



Roj: **SAP M 11824/2022 - ECLI:ES:APM:2022:11824**

Id Cendoj: **28079370022022100454**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **15/07/2022**

Nº de Recurso: **938/2022**

Nº de Resolución: **476/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Procedimiento abreviado**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES MONTALVA SEMPERE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección nº 02 de la Audiencia Provincial de Madrid**

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 4 - 28035

Teléfono: 914934540,914934715

Fax: 914934539

GRUPO DE TRABAJO ST 91 4934741

audienciaprovincial\_sec2@madrid.org

37051540

N.I.G.: 28.079.43.1-2015/0303214

### **Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 938/2022**

**Origen:**Juzgado de lo Penal nº 29 de Madrid

Procedimiento Abreviado 284/2019

**Apelante:** MICROSOFT CORPORATION y D./Dña. Benito , PROMETEO SISTEMAS, S.L. y DOMOTIC AND CLEAN 2000, S.L.

**Procurador D./Dña.** JAIME GAFAS PACHECO y Procurador D./Dña. VICTOR ALEJANDRO GOMEZ MONTES

**Letrado D./Dña.** CARLOS PEREZ SANZ y Letrado D./Dña. FRANCISCO FERRER MARTÍNEZ

**Apelado:** D./Dña. Hernan y MINISTERIO FISCAL

**Procurador D./Dña.** REMEDIOS YOLANDA LUNA SIERRA

**Letrado D./Dña.** DAVID TRENADO FRIAS

**S E N T E N C I A N° 476/2022**

**EN NOMBRE DE S. M EL REY**

**Ilmos Sres/as:**

**Presidente:**

**D. VALENTÍN JAVIER SANZ ALTOZANO**

**Magistrados/as:**

**Dª MARÍA DE LOS ÁNGELES MONTALVÁ SEMPERE.-**

**Dª TANIA GARCÍA SEDANO-**

En Madrid, a 15 de julio de 2022.





**VISTOS** ante esta Audiencia Provincial en grado de apelación los autos: Juicio oral nº 284/2019, seguidos ante el Juzgado de lo Penal nº 29 de los de Madrid, sobre delito contra la **PROPIEDAD INTELECTUAL**, siendo apelante en esta instancia el acusado: Benito y la mercantil "Domotic And Clean 2000 SL y Prometeo Sistemas SL", representados por el/la procurador/a S. Gómez Montes. Y la acusación particular: "Microsoft Corporation", representada por el procurador Sr. Gafas Pacheco, con intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido designada **ponente** la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> MARÍA DE LOS ÁNGELES MONTALVÁ SEMPERE, y en atención a los siguientes:

#### **ANTECEDENTES DE HECHO.**

**PRIMERO.-** Por el citado Juzgado se dictó sentencia nº 144/2022 de fecha 06 de mayo de 2022, cuya parte dispositiva dice así:

" Que DEBO CONDENAR Y CONDENO a Benito Y Hernan como responsables en concepto de autores, cada uno de ellos, de un **DELITOCONTINUADO CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL del artículo 270.1 del Código Penal, según la redacción anterior a la LO 1/15**, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del CP como muy cualificada, , a la pena, para cada uno de ellos, de **PRISION DE SIETE MESES Y QUINCE DIAS**, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, **Y MULTA DE NUEVE MESES con UNA CUOTA DIARIA DE QUINCE EUROS**, con responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53.1 del Código penal en caso de impago; y condena en costas por mitad.

En concepto de responsabilidad civil, **deberán indemnizar conjunta y solidariamente a la representación legal de MICROSOFT CORPORATION en la cantidad de 13.432,77 euros, con responsabilidad civil subsidiaria de las entidades PROMETEO SISTEMAS SL y DOMOTIC AND CLEAN 2000 SL.**

Se acuerda el decomiso de los efectos intervenidos, a los que se dará el destino legal."

**SEGUNDO.-**Interpuesto los recursos de apelación referenciados, se alegan como motivos los expuestos en sendos escritos de apelación presentados ante el Juzgado de lo Penal nº 29 de los de Madrid, escritos que se dan íntegramente por reproducidos.

**TERCERO.-** Tramitado con arreglo a derecho, se señaló fecha para su votación y fallo, y tras su deliberación, quedó el recurso pendiente de resolución.

#### **HECHOS PROBADOS.**

Se aceptan y dan por reproducidos los expresados en la sentencia apelada, siendo los siguientes:

" **UNICO.-** Resulta probado y así se declara, que el acusado Benito , con DNI nº NUM000 y sin antecedentes penales, regentaba desde el año 2011 en calidad de administrador único, el establecimiento "DOMOTIC AND CLEAN 2000 SL", con domicilio social en Gandía, empresa franquiciadora de establecimientos de lavandería automática sitios en Madrid y Valencia. Dicha mercantil comercializaba estas franquicias que incluían una cámara, una caja domótica y un ordenador, identificado como "Domotichash" que a su vez eran facturadas por la mercantil PROMETEO SISTEMAS SL, de la que desde mayo de 2015 era administrador único el acusado Benito y de la que el acusado Hernan , con DNI nº NUM001 , y sin antecedentes penales, fue su administrador único y participe desde el 31 de julio de 2007 hasta el 4 de diciembre de 2012.

Hernan , diplomado en informática, era quien realizaba la instalación informática de dichas franquicias, primero a través de PROMETEO, y a partir de 2013 como autónomo, incluyendo la carga del sistema operativo y de la aplicación ofimática en el ordenador de gestión, sin las correspondientes licencias de uso, y que le fueron proveídos por Benito , mediante un disco regrabable que contenía una imagen iso de los mismos, junto con las claves que permitía su activación fraudulenta, enervando con ello las medidas de protección de las que disponían dichos programas informáticos cuyos derechos de **propiedad intelectual** pertenecen a Microsoft Corporation, todo ello a sabiendas de su origen fraudulento y en perjuicio de su legítimo titular, con el ánimo de obtener un beneficio económico ilícito.

El 4 de noviembre de 2015, se inspeccionaron por la Guardia Civil seis establecimientos franquiciados sitios en Madrid, dando como resultado que todos ellos tenían instalados en su ordenador, el sistema operativo Windows XP y la aplicación ofimática Office, utilizándose además en todos ellos la misma claves de activación, y posteriormente se inspeccionaron otros 21 establecimientos más, localizados principalmente en Madrid, Barcelona, Valencia, Zaragoza, León y Almería. Los sistemas operativos instalados por dicho procedimiento en 27 centros de franquicias eran copias del sistema operativo de Microsoft que carecían de licencia de uso."





explotación y que los acusados de común acuerdo habían activado mediante el uso de claves falsas, causando un perjuicio a la entidad Microsoft Corporation de 13.432, 77 euros.

El procedimiento ha estado paralizado por causa no imputable a los acusados desde el 25/09/2019 que se dicta el Auto de Admisión a Prueba, hasta la celebración del juicio el 22/03/2022."

## FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**PRIMERO.-** Apela el acusado quien alega, resumidamente y en apoyo de sus pretensiones, los siguientes motivos: 1/ Valoración del principio de presunción de inocencia. 2/ Error en la valoración de las pruebas practicadas. 3/ Infracción de precepto legal de los artículos 270 en relación con el 28 CP."

Por lo que solicita la revocación de la sentencia y su absolución con todos los pronunciamientos favorables.

Igualmente apela la acusación particular: "Microsoft Corporation", disconforme con el importe de la responsabilidad civil, pues, a su juicio, debe incluir la totalidad de establecimientos operados por los acusados, sin limitarse únicamente a los inspeccionados por la Guardia Civil en el estado inicial.

**SEGUNDO.-** El acusado, tal y como en los antecedentes de hecho hemos referenciado, ha sido condenado como autor criminalmente responsable de un delito continuado contra la **propiedad intelectual** previsto y penado en el art. 270.1.1º del CP (redacción anterior a la LO 1/15), precepto, según redacción vigente hasta el 30/06/2015, en el que se castigaba 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.

Básicamente, el acusado defiende que, "no hay prueba de cargo suficiente para acreditar que era conocedor del ilícito proceder del coacusado, que él contrató los servicios de un informático (coacusado) para el desarrollo del **software** (Domoticash) y para que procediera a la adquisición de los terminales y de todo lo necesario para la puesta en funcionamiento de cada una de las tiendas, sin que el conocimiento y la decisión de infringir los derechos de **propiedad intelectual** puedan serle imputados. Lo único acreditado es que cuando supo el problema con las licencias, ordenó al coacusado que lo solucionara y este adquirió las licencias que se detallan en los f. 297 y 298, siendo claras las versiones contradictorias entre ambos. No realizaba la instalación de los equipos, ni siquiera supervisaba dicha instalación, carecía de conocimientos técnicos necesarios para la ejecución de los trabajos informáticos necesarios de puesta en marcha de los equipos. Su empresa era una franquiciadora para quien la licencia de uso de Windows resulta algo irrisorio pues el importe de 130 euros resulta asumible y repercutido al cliente final (coste de las licencias al f. 298), sin que ninguna prueba evidencie, siquiera indiciariamente, que el acusado era conocedor de los hechos que se le imputan y obran los correos al f. 316 y 317 de los que se concluye que, de forma inmediata, resolvió el incidente de solicitud de claves." E incide en que, para ser autor de ese delito se ha de acreditar la ejecución de alguna de las acciones descritas: reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente, sin que exista prueba en ese sentido en contra del acusado.

2.2.- Resumidos sus alegatos no podemos asumirlos en su descargo.

En efecto, ciertamente el coacusado admite los hechos pero su declaración está corroborada, sin que sea creíble que actuara a espaldas de quien hoy recurre cuando ambos eran socios, ni tiene sentido que solo él quisiera beneficiarse con el ahorro del pago de la licencia del **software**.

Manifestó también el coacusado (Sr. Hernan ) que, a finales de 2012 el apelante le compró sus participaciones, momento a partir del cual el coacusado empezó a trabajar como autónomo (es diplomado en informática), instalando el sistema informático de las tiendas pero sin suministrar ningún componente informático, siendo el hoy apelante quien se encargaba del ordenador y del **software**. Pero, insistimos, comenzaron juntos y el coacusado mantiene que le trasladaba las quejas de los franquiciados, sin que se sostenga que nada supiera el recurrente.

Se escuda el apelante en que no entendía de informática, manifestación también increíble cuando es funcionario del cuerpo nacional de policía y se escuda en que no supo nada sobre la instalación sin licencia hasta que se lo dijo uno de los franquiciados, pero precisamente uno de ellos, el testigo Sr. Juan Pedro , corrobora al coacusado cuando declara que, "solicitó en reiteradas ocasiones las licencias y les dijeron que instalarían el **software** con licencia pero eso nunca pasó".

Añadamos que no es necesaria la instalación de propia mano pues basta con ser beneficiario de la misma y recordemos, al hilo de otro de sus alegatos, que, dentro de la definición de distribución que se da en el precepto





queda comprendida no solo la figura del distribuidor entendida en el sentido de intermediario entre el productor y el vendedor, sino también todo tipo de puesta a disposición del público mediante venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma.

Si el acusado era el representante de su mercantil "Domotic and Clean 2000 SL" que se dedicaba a franquiciar negocios de lavandería de autoservicio y ponía a disposición de los franquiciados toda la instalación para ese tipo de lavanderías, incluido el sistema informático que contenía las copias pirateadas de los programas de ordenador, es claro que dicha conducta es constitutiva de distribución, sin que sea creíble que él no sabía absolutamente nada sobre ese **software** instalado con licencias piratas, debiendo hacer hincapié en cómo se inician las actuaciones pues son los propios franquiciados quienes se quejaban por el riesgo que eso entrañaba y es la asociación de franquiciados quien contacta con Microsoft para solucionar el problema porque los acusados no lo resolvían.

Si lo hubieran resuelto no habrían llegado las quejas hasta esa asociación de franquiciados y de ahí a Microsoft. Véase también en ese sentido el testimonio del Sr. Abel como representante legal de Microsoft, quien, además, declaró que, "hasta que se bloquea el **software** circula por la red y bajar las claves es fácil hasta para cualquiera con un nivel básico de informática."

2.3.- A mayor abundamiento, es un hecho de conocimiento general que cada ordenador debe tener su sistema operativo activado con su clave específica y única, con su pegatina COA y no la misma clave para todos los incautados. Así, en sintonía con la sentencia dictada por esta Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, Sentencia 122/2014 de 28 Mar. 2014, "lo normal es que quien es dueño o dueña de un negocio y se encarga personalmente de su actividad, conozca la adquisición y procedencia de los instrumentos de los que se sirve y en el caso de no conocerlo, desde luego, lo debe conocer, sin que tampoco se justifique la conducta de quien no quiere saber, debiendo hacerlo -ignorancia deliberada-, *siendo irrelevante además que haya instalado o no los programas porque este delito no es un delito de propia mano.*"

También la SAP de Madrid, sec. 17ª, nº 188/07, determina que, "el perjuicio de tercero no es propiamente el resultado del delito, sino un elemento de su tipo subjetivo, correlativo al ánimo de lucro y que lo convierte en un delito de tendencia -la de obtener beneficio económico a costa de la **propiedad intelectual** ajena-, cuya consumación no exige el lucro efectivo ni el perjuicio".

Y sobre supuestos de instalación de programas de ordenador sin las preceptivas licencias ofrecidos en establecimiento abierto al público, traemos a colación, además, las SSAP de Sevilla, sec. 4ª, nº 325/05; AP Pontevedra, sec. 2ª, núm. 17/09, de 2 de febrero y 66/09, de 31 de marzo; y en esta Audiencia Provincial de Madrid, destacables resultan, amén de las ya indicadas, la S dictada por su sec. 2ª, S 66/2015 de 26 Ene. 2015; sec. 29ª, S 364/2015 de 23 Jun. 2015; sec. 16ª, S 72/2018 de 31 Ene. 2018, S dictada por su sec. 23ª resolutoria del Rec. nº 870/18; S 10/2019 dictada por su sec. 1ª; S 140/2020 dictada por su sec. 15ª, o S 232/2021 de 4 May. 2021, dictada por su sec. 23.

2.4.- Por último, sobre la declaración de coimputados, sabido es que resulta insuficiente si se erige en prueba incriminatoria única pero ya hemos dicho que no es el caso, existiendo corroboraciones.

Relevante en esa línea la STC 181/2002: "... En este sentido, como señala la STC 68/2001, de 17 Mar. (FJ 5), las declaraciones de un coimputado, por sí solas, no permiten desvirtuar la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida, de modo que para que pueda fundarse una condena en tales declaraciones sin lesionar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, es preciso que se adicione a las mismas algún dato que corrobore mínimamente su contenido, destacando la citada sentencia que no es posible definir con carácter general qué debe entenderse por la exigible "corroboración mínima", más allá de la idea obvia de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externos para que pueda estimarse corroborada, dejando, por lo demás, a la casuística la determinación de los supuestos en que puede considerarse que ha existido esa mínima corroboración, tomando en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso...."

O STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 161/2022 de 23 Feb. 2022: "(...) Es bien sabido que según la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala, Las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otros datos externos. La exigencia de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima y, por otra, en que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no ( STC 134/2009, de 1 de junio, entre otras)..."

El recurso fenece.



**TERCERO.-** Recurso interpuesto por la acusación particular.

Se muestra disconforme "Microsoft Coporation" con el cálculo de la responsabilidad civil pues, según interpreta, debe incluirse la totalidad de los establecimientos operados por los acusados sin limitarse a los inspeccionados por la Guardia Civil.

Así, en total (según alega) había 68 centros o establecimientos franquiciados de los que se comprobaron un total de 27, esto es, casi el 50% de los centros franquiciados y daba igual dónde estuvieran ubicados (en Valencia, León, Zaragoza, Barcelona, o Almería) pues en todos ellos se había utilizado la misma clave de activación, por lo que solicita que el importe de la indemnización se cuantifique en 25.627,81 euros, en lugar de la suma de 13.432,77 euros.

Al respecto tenemos que resaltar, en primer lugar, que no podemos agravar la condena de los acusados sin haberlos oído en base, además, a una prueba de inferencia, porque sostiene la apelante que, como era el mismo tipo de negocio debe presumirse que en los 68 establecimientos se hizo lo mismo, presunción contra reo cuando solo disponemos de una prueba pericial, prueba directa que se refiere exclusivamente a los ordenadores inspeccionados por los agentes actuantes, quienes al folio 504 del T. II aclaran o amplían su informe este otro en el que se dice: "La comprobación de las licencias de Microsoft Windows XP y Microsoft Office XP instaladas en los equipos informáticos de los diferentes establecimientos, se realizó "en caliente", reflejando el resultado obtenido en las correspondientes actas incluidas en el anexo I del atestado. Dicho proceso consiste en la obtención de información directamente sobre el equipo informático en funcionamiento mediante **software** específico; en este caso SIW 2015, (versión 5.3.0828ª technicians version)... En cuanto a la falsedad del **software** instalado en los distintos equipos analizados, este EDITE solo se encontraba en disposición de comprobar los números de licencia vinculados a los mismos... Habida cuenta que no se intervino ningún tipo de material por este equipo no es posible realizar otras comprobaciones más allá de las efectuadas."

En esa línea, el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 19 de diciembre de 2012 proclamó la imposibilidad de habilitar un trámite en casación para oír al acusado ante la eventualidad de la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias. Esa audiencia no sería compatible con la naturaleza de la casación. Con ese acuerdo la Sala Segunda de manera indirecta cercenó drásticamente la viabilidad del art. 849.2º LECrim en perjuicio del reo.

La doctrina del TEDH cancela su capacidad para sustentar una condena dictada en casación salvo correctivos interpretativos: STS 976/2013, 30 diciembre: "... Solo en aquellos casos en los que la valoración probatoria asumida en la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y, en fin, alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, logrando así el reconocimiento de la vulneración de un derecho constitucional y la reparación adecuada mediante la anulación del pronunciamiento absolutorio..."

En la STS 363/2017, de 19 de mayo, se reseña: "(...) El TEDH ha ido más lejos de lo que sostuvo nuestro Tribunal Constitucional en los primeros años de recepción: impone la audiencia directa del acusado por el Tribunal antes de resolver, *aunque la decisión del recurso se base en prueba documental o en una revisión de inferencias*. Las modulaciones y precauciones que el TC manejó al iniciar en 2002 esta senda interpretativa han acabado por derrumbarse avasalladas por la casi ausencia de todo matiz en la doctrina del TEDH. Éste deja a salvo solo lo que es debate sobre estrictas cuestiones jurídicas (...)"

O STS 639/2017, de 28 de septiembre: "(...) A partir de la jurisprudencia constitucional, tributaria de la del Tribunal de Estrasburgo, sobre la imposibilidad de modificar los hechos probados contra reo en vía de recurso si el órgano ad quem no percibe por sí directamente la prueba que se quiere hacer valer (lo que sería exigencia tanto del principio de inmediación, como en alguna medida también del derecho de defensa), la operatividad del artículo 849.2 para ser blandido en casación por las acusaciones ha quedado muy mermada. Ni consiente la casación una audiencia directa de los acusados; ni existe habilitación legal para la reproducción de pruebas. La conclusión, ya afirmada en varias ocasiones por la jurisprudencia, es que una sentencia absolutoria no podrá ser convertida en condenatoria en casación (ni una condenatoria agravada) por razones probatorias ( artículo 849.2 LECrim). A lo más, podría llegarse a la anulación de la sentencia basada en la arbitrariedad de la valoración de la prueba (...)" Y SSTC 36/2108 y 37/2018, de 23 de abril.

El recurso se desestima.

**CUARTO.-** Por todo ello, ambos recursos se desestiman, debiendo confirmarse la sentencia con declaración de oficio de las costas causadas en la alzada.

**Vistos** los anteriores preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación:



## FALLAMOS:

**DESESTIMAMOS** sendos recursos de apelación formulados, respectivamente, por las representaciones procesales del acusado: **Benito y la mercantil "Domotic And Clean 2000 SL y Prometeo Sistemas SL"**, y por la de la acusación particular: **"Microsoft Corporation"**, contra la sentencia nº 144/2022 de fecha 06 de mayo de 2022 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 29 de los de Madrid, en autos: Juicio oral nº 284/2019, que, en consecuencia, confirmamos en su integridad, con declaración de oficio de las costas causadas en la alzada.

Contra la presente no cabe recurso ordinario alguno.

**Notifíquese** la resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes procesales y devuélvanse las diligencias originales al Juzgado de procedencia con certificación de la presente para su ejecución y cumplimiento.

**Así** por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

