

## Dialer, inexistencia de delito: no puede estimarse la concurrencia de engaño

24-01-2005

En el presente caso, se encontraba procesada una persona como representante legal de una empresa dedicada a la comercialización de servicios de tarificación adicional, como consecuencia de una denuncia presentada por un particular que entendía que la conexión al sistema de tarificación adicional se había efectuado fraudulentamente.

En el acto del juicio se acreditó que la empresa en cuestión informaba adecuadamente a los usuarios sobre todas las menciones exigidas legalmente y cumplía el resto de requisitos legales.

Por todas estas razones se acuerda la libre absolución de la persona imputada, sin que hubiera que reprochar nada legalmente a la actividad de la empresa.

### SENTENCIA

En la ciudad de Valladolid, a 24 de enero de 2005. Juzgado de lo Penal n.º 3 de Valladolid

Vista, en nombre de S M. el Rey, por el Ilmo. Sr. D. Carlos Fraile Coloma, Magistrado- Juez del Juzgado de lo Penal número Tres de esta ciudad y su demarcación, en juicio oral y público, la presente causa, Procedimiento Abreviado n.º , procedente del Juzgado de

Instrucción n.º de Valladolid, donde fue tramitada con el n.º de Diligencias Previas, por delito de estafa, seguida contra el acusado, M , de años de edad, hijo de - , natural de con domicilio en.... sin antecedentes penales, solvente, en libertad provisional por esta causa, no habiendo sido privado de ella durante la tramitación, representado por la Procuradora de los Tribunales ... y defendido por el Letrado ....; compareciendo como acusación particular ....., representado por la Procuradora de los Tribunales ..... y asistido del Letrado ....; siendo responsable civil Universal Provider of Communication, S. L.; y parte el Ministerio Fiscal.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos de autos como constitutivos de un delito de estafa, previsto y penado en los arts. 248.2 y 249 del Código Penal, considerando autor al acusado, en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó la imposición de la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial durante igual tiempo para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, así como el pago de las costas procesales y la condena a indemnizar a .....- , con responsabilidad civil

subsidiaria de Universal Provider of Comrnunication, S. L., en 4.724'14 euros, más los intereses legales.

SEGUNDO. La acusación particular, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito de estafa del art. 248.2 del Código Penal, considerando autor al acusado, en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó la imposición de las penas de tres años de prisión y multa de doce meses, a razón de treinta euros de cuota diaria, así como el pago de las costas procesales y la condena a indemnizar a , con responsabilidad civil subsidiaria de Universal Provider of Cornmunication, S. L., en 6.000 €, por daños morales, y a reintegrar a TELEFONICA SAU la suma de 3.925'09 Euros.

TERCERO. Por su parte, la defensa, en igual trámite, estimando que no cometió hecho alguno constitutivo de infracción penal, solicitó la libre absolución de su defendido.

### HECHOS PROBADOS

ÚNICO. El acusado M., administrador único de la compañía "Universal Provider of Communication, S. L." (UNIPROCOM), así como responsable técnico de dicha mercantil, creó un programa informático para canalizar la comercialización a través de Internet a diversos servicios, cuyo pago por el usuario se realizaba mediante la conexión telefónica a una línea de tarificación adicional. El programa en cuestión fue distribuido por el acusado a diversos proveedores, que procedieron a ofrecerlo a los usuarios finales de sus páginas web, como medio de acceso a los respectivos contenidos, así como para el pago de éstos. Entre los adquirentes figuró el titular del dominio "...com", para su sitio web "www.....com", en la que se ofrecían contenidos pornográficos, a través del número de teléfono tarificación adicional. Como retribución por la cesión del programa, UNIPROCOM obtenía un porcentaje no determinado de los rendimientos obtenidos.

En fecha 5 de marzo de 2001, T ,de 14 años de edad, a través del ordenador personal instalado en su domicilio de la calle..... de Valladolid, se conectó al citado sitio web. Accionando una casilla con el título: "entrar", la menor pasó de la primera pantalla, en la que ya aparecían imágenes de naturaleza pornográfica, a una segunda, en la que podían verse más imágenes del mismo tipo, pero se advertía que, para seguir disfrutando de los contenidos era preciso bajar "el programa de acceso" y se decía también: "el kit de conexión te conectará a un número de pago cuya tarifa se indica en el programa de conexión". Pulsando el correspondiente enlace en la mencionada página, se descargó en su ordenador la aplicación diseñada por el acusado, denominada "...exe". Posteriormente, la menor ejecutó el citado archivo, cuyos efectos inmediatos fueron la creación en su ordenador de una nueva conexión de acceso telefónico a redes, a través de la línea telefónica 906299353, la instalación en su escritorio de un acceso directo a la aplicación "...exe", y la aparición de un interfaz gráfico consistente en una ventana, en cuya barra de títulos aparecía la leyenda (dsx/0190826384)". En dicha ventana, bajo unas imágenes fotográficas de unos rostros de mujer, decía "Conecta a la Red de Sexo Privada en Español. Sexo en Vivo, haz Realidad tus Fantasías más Eróticas". Más abajo, al lado de la expresión "choose your country here", aparecía una casilla con un menú desplegable que incluía una lista con España y otros países europeos, de manera que, al seleccionar uno de ellos, se optaba por el país desde donde se iba a efectuar la conexión telefónica. A continuación se veía un botón grande,

denominado "Conectar", que era el que servía para establecer la nueva conexión y, en caso de que esta se lograra, abría el navegador de Internet por la página "www...com". No obstante su accionamiento no tenía efecto alguno, a no ser que, previamente, se hubiese marcado una casilla de verificación, situada inmediatamente debajo, cuya leyenda era: "Soy mayor de edad y acepto la tarifa de 0'91 E/min + establecimiento llamada 0'09 € + IVA 16%". En la parte inferior de la ventana había además otros dos botones: "Configuraciones", que daba lugar a un cuadro de diálogo en el que podía indicarse, si la conexión se efectuaba a través de centralita, el número a marcar para las llamadas externas, así como, una casilla de verificación destinada a que el usuario señalase si quería hacer de www...com, la página de inicio de su navegador web; y "Protección infantil", cuya pulsación desplegaba otro cuadro de diálogo en el que cabía establecer una contraseña para impedir el lanzamiento de la aplicación por otros usuarios. La aplicación diseñada por el acusado e instalada en el ordenador utilizado por la menor no afectaba a la conexión de acceso a redes que hasta entonces estaba configurada en el sistema como predeterminada, de tal manera que, a partir de entonces, de no optar expresamente por la nueva conexión o configurarla manualmente como predeterminada, tanto la vía de acceso a Internet, como su coste, no sufrían variación alguna.

En el período comprendido entre el 19 de abril y el 18 de junio de 2001, la menor se conectó a Internet a través de la línea de tarificación adicional, con un coste total por tal concepto de 1.424'89 €, alcanzando el importe de 3 .299'25 € las conexiones efectuadas entre el 19 de junio y el 18 de agosto del mismo año.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. De las actuaciones practicadas no se desprenden elementos de prueba suficientes que permitan estimar acreditada la comisión por parte del acusado del delito de estafa, previsto y penado en los art. 248.2 y 249 del Código Penal, al que se refieren el Ministerio Fiscal y la acusación particular en sus conclusiones definitivas.

Son elementos esenciales de la estafa, según la doctrina jurisprudencial: a) un engaño precedente o concurrente, concebido en el Código Penal con un criterio amplio, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece; b) dicho engaño ha de ser bastante para la consecución de los fines propuestos, con suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial; c) producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor de lo que constituía la realidad; d) un acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo, con el consiguiente perjuicio para el mismo; e) nexo causal entre el engaño del autor y el perjuicio de la víctima, con lo que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente el dolo subsequens, esto es, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trata, y f) ánimo de lucro, que constituye el elemento subjetivo del injusto y que consiste en la intención de obtener un enriquecimiento de índole patrimonial que la jurisprudencia ha extendido incluso a los beneficios meramente contemplativos.

En el supuesto sometido a enjuiciamiento, la prueba de cargo practicada, es extremadamente endeble a los efectos de acreditar la realidad del engaño que necesariamente, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, ha de tener la estafa como punto de partida. El auto de imputación, dictado en fecha 27 de noviembre de 2003, por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Valladolid, viene a señalar como

engañoso la actuación del acusado consistente en diseñar y distribuir a través de Internet un programa informático que, al visitar una página web de contenido erótico, provocaba la descarga en el ordenador del visitante de un fichero por el que se producía un cambio en la conexión de acceso telefónico a Internet, de manera que en lo sucesivo, salvo que el usuario fuese un experto en informática y eliminase de su sistema tal conexión, los accesos se efectuaban a través de ésta, que operaba mediante una línea de elevado coste económico, con el consiguiente perjuicio económico. El escrito de acusación del Ministerio Fiscal viene a coincidir con los hechos relatados en la resolución antes mencionada, añadiendo que en la web desde la que se descargaba el programa del acusado no se informaba al usuario de los cambios que dicho programa introducía en el sistema de éste. Finalmente, la acusación particular señala en sus conclusiones que, aunque se informaba en la página web desde la que se producía la descarga del programa en cuestión que la conexión se iba a efectuar a través de un número de pago, una vez pulsado el enlace denominado “entra ya”, la conexión se instalaba en el ordenador del usuario, pues, aunque previamente aparecía una pantalla que incluía las posibilidades “aceptar” y “cancelar”, la instalación se hacía efectiva, cualquiera que fuese la opción escogida.

Dando por incluidas, en una interpretación amplia de los hechos imputados fijados por el Juzgado de Instrucción, las particularidades señaladas por las dos partes acusadoras, corresponde a esta sentencia examinar, a la luz de las pruebas practicadas, en primer lugar si la aplicación informática diseñada por el acusado, para llegar al ordenador del usuario de Internet, requería o no una autorización expresa de éste. Sobre este punto es preciso aclarar que, como ha quedado documentalmente acreditado, ni el acusado ni la compañía UNIPROCOM que el mismo administra son titulares del dominio de Internet “...com”, no constando tampoco que tenga aquél control alguno sobre el sitio “www...com”, por lo que no pueden imputarse a dicho acusado las eventuales deficiencias informativas de dicho sitio o incluso el engaño que su contenido pueda llevar al usuario, bien en cuanto a la naturaleza del programa cuya descarga arranca en tal sitio, bien en cuanto al modo de descarga. Teniendo presente lo anterior, la cuestión más arriba planteada no tiene otra respuesta que la afirmativa, ya que así se desprende de la declaración del funcionario del Cuerpo Nacional de Policía que firma el oficio, obrante al folio 10 de las diligencias previas (que aunque no participó directamente en las investigaciones, dirige la unidad policial que las llevó a cabo), así como del informe de los dos peritos que comparecieron en el plenario, e incluso del informe del perito que no compareció, que figura a los folios 211 y siguientes. De todos ellos, pero especialmente de lo señalado por M S. L , el único perito que examinó directamente el ordenador utilizado por la menor, T , y también el único que, tras su descarga de “www...com”, verificó en su propio sistema informático el programa en cuestión, se desprende que la descarga desde la web requería una petición expresa del usuario y que ello suponía que éste hubiera pasado desde la primera a la segunda página.

Podría plantearse también si en la web se informaba de la naturaleza del programa y, más concretamente, del objeto primordial del mismo, consistente en la creación de una nueva conexión de pago en el ordenador del usuario. Sin perjuicio de lo ya expresado, respecto a la falta de titularidad del dominio por parte del acusado, la cuestión queda resuelta también resuelta en sentido afirmativo, mediante la lectura de la versión impresa de las páginas web, aportadas por la propia acusación particular, que figuran a los folios 16 y siguientes de las actuaciones, y que la misma parte transcribe en su escrito de conclusiones en los siguientes términos: “este kit de conexión te conectará a un número

de pago cuya tarifa se indica en el programa de conexión”. Pero además, el programa en cuestión, de cuya virtualidad sí responde plenamente el acusado, avisa en la primera manifestación de su interfaz gráfico—folio42—de la tarifa de conexión y lo hace, como señala el informe pericial de M S L, , mediante el sistema de casilla de verificación cuya selección es indispensable para que pueda accionarse el botón “Conectar”, que es el que realmente intenta establecer la conexión a través de la línea de tarificación adicional.

La tercera cuestión, ésta sí entroncada con aspectos de la virtualidad del programa, plenamente bajo el control del acusado, es la concerniente a si la aplicación implicaba una modificación de la conexión predeterminada a Internet, lo que, de responderse en sentido afirmativo, podría constituir una actuación engañosa con evidente trascendencia económica para el usuario no experimentado, puesto que en tal caso no solamente el acceso a los contenidos pornográficos del sitio web “...com”, sino también toda la navegación posterior por Internet se verificaría de manera inopinada a través de una conexión de elevado coste, pudiendo hacerse de modo evidentemente mucho más económico. En este punto se parte de las versiones contradictorias del acusado, que dice que no se modificaba la conexión predeterminada, y de la menor, que sin decir lo contrario, viene implícitamente a afirmarlo, puesto que señala que ella no hizo operación alguna que no fuese accionar una banda publicitaria o banner, situada en una página con contenidos musicales, y que simplemente con esto fue dirigida al sitio “www...com”, instalándose con ello la conexión, porque posteriormente no volvió a visitar el citado sitio y, sin embargo, toda la navegación posterior, mientras ella creía que la efectuaba como anteriormente, fue facturada a través de la línea de alto coste. La versión de la menor carece de verosimilitud a la luz del dictamen pericial de los folios 42 y siguientes, ratificado en el plenario, en el que se describe el funcionamiento de la aplicación diseñada por el acusado, que requiere para el establecimiento de la conexión muchas más operaciones del usuario que las que la testigo admite, El mismo dictamen, único que se ha efectuado sobre la base del examen directo tanto del ordenador de la menor, como del programa controvertido, apunta a que la conexión predeterminada no se modificaba, lo que es afirmado por el autor de manera más rotunda en el acto de plenario. Hay que señalar que aun cuando lo sostenido por este perito, y apoyado por el perito propuesto por la defensa, es contradicho por el informe policial del folio 10 de las diligencias previas y por el dictamen de los folios 211 y siguientes, cuyo autor no compareció al plenario, los funcionarios que efectuaron las investigaciones del primero no fueron propuestos como peritos o testigos por ninguna de las partes, con lo que no puede aclararse las razones en que basan tal afirmación, mientras que el perito, F D C como expresa en su dictamen, elaboró éste sin examinar directamente el ordenador afectado o el programa diseñado por el acusado, basándose en el material obrante en autos. En todo caso, es preciso señalar que en el momento de la denuncia, es decir antes de que ningún experto informático pudiese examinarlo, el ordenador utilizado por la menor había sido ya modificado, eliminando del mismo la conexión a la línea 906, por lo que no hay modo de acreditar, más allá de la mera especulación, el efecto que en la configuración de dicho sistema tuvo el programa controvertido.

Si, conforme a lo expuesto, el programa era descargado de Internet a petición expresa del usuario; si en la web se advertía que el mismo suponía la creación de una nueva conexión a través de una línea de tarificación adicional, cuyo coste era también expresado al lanzar la aplicación; si, creada la nueva conexión, no se modificaba la que anteriormente estuviera configurada como predeterminada, lo que suponía que, para que

la navegación sucesiva tuviera lugar por la línea de alto coste, el usuario hubiese de elegir expresamente el nuevo acceso telefónico, rechazando la opción habitual, de precio más económico, que el sistema por defecto le ofrecía; no puede estimarse la concurrencia del engaño, como elemento nuclear del delito de estafa, sin que pueda apreciarse tampoco éste en el hecho, señalado en su informe por el Ministerio Fiscal, de que, aun cuando el acceso se efectuase deliberadamente por la línea 906 para llegar a los contenidos pornográficos, la tarifa elevada se mantenía incluso cuando se produjese el abandono de éstos, mientras el usuario no desconectase, ya que, por una parte, en la aplicación se informa expresamente de que lo que se produce es una conexión, con un precio determinado por minuto, y es evidente que la menor aquí afectada tenía perfectamente clara la diferencia entre conexión y utilización del programa pertinente para navegar por Internet, puesto que al terminar la navegación no solamente cerraba el navegador, sino que desconectaba de la roseta telefónica de la pared el cable del módem, y, por otro lado, no hay modo de determinar, a no ser por la propia declaración de la menor (cuya credibilidad ha quedado en entredicho, por lo ya expuesto, teniendo en cuenta sus declaraciones sobre la instalación de la aplicación), si todas las conexiones a través de la línea 906 se establecieron de manera deliberada, para acceder únicamente a los contenidos del sitio web desde el que descargó el programa creado por el acusado, o si después de ello se visitaron otros sitios a los que igualmente podría haberse llegado mediante su conexión predeterminada, o sí, finalmente, alguna de dichas conexiones no tuvo nada que ver con los contenidos de pago.

En definitiva, no se ha acreditado suficientemente el engaño y tampoco la realidad del perjuicio, por lo que no puede estimarse el delito de estafa y procede la absolución del acusado, con todos los efectos inherentes.

SEGUNDO.— En virtud de lo establecido en los artículos 123 del Código Penal y 239 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habida cuenta del pronunciamiento absolutorio, procede declarar de oficio las costas procesales. Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO: Que debo absolver y absuelvo libremente a M del delito de estafa del que venía siendo acusado, con declaración de oficio de las costas procesales.