EDJ 2015/90691

AP Cáceres, sec. 2^a, S 1-6-2015, nº 249/2015, rec. 535/2015

Pte: Pérez Aparicio, Valentín

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	4

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita art.576 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.241, art.267.1, art.267.2, art.267.3, art.267.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.6, art.18.2, art.53.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.140 de Ley 49/1960 de 21 julio 1960. Ley de Propiedad Horizontal

Cita RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

CACERES

SENTENCIA: 00249/2015

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

AVDA. DE LA HISPANIDAD S/N

Teléfono: 927620339

213100

N.I.G.: 10148 41 2 2009 0403739

APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000535 /2015

Delito/falta: CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Denunciante/querellante: FISCALIA PROVINCIAL DE CACERES, Plácido, Silvio

Procurador/a: D/Da, MARIA VICTORIA HORNERO RODRIGUEZ, MARIA VICTORIA HORNERO RODRIGUEZ

Abogado/a: D/Da, CONSUELO HORNERO RODRIGUEZ, CONSUELO HORNERO RODRIGUEZ

Contra: MICROSOFT CORPORATION

Procurador/a: D/Da ANA MARIA AGUILAR MARIN

Abogado/a: D/Da ALBERTO BOSCH DOFFERT

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION SEGUNDA C A C E R E S

SENTENCIA NÚM. 249 - 2015

ILTMOS SRES.:

PRESIDENTE:

DOÑA Mª FÉLIX TENA ARAGÓN

MAGISTRADOS

DON VALENTÍN PÉREZ APARICIO

DON JESÚS MARÍA GÓMEZ FLORES

DOÑA MARÍA ROSARIO ESTÉFANI LÓPEZ

ROLLO Nº: 535/15

JUICIO ORAL: 318/13

JUZGADO: Penal núm. 1 de Plasencia

En Cáceres, a uno de junio de dos mil quince.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Que por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Plasencia, en el procedimiento reseñado al margen seguido por un delito Contra la Propiedad Intelectual, contra Plácido y Silvio se dictó Sentencia de fecha diez de febrero de dos mil quince, cuyos hechos probados y fallo son del tenor literal siguiente: HECHOS PROBADOS: Se declara probado que los dos acusados, Plácido, mayor de edad y sin antecedentes penales, en conjunto y previo acuerdo con el otro acusado Silvio, mayor de edad y sin antecedentes penales, se dedicaban de forma habitual al montaje y posterior venta de material informático, a través del establecimiento "Sol Informática" sito en la calle Melo número 2 de la localidad de Plasencia (Cáceres), cuya administración única ostentaba Plácido, y que como tal contrató para el desarrollo de su labor en calidad de técnico a Silvio.

En el seno de esta actividad, con el ánimo de obtener y repartirse un ilícito beneficio económico, ofrecían para su venta al público ordenadores cuyo montaje se había previamente efectuado en la misma, con la posibilidad ofertada de forma general en el citado establecimiento, de que a su vez llevase instalado determinados programas, sistemas operativos y demás paquetes de ofimática, a sabiendas de que carecían de las preceptivas licencias habilitadoras para la explotación y oferta al público de los programas protegidos por los derechos patentados e inherentes a la propiedad industrial, logrando la instalación y el correcto funcionamiento de los mismos mediante la obtención y la generación de forma fraudulenta de las claves de acceso al uso de aquéllos, en virtud de programas específicamente diseñados para ello, como el denominado "Keygen", evitando de esta forma la protección que mediante el encriptado alfanumérico se hallaba dispuesta por el propietario legítimo de los programas instalados en los ordenadores finalmente montados y ofertados al público.

Entre estos programas, se hallaba el sistema operativo denominado "Windows", así como el paquete de ofimática bajo la denominación "Microsoft Oficce", cuya instalación era ofertada previamente en el citado establecimiento.

Así ocurrió, cuando con la finalidad de comprobar la actividad delictiva, el día 02.12.09, el detective de investigación privada con número de identificación profesional NUM000, se personó como cliente en el citado establecimiento, interesándose por la adquisición de un ordenador de sobremesa, momento en que fue atendido y asesorado por el acusado siguientes "XP Profesional", "Word 2003", "Nero" (para la grabac otro pa a lectura de documentos "PDF", y 'Winrar" para la descompresión de aro vos con precio total de 291 euros s IVA, y de 336 euros con IVA. En el establecimiento "Sol Informática" se aprehendieron veinte soportes ópticos con programas informáticos fraudulentos propiedad de Microsoft Oomoratíon causándole un perjuicio de 5 euros, por los que reclama.".

FALLO: "Que debo condenar y condeno a Plácido y Silvio como autores criminalmente responsables de un delito contra la Propiedad Intelectual, antes definido, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena, para cada uno de ellos, de seis meses de prisión, con la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para el ejercicio del comercio y profesión para las actividades relacionadas con la informática por tiempo de 6 meses, y multa de 12 meses con una cuota de 6 Eur. día o la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53 del C.P.

En concepto de responsabilidad civil los dos acusados indemnizaran conjunta y solidariamente a la mercantil MICROSOFT CORPORATION, en la cantidad de 5.619,71 euros, como perjuicio económico ocasionado. Subsidiariamente responde la mercantil Challenger Informática de acuerdo con lo señalado en el artículo 31.1 de! C. Penal, con intereses legales el artículo 576 de la L. E. C.

Se impone a los acusados el pago de la totalidad de las costas causadas.

Procédase a la destrucción de los soportes ópticos incautados, en su caso, y dt: software y aplicaciones fraudulentas instaladas en el ordenador, dando a éste el destino legal."

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la representación de Plácido y Silvio que fue admitido en ambos efectos, y transcurrido el periodo de instrucción y alegaciones de conformidad con lo establecido en la L.E.Cr., se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial.

Tercero.- Recibidas que fueron las actuaciones se formó el correspondiente rollo, con el oficio misivo por cabeza, registrándose con el número que consta en cabecera, se acusó recibo y se turnaron de ponencia; y de conformidad con lo establecido en el art. 792.1 d ela LECriminal pasaron las actuaciones al Tribunal para examen de las mismas y dictar la oportuna resolución, señalándose Votación y fallo el dieciocho de mayo de dos mil quince.

Cuarto.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Vistos y siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado DON VALENTÍN PÉREZ APARICIO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Los acusados resultaron condenados en primera instancia como autores de un delito contra la propiedad intelectual al declararse acreditado que, como administrador uno y técnico informático el otro, a través del establecimiento "Sol Informática" ofrecían la venta de equipos informáticos en los que, a deseo del cliente, instalaban sistemas operativos, suites ofimáticas y, en general, aplicaciones informáticas cuyos derechos ostenta Microsoft Corporation careciendo de las preceptivas licencias de dicha empresa a la que, correlativamente, nada abonaban por la instalación de aquel software. Solicitan su absolución alegando vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, argumentando que la ocupación en la sede de la empresa de los diversos CDs y facturas sobre los que se asentó parte de la investigación se hizo sin previa autorización judicial pese a tratarse del domicilio de una persona jurídica, Challenger Informática S.L., a quien pertenece el establecimiento Sol Informática; vulneración que ha de llevar aparejada la ineficacia probatoria de los CDs y de las facturas intervenidos. Alega igualmente vulneración de su derecho a la presunción de inocencia por ineficacia de la otra prueba sobre la que se sustenta la condena, la declaración del detective privado que adquirió el equipo en el que se había instalado el software sin autorización, por tratarse de un delito provocado, así como de la grabación de video que realizó dicho detective, suscitando dudas sobre su posible manipulación. Alega por último y de forma subsidiaria, infracción del artículo 272.1 del Código Penal en cuanto a la valoración de los perjuicios, que considera no ajustada a lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley de Propiedad Horizontal, al considerar que no se han acreditado los que reclamaba la parte denunciante y que acoge la juzgadora de instancia, pues en el peor de los casos no habría otros perjuicios que los derivados de la instalación del software en el equipo vendido al detective, por lo que sería de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del artículo 270.1 que, por su cuantía, 336,40 euros, nos remitiría a la falta del artículo 623.5 del Código Penal.

Segundo.- La problemática que se plantea en relación con el registro realizado en las dependencias de SOL Informática deriva del hecho de que se realizó sin previa autorización judicial al entender los agentes que se trataba de un establecimiento abierto al público cuando, según la defensa, se trataba del domicilio de la sociedad Challenger Informática, S.L., en los términos del artículo 554.4° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme al cual se reputa domicilio "Tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros".

Bastaría para descartar la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio con la cita de lo dispuesto en el artículo 551 de la Ley Procesal cuando establece que "Se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y el registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el artículo 6 de la Constitución del Estado" (hoy artículo 18.2 de la vigente Constitución) toda vez que el representante legal de la mercantil, el acusado Sr. Plácido, estuvo presente a lo largo del registro policial sin que en ningún momento se opusiera a dicho registro. Pero, a mayor abundamiento, lo cierto es que no se registró ningún lugar en el que se custodiaran documentos que estén reservados al conocimiento de terceros, sino una oficina en la que se examinó la facturación, documentación que no está, desde luego, reservada al conocimiento de terceros, y un taller, en el que no se custodiaban documentos u otros soportes de la vida diaria de la empresa, pues como tales no pueden ser calificados los CDs intervenidos en los que se habían grabado diverso software de Microsoft, por lo que, aun cuando el local fuera la sede de la persona jurídica Challenger Informática, S.L., el registro no afectó a lugares que pudieran tener la consideración de domicilio de la misma.

Consecuencia de lo anterior es el rechazo de la pretensión relativa a la nulidad, como medio de prueba, de los efectos intervenidos en aquel registro.

Tercero.- Tampoco comparte la Sala la alegación de la defensa acerca de que con la actuación del detective privado que, a instancias de Microsoft, encargó el equipo en el que se instaló el software "pirata" podamos encontrarnos ante un delito provocado, y sí compartimos sin embargo los argumentos que en la sentencia de instancia se plasman sobre esta cuestión, rechazándola en base al contenido de la grabación que el propio detective privado realizó de la compra de aquel equipo en la que se puede comprobar cómo, lejos de ser el detective quien, como mantenía el técnico acusado, insistía en solicitar la instalación del software, lo que sí podría haber constituido un delito provocado, fue este último quien ofreció al detective la posibilidad de instalar el software "pirata" con expresiones como "esos son los (programas) que solemos instalar", o respondiendo a la pregunta del comprador acerca de qué llevaba el ordenador que "windows XP" y, en lugar de haberle ofrecido la instalación de software libre (tanto sistema operativo como suites ofimáticas u otras aplicaciones), lo que le ofreció fue instalarle sin cargo (más bien incluido en el precio) Windows XP, Word 2003 (aunque se le instaló la versión 2007) y otros programas en sistema Windows (Nero para grabar, lector de documentos.pdf, o descompresor para.rar).

Se alega en el recurso que, hasta el 5 de abril de 2.010, no se puso a disposición del Juzgado aquella grabación, ante lo cual se alega desconocimiento de la cadena de custodia y posibilidad de manipulación de la grabación. Examinada la grabación, y comprobándose con claridad cómo la persona que allí aparece es el técnico acusado, lo cierto es que el tema de la cadena de custodia carece de trascendencia, sin que del visionado de la grabación se desprenda el menor indicio de que haya sido alterada, editada o modificada, pues se trata, en particular el segundo de los archivos que es el de mayor interés probatorio, de una escena continua con una clara sincronización entre lo que dice el vendedor y el movimiento de sus labios.

Fue, por tanto, el acusado quien ofreció al comprador del ordenador, por propia iniciativa, entregárselo con todo aquel software instalado, lo que descarta la tesis del delito provocado que sugiere la defensa.

Cuarto.- El artículo 270.1 del Código penal sanciona a "quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios", estableciendo su párrafo segundo una modalidad atenuada, cuya aplicación pretende la defensa, según el cual "en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5".

La aplicación del citado párrafo segundo queda limitada a la venta al por menor. Como recuerda la SAP Vizcaya de 3 de diciembre de 2.013 el legislador, al introducir esta modalidad atenuada, estaba pensando en los supuestos de venta ambulante, no resultando de aplicación a la que se realiza en un establecimiento comercial abierto al público como es el caso que nos ocupa (una academia de informática que tiene servicio técnico y de venta de equipos y material informático), supuesto que en todo caso queda incluido en el párrafo primero, por lo que el debate que se suscita acerca del importe del perjuicio afecta únicamente a la extensión de la responsabilidad civil y no a la tipificación penal del hecho.

La mercantil denunciante cuantificó sus perjuicios, según un escrito que aportó al inicio del juicio, en la valoración que correspondería al software original que habría sido copiado sin autorización en los CDs intervenidos por la Policía en el registro realizado, más el valor del ordenador adquirido con el fin de acreditar la comisión del delito, en total 5.619,71 euros. Esa es la cantidad que se concede en la sentencia de instancia, con el siguiente argumento: "Examinado tal documento se considera adecuada la cantidad reflejada en el mismo, pues por la defensa no se ha practicado prueba alguna para desacreditar las cifras que en el mismo figuran".

El problema radica en que determinar el valor del perjuicio utilizando como parámetro el valor de las licencias del software que había sido reproducido en aquellos CDs se aparta de los hechos que, según la sentencia de instancia, configuran el delito que se sanciona, que no lo fue por la realización de aquellas (también ilícitas) reproducciones intervenidas por la policía sino por el hecho de ofrecer a los clientes instalarles gratuitamente en sus equipos ese software, por lo que el perjuicio, en los términos del artículo 140 de la Ley de Propiedad Intelectual, que para Microsoft han supuesto los hechos que se declaran probados no se encuentra en el valor de las licencias correspondientes a los 22 CDs intervenidos sino en el valor de las licencias no abonadas correspondientes al software instalado en los equipos comercializados por los acusados.

Para su cálculo vamos a partir de la premisa de que el software que los acusados instalaron en el ordenador intervenido era, como dijo el técnico acusado, el que habitualmente instalaban, software del que Microsoft era titular del sistema operativo Windows XP y de la suite Office 2007. El importe del primero lo cuantifica la denunciante en 297,44 euros, si bien existen serias dudas de que ese fuera su precio real cuando ocurrieron los hechos, pues la defensa ha acreditado, a través de su facturación, que en el año 2.009 la licencia de Windows XP professional costaba entre 176 Eur. (factura de 4/3/2009) y 155 Eur. (factura de 8/10/2009), siendo lógica la diferencia entre ese valor y el reclamado por Microsoft, que parece ser el que tenía ese sistema operativo cuando se implantó en los primeros años de la pasada década (2001-2002), y que era mucho menor en el año 2.009, en razón a que en ese momento se lanzó el sistema operativo Windows-7 que ya había sido precedido dos años antes por el sistema operativo Windows Vista. En cuanto a la Suite Office 2007, no consta su valor en el documento aportado por Microsoft, en el que únicamente se valora la versión de 2.003; sin embargo el precio de esa suite, lanzada tan solo dos años antes de estos hechos, era similar al precio que, en el momento de lanzamiento, tuvo la Office 2003, que sí aparece valorada en el documento aportado por Microsoft en 297 euros, por lo que puede partirse de esa cantidad.

Podemos concluir, por tanto, que el perjuicio ocasionado a Microsoft en cada uno de los equipos en que se instaló ilícitamente su software se sitúa, en números redondos, en torno a los cuatrocientos cincuenta euros.

En cuanto al número de equipos en que se instaló, el examen de la facturación aportada revela que en la misma se indicaba cuándo un equipo se vendía con abono de la licencia (al anotarse "equipo y lecencia", apunte 14 que se corresponde con la factura de 4 de marzo de 2.009 antes citada) y cuándo no se vendía la licencia (en cuyo caso solo se indicaba "equipo"). De dicha documentación resulta que en el año 2.009 se vendieron sin licencia tres equipos nuevos y dos usados; y a efectos de responsabilidad civil podemos partir de la base de que en todos ellos se instaló aquel software gratuitamente (pues era "lo habitual", como dijo el técnico acusado al detective), por lo que el perjuicio causado a Microsoft en esos cinco equipos informáticos asciende a 2.250 euros que, incrementados en el valor del equipo que necesariamente hubo de adquirir la denunciante para sacar a la luz la comisión del delito, totaliza una indemnización de 2.586,40 euros.

Quinto.- La parcial estimación del recurso lleva aparejada la no expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la Autoridad que nos confiere el Pueblo Español

FALLO

Se ESTIMA EN PARTE el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Plácido y Silvio contra la Sentencia de fecha 10 de febrero de 2.015 dictada por el Juzgado de lo Penal de Plasencia en los autos de juicio oral 318/2013, de que dimana el presente Rollo, y se REVOCA dicha resolución en el único sentido de fijar como INDEMNIZACIÓN a favor de la mercantil Microsoft Corporation la cantidad de DOS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS EUROS Y CUARENTA CÉNTIMOS (2.586,40

Eur.), confirmando dicha resolución en cuanto al resto de sus pronunciamientos, sin hacer expresa imposición de las costas procesales de esta alzada.

Conforme a lo dispuesto en el apartado sexto de la Instrucción 1/2011 del C.G.P.J., practíquense las notificaciones que puedan realizarse a través del sistema de gestión de notificaciones telemáticas Lexnet, e imprímanse las copias necesarias para el resto de las partes cuyos datos se encuentren debidamente registrados en el sistema de gestión procesal, a las que se unirán las cédulas de notificación que genere automáticamente el sistema informático, y remítanse al Servicio Común que corresponda para su notificación. Devuélvanse los autos al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento con certificación literal de esta resolución para la práctica del resto de las notificaciones legalmente previstas, seguimiento de todas las realizadas, cumplimiento y ejecución de lo acordado.

Se informa de que contra esta sentencia no cabe ulterior recurso, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar Aclaración respecto de algún concepto que se considere oscuro o para rectificar cualquier error material del que pudiera adolecer, solicitud a formular para ante este Tribunal, dentro de los dos días siguientes al de notificación de la presente resolución (art. 267.1 y 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial); o para corregir errores materiales manifiestos o aritméticos, en este caso sin sujeción a plazo alguno (art. 267.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Si se hubieran omitido en esta resolución manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en esta instancia podrá igualmente solicitarse en el plazo de cinco días que se complete la resolución en la forma expuesta en el artículo 267.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; todo ello referido a la parte dispositiva de la resolución. Así mismo, podrá instar la parte, si a su derecho conviniere y hubiere motivo para ello, que se declare la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de esta sentencia, conforme a lo dispuesto en el art. 241 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, según modificación operada por Ley Orgánica 6/2.007, de 24 de mayo, derecho a ejercitar en el plazo de veinte días contados desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de la indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 10037370022015100243