jurídicos al debate. Se limita a constatar que existe división de opiniones en las AP, para a continuación adherirse al criterio sostenido por la AP Murcia en el caso *elitedivx*. La AP Barcelona indica que «se observa que existen indicios suficientes sobre la existencia de los hechos objeto del presente procedimiento, pues si bien el recurrente cita en su recurso el auto nº 582/08, de fecha 11 de septiembre dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (caso *sharemula*), citando asimismo diversos autos dictados por Juzgados de Instrucción, lo cierto es que dicha cuestión no resulta pacífica, pues otras Audiencias se han pronunciado en sentido contrario, como la Audiencia Provincial de Murcia (sección 5) en auto de fecha 16 de septiembre de 2009». En la misma línea que la Audiencia de Murcia, la AP Barcelona cree que sólo con las pruebas que se practicarán en el acto del juicio oral será posible determinar si son delictivos o no los hechos denunciados.

3. Caso *divxonline* (2010)

El caso fue inicialmente sobreseído provisionalmente por el JI, por considerar que no quedaba acreditado el ánimo de lucro⁸³. Sin embargo, la AP estimó el recurso de apelación y revocó el sobreseimiento, teniendo en cuenta que constaba la percepción de determinadas cantidades por la publicidad inserta en la página, y señalando que no se podía descartar que dichos ingresos, a pesar de ser indirectos (derivados de la publicidad) fueran relevantes para apreciar el ánimo de lucro típico⁸⁴. Poco después, el JI sobreseyó de nuevo la causa, aho-

⁸¹ Auto del JI nº 3 de Cerdanyola del Vallès, de 7.03.2009.

⁸² Auto 732/2009 AP Barcelona, Secc. 3ª, 11.11.2009. Ponente: Mª Jesús Manzano Meseguer. Cendoj: 08019370032009200665.

⁸³ Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Mislata, de 9.09.2009.

⁸⁴ Auto 18/2010 AP Valencia, Secc. 3ª, de 8.01.2010. Señala el tribunal que «dicho lucro parece estar relacionado de forma directa con la explotación publicitaria y distribución in consentida por los titulares de los derechos de las películas que se exhibían. Sin perjuicio de lo que pueda resultar en el Juicio Oral, parece desprenderse que el principal atractivo para la captación de publicidad era la emisión del material protegido por la ley de propiedad intelectual. Que el dinero percibido por el imputado no proceda de quien accede a la web sino de los anunciantes, podrá tener o no relevancia jurídica, pero a juicio de este Tribunal, no puede descartarse en instrucción el ánimo de lucro en el acusado, pues la exhibición del material tenía la finalidad de enriquecerse con las obras ajenas gracias a la publicidad».

ra libremente, por entender que al tratarse de mera provisión de enlaces no concurre el elemento objetivo del tipo⁸⁵. Recurrido en apelación, la AP revocó el nuevo sobreseimiento y ordenó la continuación del procedimiento⁸⁶.

Según resulta del auto, los sitios web investigados ofrecían la posibilidad de visionar películas en *streaming* en el mismo sitio web mediante enlaces ensamblados. Es la específica naturaleza de estos enlaces, y el modo en que con ellos el usuario puede acceder a la obra, lo que hace que la Audiencia ordene la continuación del procedimiento. La AP no se pronuncia claramente a favor de calificar dichos enlaces como actos de comunicación pública, pero da a entender que podrían considerarse como tales («centrando la atención en las conductas básicas que constituyen el delito contra la propiedad intelectual denunciado, ha de vincularse la desplegada por el imputado a la modalidad de “comunicación pública”»). Apunta que existen resoluciones judiciales dispares, «lo que pone de manifiesto que el debate jurídico sobre la materia es relativamente novedoso en los tribunales españoles y está abierto». Esto, unido a que el art. 270.1 CP es una norma en blanco, y que la cuestión ofrece «una complejidad fáctica y jurídica considerable» hace que resulte «más adecuado (...) seguir adelante con el procedimiento hasta el juicio oral». Si bien la AP sostiene que este tipo de enlaces para el visionado en *streaming* en la propia web podrían llegar a constituir comunicación pública, rechaza claramente tal calificación para los enlaces no ensamblados, ya se trate de enlaces simples o de enlaces P2P, aunque la terminología empleada no resulta muy precisa⁸⁷. De hecho, la Audiencia da por bueno que la investigación policial se limite sólo a aquellos sitios web administrados por el imputado en que se ofrecía la visualización en *streaming*, y descarte los que sólo incluían enlaces simples o enlaces P2P⁸⁸.

⁸⁵ Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Mislata, de 17.05.2010. En apoyo de esta conclusión, el auto invoca el AAP Madrid 11.09.2008 (*sharemula*) y otras resoluciones citadas en este que ya hemos examinado.

⁸⁶ Auto 630/2010 AP Valencia, Secc. 3^a, de 26.10.2010. Ponente: L. Sanz Díaz. Cendoj: 46250370032010200001.

⁸⁷ Señala la AP que «[e]l enlace simple se limita a cumplir esa función, enlazar con otras páginas de la red, creando un índice que favorece y orienta a los usuarios para acceder a otros sitios web o a las redes de intercambio de archivos P2P mediante el sistema menús, carteles o portadas con títulos de películas u obras musicales de modo tal que, partiendo del concepto legal de distribución (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) o de comunicación pública (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), puede entenderse que la simple labor de enlazar sin intervenir en la descarga, sin alojar archivos de las obras y sin permitir el visionado —en el caso de obras videográficas— de éstas a una pluralidad de personas, quedaría fuera del núcleo de lo que construye distribución y comunicación pública y ello resulta del hecho de que comunicados los usuarios de las redes P2P, éstos actúan la descarga en su caso, sin intervención de los sitios que han facilitado el enlace» (FJ.3^o) (la cursiva es mía). La imprecisión a la que me refería en el texto está en aplicar el calificativo de enlace “simple” también a los enlaces P2P. De todos modos, parece fuera de duda que quiere referirse también a estos últimos, como resulta del texto transcrito.

⁸⁸ Resulta ilustrativo el extracto del atestado policial que se incluye en el auto: «[e]l atestado policial recoge que el imputado es titular de los siguientes dominios, respecto de los que percibe in-

4. Caso zonaemule (2010)

El JI acordó la incoación del procedimiento abreviado⁸⁹, lo que fue confirmado en apelación por la AP Madrid⁹⁰. La AP se limita a constatar que desde el punto de vista procesal el auto es ajustado a derecho, como lo es el auto que desestima el recurso de reforma. No hay una discusión sobre la posible realización del tipo objetivo del delito. La Audiencia señala tan solo que «si bien la página contiene los enlaces a los que tienen que acudir para descargarse unas películas; queda acreditado por la documental obrante en las actuaciones que el recurrente genera ingresos por lo que pudieran concurrir los elementos del tipo penal y como consecuencia es procedente que continúen las actuaciones».

5. Caso todotorrente (2010)

La AP Alicante revoca el sobreseimiento acordado por el JI y ordena seguir la instrucción⁹¹. El JI había considerado que los hechos no eran constitutivos del delito previsto en el 270 CP porque el sitio web se limitaba a proporcionar enlaces, sin alojar archivos ni realizar directamente la descarga, y que tampoco concurría el ánimo de lucro porque los beneficios no se obtienen por las descargas sino por la publicidad. La AP niega ambos extremos.

En cuanto a la realización del tipo objetivo, la AP sostiene con toda claridad que la actividad constituye comunicación pública: «(...) en el supuesto que se analiza existe una conducta de comunicación pública exigida por el artículo 270 del CP para la existencia de un delito contra la Propiedad Intelectual. Según el artículo 20 del TRLPI lo califica como el acto por el que “una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares”, recogiendo a continuación una serie de supuestos que se consideran como comunicación pública, sin que dicha relación tenga carácter de *numerus clausus*, ya que como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2001, la comunicación pública puede llevarse a cabo “por cualquier otro sistema o avance tecnológico que pueda surgir en el futuro.”. En este sentido, el acceso a una obra intelectual me-

gresos económicos: “maspeliculas.com”, “divxonline.com.es” “emulemas.com” “divxonline.info”, “seriesonline.us” y “estrenosonline.es” y que “de todos ellos, ‘maspeliculas.com’ y ‘emulemas.com’ son meros enlazadores, tienen un sistema de funcionamiento similar al ‘Sharaemula’, localizando archivos en programas P2P para facilitar su descarga (no sujetos a las restricciones según la LSSI). Se descartan por tanto, a los efectos de la presente investigación. El resto de dominios (“divxonline.com.es” “divxonline.info”, “seriesonline.us” y “estrenosonline.es”) tienen un sistema semejante de funcionamiento... basado en la localización de archivos videográficos en la red para poder ser visionados en tiempo real desde cualquiera de esas cuatro páginas...” (fol. 465)» (FJ. 3º, cursiva añadida para indicar el texto literal que el auto toma del atestado policial).

⁸⁹ Auto del JI nº 30 de Madrid, de 22.12.2009.

⁹⁰ Auto 499/2010, AP Madrid, Secc. 2ª, 28.06.2010. Ponente: Mª del Carmen Compaired Plo. Cendoj: 28079370022010200505.

⁹¹ Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Orihuela, de 17.10.2008; Auto 551/2010 AP Alicante (Elche), Secc. 7ª, de 20.09.2010, ponente José Teófilo Jiménez Morago (LA LEY 208708/2010).

dian­te la Red Internet se encuadra dentro del concepto del artículo 20 del TRL-PI, como así lo ha establecido también la Directiva 2001/29/CE de 22 de mayo de 2001, conocida como “Directiva del Copyright”. Por consiguiente, el responsable o responsables de la página web denunciada, está realizando actos de comunicación pública, por cuanto que desde ella se permite el acceso mediante enlaces directos, a los usuarios de la Red Internet a determinadas obras intelectuales, cinematográficas y musicales. La actuación del denunciado no se limita como indica el auto recurrido, a facilitar la dirección o enlace donde se puede descargar la obra, sino que por el contrario su actividad consiste en organizar y seleccionar de forma activa los “elinks” suministrados por ellos mismos o por otros usuarios, a través de los cuales se pueden descargar gratuitamente todo tipo de obras de creación. Por consiguiente, ponen a disposición del usuario todos los medios necesarios para la obtención de películas cinematográficas, música, etc. Ofreciendo listados con los títulos, identificando cada título con su carátula y para descargarse la película proporciona el “elink” que pinchando pone en funcionamiento el programa P2P, de forma que el usuario se descarga la película en su ordenador». La postura de la AP es muy clara: la actividad de la página de enlaces es subsumible en la noción de acto de comunicación contemplada en el art. 20.1 LPI, puesto que se trata de un acto que permite el acceso a la obra a quienes pinchen el correspondiente enlace P2P. De la descripción ofrecida se infiere que la AP es consciente que el archivo no está alojado en el sitio web de enlaces, y que la descarga se realiza ejecutando el programa cliente P2P.

También es explícita la AP al afirmar que concurre ánimo de lucro: «este Tribunal estima que sí concurre pues el titular o titulares de la página web denunciada obtienen con esta actividad de comunicación pública un importante beneficio económico que se produce mediante la inserción de publicidad. Estos beneficios económicos tienen vinculación directa entre las descargas y la publicidad, pues a mayor número de usuarios, mayor número de anunciantes». Añade que «también existe un grave perjuicio a tercero, difícilmente evaluable económicamente ante la imposibilidad de contabilizar el volumen de copias “piratas” que se han podido descargar desde una web con enlaces al P2P».

Por todo ello ordena revocar el sobreseimiento provisional y la continuación de las actuaciones «a fin de que se practiquen las diligencias de instrucción solicitadas por las partes apelantes y las que el instructor estime convenientes para el esclarecimiento de los hechos, dictando en su momento la resolución que proceda en derecho».

6. Caso vagos.es (2011)

El JI acordó la continuación del proceso por los trámites del procedimiento abreviado⁹². Se interpuso recurso de apelación interesando el archivo y fue de-

⁹² Auto del JI n° 10 de Palma de Mallorca, de 6.04.2010.

sestimado por la Audiencia⁹³. La AP sostiene que el sobreseimiento libre y archivo que solicita el recurrente resulta «inviabile», ya que «conllevaría una inopinable conclusión de atipicidad o de ausencia rotunda de participación en unos hechos». Así, señala, «atendiendo al estadio procesal en que nos hallamos, y, sin ánimo de prejuzgar, la Sala entiende, que las diligencias practicadas durante la fase de instrucción, suficientemente desarrollada, proporcionan indicios bastantes en que sustentar la posibilidad (única valoración posible en esta fase del procedimiento penal) de que el recurrente (ya acusado) hubieran participado en la comisión de un delito contra la propiedad intelectual tal y como le atribuye el Juez Instructor». Si bien no hay en el auto una argumentación concreta sobre la realización de los elementos del tipo, es claro que la AP no excluye que la actividad supuestamente llevada a cabo pueda en efecto calificarse de comunicación pública⁹⁴.

7. Caso *youkioske* (2012)

El caso de la web *youkioske* presenta características peculiares, puesto que no se trata de una página de enlaces a archivos de música, películas o juegos, sino de un sitio web donde se pueden visualizar publicaciones periódicas, fundamentalmente revistas y periódicos. Los contenidos no están alojados en dicha web sino en otros servidores, de modo que la web sólo contiene enlaces. El JI decretó el sobreseimiento⁹⁵, que la AP Madrid revocó en apelación⁹⁶, ordenando la continuación del procedimiento.

Los argumentos del JI son los ya conocidos: no hay comunicación pública al tratarse de meros enlaces, no hay ánimo de lucro porque no se cobra por los contenidos sino que los ingresos derivan de la publicidad, y el proveedor de enlaces queda en todo caso exento en aplicación del art. 17 LSSICE. La AP destaca que el tipo penal del art. 270.1 CP está descrito en términos muy amplios, y que «con los datos existentes en este momento en la causa y en ausencia de otras diligencias de prueba, no es posible descartar en este momento la comisión del ilícito penal, porque en principio se dan los elementos objetivos del

⁹³ Auto 648/2011 AP Palma de Mallorca, de 20.10.2011. Ponente: Cristina Díaz Sastre. Cendoj: 07040370012011200141.

⁹⁴ Todo indica que la AP está contemplando que la actividad supuestamente llevada a cabo consiste en la provisión de enlaces. Así se sigue de lo que indica la propia AP en el auto: «consta que el recurrente es administrador único de la empresa “Wamba Project S.L.” que gestiona la página web www.vagos.es, en donde al parecer, se viene permitiendo, sin autorización alguna de los titulares de los respectivos derechos o de sus cesionarios, el acceso público a contenidos intelectuales protegidos por dichos derechos, referidos tanto a películas como a series de televisión, música y otros, permitiéndose mediante los enlaces facilitados, la disponibilidad de las referidas obras por los usuarios de la página mediante descarga directa» (FJ. 3º).

⁹⁵ Auto del JI nº 1 de Móstoles, de 11.08.2010.

⁹⁶ Auto 758/2012 AP Madrid, de 11.07.2012. Ponente: Adoración María Riera Ocáriz, Cendoj: 28079370232012200465.

tipo. Esto es, el objeto generador del derecho de propiedad intelectual se encuentra bajo el ámbito de protección de la Ley de Propiedad Intelectual (arts. 8 y 10-1 a) como obra literaria; la actividad ilícita realizada sobre el mismo entraría dentro de las conductas típicas previstas en el precepto, como comunicación pública, de acuerdo con la definición del art. 20-1 de la LPI: (...). El ánimo de lucro no es descartable en principio, porque youkioske.com obtiene un beneficio económico con su actividad, aunque sea de forma indirecta a través de la publicidad que consigue. La ausencia de autorización de los titulares de los derechos es obvia»⁹⁷. En cuanto a la protección del artículo 17 LSSICE, la AP señala, creo que con buen criterio, que el cumplimiento de los requisitos para beneficiarse de la misma no se puede presumir, al no haberse practicado ninguna diligencia al respecto, especialmente para descartar que se dé el supuesto del art. 17.2, por el que la exención de responsabilidad no operará si «el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control» del proveedor de enlaces⁹⁸.

3. CONDENAS

1. Caso *infopsp* (2008)

Se trata del segundo caso que llegó a juicio oral (años atrás tuvo lugar el de *todocaratulas*) y el primero que acabó en condena. El acusado fue condenado a seis meses de prisión y a la responsabilidad civil derivada de delito consistente en indemnizar a las compañías actoras en 2.800 euros como autor de un delito contra la propiedad intelectual⁹⁹. La calificación jurídica y la pena impuesta habían sido previamente pactadas por las partes¹⁰⁰.

Es frecuente atribuir a esta sentencia una importancia menor, cuando no considerarla completamente irrelevante, por el hecho de tratarse de una condena de conformidad, en la que, por tanto, la defensa renunció a defender una calificación jurídica alternativa a la preconizada por la acusación particular y por el Ministerio Fiscal. De este modo la sentencia se habría dictado sin que la Juez pudiera disponer de todos los argumentos que cabría haber esgrimido en de-

⁹⁷ FJ 2º.

⁹⁸ En el recurso contra el sobreseimiento se afirmaba que determinados proveedores de contenidos se repiten frecuentemente, y «que los archivos llegan a la página web en secuencias de grupos y no de forma aleatoria, como sería propio en una actividad no organizada de un número indeterminado de usuarios actuando por su cuenta» (FJ. 2º).

⁹⁹ Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Logroño, de 25.11.2008.

¹⁰⁰ En efecto, como señala el auto, «[e]n el acto del juicio oral el acusado mostró su conformidad con la calificación de los hechos efectuada por el Ministerio Fiscal y con la pena solicitada, ratificándose en dicha conformidad por su defensa que no consideró necesaria la continuación del juicio». En el propio acto del juicio oral se anticipó el fallo de la sentencia y ambas partes manifestaron su intención de no recurrir, por lo que se declaró la firmeza de la misma.

fensa del acusado. Resulta en efecto sorprendente la decisión de la defensa, habida cuenta de la existencia de resoluciones judiciales anteriores que afirman la atipicidad de la conducta enjuiciada¹⁰¹; y es cierto que si se hubieran aportado todas las razones disponibles para sostener la atipicidad, invocando las resoluciones ya recaídas en ese momento¹⁰², la juez podría haber aceptado esa visión. Pero también es posible que la hubiera rechazado de todos modos, concluyendo que la actividad es subsumible en el tipo del art. 270.1 CP como comunicación pública con ánimo de lucro. En efecto, el mismo género de actividad ha sido considerado típico en otras resoluciones posteriores, incluidas algunas de AP. La cesión del acusado no parece haber sido en el terreno de los hechos (aceptar haber llevado a cabo acciones que nunca realizó), sino en el de la calificación jurídica de los mismos, y en la pena solicitada. La descripción de los hechos probados que hace la sentencia nos muestra un sitio web que proporciona enlaces a juegos de ordenador y películas en redes P2P y que obtiene beneficios por publicidad. En la calificación de estos hechos como constitutivos del delito del artículo 270.1 va implícito que la actividad se considera comunicación pública. Conviene notar que el hecho de la conformidad no excluye la valoración jurídica del Juez, quien de acuerdo con el art. 787 LECr, solo podrá dictar sentencia de conformidad con la acusación si la calificación efectuada es correcta y la pena procedente, y así lo estimó la Juez en este caso, como expresamente declara en la sentencia¹⁰³.

2. Caso *simonfilms.tv* (2010)

Una nueva condena, también dictada con la conformidad del acusado, tuvo lugar en el caso de la web *simonfilms.tv*¹⁰⁴. Lo que distingue a este caso de todos los demás es que, según los hechos declarados probados, el acusado permitía el visionado de películas en *streaming* «a cambio de una remuneración económica que el usuario de internet debía pagar previamente para que le fuera pro-

¹⁰¹ Al parecer la decisión de llegar al acuerdo de aceptar la culpabilidad y una pena simbólica estuvo motivada por el temor a que una posterior demanda civil pudiera suponer una condena indemnizatoria muy elevada, algo con lo que se especulaba en ese momento, en que no se había dictado aún ninguna sentencia en vía civil en este tipo de asuntos. Vid. D. BRAVO: «Cuando el miedo hace que te declares culpable de lo que no es delito: entrevista con el webmaster de infopsp», 13.04.2009, http://www.filmica.com/david_bravo/archivos/009353.html. Vid. asimismo las manifestaciones del acusado en su blog: <http://kuv3.com/2009/04/13/aclarando-la-sentencia-de-infopsp/>

¹⁰² La vista tuvo lugar el 24.11.2008. En ese momento ya se habían resuelto los casos *todocarátulas* (absolución) y *sharemula* (sobreseimiento), ambos ya examinados más arriba.

¹⁰³ Quizás el punto más problemático sea la falta de consideración de la exclusión de responsabilidad del art. 17 LSSICE, si bien en una interpretación amplia de la noción de conocimiento efectivo el acusado quedaría fuera del ámbito de protección al reconocer que conocía el contenido de los enlaces.

¹⁰⁴ Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Vigo, de 26.01.2010. Se condena a un año de prisión, multa de 12 meses con una cuota de 5 euros, y en concepto de responsabilidad civil indemnización de 1800 euros.

porcionado dicho acceso». No se indica si los contenidos estaban alojados en el propio servidor o si se trataba de enlaces a servidores de terceros¹⁰⁵, ni tampoco si en este caso el visionado se llevaba a cabo por medio de enlaces ensamblados o si redirigía a la página del servidor. La incógnita sobre estos extremos, así como el hecho de que la web cobrara a los usuarios, hacen que se trate de un caso difícilmente comparable al resto de los que venimos examinando.

3. Caso *infektor* (2011)

Se trata de nuevo de una sentencia dictada con la conformidad del acusado. Según lo previsto en el art. 787 LECr, la sentencia se dictó *in voce* en el acto de la vista y se decretó su firmeza¹⁰⁶. La Juez consideró correcta la calificación de los hechos como constitutivos de los delitos previstos en el artículo 270 apartados 1 y 3 CP. No se ofrece una argumentación jurídica detallada para justificar la calificación, pero sí una extensa exposición de los hechos probados, que en algunos casos van más allá de la actividad habitual de una web de enlaces. En esencia, la web ofrecía enlaces P2P a películas, programas de ordenador y juegos. Sin embargo, contaba también con algunos servicios de pago ofrecidos mediante mensajes SMS. La sentencia detalla estos servicios, entre los que está el de petición de elinks no disponibles en la web, y también el servicio de envío del número de serie necesario para activar programas de ordenador¹⁰⁷. Esta última parece ser la conducta que se está juzgando bajo el apartado 270.3 CP¹⁰⁸.

4. Caso *fenixp2p/mp3-es* (2011)

Los administradores de las *fenixp2p* y *mp3-es* habían sido absueltos por el Juzgado de lo Penal¹⁰⁹. Sin embargo, en apelación, la Audiencia revocó la sen-

¹⁰⁵ En alguna información aparecida en la prensa local se afirmaba que el acusado alojaba los contenidos, extremo que no consta en la relación de hechos probados de la sentencia. *Vid.* E. V. PITA: «Un año de cárcel para el dueño de una web en el primer juicio de pirateo de televisión con el “streaming”», *La Voz de Galicia*, 29/1/2010, http://www.lavozdegalicia.es/vigo/2010/01/29/-0003_8259547.htm (últ. visita 24 nov. 2012).

¹⁰⁶ Sentencia 122/2011, del Juzgado de lo Penal número 2 de Vitoria, de 15.04.2011. La condena fue de 6 meses de prisión y 12 meses de multa con cuota diaria de 3 euros. A diferencia de los dos casos anteriores, aquí la defensa había recurrido en apelación el auto de transformación de las diligencias en procedimiento abreviado, recurso que había sido desestimado por la AP (Auto 363/09 AP Álava, Secc. 2ª, 30.09.2009. Ponente: Jesús Alfonso Poncela García. Cendoj: 01059370022009200014).

¹⁰⁷ En la captura de la web a fecha 19.12.2006 en archive.org se puede ver la descripción de estos servicios: <http://web.archive.org/web/20061219032010/http://www.infektor.com/sms.html>

¹⁰⁸ Apunta la sentencia que así «el administrador ponía a disposición de los usuarios un medio para facilitar la supresión no autorizada de los dispositivos técnicos que los fabricantes de estos programas utilizan para proteger los mismos».

¹⁰⁹ Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Barakaldo de 11.02.2011. Ponente: Florian Javier Rangel Polanco. Cendoj: 48013510012011100001.

tencia y condenó a los acusados, entendiendo que su conducta encaja en el tipo previsto en el art. 270 CP¹¹⁰. Ambas sentencias suscitan graves interrogantes desde el punto de vista procesal. Por una parte, porque la sentencia del Juzgado de lo Penal podría haber incurrido en nulidad por falta de expresión del relato de hechos probados. Y por otra, porque la condena en segunda instancia de unos acusados absueltos en la primera podría suponer una vulneración del derecho al proceso con todas las garantías previsto en el art. 24.2 CE, de modo que, en caso de recurrir en amparo, podría ser anulada por el Tribunal Constitucional¹¹¹.

Por lo demás, la descripción de los hechos que ofrece la sentencia es francamente imprecisa y confusa, si bien resulta claro que en todo caso los sitios web denunciados no albergaban los archivos, limitándose a proporcionar enlaces a los mismos. Explica la sentencia que «[l]o 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. (...) [S]e trata (...) 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*»¹¹². Ciertamente, esta descripción deja mucho que desear desde el punto de vista tecnológico y muestra una comprensión muy limitada por parte del tribunal sobre lo que está ocurriendo en realidad¹¹³.

¹¹⁰ Sentencia 530/2011 AP Bizcaia, Secc. 1ª, 27.09.2011. Ponente: Reyes Goenaga Olaizola. Cendoj: 48020370012011100209.

¹¹¹ *Vid.* por ejemplo, la STC 2/2010, Secc. Cuarta, de 11.01.2010 (BOE núm. 36, de 10.02.2010). La AP Bizcaia argumenta en sus FJ 2º y 3º las razones por las que considera que en este caso no se produce indefensión, a los que remitimos para la discusión de este extremo.

¹¹² (FJ 4) (énfasis en el original).

¹¹³ Llama la atención, por ejemplo, que hable de “páginas de intercambio” P2P. El P2P no es una “página” sino un software que los usuarios se instalan en sus ordenadores para hacer posible la comunicación directa entre ellos, y que permite realizar búsquedas de archivos alojados en los ordenadores conectados. Probablemente el tribunal habla de “páginas P2P” para referirse en realidad servidores como *Megaupload* o *Rapidshare*. En el argot de las webs de enlaces, los links a archivos ubicados en este tipo de servidores suelen denominarse enlaces de “descarga directa”, por oposición a los enlaces a redes P2P que requieren el uso del programa cliente P2P. Por lo demás todo el relato transcrito resulta manifiestamente deficiente. Se insiste en que se saca el enlace de su contexto, como si esto tuviera alguna relevancia (para esto están los enlaces). Dice que convierten el enlace en un archivo de descarga directa en otro lugar, lo que es erróneo: un enlace no “se convierte” en un archivo. Dice que al pinchar en “descargar” el usuario “realiza un acceso a la página p2p correspondiente”, lo que de

En todo caso, la sala defiende enérgicamente la calificación de la actividad de los acusados como un supuesto de comunicación pública: «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 CP».

La sentencia afirma por lo demás que la actividad de los acusados no puede beneficiarse de la exclusión de responsabilidad prevista en el artículo 17 LS-SICE. Argumenta en síntesis que no se está valorando una actividad de intermediación consistente en enlazar a contenidos ilícitos, sino una conducta ilícita consistente en comunicar públicamente sin autorización¹¹⁴.

III. PROCEDIMIENTOS CIVILES

En la vía civil han sido muy pocos los procedimientos en los que se han recaído resoluciones, sean autos o sentencias. Los casos conocidos se reducen a dos procedimientos en los que se dictó auto denegando las medidas cautelares solicitadas los casos *agujero* y *etmusica/elitemusica*, ambos de 2009, y otros dos procedimientos (*elrincondejesus* e *índice-web*) resueltos por la AP Barcelona en 2011. A ellos hay que añadir el caso *TomTom*, referido a una web que facilitaba descargas de software.

1. CASOS AGUJERO Y ETMUSICA/ELITEMULA EN VÍA CIVIL (2009)

En el caso *agujero.com*, el Juzgado de lo mercantil denegó las medidas cautelares *inaudita parte* solicitadas por la actora¹¹⁵. Considera que no concurre el

nuevo se trata de un error (no hay una página p2p, en todo caso será la página del servidor de descargas). Dice también que «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». Esto parece improbable si se trata de enlaces a *Megaupload* o similares, salvo que se trate de enlaces ensamblados en *streaming*. Los enlaces normales a *Megaupload* (no se había clausurado todavía la tiempo de la sentencia) redirigen al usuario a una página del servidor, donde nuevamente tiene que clicar para elegir la modalidad (gratuita o *premium*) de descarga.¹¹⁴ La sentencia entiende, en cambio, que el artículo de la LSSICE en el que cabe subsumir la actividad de los acusados es el art. 15, y que los acusados no cumplen con las condiciones del mismo, en concreto con el requisito establecido en la letra b, consistente en permitir el acceso al contenido en caché solo si se cumplen las condiciones establecidas en el sitio de origen. Creo sin embargo que el supuesto de hecho contemplado en el artículo 15 no tiene nada que ver con la actividad enjuiciada y que la sentencia confunde el almacenamiento temporal en un servidor proxy cache con el establecimiento de enlaces en una página web.

¹¹⁵ Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 6.05.2009.

periculum in mora ni tampoco «el *fumus boni iuris*, pues la cuestión sustantiva de fondo es una pura cuestión jurídica lo suficientemente controvertida para que la adopción de las medidas pueda suponer un irreparable perjuicio al demandado». En el caso *etmusica/elitemula* el Juez acordó inicialmente las medidas cautelares *inaudita parte*, pero las revocó tras la oposición formulada por el demandado y la prueba pericial acompañada¹¹⁶.

2. CASO *ELRINCONDEJESUS* (2011)

Se trata del primer caso civil en el que recae sentencia sobre el fondo del asunto. En primera instancia, el Juzgado de lo mercantil desestimó íntegramente la demanda interpuesta por la SGAE contra el administrador del sitio¹¹⁷. El caso fue recurrido en apelación por la demandante y la Audiencia de Barcelona confirmó la sentencia de instancia en cuanto a los enlaces P2P, pero condenó al demandado por las descargas directas¹¹⁸.

En cuanto a los enlaces a redes P2P, la Audiencia argumenta que quien pone a disposición la obra no es la web de enlaces, sino los usuarios que han colocado la obra en la carpeta compartida de sus ordenadores: «En una red de archivos compartidos P2P, quien, disponiendo de un archivo musical o de una película, lo introduce en una carpeta de archivos compartidos, a la que cualquiera puede tener acceso mediante un programa cliente P2P, además de llevar a cabo un acto de reproducción no amparado por la excepción del art. 31.2 TRLPI, pues no cabría hablar de un uso privado, está poniendo estos archivos a disposición del público, y por ello realiza un acto de comunicación pública previsto en el art. 20.2.i) TRLPI. Pero el titular de la página web que facilita el enlace, además de la previa selección de los archivos, aunque contribuye indirectamente a esta infracción de los derechos de propiedad intelectual afectados por la comunicación pública, no lleva a cabo directamente estos actos. Por supuesto que no realiza ninguna reproducción, ya que se limita a suministrar el link, a ofrecer un enlace, a través del cual, eso sí, se podrá llevar a cabo un posterior acto de comunicación pública del archivo compartido. Pero el ofrecimiento del enlace

¹¹⁶ El Auto del Juzgado de lo Mercantil de Huelva de 11.11.2009 revoca la medida de aseguramiento consistente en el depósito de los discos duros. Por su parte, el Auto del mismo juzgado de 13.11.2009 revoca la medida, adoptada también *inaudita parte*, consistente en el cierre cautelar de las páginas por falta de *fumus boni iuris*. En este auto el Juez sanciona a la demandante por mala fe procesal con una multa que se fija en 500 € por hallarse la actora ya personada en un procedimiento penal contra las mismas páginas y a pesar de ello, pendiente todavía la causa penal, interpuso demanda civil contra el mismo demandado, solicitando las medidas cautelares *inaudita parte*. Las dos resoluciones, y en especial la segunda, por cuanto aborda la cuestión de la apariencia de buen derecho, apuntan hacia la licitud, también en el plano civil, de las webs de enlaces.

¹¹⁷ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, de 9.03.2010. Previamente el Juzgado había denegado las medidas cautelares solicitadas, en Auto de 2.07.2009.

¹¹⁸ Sentencia 83/2011 AP Barcelona, Secc. 15ª, de 24.02.2011, Ponente: Ignacio Sancho Gargallo, Cendoj: 08019370152011100002.

no supone un acto de disposición del archivo, razón por la cual no cabe hablar de la “puesta a disposición” en que consiste la actividad tipificada en la letra i) del art. 20.2 TRLPI como acto de comunicación pública»¹¹⁹.

En cuanto a las descargas directas, sin embargo, la conclusión de la Audiencia es que sí existe un acto de puesta a disposición¹²⁰. Dicho resultado es muy sorprendente puesto que parece claro que la misma tesis sostenida respecto de los enlaces P2P es perfectamente aplicable al caso de las descargas directas, que no son otra cosa que enlaces a archivos ubicados en servidores tipo Megaupload o Rapidshare. Creo que la razón de la divergencia de calificación se debe a que la Audiencia no llegó a entender en qué consisten exactamente estas descargas¹²¹.

Por una parte, la AP acepta expresamente que «[n]o queda acreditado que los archivos musicales hayan sido “colgados” por el demandado en su página web» (FJ 2º). Y cuando trata de describir qué entiende por “descargas directas” lo único que cabe sacar en claro es que las imagina como descargas: (a) de archivos *no necesariamente alojados en la web del demandado*, y (b) que se realizaban “desde” o “a través de” la propia web (lo que parece significar, siguiendo el lengua-

¹¹⁹ Vid. FJ 5º. Por lo demás, la sentencia apoya su razonamiento en la doctrina: «Como se ha argumentado en la doctrina: “la puesta a disposición tiene lugar en los ordenadores de los usuarios donde se halla la obra, y desde donde se puede descargar a través de programas cliente P2P; son, por tanto, estos usuarios quienes realizan la puesta a disposición. Cuando un usuario acude a la página de enlaces y pulsa en un *link*, se ejecuta el programa cliente que ese usuario tiene instalado en su ordenador (v.gr. eMule), y se inicia la descarga del archivo desde los ordenadores donde la obra se halla puesta a disposición. En esa descarga, los datos no pasan por el servidor donde se aloja el sitio web de enlaces, de modo que el usuario que descarga no recibe los datos (la obra) a través del sitio de enlaces, sino directamente desde los ordenadores que alojan ese archivo. No hay, pues, ni siquiera una participación en la transmisión de los datos que pudiera entenderse como una suerte de “retransmisión”». El artículo doctrinal del que la Audiencia toma este párrafo es el siguiente: M. PEGUERA POCH: «Enlaces, descargas y puesta a disposición en redes P2P (Comentario a la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 9.03.2010, sobre el sitio web “elrincondejesus”», *La Ley*, nº 7462, martes 7.09.2010. Lo que pretendía indicar en dicho artículo es que no creo que en los enlaces a redes P2P quien facilita el enlace lleve a cabo la concreta modalidad de “puesta a disposición” del art. 20.2.i) LPI, modalidad que ciertamente no agota las formas posibles de comunicación pública. Y tratándose de enlaces que redirigen al usuario a una página de *Megaupload* (enlaces de los que no hablaba en aquel artículo, porque no se habían tratado en la sentencia de primera instancia, que era el objeto del comentario) mi conclusión sería la misma. Ahora bien, en dicho artículo apuntaba también que, al margen de la modalidad de puesta a disposición, a la vista de la amplitud de la cláusula general del art. 20.1 LPI no cabe descartar interpretaciones jurisprudenciales expansivas en el sentido de considerar que la provisión del enlace es *un acto que permite* a una pluralidad de personas acceder a la obra (enlazada) sin previa distribución de ejemplares, cuestión a la que me referiré más adelante.

¹²⁰ Si bien tanto el auto de medidas cautelares como la sentencia de primera instancia sólo tuvieron en cuenta los enlaces a redes P2P (concretamente enlaces ed2k), para la Audiencia está claro que había también “descargas directas”. Así se indicaba en el sitio web, que ofrecía un apartado con el rótulo de “Descargas Directas”, así constaba también en los informes periciales, y así lo admitió el demandado en el acto del juicio (FJ 2º SAPB).

¹²¹ Lo argumento con mayor detalle en <http://responsabilidadinternet.wordpress.com/2011/04/16/enigmatica-sentencia-apb-elrincondejesus-1/>

je empleado en la demanda, que se realizaban “directamente”, “sin redireccionar a otra web de modo automático”). La AP entendió que permitir estas descargas supone un acto de comunicación pública, argumentando que «[e]l demandado, al permitir desde su página web la descarga directa, lleva a cabo una puesta a disposición del público, y en concreto del que visita la página web y solicita la descarga, de las obras afectadas (...) En la medida en que [esta operación] se realiza [] desde la página web del demandado, puede concluirse que es éste quien lleva a cabo la puesta a disposición del público de las obras, al margen de si ha sido él u otro quien las haya colgado en la red» (FJ 2º).

Por el tenor de las descripciones que ofrece la sentencia, creo que en la noción de “descargas directas” que maneja la AP no entrarían las realizadas por vía de enlaces que *redireccionan* al usuario a una página de Megaupload. Y sin embargo, esto es lo que ocurre con lo que las páginas de enlaces califican normalmente como descargas directas. En efecto, al clicar en un link de los que las webs de enlaces suelen etiquetar como “descarga directa” no se inicia la descarga del archivo, sino que el usuario es redirigido a una página del servidor de descargas (Megaupload u otro) donde está alojado el archivo. Una vez allí tiene que decidir si ordena o no la descarga. Resulta meridiano para el usuario que el archivo está en *otro* sitio, y que se lo baja “desde” ese otro sitio.

3. CASO *INDICE-WEB* (2011)

Pocos meses después de fallar el caso *elrincondejesus*, la misma sección de la Audiencia de Barcelona resolvió la apelación de un caso muy similar, el caso *indice-web*¹²². En esta ocasión, la Audiencia aprecia correctamente que las descargas directas son enlaces a servidores externos y en consecuencia aplica el mismo criterio que el que sostiene para los supuestos de enlaces a redes P2P, esto es, que «teniendo en cuenta el concepto legal de reproducción (...) y de comunicación pública, puede decirse que la labor de enlazar sin intervenir en la descarga no entra dentro del núcleo de lo que constituye reproducción (...) ni comunicación pública, esta última, en la modalidad concreta denunciada en la demanda, del artículo 20.2.1) LPI» (FJ. II).

¹²² Sentencia 301/2011 AP Barcelona, Secc. 15ª, 7.07.2011. Ponente: Marta Rallo Ayezuren, Cendoj: 08019370152011100091. Resuelve el recurso contra la Sentencia 149/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Barcelona, de 22.04.2010.

¹²³ Por lo demás da a entender con suficiente claridad que estos enlaces a “descargas directas” no son la misma actividad que en la sentencia de *elrincondejesus* calificó de comunicación pública, y que por tanto no ha cambiado de criterio, sino que ha calificado de modo distinto actos (supuestamente) distintos. Así, en su FJ 6º señala que «[p]ese a su denominación, no se trata de descargas directas desde el sitio del enlace, sino que éste *redirecciona* —como se dice en la demanda— a otro distinto». No es que fueran realmente actos distintos, pero sí es cierto que en el caso de *elrincondejesus* no se entendieron como meros enlaces y no se tuvieron por tanto como tales.

En mi opinión no hay un cambio de criterio de la Audiencia respecto de las descargas directas. En el caso *índice-web* la Audiencia capta con claridad que lo que en el pleito se denominan descargas no son otra cosa que enlaces a un servidor externo. Conviene llamar la atención sobre el hecho de que la sentencia sólo se pronuncia sobre la modalidad de comunicación pública *alegada en la demanda*, esto es, la de puesta a disposición (art. 20.2.i LPI). Nada dice, por tanto, sobre si tales enlaces pueden constituir comunicación pública en los términos de la cláusula general contenida en el art. 20.1 LPI¹²³.

4. CASO *TOMTOM* (2012)

Por último, hay que referir el caso *TomTom*, en el que la Audiencia de Alicante condena al administrador de la web *javiermb.com* a indemnizar en más de cinco millones de euros a la actora, la compañía *Tom Tom International BV*¹²⁴. A través de aquella web «se facilitaban», según apreció la sentencia de instancia, «los programas informáticos o software necesarios para el funcionamiento de los sistemas de navegación por satélite de TOM TOM relativos a mapas, radares y las voces guía indicadoras de recorridos titularidad de la actora»¹²⁵. Aunque no se indica expresamente en la sentencia, parece que los programas no se hallaban alojados en la web, que se limitaba a proporcionar los enlaces¹²⁶. Si en efecto, como todo parece indicar, se trata de una página de enlaces, el caso resulta muy llamativo, en especial por la elevadísima cuantía de la indemnización impuesta.

En lo que se refiere al análisis jurídico de la conducta del demandado, el caso es muy distinto a los examinados previamente. No hay una discusión sobre el alcance del derecho de comunicación pública o de la modalidad concreta de puesta a disposición interactiva del art. 20.2.i LPI, ni tampoco sobre la posibilidad de acudir al art. 17 LSSICE. Los preceptos de la LPI que invoca la actora son los específicos de la protección de programas de ordenador; y así la sentencia considera que la actividad del demandado vulnera los derechos de la actora a tenor de los arts. 99 y 102 LPI, y que incurre en particular en la infracción prevista en el art. 102.c LPI («Quienes pongan en circulación una o más copias de un programa de ordenador conociendo o pudiendo presumir su naturaleza ilegítima»)¹²⁷.

¹²⁴ Sentencia 132/12 de la AP de Alicante, Secc. 8ª, 20.03.2012. Ponente: Luis Antonio Soler Pascual, Cendoj: 03014370082012100140.

¹²⁵ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante, de 6.09.2011.

¹²⁶ Así parecen confirmarlo las copias que obran en el *Internet Archive*. Así por ejemplo, en esta captura de 2008 se puede apreciar que los mapas estaban alojados en servidores externos, entre ellos Megaupload y Rapidshare: <http://web.archive.org/web/20080820071426/http://www.javiermb.com/mapastt.html>. En el mismo sentido se expresa, por lo demás, el disclaimer obrante en la página, cualquiera que sea el valor que deba darse al mismo.

¹²⁷ Sobre el alcance de este supuesto específico de infracción *vid.* J.P. APARICIO VAQUERO: «Comentario al art. 102», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 1394-1401, esp. p. 1395 (nota 6).

La sentencia de primera instancia condenó al demandado «a que cese de forma efectiva e inmediata en la actividad ilícita, con prohibición de reanudar la publicación y oferta de programas de software de la actora», una descripción de la conducta que no resulta excesivamente precisa. Sin embargo, no acordaba indemnización alguna, considerando que la actora no había probado adecuadamente la cuantía del perjuicio sufrido. En apelación, la Audiencia estima la cuantificación alegada por la actora, en la cantidad de 5.109.759,9 euros¹²⁸.

IV. ELEMENTOS ESENCIALES DEL DEBATE SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS WEBS DE ENLACES EN LA JURISPRUDENCIA MENOR

En los epígrafes anteriores hemos podido ver cuál es, en la jurisprudencia menor, tanto penal como civil, el estado de la discusión sobre la calificación jurídica de la actividad desplegada por las páginas de enlaces. Hemos visto el tipo de argumentos empleados por las partes, así como las conclusiones, a menudo dispares, alcanzadas por los jueces y tribunales.

A la vista de las resoluciones examinadas, la primera conclusión es que la cuestión sigue abierta, en el sentido de que no hay una clara unanimidad en los pronunciamientos judiciales. Incluso dentro de un mismo grupo de casos pueden observarse discrepancias importantes. El criterio seguido con carácter mayoritario es el de la atipicidad de la conducta, lo que excluye su ilicitud penal. A la vez, ese juicio se basa a menudo en considerar que no hay comunicación pública y que por tanto no hay en el punto de partida una violación de dicho derecho exclusivo en el ámbito civil. Si bien esta posición puede calificarse de mayoritaria, no es ciertamente unánime, pues no cabe ignorar las resoluciones que se expresan en sentido contrario.

Cuantificar el número de casos resueltos en uno u otro sentido tiene desde luego un valor muy relativo. Aun así, y a efectos meramente ilustrativos, la recapitulación de los casos examinados arroja el saldo siguiente. En el ámbito penal: dos sentencias absolutorias: una dictada por el Juzgado Penal (caso *pctorrent*), otra confirmada por la AP Barcelona (caso *todocaratulas*); un sobreseimiento acordado por el Juzgado de Instrucción y recurrido en apelación (caso *estrenosdivx*); y trece sobreseimientos decretados o confirmados por

¹²⁸ Para fijar este importe se parte del informe pericial que, según indica la sentencia de instancia, «cuantifica en más de 5.300.000 descargas en el dominio *www.javiermb.com* y más de 2.300.000 en el subdominio *crystal.javiermb.com* concretando en 82.482 el número de descargas relacionadas con archivos de aplicaciones informáticas de la actora». De una forma que —a falta de más detalles— por lo menos cabe calificar de sorprendente, la actora considera que cada una de estas descargas lo es del programa, que tiene un precio de venta de 69,95 euros. Aplicando un *royalty* hipotético de 8 euros por programa (un 11%), se obtiene la cifra de 5.109.759,9 euros a la que se condena al demandado en apelación.

Audiencias Provinciales, la mayoría por la AP Madrid (casos *sharemula*, *cvcd-go*, *spanishare*, *indexedonkey*, *edonkeymania*, *peliculasok*, *tvmix* y *rojadirecta*) pero también por otras Audiencias (AP León: caso *portalvcd/e-mule24horas*; AP Alicante: caso *naiadadonkey*; AP Cantabria: caso *cinegratis*; AP Huelva: caso *etmusica/elitemula*; AP Álava: caso *cinetube*). En total, pues, dieciséis casos en que los jueces y tribunales del orden penal han llegado a la conclusión de que la conducta que examinamos es penalmente atípica, en catorce de los cuales ha intervenido la correspondiente Audiencia Provincial.

Frente a ellos, hay cuatro condenas —tres dictadas de conformidad (casos *infopsp*, *simonfilms.tv* e *infektor*) y la cuarta pronunciada en segunda instancia revocando la previa absolución (caso *fenixp2p/mp3-es*)—, así como siete casos en los que la Audiencia ha ordenado seguir adelante con el procedimiento penal (AP Madrid: caso *zonaemule* y caso *youkioske*; AP Valencia: caso *divxonline*; AP Palma: caso *vagos.es*; AP Alicante-Elche: caso *todotorrente*; AP Barcelona: caso *ps2rip*; AP Murcia: caso *elitedivx*), aunque no siempre contienen un claro posicionamiento sobre la tipicidad de los hechos denunciados. Así, incluso en alguno de estos casos —como *divxonline*—, se admite la atipicidad de los enlaces a redes P2P y a descargas directas, considerando solo como susceptible de integrar el tipo delictivo el supuesto de los enlaces de *streaming* ensamblados.

Por último, en el ámbito civil, encontramos dos sentencias de la AP Barcelona, una que declara ilícita parte de la actividad (caso *elrincondejesus*) y otra que absuelve por completo al demandado (caso *índice-web*), una condena de más de cinco millones de euros en el caso *TomTom*, acordada por la AP Alicante, así como dos casos de denegación de medidas cautelares, sin haber recaído resolución sobre el fondo (casos *agujero* y *etmusica/elitemula*).

Lo que me interesa de las resoluciones dictadas en esta materia no es tanto el resultado al que se llega en el fallo (condenatorio o absolutorio), ni que se trate de una resolución que ponga fin al procedimiento o que ordene su continuación, sino más bien cuál es el criterio que expresa el juez o tribunal en punto a la calificación jurídica de la actividad. En efecto, el resultado absolutorio o condenatorio está sujeto a muchos condicionantes, algunos de los cuales se refieren a la adecuada prueba de los hechos denunciados, o a la correcta identificación de los autores. Así, como es obvio, una sentencia absolutoria puede considerar que la actividad denunciada es penalmente ilícita, y absolver sin embargo al acusado por falta de pruebas. A la inversa, los autos de sobreseimiento pueden ser extraordinariamente relevantes desde el punto de vista de la calificación de la actividad que aquí examinamos, en la medida en que a menudo manifiestan la interpretación del juez sobre la tipicidad de la conducta. De este modo, el sobreseimiento libre basado en que los hechos denunciados no son constitutivos de delito (art. 637 LECr), se antoja ciertamente trascendente desde esta perspectiva, especialmente cuando el pronunciamiento proviene de una Audiencia Provincial confirmando en apelación el sobreseimiento dictado por el Juzgado

de Instrucción. Por lo demás, en términos generales, los autos de sobreseimiento analizados —prácticamente todos ellos confirmados por la correspondiente Audiencia Provincial— se dictan tras una verdadera discusión sobre la calificación jurídica, donde la acusación tiene ocasión de esgrimir todos sus argumentos para considerar que la actividad debe considerarse comunicación pública. Esto es, los jueces y tribunales alcanzan la conclusión de atipicidad sin ignorar los argumentos de las partes y siendo conscientes de las resoluciones ya dictadas en otros casos, que muchas veces las propias partes se ocupan de invocar. Por el mismo motivo, no cabe tampoco minusvalorar desde este punto de vista los autos de Audiencias que ordenan la continuación del procedimiento —ya sea revocando el sobreseimiento o confirmando el auto de conversión a procedimiento abreviado— puesto que a menudo manifiestan, en abstracto, cuál es la posición del tribunal sobre la tipicidad de la actividad denunciada, sin prejuzgar la culpabilidad en el caso concreto, normalmente pendiente de la práctica de ulteriores diligencias y, lógicamente, del resultado del juicio oral.

De modo breve, al hilo de lo ya apuntado al exponer las diversas resoluciones y dentro de las limitaciones de espacio del presente estudio, parece oportuno considerar de forma algo más analítica los principales elementos que configuran la discusión jurídica.

1. ELEMENTOS ESPECÍFICOS DEL ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL

El grueso de la discusión jurisprudencial se sitúa, como hemos visto, en el plano penal, pues es en este orden jurisdiccional donde se han dictado la gran mayoría de las resoluciones judiciales. El análisis en sede penal lleva necesariamente al juez a examinar las disposiciones de la LPI a los efectos de apreciar si la conducta enjuiciada realiza alguno de los elementos que integran el tipo objetivo del delito previsto en el art. 270.1 CP, ya que la propia definición del tipo supone una remisión a la regulación de la LPI.

Ahora bien, como es obvio, en el enjuiciamiento penal de estas conductas se plantean muchas cuestiones que son específicas de esta jurisdicción, y que son independientes del hecho de que la conducta pueda considerarse una violación de la LPI. Así ocurre por ejemplo con la apreciación de la concurrencia del ánimo de lucro como elemento integrante del tipo penal del artículo 270.1 CP, que es una de las discusiones recurrentes en los casos examinados. De igual modo, los principios de tipicidad y prohibición de la analogía *in malam partem*, así como el de intervención mínima, están presentes en el debate y condicionan la calificación final en sede penal.

Como hemos visto, se invoca con frecuencia el principio de intervención mínima o de *ultima ratio* del derecho penal. En algunos casos esta invocación parece en realidad un expediente para evitar afirmar que materialmente la actividad

es subsumible en la amplísima cláusula general que define el derecho de comunicación pública en el art. 20.1 LPI, o para rechazar que dicha subsunción sea determinante a los efectos de la realización del tipo objetivo del 270.1 CP. Esa impresión se obtiene por ejemplo en el AAP de *sharemula*, que insiste en la necesidad de que «que los tipos penales aparezcan formulados con unos contornos precisos, evitando cláusulas indeterminadas que priven a las figuras de delito de límites claros y seguros»¹²⁹. En una línea similar, pero acudiendo propiamente al principio de tipicidad se insiste en otros casos en que el carácter tan general del art. 20.1 no es suficiente para la subsunción penal¹³⁰, o bien que la conducta enjuiciada constituye sólo un “favorecimiento” de alguna de las conductas típicas, pero que tal “favorecimiento” carece de tipicidad penal¹³¹. Mientras que en el ámbito civil existe un margen razonable para buscar analogías en el texto de la LPI, la extensión analógica *in malam partem* no es posible en sede penal¹³².

También constituye un elemento específico del análisis jurídico penal la determinación de la concurrencia del elemento típico del ánimo de lucro. Como ya hemos visto, las resoluciones judiciales defienden a menudo que no concurre dicho ánimo habida cuenta de que los ingresos obtenidos no están vinculados a la descarga de las obras sino a la publicidad inserta en la página¹³³. Se trata de una conclusión que parece escasamente convincente. En efecto, el recurso a la obtención de ingresos vía publicidad es un modelo de negocio bien conocido, directamente vinculado a la audiencia que se consigue gracias a los contenidos que se ofrecen, en este caso los enlaces¹³⁴.

2. EL ENLACE COMO ACTO DE EXPLOTACIÓN

Sin dejar de tener en cuenta las particularidades del análisis jurídico-penal, el núcleo de la discusión se centra en la calificación de la actividad de provisión de en-

¹²⁹ Vid. AAP Madrid, Secc. 2ª, 11 sept. 2008, cit. *supra* en nota (FJ 7º).

¹³⁰ Así en el caso *elitedivx*, donde el Juez de Instrucción considera que a efectos penales no basta con que la actividad pueda considerarse comunicación pública conforme a la cláusula general del art. 20.1 LPI, sino que debe aparecer en el listado de modalidades específicas del art. 20.2, pues la cláusula general es excesivamente amplia e inconcreta, lo que podría afectar al “principio de taxatividad penal”. Vid. AJI nº 4 Cartagena, 17 abril 2008, cit. *supra* en nota (FJ Único).

¹³¹ Así en el caso *cinegratis* la AP Cantabria (vid. *supra* nota).

¹³² En este sentido señala GÓMEZ TOMILLO que la acción de quien difunde un enlace no constituye comunicación pública de la obra, sino que «estaríamos ante una conducta intermedia que no puede equipararse con la acción típica prevista en el artículo 270 CP sin incidir en una analogía prohibida, incompatible con el principio de legalidad que estrictamente rige en Derecho penal». Vid. M. GÓMEZ TOMILLO: «Megaupload y la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. Al mismo tiempo, una propuesta político-criminal sobre los proveedores de enlaces», *pe.i. revista de propiedad intelectual*, núm. 41, 2012, pp. 37-61, esp. p. 50.

¹³³ Argumento que sin embargo rechazan otras resoluciones, como los casos *elitedivx*, *divxonline* o *todotorrente* (vid. *supra* en los apartados correspondientes).

¹³⁴ Desde luego no creo que la falta de ánimo de lucro de las páginas que insertan abundante publicidad tenga apoyo alguno en la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, que sólo se refiere al elemento del lucro en relación con los usuarios que descargan obras.

laces desde el punto de vista de los derechos exclusivos de explotación previstos en la LPI, y en especial de los derechos de reproducción y comunicación pública¹³⁵.

1. Reproducción

El derecho de reproducción sólo tangencialmente aparece en el debate¹³⁶. Los demandantes alegan su infracción en los procedimientos civiles, sosteniendo que los enlaces constituyen reproducción de la obra enlazada. En el caso de los enlaces simples (esto es, no ensamblados), así como en los enlaces a redes P2P, tal alegación no parece tener base alguna. De hecho, la Audiencia que ha resuelto estos casos lo niega categóricamente: «[p]or supuesto que no realiza ninguna reproducción, ya que se limita a suministrar el link»¹³⁷. Ciertamente, el derecho de reproducción está definido en unos términos tan amplios que engloba cualquier supuesto de reproducción imaginable, conocido o por conocer, pero *siempre que se trate de una reproducción*, esto es, de la realización de una copia, total o parcial. Ese es el sentido del término “fijación” en el art. 18 LPI¹³⁸, elemento del que no se puede prescindir cuando se trata de determinar si una actividad encaja en el supuesto de reproducción; y lo cierto es que quien establece un enlace simple o un enlace P2P no realiza copia alguna del contenido enlazado¹³⁹.

¹³⁵ Ciertamente en ocasiones se ha invocado también el derecho de distribución, que sin embargo es claro que no resulta aplicable a los enlaces, puesto que en nuestro derecho la distribución se refiere exclusivamente a objetos tangibles, por ejemplo los CD o DVD de las obras (cfr. art. 19.1 LPI). También se ha apelado en la doctrina al derecho de transformación, cuando el contenido enlazado se incrusta en la propia página de enlaces y modifica el aspecto original, pero no ha sido objeto de debate en los procedimientos analizados.

¹³⁶ Se cita en diversas ocasiones, fundamentalmente porque la sentencia *sharemula*, como vimos, transcribe los fundamentos jurídicos del caso *iurarech* —caso que nada tiene que ver con páginas de enlaces como las que nos ocupan—, donde la actora, titular de una web enlazada, argumentaba que «al pulsar en el enlace sí se produce una reproducción provisional o momentánea de la página web de la actora, como medio para acceder a dicho website», cosa que en realidad no es así. La sala, además, rechazó la alegación diciendo que si realmente fuera así, tal reproducción estaría cubierta por el art. 31.1 LPI. *Vid. supra* la descripción tanto del caso *sharemula* como del caso *iurarech*.

¹³⁷ *Vid.* SAPB Secc. 15ª, de 24.02.2011, cit. *supra* en nota (*elrincondejesus*).

¹³⁸ *Vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: «Los derechos de autor y los límites a la propiedad intelectual», en R. Bercovitz *et al.*: *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 29-64, esp. pp. 31-32.

¹³⁹ La doctrina niega de forma prácticamente unánime que el enlace simple constituya un acto de reproducción. *Vid.* R. CASAS VALLÉS; R. XALABARDER PLANTADA: «Propiedad intelectual», en AA.VV. *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información* (coord. M. Peguera Poch), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 443-519, esp. 487; I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ: *El derecho de autor en internet. La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*, 2ª ed., Comares, Granada, 2003, p. 367 («Respecto del creador del enlace [normal] el derecho de reproducción (...) no entra en juego puesto que el mero hecho de crear un enlace no significa reproducir nada»); Mª A. ESTEVE PARDO: *Contratos multimedia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 169-178; P. RAMÍREZ SILVA, «Webs de enlaces y propiedad intelectual», *InDret* (2) 2012, http://www.indret.com/pdf/894_es.pdf, p. 15; J. F. ORTEGA DÍAZ: «Redes P2P y la mal llamada cultura del compartir: el pulso entre el derecho de autor y las posiciones ciberlibertarias»,

La percepción es algo distinta en el caso de los enlaces ensamblados o incrustados (*embedded links*), normalmente películas que pueden visionarse en un espacio destinado al efecto en la propia web de enlaces¹⁴⁰. Si nos atenemos a la materialidad de los hechos, tampoco en este caso hay reproducción, puesto que la copia (un mero almacenamiento efímero para facilitar el visionado en *streaming*) se produce únicamente en el ordenador del usuario y no hay en ningún momento una copia en el servidor de la página de enlaces¹⁴¹. Desde luego, cabe argumentar que la causa de que se lleve a cabo tal reproducción en el ordenador del usuario es el código inserto en la web de enlaces, código que es ejecutado por el navegador del usuario. En todo caso, para el usuario existe ciertamente una *apariencia* de reproducción, puesto que ve el contenido como formando parte de la web de enlaces que está visitando. Sin embargo, parece por lo menos dudoso que tal apariencia deba transmutarse jurídicamente en un acto de reproducción. Por lo demás, lo verdaderamente relevante para el usuario no es si existe o no materialmente una reproducción en la web de enlaces sino el hecho de poder percibir la obra, y así el debate se ha centrado en si cabe entender que dicha web comunica públicamente la obra enlazada, tanto en el caso de los enlaces ensamblados como en los otros tipos de vínculos.

2. Comunicación pública en la modalidad de puesta a disposición interactiva

Se plantea en primer lugar si la actividad de la página puede subsumirse en la letra i) del artículo 20.2 LPI, esto es, «[l]a puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija». Parte de la doctrina ha entendido posible tal subsunción¹⁴². Especialmente ha

Actas de derecho industrial y derecho de autor, vol. 31, 2010-2011, pp. 319-346, esp. p. 339 y nota 42. En sentido contrario, SÁNCHEZ ARISTI ha planteado la oportunidad de revisar esta doctrina teniendo en cuenta la maleabilidad de la noción de reproducción. Vid. R. SÁNCHEZ ARISTI: «Enlaces a contenidos que infringen derechos de propiedad intelectual: ¿prestación de un servicio de intermediación o provisión de contenidos? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 24 febrero de 2011 (caso «elrincondejesus»)», *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, núm. 33, 2011, pp. 421-436, esp. p. 428.

¹⁴⁰ En el citado caso *iurarech*, se indica *obiter dicta* que en algunos tipos de enlaces, distintos de los examinados en ese pleito «sí existe una reproducción de la página web ajena dentro de la propia que podría quizás suponer una infracción de los derechos de propiedad intelectual», declaración que parece hacer referencia al caso de contenido enmarcado en la web (mediante un enlace ensamblado).

¹⁴¹ También para el caso de los enlaces ensamblados excluye GARROTE que haya reproducción. Vid. I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor...*, *op. cit. supra* en nota 139, p. 373 (nota 362). A favor de entender los enlaces ensamblados como un acto de reproducción se manifiesta R. IGLESIAS POSSE: «Provisión de enlaces...», *op. cit. supra* nota 3, pp. 141-172, esp. p. 153.

¹⁴² Así, J. MASSAGUER FUENTES: «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital. El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WTC) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y

sido defendida por SÁNCHEZ ARISTI, indicando que lo relevante de la puesta a disposición «no es *subir un contenido a la red*, sino *hacer localizable un contenido subido a la red*», actividad que podría llevarse a cabo a través del establecimiento de un enlace; y argumentando que la ausencia de agotamiento del derecho podría ser indicativa de que son posibles otras (simultáneas) puestas a disposición de la misma copia, concretamente a través de enlaces a la misma. Así, el principio de no agotamiento del derecho de puesta a disposición del público en el art. 3.3 de la Directiva 2001/29 podría haberse establecido precisamente para controlar tales puestas a disposición secundarias¹⁴³.

Si interpreto bien la tesis de este autor, de igual modo que a partir de un primer acto de comunicación caben nuevos actos simultáneos de comunicación derivados de aquél, puesto que el primero no agota el derecho (así la canción emitida por una emisora de radio que a la vez suena en el aparato de radio de un bar), también para el caso específico de la *puesta a disposición* se establece la ausencia de agotamiento del derecho, lo que podría entenderse en el sentido de que la Directiva contempla como posible una *puesta a disposición* secundaria por parte de sujetos distintos de quien puso el contenido (esa concreta copia) a disposición en origen. Dicha puesta a disposición secundaria la llevaría a cabo alguien que no dispone de una copia, y que se limita a establecer un enlace al lugar en que la copia se puso a disposición inicialmente. Se trataría de una puesta a disposición supeditada a la original, como ocurre también con la canción que suena en el aparato de radio del bar, que deja de sonar si cesa el acto de comunicación original. Así, apunta SÁNCHEZ ARISTI que «cabe inferir que el principio de no agotamiento del derecho de puesta a disposición del público está principal si no exclusivamente concebido para abarcar la conducta de los prestadores de enlaces; porque no se ve mediante qué otro procedimiento podrían encadenarse dos actos de puesta a disposición del público sin solución de continuidad, es decir, sin mediar entre ellos un acto de reproducción que los interrumpa». La tesis me parece ciertamente sugerente. Sin embargo, no estoy seguro de que sea concluyente. En efecto, parece difícil aceptar que la Directiva estuviera pensando en una segunda puesta a disposición «sin solución de continuidad», esto es, a partir de la misma copia. Los antecedentes de la Directiva apuntan más bien a que lo que se quería evitar es que quien obtiene una copia a partir de un acto de puesta a disposición pueda considerarse libre para a su vez poner de nuevo esa copia a disposición del público en la red.

Fonogramas (WPPT)”, *pe.i. revista de propiedad intelectual*, enero-abril 2003, núm. 13, pp. 11-48, esp. p. 30; también R. SÁNCHEZ ARISTI, «Enlaces a contenidos...», *op. cit supra* en nota 139, p. 429 (nota 13): «también pone a disposición quien sirviéndose de un previo acto de puesta a disposición de un contenido, reubica éste en otro punto de la red o redirecciona hacia ese mismo contenido desde otro punto de la red». Otros autores, sin embargo, descartan dicha calificación. Así por ejemplo *Vid.* R. CASAS VALLES: «La comunicación pública en el entorno digital: el derecho de puesta a disposición», en AA.VV., *La Obra Audiovisual en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 59-120, esp. p. 92.

En particular, resulta oportuno remitirse a las discusiones que dieron origen a la noción de «puesta a disposición» en los Tratados OMPI. Este derecho exclusivo, pensado para cubrir las *transmisiones* digitales (efectivas o meramente potenciales), se ubicó finalmente en el marco del derecho de comunicación pública, en el artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996. Se consideró adecuado configurarlo como un sub supuesto del derecho de comunicación (aun dando libertad a los Estados firmantes para configurarlo de otro modo) entre otras cosas precisamente porque —a diferencia de lo que ocurre con el derecho de distribución— en el derecho de comunicación pública no hay agotamiento del derecho¹⁴⁴. De esta forma quedaba más claro que si el receptor de la comunicación obtiene una copia de la obra, no puede a su vez poner dicha copia a disposición del público sin la correspondiente autorización del derechohabiente. En cambio, si se hubiera optado por el derecho de distribución habría sido necesario aclarar que en relación con las obras *distribuidas* por medio de transmisión digital no se produciría el agotamiento del derecho. Esto se explica porque la copia que obtiene el destinatario de la transmisión digital no es *la misma* que antes poseía el transmitente. En efecto, este no se desprende de su copia para transferirla al receptor, sino que pone en marcha un proceso por el cual la otra parte obtiene una nueva copia, respecto de la cual no se ha producido todavía ningún acto inicial de distribución¹⁴⁵. Al situar la puesta a disposición interactiva fuera del ámbito del derecho de distribución, la Directiva no necesitaba en realidad advertir que no habría lugar al agotamiento de aquel derecho¹⁴⁶. Sin embargo, por la peculiar naturaleza de la puesta a disposición —que puede dar lugar a la obtención de una copia estable— pareció conveniente señalar expresamente la ausencia de agotamiento, para dejar claro que quien descarga la obra no puede a su vez poner a disposición del público la copia obtenida en la descarga¹⁴⁷. Si este es

¹⁴³ Vid. R. SÁNCHEZ ARISTI: «Enlazadores y seudoenlazadores en Internet: del rol de intermediarios hacia el de proveedores de contenidos que explotan obras y prestaciones intelectuales», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2012, pp. 91-135, esp. p. 131 (cursiva en el original).

¹⁴⁴ Para los titulares de derechos afines, el derecho exclusivo de puesta a disposición interactiva se estableció como un derecho específico en los artículos 10 y 14 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

¹⁴⁵ Vid. M. FICOR: *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2002, p. 209, n. 4.87.

¹⁴⁶ De hecho, el legislador español no consideró necesario incorporar dicha declaración. Opción correcta para CASAS VALLÈS, quien recuerda que «ningún derecho se agota si no se establece tal efecto», y que por tanto «basta el silencio» para excluir el agotamiento en los casos de comunicación pública, incluida la puesta a disposición. Vid. R. CASAS VALLÈS: «La comunicación pública...» *cit. supra* nota 142, esp. p. 103.

¹⁴⁷ Así parece haberlo entendido también la doctrina. Vid. en este sentido R. CASAS VALLÈS: «La comunicación pública...» *cit. supra* nota 142, esp. p. 83 (destacando que se consideró oportuno añadir en la Directiva la aclaración de que no hay agotamiento habida cuenta de que en las transmisiones digitales también hay, o puede haber, una reproducción estable en destino), y p. 103 (indicando, en relación con el principio de no agotamiento del derecho de puesta a disposición que «quien realice una copia a partir de un acto de puesta a disposición interactiva no podrá usarla para llevar a cabo actos de la misma naturaleza o, en general, de comunicación al público»). En el

el motivo al que obedece la declaración de agotamiento del art. 3.3 de la Directiva, no es claro que tal declaración pueda interpretarse como una confirmación de que quien proporciona un enlace lleva a cabo una nueva puesta a disposición de la obra.

En cualquier caso, y volviendo al debate jurisprudencial que nos ocupa, lo cierto es que prácticamente ninguna de las resoluciones examinadas acepta expresamente que la provisión de enlaces pueda calificarse de “puesta a disposición”¹⁴⁸. De hecho, parece difícil considerar que el enlace, sea simple o ensamblado, encaje en esta categoría, pues cabe entender que es preciso disponer previamente de un ejemplar de la obra para poner dicha copia (un archivo digital) a disposición del público¹⁴⁹. En efecto, el elemento del control sobre la copia puesta a disposición parece un elemento específico de esta modalidad de comunicación¹⁵⁰.

3. Comunicación pública bajo la cláusula general del art. 20.1 LPI

La amplísima cláusula general del art. 20.1 LPI, con arreglo a la cual «[s]e 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», puede más fácilmente ofrecer espacio para comprender la provisión de enlaces a obras o prestaciones protegidas¹⁵¹. Por lo menos —como he-

mismo sentido J. PLAZA PENADÉS: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información (Tratados OMPI, Directiva 2001/29/CE y Responsabilidad Civil en la Red)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 189. Cabe notar, incidentalmente, que en las alegaciones de la Comisión Europea en el asunto *UsedSoft*, se aprecia que la Comisión considera que la ausencia de agotamiento del derecho de puesta a disposición del art. 3.3 de la Directiva 2001/29 impediría una *distribución* posterior de la copia obtenida (Sentencia del TJUE de 3 de julio de 2012, *UsedSoft* C-128/11, apartado 50).

¹⁴⁸ De las resoluciones que aceptan que hay comunicación pública, en el ámbito penal solo la SAP del caso *fenixp2p* y la del caso *vagos.es* parecen aceptar que se trata en concreto de la modalidad de *puesta a disposición*, y en el ámbito civil, la SAP de *elrincondejesus* en cuanto a las descargas directas. En los otros casos solo se hace referencia de modo general a comunicación pública (a veces ni siquiera de modo explícito), o bien en concreto a la cláusula general del art. 20.1 LPI.

¹⁴⁹ Así, por ejemplo, P. RAMÍREZ SILVA: «Webs de enlaces..», *op. cit. supra* nota 139, p. 16.

¹⁵⁰ Cabe citar en este sentido a CASAS VALLÈS, quien al abordar la cuestión de la provisión de enlaces, de forma directa o a través de un motor de búsqueda, señala: «¿Puede considerarse un acto de puesta a disposición, diferente y añadido al que realiza quien ha colocado el material en la red? La respuesta, en mi opinión, debe ser negativa. Quien simplemente enlaza no hace otra cosa que dirigir al lugar en que se encuentran las obras y prestaciones, sin control alguno sobre las mismas». *Vid.* R. CASAS VALLÈS: «La comunicación pública... » *cit. supra* nota 142, esp. p. 92.

¹⁵¹ Así lo admite parte de la doctrina, entre otros J. MASSAGUER FUENTES: «La responsabilidad...», *op. cit. supra* en nota 142, p. 30; también P. RAMÍREZ SILVA: «Webs de enlaces..», *op. cit. supra* nota 139, pp. 17 y ss. Otros autores lo admiten sólo en relación con los enlaces ensamblados. Por ejemplo GARROTE (con anterioridad a la transposición de la Directiva), para quien el establecimiento de un enlace ensamblado puede considerarse un acto de comunicación pública. Señala este autor que «[e]n el caso de un enlace ensamblado, sin duda la obra se hace accesible al público por medio de su inclusión en una página web distinta de la de origen. Puede argumentarse que el que comuni-

mos visto—, las resoluciones judiciales que entienden que el enlace constituye comunicación pública parecen hallar amparo en esta cláusula general, más que en la modalidad específica de puesta a disposición¹⁵².

Ahora bien, a pesar de la amplitud del tenor literal del art. 20.1 LPI, la posibilidad de subsumir la provisión de enlaces en la noción de comunicación pública se halla lejos de ser una cuestión pacífica. Así, hemos visto como la mayoría de las resoluciones judiciales examinadas rechazan esta calificación, y también la jurisprudencia de otros Estados miembros ha dado lugar a resultados dispares. En este sentido resulta extremadamente relevante la reciente cuestión prejudicial remitida al TJUE por un tribunal de apelación de Suecia (asunto C-466/12, *Svensson et al.*). El tribunal sueco pregunta si los enlaces a obras protegidas constituyen actos de comunicación pública de acuerdo con la Directiva 2001/29¹⁵³. Pregunta también si para responder a esta cuestión resulta o no relevante que la obra enlazada se halle libremente accesible en internet o que el acceso a la misma está restringido de algún modo. Traslada igualmente al TJUE la cuestión de si merecen tratamiento distinto los enlaces simples y los ensamblados¹⁵⁴. Plantea por último si los Estados miembros es-

ca al público es el primero que pone la obra en Internet. Sin embargo, también el que se apropia de una obra ajena utilizando un enlace ensamblado está a su vez comunicando de nuevo la obra —el caso sería similar al de una emisión de una entidad de radiodifusión que fuera retransmitida sin autorización—. Vid. I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ: *El derecho de autor... op. cit. supra* en nota 139, p. 374. También, como hemos visto, la SAP del asunto *divxonline* considera que solo hay comunicación en el caso de enlaces ensamblados (en *streaming*). Por su parte, IGLESIAS POSSE rechaza que exista comunicación pública cuando los enlaces se dirijan a contenidos ya divulgados y puestos a disposición libremente por el titular en internet, argumentando que «el público que accederá a la obra gracias al hipervínculo será potencialmente el mismo que accede a ella a través de la web del autor —la audiencia general de todos los usuarios de internet—», lo que sería aplicable tanto a los enlaces HTTP o FTP, como a los enlaces P2P, excepción hecha de los enlaces *torrent*. Argumenta este autor que en los enlaces *torrent* (o en los *magnet* que cifren *torrents*) sí puede entenderse que hay comunicación pública porque sin la información que proporciona el *torrent* no es posible acceder al contenido. Vid. R. IGLESIAS POSSE: «Provisión de enlaces...», *op. cit. supra* nota 3, pp. 151-156 y 169-170. La distinción es ciertamente oportuna. Ahora bien, no creo que el mero hecho de que el contenido al que se facilita el acceso ya esté accesible por otras vías sea argumento suficiente para afirmar que el segundo acto que permite tal acceso queda necesariamente fuera de la noción de comunicación pública, en especial a la vista de la jurisprudencia del TJUE en materia de comunicación pública, y habida cuenta de la posibilidad de distinguir segmentos diversos de público. En cuanto a los enlaces *torrent*, si se entiende que son *per se* comunicación, la discusión se traslada entonces a la actividad de quienes proporcionan enlaces HTTP a archivos *torrent*, sin alojar tales archivos (lo que incluye tanto a buscadores como Google o, por supuesto, FooFind, como también a las páginas que ofrecen directorios de enlaces a archivos *torrent*).

¹⁵² En efecto, estas resoluciones suelen referirse de modo genérico al derecho de comunicación pública, lo que parece reconducible por tanto al 20.1 LPI. Quizás los casos más claros de resoluciones que se apoyan específicamente en la cláusula general del art. 20.1 LPI son *dotorrente* y *youkioske*.

¹⁵³ «Si una persona distinta del titular del derecho de propiedad intelectual de una determinada obra ofrece en su página de Internet un enlace —sobre el que se puede hacer clic— a esa obra, ¿realiza una comunicación al público de esa obra en el sentido 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?».

tán facultados para otorgar al autor una protección más amplia de su derecho exclusivo permitiendo que la comunicación al público comprenda más actos que los derivados del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE.

Por lo demás, a las dudas sobre la interpretación que deba darse al concepto de comunicación pública se añaden dificultades de otra naturaleza. En particular, si se concluye que todo enlace debe considerarse *per se* comunicación pública del contenido enlazado se hace inmediatamente necesario establecer criterios que dejen a salvo los enlaces que no responden al modelo de evidente aprovechamiento in consentido propio de las webs que examinamos¹⁵⁵. Otra cosa supondría un elevado grado de inseguridad jurídica difícilmente deseable desde el punto de vista del funcionamiento de la sociedad de la información¹⁵⁶.

4. *Derecho de explotación atípico al amparo del numerus apertus del artículo 17 LPI*

En los apartados anteriores hemos visto algunas dificultades que pueden presentarse para encajar la actividad de provisión de enlaces en alguno de los

¹⁵⁴ La tercera pregunta interroga al tribunal en estos términos: «A la hora de apreciar la primera cuestión, ¿debe realizarse una distinción según que la obra, una vez que el usuario haya hecho clic en el enlace, se presente en otra página de Internet o se presente de modo que parezca que se encuentra en la misma página?».

¹⁵⁵ Vid. R. XALABARDER PLANTADA: «Google News and Copyright», en: A. López-Tarruella: *Google and the Law. Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models*, T.M.C. Asser Press, The Hague, pp. 113-167, esp. pp. 131-32, (señalando que si bien el enlace podría entenderse como un nuevo acto de comunicación pública en la medida en que facilita a un “nuevo público” el acceso a la obra, tal conclusión tendría consecuencias devastadoras para el funcionamiento de Internet, o bien exigiría encontrar soluciones legales, ya sea en forma de límites ya sea en forma de “puertos seguros” más amplios). Por su parte, RAMÍREZ SILVA entiende que el artículo 17 LSSICE sería suficiente protección, al excluir la responsabilidad de quienes si bien (conforme a esta lectura amplia del art. 20.1 LPI) realizan una comunicación pública no autorizada de obras y prestaciones protegidas, actúan sin conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido enlazado. Vid. P. RAMÍREZ SILVA: «Webs de enlaces...», *op. cit. supra* nota 139 pp. 20 y ss. A este respecto, debe tenerse en cuenta sin embargo que el art. 17 LSSICE solo es aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información (salvo que se acepte su aplicación por analogía a otro tipo de actores). Para IGLESIAS POSSE, la LSSICE no sería suficiente para exonerar de responsabilidad cuando el enlace implique «la incorporación de la obra al sitio enlazador de modo contrario a Derecho». Vid. R. IGLESIAS POSSE: «Provisión de enlaces ...», *op. cit. supra* nota 3, p. 153.

¹⁵⁶ Esta inseguridad sería ciertamente menor si la calificación como comunicación pública se refiere sólo a los enlaces ensamblados. Especialmente en relación con este tipo de enlaces tiene un peso notable la atención al elemento tecnológico. Parece probable que poco a poco, especialmente en el caso de los enlaces ensamblados, se vaya consolidando una interpretación judicial que atienda más al resultado final obtenido que al hecho material por donde circulan los *bits*, o donde se halla alojado el contenido. No ha sido así en otras jurisdicciones, en las que se ha empleado el llamado «test del servidor», para concluir que si el objeto que se ensambla (por ejemplo una fotografía) está alojado en otro servidor, quien establece el enlace ensamblado no incurre en infracción directa y sólo puede resultar responsable por contribución a la infracción. Así en los Estados Unidos, *vid. Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146, 1160 (9th Cir. 2007).

supuestos de derechos explotación típicos¹⁵⁷. De modo más general, y habida cuenta del carácter no exhaustivo de la lista de actos de explotación previstos en la LPI¹⁵⁸, cabe plantear si la actividad de provisión de enlaces no podría calificarse en último término como un acto de explotación atípico, al amparo del art. 17 LPI. Se trata de una cuestión ya apuntada en la doctrina, aunque no aparece como aspecto específicamente debatido en la jurisprudencia que examinamos, y que en todo caso sólo sería relevante en el ámbito civil, puesto que el ilícito penal se refiere a categorías típicas de explotación.

Sobre esta cuestión conviene apuntar, por una parte, que se trata de una peculiaridad de la legislación española, que contrasta con el sistema tasado de derechos de explotación que se observa en la Directiva. Por otra parte, no resulta evidente qué tipo de actos, fuera de los tipificados en la LPI, pueden constituir actos de explotación. Parece obvio que en los supuestos habituales de webs de enlaces existe “explotación” en sentido económico, concretamente un modelo de negocio basado en facilitar el acceso a obras y prestaciones protegidas (puestas a disposición supuestamente por terceros, normalmente sin autorización) para lograr un beneficio a través de la publicidad; actividad que, de algún modo, los titulares de derechos deberían poder controlar, en coherencia con lo preceptuado tan abiertamente por el artículo 17 LPI¹⁵⁹. Ahora bien, para apreciar que la actividad de las webs de enlaces constituye una “explotación” reservada al titular del derecho, parece necesario atender no solo al mero establecimiento de los enlaces, sino también al contexto y propósito general de la web. Y sin embargo, esto resulta en cierto modo ajeno a nuestro sistema, que si bien contempla un *numerus apertus* de actos de explotación, cuando define tipos concretos de «explotación» los describe de modo neutro, como meras actividades materiales, sin exigir que se integren en un proceso de explotación en sentido económico, por más que en algunas excepciones —tasadas— se tenga en cuenta la ausencia de finalidad lucrativa o significación económica.

¹⁵⁷ A los supuestos ya analizados habría que añadir la posibilidad de configurar la conducta como un caso de «puesta en circulación» de copias de programas informáticos al amparo del art. 102.a) LPI, calificación que parece ciertamente discutible pero que ha sido estimada en el caso *TomTom*, como hemos visto más arriba.

¹⁵⁸ El carácter no exhaustivo de la relación de actos de explotación en nuestra LPI se sigue del tenor de su art. 17 y resulta pacífico en la doctrina. Así, por ejemplo, F. RIVERO HERNÁNDEZ: «Comentario al art. 17», en AA. VV., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 269-283, esp. p. 274; J.M. RODRÍGUEZ TAPIA: «Comentario al art. 17», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. J.M. Rodríguez Tapia), Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 147-154.

¹⁵⁹ En el mismo sentido, P. RAMÍREZ SILVA: «Webs de enlaces..», *op. cit. supra* nota 139, p. 19. Este autor ha criticado por otra parte que el teórico *numerus apertus* de formas de explotación se demuestra inaplicable en la práctica, quedando reducido a un mero elemento decorativo. *Ibid.* p. 7.

5. ¿Posibilidad de ejercitar acciones indemnizatorias de la LPI contra actos de mero favorecimiento de la infracción?

Como hemos visto, la mayoría de las resoluciones judiciales concluyen que las webs de enlaces no llevan a cabo actos de infracción (señaladamente, que no realizan actos de comunicación pública de las obras y prestaciones enlazadas), argumentando que si bien su conducta *favorece* o *facilita* la comunicación, no puede equipararse a esta última. En el plano penal, como va dicho, esta conclusión excluye necesariamente la tipicidad. Ahora bien, ¿qué ocurre en el plano civil? Si se entiende que no hay comunicación, ni tampoco un acto innominado de usurpación de derechos al amparo del sistema de *numerus apertus* del artículo 17 LPI, el problema consiste en determinar si las acciones indemnizatorias de la LPI pueden ejercitarse *contra personas que facilitan la infracción pero no llevan a cabo directamente un acto usurpatorio*, esto es, contra infractores *indirectos*. En efecto, mientras que la LPI contempla las infracciones indirectas en supuestos específicos (arts. 160, 162 y 102.c LPI), no contiene una regla general que califique como infracción los actos indirectos o secundarios. La cuestión no es pacífica en la doctrina, si bien la opinión general parece contraria a la posibilidad de acciones indemnizatorias contra tales actos¹⁶⁰. Por otra parte, los pocos casos civiles sobre páginas de enlaces rechazan esta posibilidad. Así, en el caso *elrincondejesus*, la Audiencia de Barcelona señaló, refiriéndose a los enlaces P2P, que tales actos «indirectos o secundarios no se aprecian incluidos en el texto legal como constitutivos per se de una infracción de los correspondientes derechos de propiedad intelectual, y no pueden fundar por ello una acción resarcitoria»¹⁶¹.

¹⁶⁰ Vid., entre otros, A. CARRASCO PERERA: «Comentario al art. 133 TRLPI», en AA. VV., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (coord.. R. Bercovitz Rodríguez-Cano)*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1757 y ss; y del mismo autor, «Comentario al art. 138» en la tercera edición de la obra (2007), pp. 1665-71, esp. pp. 1669-70; J. MASSAGUER FUENTES: «La responsabilidad...», *op. cit.* supra en nota 142, pp. 25-26; J.J. GONZÁLEZ DE ALAIZA: «La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P)», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, núm. 18, septiembre-diciembre 2004, pp. 25 a 68, esp. pp. 39 y ss. Otras posiciones doctrinales consideran que la referencia al «infractor» en el artículo 138 LPI es lo suficientemente amplia como para incluir a quienes contribuyen a la realización del acto de usurpación por el tercero. Vid. I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ: *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Granada: Comares, 2ª ed., 2010, pp. 252 y ss; R. SÁNCHEZ ARISTI: *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer-to-peer*, Madrid: Instituto de Derecho de Autor, 2007, pp. 159-163 y 180 y ss; y el mismo autor en «Enlaces a contenidos...» *op. cit.* supra en nota 139, p. 430.

¹⁶¹ Vid. SAPB Secc. 15ª, de 24.02.2011, *cit. supra* en nota, FJ. 5. En cuanto a las acciones de cesación (o medidas cautelares de cesación) contra «intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción», de los arts. 138.III; 139.1.h) y 141.6 LPI, esta misma sentencia consideró que solo caben contra la página de enlaces si se persigue de modo principal a un infractor directo. Excede del propósito del presente trabajo el análisis de los problemas específicos que plantean estas acciones.

3. LA APLICACIÓN DEL ART. 17 LSSICE

Tanto las acciones penales como las acciones civiles de carácter indemnizatorio (no así las acciones de cesación) que pretendan dirigirse contra los administradores de las páginas de enlaces deben todavía superar la barrera de protección que el artículo 17 LSSICE establece a favor de los proveedores de enlaces, como regla de exclusión de responsabilidad. No es de extrañar, pues, que la discusión sobre la aplicación e interpretación de esta norma aparezca con frecuencia en el conjunto de resoluciones civiles y penales examinadas, que a menudo han considerado que el administrador de la página no había obtenido el “conocimiento efectivo” previsto en dicha norma y que por tanto queda libre de responsabilidad. Su trascendencia, sin embargo, ha sido muy limitada, precisamente porque la conducta se ha considerado de entrada como penalmente atípica (o no infractora en el orden civil).

Sin pretender realizar aquí un análisis del precepto y de sus efectos, sí me parece oportuno apuntar muy brevemente dos aspectos del debate. Por una parte está la cuestión de la interpretación que deba darse a la noción de “conocimiento efectivo”. Como es sabido, el Tribunal Supremo ha interpretado este concepto en términos amplios, sin limitar las vías por las que puede adquirirse tal conocimiento¹⁶². Conviene advertir, sin embargo, que la doctrina del TS se refiere a la actividad de alojamiento, y que si bien el idéntico tenor literal de los arts. 16.1.II y 17.1.II LSSICE es un argumento para trasladar tal doctrina al ámbito de los enlaces¹⁶³, una aplicación mecánica puede ser discutible en la medida en que lo esencial del argumento del TS es la incompatibilidad del art. 16.1.II LSSICE con la Directiva de Comercio Electrónico, argumento que no cabe esgrimir en el caso de los enlaces al no existir en la Directiva una previsión equivalente a la del art. 17 LSSICE¹⁶⁴. Con igual cautela debe considerarse la jurisprudencia del TJUE que ha tenido la ocasión de examinar las reglas de exclusión de responsabilidad de la Directiva¹⁶⁵.

¹⁶² Sobre la justificación de la interpretación amplia del conocimiento efectivo, en línea con el criterio que más tarde vino a establecer el TS (STS Sala 1ª, de 9.12.2009), me remito a M. PEGUERA POCH: *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada, 2007, pp. 295 ss.

¹⁶³ Cfr. *id.*, p. 310.

¹⁶⁴ A favor de trasladar la doctrina al ámbito de los enlaces, *vid.* R. SÁNCHEZ ARISTI: «Enlazadores...» *op. cit. supra* en nota, *passim*. En cualquier caso, como apunta P. DE MIGUEL ASENSIO (*Derecho Privado de Internet*, 4ª ed., 2011, Madrid: Civitas, p. 751), si el criterio del TS efectivamente se traslada a la actividad de provisión de enlaces, la apreciación del conocimiento efectivo puede verse facilitada, «especialmente en situaciones en las que resulte notorio que típicamente los enlaces que se proporcionan conducen a contenidos cuya puesta a disposición a través de redes P2P constituye un acto de infracción». *Vid.* también, sobre la cuestión del conocimiento efectivo, J.I. VIDAL PORTÁBALES: «Algunos aspectos problemáticos de las redes P2P. especial referencia al caso francés (HADOPI)», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, núm. 29, 2008-2009, pp. 599-636.

¹⁶⁵ Sobre esta jurisprudencia puede verse F. CARBAJO CASCÓN: «El caso Google AdWords: sobre la infracción de marcas y la responsabilidad de intermediarios de la sociedad de la información en la comercialización de palabras clave y puesta a disposición de enlaces patrocinados: Comentario a

Por otra parte, en algunas de las resoluciones judiciales analizadas parece sobrentenderse que, a pesar de que la conducta no constituye infracción de la LPI, si hubiera concurrido el conocimiento efectivo, el administrador habría incurrido en responsabilidad *en virtud* del propio art. 17 LSSICE¹⁶⁶. Creo que el razonamiento no se sostiene: si se entiende que, de acuerdo con la LPI, establecer enlaces no constituye comunicación pública, el hecho de que quien establece el enlace conozca la ilicitud del contenido enlazado no puede convertir aquel acto en un acto de comunicación pública conforme a la LPI¹⁶⁷. La discusión que aquí subyace es la de si los artículos de la LSSICE que establecen exclusiones de responsabilidad (arts. 14 a 17) son a la vez preceptos que *imponen* responsabilidad a quien no cumpla con los requisitos fijados para beneficiarse de la exclusión. Entiendo que tanto del tenor de los preceptos, como de sus antecedentes en la Directiva de Comercio Electrónico, resulta claro que no cabe tal lectura “a contrario”¹⁶⁸.

V. CONSIDERACIONES FINALES: ¿HACIA UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD SECUNDARIA?

El conjunto de casos examinados deja un resultado que difícilmente puede calificarse de satisfactorio. Por una parte, se aprecian criterios radicalmente opuestos en distintas Audiencias Provinciales respecto de puntos esenciales para la

la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010 (As. acumulados c-236/2008 a c-238/2008)». *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 7, 2010, pp. 321-338; y del mismo autor: «Problemas de distribución, marcas y responsabilidad indirecta de intermediarios en plataformas de agregación de comercio electrónico: Comentario a la STJUE de 12 de julio de 2011 (Caso L’Oreal C. Ebay) y jurisprudencia relacionada», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 10, 2012, pp. 161-184.

¹⁶⁶ Así, por ejemplo, en *sharemula* (AAP Madrid 11.09.2008, cit. supra, nota).

¹⁶⁷ En el ámbito penal, pues, no concurriría el elemento objetivo del tipo. Por otra parte, como acertadamente señala GÓMEZ TOMILLO (refiriéndose en este caso al art. 16 LSSICE), «lo que no es posible es que la LSSI determine lo que es el conocimiento en el dolo característico del Derecho penal». Vid. M. GÓMEZ TOMILLO: «Megapload...», *op. cit. supra* en nota, p. 45.

¹⁶⁸ Para una justificación detallada debo remitir a M. PEGUERA: *La exclusión...* *op. cit. supra* en nota, pp. 321 a 345. Creo acertada, pues, la afirmación de la SAP de Barcelona en *índice-web* a este respecto, al indicar que el art. 17 LSSICE «en realidad, no regula la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, sino su exención de responsabilidad por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, cuando se cumplan los requisitos que asimismo establece el precepto» (SAP Barcelona, Secc. 15^a, 7.07.2011). En sentido contrario, vid. S. CAVANILLAS MÚGICA: «Responsabilidad civil», en AA. VV., *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento. Un análisis multidisciplinar* (coord. S. Cavanillas Múgica), Comares, Granada, 2005, pp. 49-62; también R. SÁNCHEZ ARISTI: «Enlazadores...» *op. cit. supra* en nota, p. 105, nota 20. Como acertadamente apunta CARBAJO —analizando la cuestión en relación con la infracción de derechos de marca— la responsabilidad en que podría incurrir quien no queda cubierto por la regla de exclusión sería una responsabilidad por hecho propio, cuya fuente debería hallarse en alguna norma de atribución de responsabilidad, como podría ser el art. 1902 del CC o la cláusula general de competencia desleal de la LCD. Vid. F. CARBAJO CASCÓN: «El caso Google AdWords...» *op. cit. supra* en nota 165, p. 337; y también en «Problemas de distribución...», *op. cit. supra* en nota 165, p. 180.

calificación jurídica de la actividad. Por otra parte, se plantean serias dudas sobre la adecuación del marco legal vigente para dar respuesta adecuada a una práctica que, en términos generales, constituye un modelo de negocio basado en la explotación incontestada de obras y prestaciones protegidas, por más que se lleve a cabo a través de actos no claramente tipificados en la LPI.

La escasa eficacia lograda en las acciones judiciales condujo a la industria a promover la creación de un procedimiento administrativo, finalmente establecido en la Disposición Final 43ª de la Ley de Economía Sostenible, pensado como fórmula alternativa al ejercicio de acciones judiciales. Dicho sistema, sin embargo, arrastra deficiencias importantes, de las cuales no es la menor el hecho de que el elemento desencadenante de la protección administrativa deba consistir en una *vulneración* de la propiedad intelectual, y sin embargo, la ley haya dejado intactas las disposiciones de la LPI que han permitido a numerosos jueces y tribunales concluir que los enlaces no constituyen infracción directa de dicha norma¹⁶⁹. Tampoco parece satisfactoria la huida hacia el derecho administrativo sancionador en los términos en que se ha planteado en algún borrador de reforma de la LPI divulgado recientemente.

En el orden civil y fuera de la LPI, existen otras dos fuentes principales en las que quizás cabría basar una acción judicial contra la web de enlaces, y que sin embargo no parece que se hayan explorado en los procedimientos entablados hasta el momento. Por una parte la responsabilidad aquiliana del art. 1902 CC, en la medida en que permite actuar contra quien contribuye a la causación de un daño, y no precisa que la actividad del mismo constituya un acto usurpatorio de los derechos dañados. La dificultad en este caso podría estribar en la acreditación y cuantificación del daño sufrido así como en la apreciación del nexo causal¹⁷⁰. La otra posible vía es la cláusula general de competencia desle-

¹⁶⁹ En la doctrina, F. CARBAJO ha sostenido que si bien las webs de enlaces no llevan a cabo, en principio, actos directos de infracción tipificados en la LPI, la *Ley Sinde* se ha concebido para combatir también a estos prestadores, y así, «el legislador ha pensado en su aplicación también a los servicios que formalmente no vulneren derechos exclusivos, sino que ponen los medios para que esa vulneración se produzca, tipificando así una suerte de infracción indirecta a los únicos fines de la retirada de contenidos o de interrupción del servicio en el seno del procedimiento administrativo gestionado por la Sección 2ª CPI». *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN: «Aspectos sustantivos del procedimiento administrativo para la salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en Internet», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 15, UOC, 2012, disponible en <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/issue/view/n15>. En sus primeras resoluciones, la Comisión de Propiedad Intelectual parece inclinarse por considerar que la vulneración se lleva a cabo por quien aloja el contenido, y que las páginas de enlaces actúan como intermediarios a quienes cabe ordenar subsidiariamente la cesación, orillando así el problema de calificar la provisión de enlaces como acto de vulneración de la propiedad intelectual.

¹⁷⁰ Sobre el recurso al art. 1902 CC *vid.* F. CARBAJO CASCÓN: «Sobre la responsabilidad indirecta de los agregadores de información por contribución a la infracción de derechos de propiedad industrial e intelectual en Internet», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, vol. 32, 2012, pp. 51-78, esp. 76-77. Considera CARBAJO que para la cuantificación del daño será posible aplicar cualquiera de los criterios previstos en el art. 140 LPI (*id.* p. 77, nota 54).

al (art. 4 LCD)¹⁷¹. Es incierto, de todos modos, cuál podría ser el resultado del ejercicio de estas acciones.

Probablemente, la base del problema y su solución deben buscarse en la propia LPI (y en la eventual reforma de la misma), tanto desde el punto de vista de la tipificación de los actos de explotación, como del alcance de las acciones indemnizatorias en relación con formas indirectas de infracción. En este sentido quizás convendría valorar la posibilidad de introducir en la LPI un mecanismo de responsabilidad secundaria o indirecta que permita dirigir acciones de indemnización —y no sólo de cesación— contra quienes contribuyen de modo consciente a la infracción de los derechos, esto es, establecer una suerte de responsabilidad culpabilística por contribución a la infracción al modo en que se contempla en otras jurisdicciones. Sin ignorar los riesgos y dificultades que podría entrañar un sistema de esta naturaleza¹⁷², cabe pensar que sería más lógico fundar la protección en la propia legislación de propiedad intelectual que remitir a las normas generales del derecho de daños o de competencia desleal. Asimismo, una actividad como la que examinamos podría encajar mejor en el marco de un sistema de responsabilidad que permita atender adecuadamente a los elementos subjetivos, que en una subsunción indiscriminada en actos de explotación tipificados objetivamente¹⁷³.

¹⁷¹ CARBAJO considera ambas vías (art. 1902 CC y art. 4 LCD) como fórmulas para exigir responsabilidad por la contribución a la infracción. *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN: «Sobre la responsabilidad indirecta...», *op. cit. supra* en nota 170, pp. 60 ss.

¹⁷² Entre otros puntos conviene apuntar las dificultades de determinación de la cuantía de la indemnización, así como el riesgo de una desmesurada extensión de la responsabilidad.

¹⁷³ Obviamente, una reforma en este sentido debería tener muy en cuenta el efecto que sobre la protección de los derechos de propiedad intelectual corresponde a la exclusión de responsabilidad de los proveedores de enlaces e instrumentos de búsqueda. Cabe notar, en cualquier caso, que un sistema de responsabilidad secundaria puede coexistir perfectamente con un régimen de puertos seguros de exclusión de responsabilidad, como puede verse en sistemas jurídicos como el estadounidense.