

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ064114

JUZGADO DE LO PENAL DE MURCIA N.º 4

Sentencia 222/2019, de 21 de junio de 2019

Rec. n.º 386/2016

SUMARIO:**Delito contra la propiedad intelectual. Concepto de «comunicación pública». Página de enlaces. Irretroactividad de la ley penal. «Seriesyonkis».**

Desde la redacción primigenia del artículo 270 referido a delitos contra la propiedad intelectual con el CP de 1995, los verbos nucleares definidores de la conducta típica sancionada penalmente en el n.º 1 del art 270, son similares, a saber, «reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente, en todo o en parte, una obra ...», si bien, antes de la reforma del Código Penal de 2015, la conducta de enlazar a otras webs con contenidos protegidos por los derechos de propiedad intelectual, no estaba sancionada penalmente. Estas webs no contenían ningún tipo de contenido audiovisual, sino que se limitaban a la publicación de los enlaces que conducían a otros servidores donde se alojaban las obras.

En el caso que nos ocupa, no se obtuvo «ninguna evidencia» de que alguno de los acusados «hubiera accedido al megaservidor para subir el contenido de alguna película cuyo enlace apareciera después alojado en su página web y no consta que ninguno de los cuatro acusados obtuviera ingresos económicos directos derivados del número de descargas» y que «los ingresos recibidos eran beneficios indirectos derivados de la publicidad aparecida en las páginas webs en forma de ventana emergente o banners».

En el periodo a que se refiere la conducta de los acusados, la jurisprudencia mayoritaria en España ha sido partidaria de considerar que la tarea de enlazar, tal como ha sido descrita, era una conducta atípica, es decir, no considerarla comunicación pública, pues sería una interpretación extensiva de lo que en el ámbito civil se consideraba por tal, no definida en el propio precepto, y que atentaría contra el principio de legalidad penal y, en concreto, contra el principio de taxatividad lo que exige que los tipos tiendan a describir las conductas de forma rígida, evitando de ese modo la discrecionalidad en el caso concreto. El concepto de «comunicación pública» es objeto de definición en el art 20 de la Ley de Propiedad Intelectual.

La interpretación Directiva 2001/29/CE (art. 3.1), en la STJUE, Sala segunda, de 13 de febrero de 2014, asunto n.º C-466/12 (NCJ058230)], base normativa de los derechos de autor de la Unión Europea, constituye un antes y un después en la interpretación del concepto de comunicación pública y de puesta a disposición, estableciéndose que el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas debe calificarse de «puesta a disposición» y, en consecuencia, de «acto de comunicación»; pero esta interpretación «no parece que deba ser aplicada a supuestos acontecidos con anterioridad, como es el caso que nos ocupa», y no constando, la existencia de actividad de las páginas por parte de los acusados con posterioridad al dictado de la sentencia del TJUE mencionada, procede la absolución de los acusados.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1996 (TRLPI), art. 20.

Ley 34/2002 (servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico), arts. 14 a 18.

Directiva 2001/29/CE (derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información), art. 3.1.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 131, 132 y 270.

Constitución Española, art. 24.2.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art 367 ter, 467, 588 sexies c), 662 y 663.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 (CEDH), art. 6.1.

PONENTE:*Doña Isabel María Carrillo Sáez.*



Magistrados:

Doña ISABEL MARIA CARRILLO SAEZ

JDO. DE LO PENAL N. 4 MURCIA

SENTENCIA: 00222/2019

Juicio Oral 386/2016

SENTENCIA

En Murcia a 21 de junio de 2019.

Vistos en juicio oral y público por la Il.tra. Sra. DOÑA ISABEL MARIA CARRILLO SAEZ, Magistrado Juez, del Juzgado de lo Penal núm. CUATRO de de esta ciudad, los presentes Autos de Juicio Oral 386/2016, dimanantes de las Diligencias Previas 4627/2009, Procedimiento Abreviado 124/2014 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Murcia por un supuesto delito contra la propiedad intelectual, figurando como acusados Edmundo , asistido del Letrado Don Carlos Sánchez Almeida y representado por la Procuradora Doña María Belén Hernández Morales, como acusado Alfredo , defendido por el Letrado Don David Maeztu Lacalle y representado por la Letrada Doña Ana Galiano Quetglás, como acusado Everardo defendido por el Letrado don Cristóbal Martell Pérez-Alcalde y representado por el Procurador Don José María Molina Molina, como acusado Federico , defendido por la Letrada Doña María Saló Azagra y representado por el Procurador Don José María Molina Molina, como responsable civil subsidiario las entidades POUSEN SL, defendida por el Letrado Don Carlos Sánchez Almeida y representada por la Procuradora Doña María Belén Hernández Morales, y la entidad BURN MEDIA SL defendida por el Letrado Don Javier Prenafeta Rodríguez y representada por la Procuradora Doña Ana Galiano Quetglás, actuando como acusaciones particulares ENTIDAD DE GESTION DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA), defendida por la Letrada Doña María de la O Suárez Pliego y representada por el Procurador Don Antonio Rentero Jover; y las entidades COLUMBIA TRISTAR HOME ENTERTAINMENT Y CIA SRC (SONY PICTURES RELEASING DE ESPAÑA SA), THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA, TWENTIETH CENTURY FOX HOME ENTERTAINMENT ESPAÑA SA, WARNER HOME VIDEO, LAUREN FILMS VIDEO HOGAR SA, MANGA FILMS, UNIVERSAL PICTURES (SPAIN) SL y PARAMOUNT HOME ENTERTAINMENT (SPAIN) SL, defendidas por el Letrado Don Carlos Aguirre de Cárcer Moreno y representadas por el Procurador Don José Miguel Hurtado López, habiendo actuado el Ministerio Fiscal representado por Don Pablo Lanzarote Martínez, en base a los siguientes.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Las presentes actuaciones parten de una investigación iniciada por el Juzgado de Instrucción nº2 de Arganda del Rey que admitió a trámite la denuncia formulada por la Productora Sherlock Films por auto de 30 de junio de 2008 . Finalmente, a requerimiento de la Fiscalía de aquella localidad se remitieron las actuaciones a Murcia, siendo el Juzgado de Instrucción nº 1 de esta ciudad quien ha llevado a cabo la Instrucción hasta su finalización, habiendo remitido la causa para enjuiciamiento y fallo a este juzgado por un presunto delito contra la propiedad intelectual.

Este Juzgado dictó auto de admisión de prueba en fecha 30 de mayo de 2017, sin fijar fecha de señalamiento a la espera de emisión del informe pericial solicitado con carácter anticipado por el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación provisional.

Con la misma fecha se dictó proveído indicando a las acusaciones particulares que el presente procedimiento se limitaría al enjuiciamiento de delito contra la propiedad intelectual y no al delito continuado contra propiedad intelectual que solicitaban por exceder de la competencia de este Órgano. Recurrido en reforma dicho auto por las acusaciones particulares, se dictó auto de fecha 25 de septiembre de 2017, desestimando el recurso por los fundamentos que contenía y acordando remitir la causa a la Audiencia Provincial para enjuiciamiento.



Remitidos los autos al Órgano Superior se dictó auto por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 11 de abril de 2018 considerando que el Órgano competente para el enjuiciamiento era el Juzgado de lo Penal por las razones que exponía y que se dan por reproducidas.

Por providencia de 19 de septiembre de 2018 se acordó señalar la fecha de enjuiciamiento, distribuyendo el mismo, por el orden y para las personas que mencionaba, en los días que constan en él, y llegada la fecha se celebró con asistencia de todas las partes.

El día 8 de abril de 2019 tuvieron lugar las cuestiones previas y los interrogatorios de los acusados, quienes se negaron a responder a las preguntas formuladas por las acusaciones particulares, respondiendo únicamente a las del Ministerio Fiscal, a la de sus Letrados y a las aclaraciones o puntualizaciones llevadas a cabo por SS^a.

El día 9 de abril de 2019 se llevó a cabo la práctica totalidad de las testificales propuestas y admitidas.

El día 10 de abril de 2019 se practicaron las pruebas periciales relativas al funcionamiento de las páginas webs objeto de autos, habiéndose llevado a cabo dicha pericial de forma conjunta con los diferentes peritos citados (tanto de los peritos propuestos y admitidos que emitieron su informe pericial en fase de instrucción como de los que propuestos con el carácter de prueba anticipada fueron admitidos, habiendo realizado el mismo), algunos de ellos a través del mecanismo de la multi videoconferencia, a los efectos de ratificación y sometimiento a contradicción de cada uno de los informes por ellos elaborados.

El día 11 de abril de 2019 se llevaron a cabo las periciales relativas a perjuicios económicos causados, tanto de las que constaban en fase de instrucción como de las elaboradas con carácter anticipado al juicio al haber sido expresamente aceptadas en el auto de admisión de prueba, pericial que se llevó a cabo también por el sistema de multi videoconferencia al tratar de realizar una pericial conjunta de extremos que fueron discutidos en el procedimiento, estando algunos peritos presentes en Sala y otros en sus respectivos lugares conectados por videoconferencia.

El día 12 de abril de 2019 tuvieron lugar las conclusiones e informes de todos los operadores jurídicos que intervinieron en el juicio y constan relatados en el enjuiciamiento, y tras la concesión y uso del derecho a la última palabra quedó el juicio visto para sentencia.

Segundo :

El Ministerio Fiscal, tras la práctica de la prueba, modificó algunas conclusiones, concretamente la primera, la segunda, la quinta y la sexta. En la primera para suprimir en la sexta línea la expresión: "y en su propio domicilio..." por "y, en ocasiones, utilizando la conexión a internet de Jaime , con domicilio en PLAZA000 nº NUM000 , NUM001 NUM002 , vecino del domicilio de un familiar del acusado"; en la primera línea de la segunda página del escrito de acusación, añadir a "ha venido poniendo ..." la expresión: "y facilitando el acceso y localización de material audiovisual..." Suprimir a continuación "facilitar enlaces para..." por "incorporar o permitir que otros incorporen enlaces...". Añade un último párrafo a los hechos para indicar que "La relación nominal de todas las películas y series vinculadas en las páginas webs y de los titulares de los respectivos derechos de propiedad intelectual, aparecen reseñadas en los folios 1154 a 1451 de la causa".

Tras esta modificación consideró a los cuatro acusados autores de un delito continuado contra la propiedad intelectual previsto y penado en el art 270 , 271 a) y 74 CP , sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal solicitando la pena, para cada uno de ellos, de tres años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, 24 meses de multa con cuota diaria de diez euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago a razón de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, y a que indemnicen conjunta y solidariamente los mismos, con la responsabilidad civil subsidiaria de las entidades Pousen SL y Burn Media SL, en la cantidad que resulta del informe pericial elaborado a su instancia por perito judicial o alternativamente en los beneficios de los acusados y sus mercantiles que resulten acreditados por ingresos de publicidad o ventas de las mercantiles a terceros.

Por vía de informe justificó la sentencia condenatoria en los siguientes argumentos:

- Quedó probado que Edmundo creó una página web para, mediante un sistema de enlaces, poner a disposición de un número indeterminado de usuarios material protegido por la Ley de Propiedad Intelectual, no haciéndolo de forma neutral sino activamente: creó un foro, estableció sinopsis de las películas, carátulas, buscador de películas...etc. La página era una herramienta idónea para poner a disposición de terceros, sin consentimiento de los titulares de los derechos, contenido audiovisual.

- Lo calificó de continuado por la persistencia en la actividad.



- Se refirió a la venta de Pousen SL por parte de Edmundo a otra sociedad, Burn Media SL, constituida para dicho fin, por una importante cantidad de dinero, sociedad de la que inicialmente formaban parte los otros tres acusados, si bien dos de ellos, tras apenas un año de funcionamiento, vendieron sus participaciones al tercer acusado, que se hizo con el control total de la sociedad.

- No se trataba de mera una web de enlaces porque el administrador de la página los crea con unos parámetros que incluyen una URL para que solo puedan ser visionadas desde su página web.

- La página estaba bien diseñada y la forma de enlazar era óptima, lo que garantizaba millones de visitas.

- El hecho de que se pudieran visionar las películas a través de otras páginas webs no restaba ilicitud a la conducta de las primeras, convirtiéndolas a todas ellas en ilícitas, siendo todas susceptibles de ser delictivas.

- Consideró que el art 270.1 ya incluía el concepto de comunicación pública, concepto no introducido por la reforma de la LO 1/2015, puesto que se trataba de enlaces que redirigían a otras páginas y se obtenía beneficio a través de la publicidad que aparecía en las mismas.

- Daba igual que fuera otra página la que permitiera acceder al contenido porque los gestores de las webs de enlaces objeto del presente procedimiento tenían el dominio funcional del hecho y la infraestructura precisa para que ello se produjera (lo que colma el concepto de cooperación necesaria).

- No se pueden amparar en la existencia de un error de prohibición ni error de tipo porque durante la instrucción del procedimiento siguieron exhibiendo los contenidos.

- El concepto de comunicación pública ya existía en la Ley de 1987 y el CP ofrecía esa acción típica desde el CP de 1995, sin ser preciso tener en cuenta la sentencia del caso Svensson para considerar que existía comunicación pública en la acción de los acusados.

- Citó algunas resoluciones de Audiencias Provinciales para las que la actividad de enlazar no era constitutiva de Delito, y otras para las que sí lo era, compartiendo el criterio de estas últimas.

- Bajo la vigencia de la redacción del art 270.1 CP, anterior a la reforma del CP operada por LO 1/2015 se colmaban las exigencias de tipicidad porque el enlace a una obra protegida propiciaba la comunicación del contenido protegido no autorizado por titulares, no siendo una forma de simplificar el acceso.

- En cuanto a la responsabilidad se refirió a la dificultad de cuantificación al no existir un sistema de valoración objetivo sino estimaciones subjetivas, bien basadas en número de películas cuyos enlaces estaban en la web o bien número de visitas de esta web. Habló de la relatividad del resultado de las periciales al no existir una efectiva comprobación del funcionamiento de todos los enlaces insertados. Finalmente se decantó por el criterio del perito designado por el Juzgado a requerimiento suyo, al ser propuesta y admitida como prueba anticipada, por considerar que era imparcial, fundado, científico, mensurable y que el perito tenía la cualificación idónea.

Tercero.

La acusación particular ejercida por EGEDA, tras la práctica de la prueba, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales e interesó la condena de los acusados como autores de un delito continuado contra la propiedad intelectual previsto en el art 270.1, 271.b) y c) en relación con el art 74 CP, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada acusado, de tres años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, 18 meses de multa con cuota diaria de seis euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, debiendo indemnizar conjunta y solidariamente en la cantidad de 546.166.421 euros o subsidiariamente, en la cantidad interesada por el Ministerio Fiscal que se remite al informe del perito judicial, con imposición de costas, incluidas las de la acusación particular, con la responsabilidad civil subsidiaria de las sociedades intervinientes.

Por vía de informe estableció los siguientes razonamientos:

- Estaba acreditada la conducta típica del art 270 CP en cuanto al concepto de "comunicación pública" que incluía la puesta a disposición del público de material a través de páginas web mediante enlaces que permitían descargas o visionado in streaming.

- Aludió a la película La Antena que se estrenó el 9 mayo de 2008 y el 14 de mayo ya estaba en la web objeto de autos.

- Los enlaces utilizaban en sus parámetros la expresión "películasyonkis" y "confirmed" que sí servían para poder acceder a megavideo, asegurándose de esa forma un tráfico enorme.

- Se trataba de una página web estructurada para esta actividad de comunicación pública: se ofrecía la posibilidad de acceder a películas, series e incluso de reciente estreno, acompañadas de comentarios, carátulas...etc.



- Solo sería necesaria la puesta a disposición sin precisar la descarga para que la conducta fuera típica, porque esta no tiene por qué ser efectiva. Por ello, con controlar número de visitas y usuarios se podía concluir afirmando que existía tal puesta a disposición.

- Aludió a que existía la posibilidad de descarga directa a través de un servidor externo que podía controlar el acusado Edmundo (al pinchar se ve la película y se ve en películasyonkis). No se visualizaba en megavideo sin el enlace de la web.

- No se aplicaría la exención de responsabilidad prevista en el art 17 de LSII para sociedades de intermediación de la información porque aquí existe un conocimiento efectivo.

- En cuanto a los perjuicios sufridos, se refirió a los beneficios obtenidos por Edmundo derivados de la publicidad y de la venta de los dominios y a lo obtenidos de la publicidad por el resto de acusados.

Cuarto.

La acusación particular ejercida por determinadas productoras enumeradas en el encabezamiento de esta resolución, tras la práctica de la prueba, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales e interesó la condena de los acusados como autores de un delito continuado contra la propiedad intelectual previsto y penado en el art 270.1, apartados a) b) y

C) y 74, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años y un día de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 24 meses de multa con cuota diaria de diez euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del art 53 CP, debiendo de indemnizar, Edmundo de 1.184.735,25 euros, con la responsabilidad civil subsidiaria de Pousen SL; Everardo y Federico, conjunta y solidariamente en la cantidad de 1.431.931,50 euros, con la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad Burn Media SL, y Alfredo en la cantidad de 3.259.869,75 euros, con la responsabilidad civil subsidiaria de Burn Media SL.

Por vía de informe aludió a los siguientes razonamientos:

- No se había negado por los acusados la existencia de enlaces, los cuales tenían contenido, tal como se dedujo de los informes policiales. De no tener contenido los enlaces, no tendría tráfico la página web.

- Aludió a la Circular FGE 8/2015 posterior a la modificación del art 270 CP por LO 1/2015 y a la sentencia Svensson. La introducción del nº 2 del art 270 como consecuencia de aquella reforma no significaba que antes no fuera punible porque jurisprudencialmente ya existía un concepto de comunicación pública.

- Los acusados no eran meros enlazadores; tenían una estructura organizada para subir más enlaces y tener más visitas, lo que heredó Burn Media SL cuando adquirió la página.

- Aludió a correos electrónicos encontrados en el PC de Edmundo, tras la entrada y registro practicada en su domicilio, en el que se evidenciaba un contacto con los colaboradores, indicándoles la existencia de un servidor nuevo o la necesidad de registro para ver la película, explicándoles cómo subir vídeos.

- Aludió a que se trataba de una "actividad colaborativa" de facilitar la subida de enlaces y el visionado.

- Daba igual que ponga o no "películasyonkis" o "confirmed" en el enlace porque eso hubiera dado la exclusividad, pero nada más.

- No era de aplicación el error de hecho o de derecho porque cuando compraron los socios de Burn Media SL a Edmundo los dominios ya conocían la existencia del procedimiento judicial presente, tal como consta en el contrato.

- En materia de perjuicios dejó en manos de la juzgadora su determinación, si bien inclinándose por la conclusión modificada respecto a la provisional, que rectificó a la baja la cantidad solicitada, considerando que el informe pericial en el que se basaba la misma era riguroso, moderado y honesto, llevado a cabo por persona con profundo conocimiento en la materia.

Quinto.

El Letrado de la defensa del acusado Edmundo elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, reiterando las cuestiones previas propuestas al inicio del juicio, y, para el caso de desestimación de las mismas solicitó sentencia absolutoria por las razones que expuso y que se dan por reproducidas. Con carácter previo en el juicio, aportó diversa documentación que quedó incorporada a las actuaciones y, tras la práctica de la prueba, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales e interés la absolución de su defendido al no existir infracción penal en su conducta.



Las cuestiones previas propuestas que no fueron resueltas inicialmente en el juicio fueron: la vulneración del derecho fundamental del art 24.2 CP a un proceso con las debidas garantías y sin dilaciones indebidas, siendo estas de tal nivel que su consecuencia jurídica, después de casi 11 años desde el inicio de la instrucción, había de ser la prescripción ya que desde la declaración del acusado el 19 de abril de 2010 hasta su primera imputación en el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado de fecha 15 de julio de 2014, habían transcurrido más de tres años, plazo de prescripción establecido entonces por la norma.

Fueron resueltas en la vista, la relativa a la ubicación del acusado el día de celebración de las pruebas periciales, al solicitar que se le permitiera estar junto al Letrado defensor para auxiliarle, si fuera preciso, en el interrogatorio al tratarse de cuestiones muy técnicas, solicitud que fue admitida y así se llevó a cabo en el momento procesal oportuno, pese a la oposición tanto de la acusación pública (alegando que ni la ley ni el usus fori admitían dicha práctica, solo prevista para el juicio de jurado, considerando improcedente la petición) como de las acusaciones particulares, por los mismos motivos.

Por vía de informe sostuvo su petición absolutoria en base a las siguientes alegaciones:

- La prueba de las acusaciones se fundaba en hipótesis de trabajo de la Guardia Civil y se había podido probar en el plenario, al faltar la web que ya no estaba operativa; no se debería juzgar una web con funcionamiento hace 10 años con ojos actuales. No se había salvaguardado la misma y no había datos objetivos de descarga de contenidos.

- Su cliente había desmentido algunas de las afirmaciones de la Guardia Civil y ello había quedado probado: las URL salían en más sitios, el incremento de posicionamiento de la web no tenía que ver con el tipo penal; la fama alcanzada derivaba de que los propios usuarios la retroalimentaban; El Sr Edmundo lo único que hizo fue programar la web; los usuarios subían contenidos de forma automatizada.

- Cuando el legislador ha querido criminalizar el software o un programa, lo ha hecho expresamente en el Código Penal, concretamente en las estafas o en la revelación de secretos, donde criminalizó programas informáticos para cometer esos delitos, pero el legislador, que tuvo su oportunidad en el año 2007 de legislar sobre este extremo, no criminalizó en esa fecha las páginas para subir enlaces.

- A su juicio hay que acudir a la legislación y jurisprudencia de aquel momento. No se puede juzgar el pasado con los ojos del presente.

- Hasta 2010 no había sentencias, y los autos de sobreseimiento en fase de instrucción eran muy numerosos, declarando los jueces que esta conducta no era delito. En 2011 con la Sentencia de la AP de Vizcaya cambió el panorama, siendo la primera sentencia condenatoria, pero en ese supuesto se detuvo a los acusados a la puerta del cine con la grabadora. Caso Divx en 2014, no se reduce a enlaces.

- Citó numerosos autos de sobreseimiento de actuaciones de numerosísimas Audiencias Provinciales.

- Refirió que su cliente no ponía los enlaces, sino usuarios de la página; citó el caso Sharemula donde aun subiendo el administrador de la página los enlaces, fue archivado. Al no subir los enlaces no había control del hecho, no había control de la acción (cuando se pone un enlace en una red social el software de la misma lo convierte en enlace "clicable" y a partir de ahí, todos los usuarios de la red social lo podían reproducir)

- Se desconocía de donde se obtuvo por la Guardia Civil la lista de películas cuyos enlaces estaban alojados en la web, porque en dicha lista las obras estaban clasificadas por productoras, lo que difícilmente podían conocer los agentes. Se trataría de una lista de origen desconocido. No existía diligencia extendida por la Fuerza actuante de cada película con enlace alojado. No se podía saber si los enlaces estaban o no operativos.

- Para el caso de condena, la responsabilidad civil debía diferirse a la vía civil porque no existían bases para su determinación (siguiendo el ejemplo de dos autos de la AP Valencia (caso Divx) de 19 de febrero de 2015 y 4 de octubre de 2016, donde había una pericial del propio perito Abelardo).

- Analizó la valoración del perito Abelardo para descartarla porque partía de unos datos que eran aleatorios. Partía concretamente de datos proporcionados por la web "valordeweb.com", sin base científica. El perito judicial elaboró su informe teniendo en cuenta como punto de partida las mismas bases y también portales de películas actuales como Netflix o HBO que no existían hacía 10 años.

Sexto.

El Letrado de la defensa de Don Alfredo también elevó, tras la práctica de la prueba, sus conclusiones a definitivas solicitando la absolución de su cliente.

Inicialmente propuso diversas cuestiones previas que fueron resueltas de inmediato en la vista. En primer lugar, la necesidad de la testifical de Ángel como titular de la empresa que le ayudó a externalizar el servicio,



quien recibió solicitudes de retirada de contenidos, que fueron atendidas de inmediato. Dicha testifical fue admitida, comprometiéndose el Letrado a traer al testigo al juicio el día de su declaración. En segundo lugar, puso en duda la personación de la acusación particular que representaba a algunas productoras, dado que inicialmente la personación de las mismas, que enumeraba, lo fue a través de la Fundación Antipiratería para después desaparecer esta con tal condición. Por SSª se consideró ajustada a derecho la personación, que podía realizarse hasta el mismo momento del juicio.

No fue resuelta inicialmente la cuestión relativa a la falta de competencia territorial del Tribunal que ya había sido propuesta durante la fase de instrucción, y cuya resolución quedó diferida a la sentencia, si bien se anticipó que quedará que se trataba de cuestión ya resuelta en aquella fase con decisión confirmada por la Ilma. Audiencia Provincial de Murcia.

Respecto al informe de las cuestiones de fondo efectuó las siguientes alegaciones:

- Que coincidía con el MF en el relato de hechos referido a la constitución en el año 2009 de una sociedad con el fin de adquirir los dominios objeto de autos, que tenían especial trascendencia o potencialidad de tráfico elevado. Tras contactar con el acusado Edmundo , concertaron precio, no habiendo intervención directa en esos contactos previos a la firma entre este y el Sr Alfredo , habiendo este firmado incluso de forma diferida.

- A su juicio no era lo mismo que un señor subiera enlaces que un señor habilitara una web en la que terceros pudieran subir enlaces.

- Su cliente atendió todos los requerimientos de retirada de material audiovisual que recibió.

- Por contra a la forma de proceder del Sr Edmundo , el cual facilitaba claves a algunos usuarios para poder subir contenidos, el Sr Alfredo liberalizó ese sistema y se permitía que cualquier usuario pudiera subirlos.

- Hoepfner era persona sin conocimientos informáticos (a pesar de ser desde el inicio el administrador de la entidad Burn Media SL), dedicado profesionalmente al mundo de la economía y finanzas, y cuando los otros dos socios (Everardo y Federico , también acusados) se desvincularon de la sociedad, contrató los servicios profesionales de la empresa de Ángel para gestión de la página.

- La pretensión inicial y posterior era darle a la página el carácter de red social y en ello trabajaron unos meses Everardo y Federico y después Ángel de forma externa.

- En el momento en que tuvo conocimiento del dictado de la sentencia Svensson y de la posibilidad de reforma del CP, vendió la sociedad y no continuó con la actividad pues podría entrar en conflicto con la legislación venidera.

- La situación se prolongó porque el Juzgado no se pronunció sobre la adopción de cierre cautelar de la página al no tener claro que los hechos fueran constitutivos de delito.

- Existía una ausencia de tipicidad en el momento de los hechos que colmó el legislador en el año 2015 pero que no podía afectar a situaciones anteriores.

- El art 270.1 CP sanciona al que comunique públicamente no al que "coadyuve"

- Los cuatro casos citados por la acusación particular referidos a "Caso Svensson", "Caso GS Media", "BestWater Intenacional" y "caso Stichting Brein", se referían a titulares que web que proporcionaban ellos mismos los enlaces. En este procedimiento el acusado permitía que terceros colocaran enlaces a películas.

- Refirió la ausencia de conciencia de antijuridicidad de la conducta a la que sería de aplicación el art 14 del CP .

- Dijo desconocer la metodología del listado aportado en el año 2010 por Guardia Civil, así como la procedencia del mismo, por lo que, a su juicio ofrecía dudas de validez. De haber sido proporcionado por FAP carecería de efectividad, al ser parte interesado en el procedimiento.

Séptimo.

La defensa de Don Ignacio llevada a cabo por el Letrado Sr. Martell, elevó a definitivas sus conclusiones, reiterando las cuestiones previas inicialmente planteadas, y solicitó la absolución de su cliente.

La cuestión previa planteada fue el quebrantamiento de derechos fundamentales, íntimamente vinculado con el derecho a un procedimiento con todas las garantías, y al principio de suficiencia de prueba de cargo. No se habían preservado las dos fuentes de prueba que existían: las propias páginas webs y el servidor. Está cuestión no se resolvió de inmediato quedando diferida a su estudio en sentencia. Es en esta resolución donde sería analizada, tanto en lo relativo a su proposición como en lo relativo a su procedencia.

En vía de informe, tras la práctica de la prueba y la elevación a definitivas de sus conclusiones provisionales, aportó las siguientes argumentaciones jurídicas:



- Principio de legalidad y tipicidad, relacionado con el principio de taxatividad del derecho penal. Analizó el concepto incluido en el art 270.1 CP de "comunicación pública" para indicar lo que debía o no incluirse en el mismo. A su juicio, ese concepto no incluía a la fecha de los hechos, el de "puesta a disposición", porque admitirlo repugnaría el principio de legalidad; sería una interpretación analógica mala partem. No se podía definir el termino comunicar analógicamente contra reo.

Cuando ha querido tipificar el legislador el favorecimiento de determinadas conductas lo ha realizado de forma expresa.

La cooperación necesaria equivale a participar en hecho ajeno y exige doble dolo: del partícipe y del acuerdo previo.

- La reforma del 2015 se realizó para incluir este tipo de conductas, pues la memoria de la FGE del año 2013 petitionó la inclusión expresa, sabedora de la jurisprudencia existente, lo que también constituía opinión doctrinal acreditada. Esta reforma criminalizó las webs de enlace expresamente y el lucro indirecto y esto no era positivización de la jurisprudencia del año 2011 (fecha en la que su cliente abandonó Burn Media SL) sino de otra posterior. En cualquier caso, sentencias posteriores dictadas como la del Juzgado de lo Penal Valencia de 24-6-2013 y AP Valencia de 20- 1-2014 se refieren a descargas directas en la web no a enlaces. Tampoco existía una jurisprudencia del TS, constituida por dos o mas sentencias, en el mismo sentido.

- La jurisprudencia desfavorable no era de aplicación retroactiva.

- En cualquier caso, su cliente podría haber incurrido en un error de tipo (no era una conducta de comunicación directa y no era delito), o de prohibición (falta de conciencia de antijuridicidad de la conducta) porque en esa fecha no era delito

- No existiría continuidad delictiva. En materia de propiedad intelectual, la propia esencia del tipo excluiría la misma y no lo habría porque las diferentes distribuciones o comunicaciones se englobarían en el concepto de unidad típica de acción.

- En materia de responsabilidad civil no sería solidaria, al ser conductas autónomas y no hablarse de coautoría entre los integrantes de Burn Media y Edmundo .

- Para la determinación del importe de la responsabilidad civil se partía por las acusaciones de ficciones e inducciones, con crítica de cada una de las que constan en actuaciones.

Octavo.

La Letrada Sra. Saló Azagra, en representación de su cliente Don Federico , con carácter previo propuso la recusación por escrito del perito Abelardo al haberse informado (sin acreditación documental alguna salvo un artículo periodístico) de que el mismo tenía una relación directa con EGEDA, ya que la sociedad Safe Creative de la que aquel formaba parte, estaba participada en un 33% por EGEDA. Fue inadmitida de plano por las razones que se expusieron y que serán después reproducidas.

En cuanto al fondo del asunto y por vía de informe efectuó la Letrada las siguientes manifestaciones:

- En cuanto a la tipicidad se refirió a un error de la Fuerza Instructora que indicó que la Película "Ladrones" estaba alojada en el servidor de la web. Se acreditó en el plenario que no era así, que el uploader era diferente al acusado y el servidor era otro. En la fecha de los hechos la conducta era atípica. Partiendo de ese error se intentó investigar el listado de películas de descarga directa y no meramente los enlaces al existir en esa época conciencia de que enlazar no era delito.

- No existía continuidad delictiva.

- Criticó las diferentes periciales económicas por los motivos que expuso.

- La Guardia Civil indicó que no era mero enlazador porque los enlaces eran exclusivos y privados, al contener parámetros de necesaria inserción para llegar al contenido de la película. En el juicio quedó acreditado que no era así.

- Analizó el funcionamiento de la página en cuanto a la inserción de enlaces y al redireccionamiento, así como de donde derivaban los beneficios obtenidos (de la publicidad).

Noveno.



En cuanto al responsable civil subsidiario Burn Media SL, defendido por Letrado diferenciado de las personas físicas que integraban la sociedad, también elevó a definitivas sus conclusiones provisionales tratando de eludir la responsabilidad de la sociedad que representaba.

A su juicio el art 17 LSII no establecía un sistema de atribución de responsabilidad sino de exención de la misma.

En cuanto a la forma de calcular el perjuicio aludió al art 140 LPI para referir las dos posibilidades de cálculo: el beneficio del infractor o la cantidad percibida por el perjudicado como remuneración, de haber autorizado el contenido. A su juicio era improcedente referirse a beneficios como cantidades percibidas con IVA. Rechazó que del análisis de las cuentas bancarias pudiera deducirse el beneficio al no existir prueba de que los ingresos registrados derivaran de publicidad de esas páginas, ya que Burn Media SL tenía otras actividades que no se han tenido en cuenta, además de no haber descontado los gastos. Expresó que no tenía claro que EGEDA tuviera legitimación para exigir responsabilidad civil (no puede reclamar derechos sobre carátulas, por ejemplo) aunque sí para ejercitar la acción penal. Aludió a que la misma gestiona dos tipos de derechos: a) los de gestión colectiva obligatoria y b) los que por mandato le confieren los productores. Aludió al art 122 LPI que remitía al 20.2 f) y g). No constaba el mandato o representación y no podía reclamar por ese concepto. Analizó también las periciales de otros peritos del juicio para demostrar o bien la falta de imparcialidad necesaria o la imposibilidad del cálculo económico.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.

La fundamentación jurídica de esta sentencia debe iniciarse con el análisis de las cuestiones previas, no resueltas en la vista inicialmente, y propuestas por las defensas.

Cuestiones previas propuestas por el Letrado Sr. Don Carlos García Almeida. Tal como se ha reflejado con anterioridad, el mismo enlazó dos cuestiones jurídicas que serán tratadas de forma conveniente. De una parte, aludió a una vulneración de derechos fundamentales, concretamente a una vulneración del art 24.2 Constitución en lo relativo a un proceso con las debidas garantías y sin dilaciones indebidas, ya que la dilación habida desde el inicio de las diligencias hasta el dictado de la sentencia (casi 11 años) es de tal calibre que enlaza directamente con la segunda cuestión previa, que es la prescripción. Según relató desde el 22 de mayo de 2008 en que se iniciaron las diligencias transcurrieron casi dos años hasta la declaración como imputado de su cliente el 19 de abril de 2010. Desde ahí hasta el dictado de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado de fecha 15 de julio de 2014, no había existido una imputación formal, y, por ello, habría transcurrido el plazo de prescripción de tres años, que era el aplicable en aquellas fechas a estos delitos. Solo se corrige la vulneración de las dilaciones indebidas por el instituto de la prescripción.

Dado traslado de las mismas al Ministerio Fiscal este respondió aludiendo a que no existía vulneración de derecho fundamental alguno porque es doctrina del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del TEDH que para que eso ocurra la dilación no ha de ser atribuible a los acusados, y en el presente procedimiento lo es, al solicitar diligencias innecesarias y haber interpuesto numerosos recursos que han dilatado el procedimiento.

Por su parte, EGEDA, en el trámite de alegaciones a esta cuestión previa manifestó que la declaración de imputado tardó en llevarse a cabo porque, tras el inicio de la investigación en mayo de 2008, se dictó auto por el Juzgado de Arganda del Rey que conoció inicialmente del procedimiento, declarando el secreto de las actuaciones en fecha 10 de septiembre de 2008. Tras la declaración del imputado (ahora investigado) se ha ido dilatando el trámite porque se trata de una causa compleja, con múltiples periciales donde entraron en el procedimiento los tres co acusados que formaron Burn Media SL una vez que se tuvo conocimiento tardío de dicha transacción.

Ningunas de las demás partes efectuó más alegaciones a lo planteado.

En lo relativo a la vulneración de un proceso con las debidas garantías y sin dilaciones indebidas hay que indicar que el art. 24.2 CE proclama "el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas", como igualmente se declara en el art. 6.1 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al afirmar que "toda persona tiene derecho a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable" y en el art. 14.3

c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York al disponer que "toda persona tiene derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas".



La jurisprudencia del TC y del TS ha venido reafirmando tal derecho constitucional a través de sentencias en las que se declara el "derecho a un proceso que se desenvuelva en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos puedan recibir pronta satisfacción". "tan notoria dilación infringe abiertamente el derecho, constitucionalmente consagrado en el art. 24.2, a un proceso sin dilaciones indebidas. El Tribunal que juzga más allá de un plazo razonable, cualquiera que sea la causa de la demora, incluso por carencias estructurales que surgen con el aumento del número de causas, está juzgando a un hombre -el acusado- distinto en su circunstancia personal, familiar y social y la pena no cumple ya o no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y de rehabilitación o reinserción social del culpable que son los fines que la justifican".

Los criterios a tener en cuenta para determinar si se han producido o no dilaciones indebidas pueden ser variados, recogiendo como tales: a) la naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas; b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo;

c) la conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso; d) el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, y e) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consideración de los medios disponibles.

La consecuencia de la apreciación de dilaciones indebidas no puede ser en ningún caso la absolución por vulneración de derecho fundamental sino la aplicación de la atenuante del art 21.6 CP , introducida por la reforma del CP operada por LO 5/2010 de 22 de junio (aun cuando algunos de los comportamientos que se juzgan en esta causa correspondan a un periodo anterior, ya que dicha atenuante se aplicaba con anterioridad a la reforma de forma analógica), que, de ser necesario, será examinada en el correspondiente fundamento jurídico.

Enlazada con la anterior circunstancia de dilación indebida del procedimiento introdujo el Letrado como cuestión previa, la prescripción de la causa , al haber transcurrido mas de tres años desde que su cliente declaró como imputado hasta la imputación formal del mismo en el auto de transformación en procedimiento abreviado. Tal como se deduce de la declaración de hechos probados, la venta de los dominios objeto de autos por parte del acusado Edmundo en calidad de administrador de Pousen SL a Burn Media SL se perfeccionó en contrato privado de 10 de abril de 2010, afectándole, pues, en cuanto a prescripción del hecho punible la legislación vigente en ese momento. El art 131 del CP que regula la prescripción de los delitos fue modificado por LO 5/2010 de 22 de junio que entró en vigor a los seis meses de su publicación, y preveía como plazo de prescripción para los delitos, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de tres años y que no exceda de cinco, la de cinco años. Para los restantes delitos el plazo era de tres años. En esa época el art 270.1 que contemplaba la conducta objeto de acusación tenía prevista una pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses. No obstante, la modalidad agravada del art 271 CP , cuando revistiera especial interés económico, preveía una penalidad de prisión de uno a cuatro años e igual multa. A la vista de ello, el plazo de prescripción no podía ser el de tres años sino el de cinco años. Pero aun contemplando solo el tipo básico tampoco se podría estimar la prescripción porque entre la declaración de imputado del acusado y el auto de transformación de la causa en procedimiento abreviado se han practicado múltiples diligencias de instrucción que producen el efecto interruptivo de la prescripción previsto en el artículo 132.CP . Este último precepto también fue alcanzado por la reforma indicada, que fijaba como causa de interrupción, el que el procedimiento se dirigiera contra el culpable, explicando a continuación lo que había de entenderse por tal, concretamente cuando se dictara resolución judicial motivada en la que se atribuyera su presunta participación en un hecho que pudiera ser constitutivo de delito o falta. Hubo un periodo en el que alguna Audiencia Provincial estimó la prescripción del asunto sobre la base de la argumentación de que el auto de incoación de diligencias previas, si carecía de motivación, no podía entenderse como resolución a los efectos de interrupción. Si la primera resolución judicial motivada era el auto de transformación en procedimiento abreviado, la fecha del mismo debía ser considerada como dies ad quem a tener en cuenta para ver si habían transcurrido los plazos. No obstante , el TS zanjó esta cuestión en diferentes resoluciones, y concretamente, en la de 20 de noviembre de 2014 dictada contra una auto de prescripción dictado por la Audiencia Provincial de Murcia en el asunto conocido como "Valeo", en los siguientes términos: "En consecuencia, admitida judicialmente la querrela, e incoada una causa penal contra el querrellado, por su participación en los hechos que se le imputan en la misma, la prescripción queda interrumpida y no se requiere un auto adicional de imputación formal". Las diferentes diligencias de instrucción llevadas a cabo con contenido procesal y preciso para la investigación (no inocuas) son igualmente interruptivas del plazo de prescripción. No existe ningún periodo de paralización que abarcara los tres años precisos para la prescripción de la conducta del tipo básico. Así pues, los hechos no están prescritos.



Cuestión previa propuesta por el Letrado de Don Alfredo , referida a la falta de competencia territorial.

Indicar en relación al mismo que la falta de competencia territorial ya fue alegada en fase de instrucción, concretamente el 4 de noviembre de 2011 (F. 1744 y ss Tomo VI), informó sobre la misma el MF oponiéndose a ella, tal como consta en F. 1756 y fue resuelta por auto de 4 de mayo de 2012, desestimándola, auto que no fue recurrido.

Fue propuesta de nuevo y desestimada por auto de 26 de marzo de 2014 (F 2576).

Planteada de nuevo, fue rechazada por auto de 26 de mayo de 2015 por el Juzgado Instructor y recurrido en apelación el mismo fue resuelto por la Audiencia Provincial que desestimó el recurso confirmando la competencia de los juzgados de Murcia para el conocimiento de la causa. Así pues, resuelta por la Superioridad y no habiéndose planteado nada nuevo en relación a la misma que motivara nuevo pronunciamiento, es procedente desestimar dicha petición como ya fue adelantado en el plenario.

Por esta misma defensa se planteó también como cuestión previa la falta de legitimación de quien aparecía representado en juicio por el Procurador Don José Miguel Hurtado y defendido por el Letrado Don Carlos Aguirre de Cárcer. La personación de dicha acusación particular controvertida se produjo por escrito presentado el 25 de noviembre de 2009 y obrante al Folio 678 y ss. (tomo III), personación en nombre de la Federación Antipiratería (Columbia Tristar Entertainment y otras), aportando un poder otorgado a favor de determinadas entidades y de ADESE (Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento), personación que fue admitida por providencia de 1 de diciembre de 2009 (F 760). El escrito de acusación es presentado por todas ellas si bien no se menciona "integradas en la Federación antipiratería". No obstante, admitida su personación hasta ese momento, no cabe duda su cualidad de acusación particular.

Cuestión previa propuesta por el Letrado Don Cristóbal Martell: se refirió al quebranto de derechos fundamentales, concretamente al de un procedimiento con todas las garantíasconectado con la falta de prueba de cargo suficiente. A su juicio existían dos fuentes de prueba en el presente procedimiento, a saber, la página web y el servidor, que no fueron preservados por las Fuerzas de Seguridad que llevaban la investigación ni por el Juzgado Instructor. La prueba digital ha de ser traída a juicio con los correspondientes parámetros de autenticidad e inalterabilidad, y en términos tales que posibilite la defensa con contradicción de dicha prueba. A su juicio, según expuso, la preservación de la prueba no es algo novedoso, ya existía en la legislación a propósito de los delitos contra la salud pública y había sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales. El art 367 ter de LECRIM obligaba a preservar la prueba tratándose de delitos contra la salud pública, con obligación de conservación de las muestras mínimas e imprescindibles que, conforme a criterios científicos, resulten necesarias para realizar ulteriores comprobaciones o investigaciones... La reforma operada en la LECRIM por L.O 1/2015 de reforma del CP, introdujo en la Disposición Final 2. Apartado 3 un nuevo número 3 en el citado artículo con el siguiente tenor literal: "Lo dispuesto en los dos apartados anteriores será también aplicable a los efectos intervenidos en relación con la comisión de delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Podrá igualmente procederse a su destrucción anticipada una vez que tales efectos hayan sido examinados pericialmente, asegurando la conservación de las muestras que resulten necesarias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones, salvo que la autoridad judicial acuerde mediante resolución motivada su conservación íntegra en el plazo de un mes desde la solicitud de destrucción". Además, se refirió al art 588 sexies c) 1 introducido por la LO de reforma de la LECRIM 13/2015 de 15 de octubre, ubicado en el Capítulo del Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. Ese precepto establece que la resolución que acuerde el registro, además de fijar los términos y alcance del mismo, podrá autorizar la realización de copias de los datos informáticos. Fijará también las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y garantías de su preservación, para hacer posible, en su caso, la práctica de dictamen pericial.

Relató que se trataban ambos preceptos de normas introducidas en el año 2015, de carácter procesal, y aun siendo de aplicación el principio de irretroactividad de la reforma procesal, se trata a su juicio de derechos fundamentales, los que es necesario preservar, y en esa materia no se debe dilucidar si la norma es o no retroactiva sino si se han afectado o no derechos fundamentales. A su juicio existían a la fecha de los hechos técnicas y mecanismos para preservar la prueba. En materia de volcado, estaba la técnica de la copia gemela; pero en el supuesto de autos no se ha realizado volcado del servidor para llegar a garantizar las afirmaciones contenidas en los escritos de acusación. Para preservar la página web existen programas que garantizan la autenticidad de la veracidad de un pantallazo o de una navegación, programas que ya existían a la fecha de los hechos, a modo de copia de la página web que posibilitaban navegar como se hacía en esas páginas.

Dado traslado en el acto de dicha cuestión previa al Ministerio Fiscal refirió que se trataba de una cuestión de fondo a resolver en sentencia, sobre suficiencia y objeto de prueba. A su juicio no era posible preservar y además en ningún momento se anunció la necesidad de contrapericial por la defensa, argumentos que fueron



compartidos por las otras dos acusaciones particulares. Dicho argumento fue también reiterado en vía de informe. La defensa del acusado Don Edmundo manifestó que la acusación lo dijo en su escrito de calificación que quería preservar, pero no se llevó a cabo. El Letrado de la defensa Don David Maeztu además añadió que la Ley define lo que es firma electrónica y documento electrónico y los pantallazos aportados por la Fuerza Instructora, no reunían estas características. Citó la sentencia del TS de 19 de abril de 2015 en la que se analizaba el valor de los pantallazos. La Letrada Doña María Saló Azagra insistió en la vulneración de derechos fundamentales y en que la labor efectuada fue de bloqueo y no de preservación de prueba.

La resolución jurídica de la cuestión previa planteada obliga a considerar que efectivamente la preservación de la prueba y, más concretamente, la falta de preservación de prueba tecnológica tendrá repercusión a la hora de la valoración de la que verdaderamente consta en autos sin las debidas garantías. Comparte la juzgadora el dato de que la falta de preservación ha impedido conocer no solo la autenticidad de lo aportado sino otros muchos datos, de relevancia para la causa, que hubieran podido reconducir la misma en un sentido u otro. La falta de preservación del servidor ha impedido conocer quién era el uploader que había colocado el enlace en el mega servidor y lo había aportado a las páginas objeto de autos, si lo era alguno de los acusados, si realmente la página tenía o no alguna forma automatizada de inserción de enlaces una vez facilitados por los colaboradores o por los uploaders, la programación de la misma...etc. El TS a propósito de los pantallazos de programas de mensajería instantánea ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el valor de los mismos cuando son aportados como prueba, indicado la STS 300/2015 de 19 de mayo, recurso 2387/2014 , que la posibilidad de manipulación de archivos digitales determina que puedan ser impugnados cuando son aportados mediante archivos de impresión, desplazando la carga de la prueba a quien pretende aprovechar la idoneidad probatoria; en el mismo sentido STS 319/2018 de 28 de junio, Rec 2266/2017 , donde reitera que los pantallazos no son propiamente documentos a efectos casacionales.

No se trata tanto de vulneración de derechos fundamentales con la falta de preservación aludida, sino de cautelas a la hora de valorar la prueba que reúna esas características y que no haya sido debidamente preservada.

La preservación hubiera permitido asegurar la permanencia y acceso al contenido de los documentos digitales a lo largo del tiempo, con independencia de su soporte, formato o sistema.

Se aludió por el Ministerio Público a que no se había solicitado durante la instrucción una contra pericial que hubiera obligado a adoptar medidas de preservación; sin embargo, ello no es óbice para que pueda ser alegada máxime cuando el Letrado que planteó la cuestión previa se personó en el procedimiento ya abierto el juicio oral y con la instrucción concluida. De hecho, solicitó ya en el escrito de defensa, como prueba anticipada, una pericial sobre funcionamiento de las páginas web, entre otras, que fue admitida y llevaba a cabo, encontrándose la misma con el obstáculo de que las páginas ya no funcionaban, tampoco el mega servidor, ni se disponía de datos del servidor Comvive donde se alojaba la página, por lo que tal como indicó el perito, la pericial debió practicarse dando por buenos los comentarios y "pantallazos" de la Fuerza Actuante, sin poder ser objeto de verificación.

La cuestión planteada no conduce a la nulidad de lo realizado sin dicha preservación de evidencia digital, sino que formará parte de la valoración de dicha prueba y habrá de ser tenida en cuenta en los términos expuestos.

Respecto a la cuestión previa planteada por la Letrada Doña María Saló Azagra , la misma versaba sobre la recusación del perito Don Abelardo por entender que tenía interés directo en este procedimiento (causa de recusación 2ª del Art 468 LECRIM) ya que una sociedad de su entorno, de la que era Director General, concretamente Safe Creative, estaba participada por EGEDA en un 33%. La Letrada fundó dicha recusación en unas manifestaciones aparecidas en el diario "público.es" en su edición de 8 de abril de 2019 (día de inicio del presente juicio), donde se hacía constar dicha información.

Esta juzgadora rechazó la pericial por cuanto en derecho penal no resulta posible la misma cuando se trate de prueba que pueda tener lugar de nuevo en el acto del juicio oral para ser sometida a contradicción tal como expresa el art 467 de LECRIM . Si no pudiera tener lugar, es cuando podría admitirse aquella, recusación que está ubicada en los artículos destinados a las pruebas en fase de instrucción y no en fase de enjuiciamiento. Considera la juzgadora que el perito recusado es un perito de parte y no un perito judicial, y que, por tanto, su pericia - aun siendo cierto lo que el periódico publicaba- habrá de ser valorada con cautela en atención a que posiblemente favorecerá los intereses de quien le ha propuesto.

No se ha acreditado en la causa, a mayor abundamiento, que a la fecha de los hechos o de la emisión del informe pericial por el mismo, a saber, 24 febrero de 2014 (Folio 2415 y siguientes, Tomo VII) tuviera la participación societaria que se le atribuye y que está huérfana de prueba. En su declaración en el plenario, el



propio perito dijo ser Director General de Safe Creative desde octubre de 2015, fecha muy posterior a la emisión del informe, relatando que cuando elaboró el mismo no tenía ninguna relación con esa sociedad.

Tiene declarada la jurisprudencia que la parcialidad objetiva o subjetiva del perito solo adquiere relevancia constitucional cuando tiene el carácter de prueba preconstituida y no cuando puede realizarse su reproducción en el acto del juicio oral.

También prevé la posibilidad de recusación en fase de plenario el art 662 LECRIM a propósito del sumario ordinario, estableciendo un tiempo en el cual la misma ha de ser propuesta, concretamente el de tres días desde la entrega al recusante de la lista que contenga el nombre del recusado. El art 663 LECRIM, no obstante, posibilita la recusación, con posterioridad cuando la causa de la misma hubiera sido conocida después. No obstante, se reiteran los argumentos antes expuestos, fundamentadores de la denegación de trámite del incidente y sin perjuicio de la valoración de dicha pericial con las cautelas indicadas junto con el resto de prueba propuesta.

Segundo.

Comenzando con el análisis de lo que constituye el fondo del asunto y que ha sido objeto de enjuiciamiento, se hace preciso, para mayor claridad, exponer la regulación vigente a las fechas de participación presunta de cada uno de los acusados. El objetivo es analizar el marco teórico existente sobre la materia para, en fundamentos jurídicos posteriores, y apoyándose en esos razonamientos, se analice lo sucedido en el supuesto concreto de autos.

Comenzando por orden cronológico por la última de las regulaciones introducida en el art 270CP por la reforma operada en dicho texto por LO 1/2015, (con entrada en vigor el 1 de julio de 2015) el precepto, en lo que nos interesa (aunque tiene mayor extensión que la aquí reflejada), quedó redactado de la siguiente forma:

1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación 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.

2. La misma pena se impondrá a quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la información, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios.

Este segundo párrafo es de nueva incorporación respecto a la regulación inmediatamente anterior.

El texto en vigor desde el 24 de diciembre de 2010 hasta el 30 de junio de 2015, introducido por la reforma de la LO 5/2010, es el siguiente:

1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses 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.

El texto en vigor entre el 1 de octubre de 2004 y el 23 de diciembre de 2010, introducido por la reforma operada por LO 15/2003, dispone en su número primero:

1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses 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.



La redacción originaria del CP de 1995 en lo relativo a ese párrafo primero , era similar a la posterior que se acaba de transcribir.

De lo expuesto se deduce, que la redacción del párrafo primero permanece incólume desde el CP de 1995 hasta la reforma operada por LO 1/2015 en cuanto a la descripción de la conducta típica.

La reforma operada por LO 5/2010 respecto a la redacción anterior vigente desde 1 de octubre de 2004 hasta 23 de diciembre de 2010 no afectó a ese párrafo primero (tal como se ha especificado) sino a la introducción por aquella en el apartado primero de un segundo párrafo referido a los casos de distribución al por menor y sus consecuencias, conducta que no está relacionada con el caso de autos.

La única conducta de "facilitar" regulada desde el CP de 1995 hasta la LO 1/2015 en el art 270 venía referida de forma expresa a tener cualquier medio específicamente destinado a "facilitar" la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecución, en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.

Tercero.

Desde la redacción primigenia del artículo con el CP de 1995, los verbos nucleares definidores de la conducta típica sancionada penalmente en el nº 1 del art 270 , son similares, a saber, "reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente, en todo o en parte, una obra" De esos cuatro verbos voy a detener el estudio en el que es objeto de controversia, concretamente, el concepto de comunicación pública, no definido como tal en la norma penal. No estamos ante una norma penal en blanco, pues el tipo describe la conducta típica y el objeto material sobre los que estas se han de material, con expresa mención de la pena correspondiente. Ahora bien, para interpretar el contenido de estos elementos normativos del tipo? verbos nucleares, hay que remitirnos a otras disposiciones reguladoras de la materia, y en el caso concreto, a la Ley de Propiedad Intelectual aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Así lo ha interpretado también la jurisprudencia del TS (véase STS 19 de mayo de 2001). Así pues, es necesario recurrir a la normativa civil para la adecuada delimitación del injusto en el ámbito penal. ¿supone esta necesidad de complemento la absoluta correspondencia entre el concepto penal y civil del término? Para responder a ello hay que tener presente que el Derecho penal es la última ratio, y la solución pasa por recordar la vigencia de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del derecho penal. Tal y como explicita Carmen Tomás y Valiente en los "Comentarios a la reforma del CP de 2015" al referirse a los delitos contra la Propiedad Intelectual (páginas 808 y siguientes), el derecho penal no es el único que corrige determinados comportamientos que pueden ser también reclamados, bien para su cese, o bien en lo relativo a los perjuicios económicos, en vía civil. También la Ley Sinde (Ley de Economía Sostenible) arbitró un nuevo procedimiento en su Disposición Final 43 , encomendado a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, articulando un sistema de denuncia de comportamientos, cuya competencia es de la jurisdicción contencioso administrativa (véase Sentencia de la Sala de lo Contencioso de la AN de 26 de noviembre de 2014, Recurso 345/2013).

No todo concepto o conducta civil tiene su encaje exacto en el campo penal. No obstante, como se analizará a continuación, no se trata solo de una remisión a la normativa civil, pues esta a su vez está complementada con la interpretación jurisprudencial de los términos y supuestos que contempla. Ello es importante, pues en derecho penal rige como principio sagrado el principio de legalidad a cuyos límites también haremos mención.

Pero el derecho penal también está presidido por el principio de taxatividad penal que exige que los tipos tiendan a describir las conductas de forma rígida, evitando de ese modo la discrecionalidad en el caso concreto, lo que no siempre es posible sobre todo si se quiere dar entrada a posibles conductas de futura aparición que pudieran tener su encaje en el mismo, y por el principio de certeza , de manera que las consecuencias de la comisión de la conducta delictiva vengan establecidas de forma clara y precisa.

Dicho esto, de forma genérica, se ha de concretar en este caso concreto a nivel teórico. El concepto de "comunicación pública" es objeto de definición en el art 20 de la Ley de Propiedad Intelectual .

Artículo 20 *Comunicación pública:*

1. Se 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.



No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.

2. Especialmente, son actos de comunicación pública:

a) Las representaciones escénicas, recitaciones disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier medio o procedimiento.

b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás audiovisuales.

c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende la producción de señales portadoras de programas hacia un satélite, cuando la recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de entidad distinta de la de origen.

d) La radiodifusión o comunicación al público vía satélite de cualesquiera obras, es decir, el acto de introducir, bajo el control y la responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programas, destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la tierra. Los procesos técnicos normales relativos a las señales portadoras de programas no se consideran interrupciones de la cadena de comunicación.

Cuando las señales portadoras de programas se emitan de manera codificada existirá comunicación al público vía satélite siempre que se pongan a disposición del público por la entidad radiodifusora, o con su consentimiento, medios de descodificación.

A efectos de lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, se entenderá por satélite cualquiera que opere en bandas de frecuencia reservadas por la legislación de telecomunicaciones a la difusión de señales para la recepción por el público o para la comunicación individual no pública, siempre que, en este último caso, las circunstancias en las que se lleve a efecto la recepción individual de las señales sean comparables a las que se aplican en el primer caso.

e) La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.

f) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida.

Se entiende por retransmisión por cable la retransmisión simultánea, inalterada e íntegra, por medio de cable o microondas de emisiones o transmisiones iniciales, incluidas las realizadas por satélite, de programas radiodifundidos o televisados destinados a ser recibidos por el público.

g) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida.

h) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones.

i) 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 en el momento que elija.

Este apartado fue introducido en su actual redacción por el apartado tres del artículo único de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el R.D. Legislativo 1/1996, de 12 de abril ("B.O.E." 8 julio) con vigencia: 28 julio 2006

j) El acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base de datos, aunque dicha base de datos no esté protegida por las disposiciones del Libro I de la presente Ley. Introducido por la misma Ley citada en el apartado anterior y su contenido se corresponde con el de la anterior letra i) del mismo artículo

k) La realización de cualquiera de los actos anteriores, respecto a una base de datos protegida por el Libro I de la presente Ley.

Introducido por la misma Ley citada en el apartado anterior y su contenido se corresponde con el de la anterior letra j) del mismo artículo

El nº 3 se refiere a la comunicación al público vía satélite en el territorio de la Unión Europea. El nº 4 se refiere a la retransmisión por cable definida en el párrafo segundo del apartado 2.f) de este artículo, dentro del territorio de la Unión Europea.

Ninguno de estos dos últimos tiene trascendencia en la causa.

Del precepto transcrito se deduce un primer concepto de comunicación pública recogido en el apartado 1, que lo define como todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa



distribución de ejemplares, y por lo que aquí nos interesa, un segundo concepto, que concreta como una de las conductas en las que la comunicación se materializa, la recogida en el apartado i) vigente, como se ha visto, desde el 28 de julio de 2006, a saber, la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ella desde el lugar y en el momento que elija.

Precisamente la interpretación jurisprudencial de estos dos apartados relativos al concepto de comunicación pública ha dado lugar a soluciones dispares a la hora de criminalizar o no las conductas objeto de autos.

A modo de síntesis (pues se entrará en profundidad en el caso concreto en fundamentos jurídicos posteriores), lo que se trata de dilucidar es si la conducta de enlazar desde un web a otra diferente contenidos protegidos por los derechos de propiedad intelectual, (aun ofreciendo en esa web una relación ordenada y catalogada en diferentes categorías de enlaces relativos a obras audiovisuales), cuando en la web inicial no se alojan esos contenidos sino en una web diferente correspondiente a un mega servidor externo, habiendo sido alojados en este por personas diferentes de los administradores o gestores de la web enlazadora, colma o no el concepto de comunicación pública a que se refiere el tipo del art 270.1 CP , y las definiciones que de dicho concepto se realizan en la normativa civil que acaba de ser transcrita, y concretamente en el art 20.1 y 20.2 i). La jurisprudencia no ha sido pacífica en esta materia sino altamente controvertida. En el periodo a que se refiere la conducta de tres de los coacusados, a saber, años 2008 hasta 2011 la jurisprudencia mayoritaria en España ha sido partidaria de considerar que la tarea de enlazar, tal como ha sido descrita, era una conducta atípica.

Antes de entrar en el exhaustivo análisis de dicha jurisprudencia, esta juzgadora desea aclarar que el concepto de enlazar (conocido en el mundo informático como linking) es en términos inteligibles por los que no somos expertos en esa materia, la operación en virtud de la cual se vincula una página web con otra, y que permite al usuario de una página de internet saltar a otra con un contenido diferente pero relacionado, pudiendo estar localizada en el mismo sitio o servidor o en otro diferente, haciendo click en una dirección o dominio. Entre los tipos de enlaces que pudieran existir, se distinguen los de superficie o superficiales (surface links) y los de profundidad (Deep links). En los primeros se envía al usuario directamente a la página inicial de otro website. Lo importante es que existe una remisión clara a otra página y el usuario de internet es consciente de que el administrador de la primera página le enlaza con otra diferente donde se encuentran alojados realmente los contenidos, siendo posible la comprobación de la localización observando la barra de direcciones del navegador. El enlace contiene toda la información sobre donde se halla el contenido al que el usuario quiere dirigirse (la URL del mismo). Sin el enlace, el usuario no solo tendría que teclear la URL en el sitio de destino, sino que tendría primero que averiguar cuál era esa URL porque de otro modo no podría introducirla siquiera manualmente.

En los profundos, se envía directamente al usuario a un contenido específico de un sitio de internet, eludiendo la página de destino del enlace. Sería una especie de reproducción de una página ajena en página propia. Es una actividad menos transparente para el usuario que la de los enlaces superficiales.

Enlazar no es intercambiar archivos. Los enlaces (hipervínculos) son técnicas de acceso que remiten al usuario al lugar donde puede encontrarse la obra.

En el presente supuesto el perito Sr Simón indica que los enlaces objeto de autos son de superficie, mientras que la acusación particular Egeda, de soslayo, en el escrito obrante a Folio 1683 y siguientes, los califica de profundos a dichos enlaces.

En el análisis jurisprudencial que efectuaré se encuentran pronunciamientos referidos no solo a páginas enlazadoras a otras donde se pone la obra a disposición de forma no autorizada en servidores de descarga sino también en redes P2P. A diferencia de contenidos alojados en megaservidores o cyberlockers desde donde se inicia la descarga, las redes P2P son un tipo de conexión con un diseño destinado a la comunicación entre aplicaciones. Esto permite a las personas o a los ordenadores compartir información y archivos de uno a otro sin necesidad de intermediarios. No hay intermediarios: es una red de ordenadores, funcionando todos ellos simultáneamente como clientes y como servidores. Seguiré la estructura que al respecto realiza el Profesor Don Miguel Peguera Poch en su artículo denominado "Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas", si bien debidamente actualizado y sistematizado.

Procedimientos penales con autos de sobreseimiento confirmados por las Audiencias Provinciales o en los que la AP ha decretado el archivo de las actuaciones:

- Auto 528/2008 de 11 de septiembre de 2008 de la Sección 2ª de la AP de Madrid en el caso Sharamula, confirmando el auto de sobreseimiento del Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid de 28 de septiembre de 2007 . La conclusión a la que llega este auto del Juzgado de Instrucción después confirmado es a que no se realizan de



forma directa actos de comunicación pública de obras protegidas por LPI ya que no alojan en sus archivos los títulos descargados, solo favorecen esa conducta, ya que seleccionan, ordenan, e informan sobre títulos y facilitan a los usuarios que lo necesitan los medios técnicos apropiados. Se trata de actos de mera intermediación o facilitación. La Audiencia Provincial confirma manteniendo que la actividad de este tipo de páginas de enlaces no constituye comunicación pública, y no se da cabida al verbo que describe una de las acciones típicas; que los administradores de la web cumplen con las condiciones del art 17 LSII y el prestador de servicios queda exonerado de responsabilidad si cumple las condiciones del precepto (falta de conocimiento efectivo de la ilicitud de la información a la que dirige el enlace, al no haberse dictado una resolución previa declarativa de la ilicitud de los mismos) por lo que no cabe atribuirles responsabilidad.

- Auto 463/2009 de la AP de León, sección 3ª de 15 de octubre de 2009 , que confirma el auto de sobreseimiento dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Ponferrada de 31 de octubre de 2008 . Se trataba del caso portalvcd/e-mule24horas. L. Se archiva. Según su tenor literal, porque no se ha llegado a acreditar indiciariamente que fuesen los denunciados la persona o personas que hubiesen llevado a cabo algún tipo de actuación informática que pudiera estar incardinada en el tipo penal. Ello está relacionado con lo que argumentaba el Juzgado de Instrucción según el cual no constaba que los imputados fueran quienes introducían en internet el material y contenidos protegidos de propiedad intelectual, objeto de intercambio ilícito, ni que sean ellos los que realizan el intercambio, siendo solo administradores de una página web que no es ilícita, aunque algunos usuarios la utilicen para actos que sí pueden ser constitutivos de delito.

- Auto de 18 de febrero de 2010 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Alicante , que confirma el auto de sobreseimiento dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Alcoy de fecha 17 de junio de 2009 . Se trataba del caso Naidadonkey. Se concluye que los hechos no son típicos porque la página web no alojaba los archivos que contenían las obras protegidas, y, por tanto, se trata de una actividad de enlazar, la cual define como ofrecer un mero dato fáctico de un contenido que se halla en otro lugar de internet. A su juicio no concurre el elemento objetivo del tipo al tratarse de actos de selección, ordenación e información de títulos que facilitan la descarga, pero no pueden equipararse a ella, tratándose de una actividad de intermediación. Al no alojar los contenidos enlazados no hay puesta a disposición, y por tanto, no se realiza comunicación pública a los efectos del art 270 CP . Descarta también el elemento subjetivo porque no existe el ánimo de lucro entendido como ganancia directa proveniente de la actividad de enlazar, sino que provienen de la publicidad, analizando en ese sentido lo que al respecto decía la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado (en delante FGE). También alude al art 17 de LSII para excluir la tipicidad.

- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª, de 11 de mayo de 2010 que confirma un auto de sobreseimiento del Juzgado de Instrucción nº 48 de Madrid de 27 de mayo de 2009 . Es el caso cvcdgo. Se refiere a página de enlaces que remite a sistemas de intercambio P2P (diferente del supuesto de autos que nos ocupa en el presente procedimiento). Refiere, en cuanto al elemento subjetivo, que el titular de la página financia la misma a través de publicidad (banners) lo que no colma el concepto de ánimo de lucro porque no existe un lucro directo con la descarga sino beneficio indirecto. La página contiene enlaces y no archivos en su servidor, y los lugares a los que remite se encuentran dispersos en diferentes ordenadores de todo el mundo, por lo que no realiza la conducta del art 270 CP . Añade que solo podría haber castigo si la página actuara en connivencia con el servidor, lo que no se ha acreditado. Se refiere también a la circular de la FGE 1/2006 que considera atípica la conducta, citando la sentencia del caso Sharamula. Aunque reconoce la existencia de alguna jurisprudencia contraria (auto AP Murcia, Sección 5ª de 16 de septiembre de 2009 , AP Cantabria, Sección 1ª de 18 de febrero de 2008 y Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de noviembre de 2009 , refiere que la postura mayoritaria es partidaria de la atipicidad).

- Auto AP Cantabria, Sección 1ª 214/2010 de 8 de junio de 2010 que confirma el auto de archivo del Juzgado de Instrucción nº 1 de Santander de 4 de febrero de 2010 . Caso cinegratis.net. Alude a que aunque la recurrente considera que la mera facilitación de enlaces externos para acceder a contenidos protegidos integra el concepto de comunicación pública del art 270 CP , ya que los links permiten acceder a la información protegida mediante el visionado en tiempo real o bien mediante la posibilidad de descarga del archivo que la contiene, y que la conducta integra el concepto de comunicación pública del art 20.1 LPI y 20.2i) rechaza ese razonamiento y considera que la actividad es de mero favorecimiento de la comunicación, que no está expresamente tipificado en el art 270 CP . La página web no aloja contenido alguno, sino que se limita a facilitar acceso a otras páginas. Indica que no se trata tanto de aplicar el principio de intervención mínima del derecho penal sino de acudir al principio de tipicidad.

- Auto AP Huelva de 302/2010 de 1 de septiembre de 2010 que desestima el recurso de apelación contra auto de sobreseimiento del Juzgado de Instrucción nº 2 de Moguer de 13 de julio de 2009 . Caso etmusica.



Analiza si concurre el ánimo de lucro en la conducta típica para concluir que, si la conducta no reporta directamente un provecho o ganancia económica, sino que funciona como ocasión para lograrlo, no colma las exigencias del tipo subjetivos del injusto y hay que optar por la irrelevancia de la misma. Alude a que no se discute la conveniencia de sancionar este tipo de comportamientos, pero la seguridad jurídica exige que estén claramente determinados aquellos que constituyen infracción penal y, en caso de duda razonable, habrá que optar por la denotación mas limitada de la formula literaria utilizada por el precepto legal.

- Auto 202/2011 e AP Madrid, Sección 2ª de 8 de marzo de 2011 , que confirma el auto de archivo del Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid de 12 de noviembre de 2008 . Caso Spanishare. Se remite al pronunciamiento realizado el 11-9-08 en caso Sharamula el cual transcribe, concluyendo que no concurren los elementos objetivos ni subjetivos del tipo.

- Auto AP de Madrid 159/2011 de 10 de marzo de 2011, Sección 1ª, que confirma el sobreseimiento acordado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Madrid de 2 de marzo de 2010. Caso indexedonkey. Los recurrentes consideraban que la actuación llevada a cabo en esa web constituía acto de comunicación pública. Sin consentimiento de los titulares de los derechos de propiedad intelectual por el que obtenían un beneficio económico a través de la publicidad. Específicamente (y por similitud al supuesto de autos) narraban que los titulares de la web publicitaban en su página la relación y listado de una multitud de títulos de películas, ordenadas por diferentes categorías, a los que se acompaña la carátula y una breve sinopsis de la misma, publicándose al lado un código que pinchándolo pone en funcionamiento un programa de intercambio PSP - en esto difiere de nuestro procedimiento- a través del cual el usuario podía descargarse le película de sitios diferentes). Aludió a la existencia de criterios dispares y a la resolución por esa misma audiencia de un supuesto similar por auto de 27 de abril de 2010 . Vuelve a reiterar que los responsables de las páginas no realizan de forma directa actos de comunicación pública de obras protegidas por la PI ya que no alojan en sus archivos los títulos descargados. Únicamente favorecen esta conducta en la medida en que seleccionan, ordenan e informan de la forma de acceder a las páginas que, en su caso ofrecían la retransmisión de partidos, e indica que no puede apreciarse la existencia de ánimo de lucro directamente derivado de la descarga de la obra audiovisual sino indirecto de la página, por lo que falta uno de los requisitos del art 270.

- Auto 179/2011 de 15 de marzo, de la AP de Madrid, Sección 1ª, contra auto de sobreseimiento del Juzgado de instrucción nº 3 de Madrid (quien años antes y en este asunto había acordado el cierre cautelar de la página). Caso edonkeymanía. Se trataba de web de enlace de redes P2P. La inserción de anuncios la hacían los usuarios utilizando el sistema de gestión de contenidos de los sitios web. Vuelve a plantear el problema de que hay que determinar si con estas conductas se produce un acto de comunicación al público, en el sentido del art 20 LPI . Los recurrentes consideraban que lo fundamental para ello es que cualquier persona desde el lugar y momento que elija, puede acceder a la obra, y no tanto, que la página en cuestión aloje o no archivos que contienen la obra protegida, debiendo incluirse los supuestos de beneficio indirecto en el concepto de ánimo de lucro. La resolución vuelve a insistir en que la web investigada no aloja los archivos ni realiza directamente la descarga; también que la retribución que obtienen los administradores no compensa la descarga sino la publicidad derivada de la consulta de la página, con independencia de que se redirija o no a la página de descarga; que conforme a lo previsto en el art 17 de la ley 34/2002 estaría 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 que no se ha producido.

- Auto 369/2011 AP Madrid, Sección segunda de 30 de junio de 2011 , caso peliculasok, que confirma el auto del Juzgado de Instrucción nº 34 de Madrid de sobreseimiento de las actuaciones de fecha 19 de octubre de 2010 . Se trataba de la actuación conocida como streaming por la que se ponen a disposición de los usuarios que acceden a ella copias de películas de reciente estreno, posibilitando mediante unos enlaces acceder a archivos de películas que se visualizan en tiempo real. El MF estimó que ni estaban ante un acto de comunicación pública ni concurría el ánimo de lucro. Cita las favorables a la criminalización y las desfavorables, entre las que se encuentra dicha resolución. Se está (tanto en caso de enlaces de superficie, como profundos como P2P ante una actividad de intermediación sin que la página web denunciada tenga los archivos en su servidor ni realice directamente la descarga). Alude a auto AP de 27 de abril de 2010 parte de cuya fundamentación transcribe, considerando que tampoco existe ánimo de lucro directo.

- Auto 52/2012 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Álava de 3 de febrero , que revoca el auto de continuación de las diligencias como procedimiento abreviado dictado por el juzgado de Instrucción nº 2 de Vitoria-Gasteiz de 30 de junio de 2011. Caso cinetube. La página se limitaba a facilitar enlaces, sin alojar archivos ni realizar directamente la descarga, facilitando una dirección donde descargar la obra, siendo su actividad la de enlazar que es atípica.



- Auto AP A Coruña 22/2013 de 8 de enero, Sección 1ª que confirma auto de sobreseimiento dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Ferrol de fecha 24 de enero de 2011 . Caso estrenosdivx, limitesdivx, limitetracker. Tras indicar que las diligencias instructoras habían evidenciado que se trataba de una web de enlaces con programas de intercambio de archivos P2P, consistiendo la actividad de los imputados en facilitar enlaces, es decir, en facilitar una dirección donde se podía descargar la obra y no una descarga directa, entendieron que dicha conducta no era delictiva sobre la base del art 17 de la Ley de 11 de julio de 2002 , la cual niega responsabilidad a quien no tenga conocimiento efectivo del contenido ilícito, conocimiento que existirá cuando un órgano competente declarara la ilicitud de los datos ordenando su retirada o imposibilite el acceso a los mismos. Analizaba también algo ajeno al presente procedimiento como era la actividad consistente en la venta de claves para la descarga directa de obras videográficas que no será objeto de análisis.

- Auto 67/2014 de la Audiencia Provincial de León, Sección 3ª de 20 de enero de 2014 que desestima el recurso de apelación interpuesto contra el auto de sobreseimiento libre dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de León de fecha 30 de octubre de 2012 . Consideran que es atípica la conducta de creación de varas páginas web con varios dominios, una línea telefónica 906 de tarificación especial con un dialer, en las que se redirigían al usuario a otras páginas web de internet en las que se alojaban los contenidos sujetos al derecho de propiedad intelectual desde donde se efectuaban las descargas. La atipicidad deriva del hecho de que los imputados se limitaron a favorecer el acceso a otras páginas web por parte de los usuarios, donde se alojaban contenido protegidos, páginas que no se ha probado que tengan relación con los imputados. Se alude a la mayoritaria respuesta penal por parte de la jurisprudencia en estos supuestos, en el sentido de considerar que las conductas no son encuadrables en el art 270 CP . Acoge y casi reproduce el contenido del auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de marzo de 2011 . Técnicamente, quien comunica la obra es el usuario que pone a disposición de otros sus archivos. La página web investigada no alojaba los contenidos ni archivos ni realizaba directamente la descarga. La retribución que reciben los administradores que gestionan estas webs no deriva directamente de la descarga sino indirectamente de la publicidad derivada del acceso a su página, ingresos que podrían obtenerse con independencia de que hubiera o no descarga.

- Auto de 5 de junio de 2015 de la Audiencia Provincial de Girona que confirma el sobreseimiento libre decretado por el Juzgado Instructor en el asunto pordescargadirecta.com, considerando que la conducta no puede calificarse de típica porque la actividad denunciada supone favorecer o facilitar, lo que no integra ninguno de los verbos configuradores del tipo penal. Discrepa expresamente de la interpretación extensiva de la comunicación pública o puesta a disposición que efectúa la recurrente. Se refiere expresamente a la sentencia Svensson emanada del TJUE del año 2014 para afirmar que sin perjuicio de la aplicación directa del derecho comunitario y de la jurisprudencia que emane del mismo, no se pueden calificar como delito acciones que no estén previamente tipificadas, lo que conecta con el principio de legalidad.

Procedimientos penales donde las Audiencias Provinciales han dictado sentencias absolutorias:

- Sentencia 8/2005 de la Sección 7ª Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de diciembre de 2005 , que confirma la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de lo Penal nº 18 de Barcelona de 8 de septiembre de 2005 . La base de la absolución es la falta de prueba de que se pudiera producir la descarga directa desde la propia página de enlaces, no encajando la conducta del acusado en el art 270 CP . Una provisión de enlaces no era una comunicación pública.

- Sentencia 108/2015 de 10 de junio de la Audiencia Provincial de Navarra que confirma la dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Pamplona en fecha 17 de marzo de 2015 absolutoria del acusado. Caso thepiratebay.

- Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Zaragoza de 26 de junio de 2012 , caso pctorrent. Tras analizar la existencia de dos líneas jurisprudenciales una que niega y otra que afirma la tipicidad de las webs de enlaces, considera penalmente atípica dicha actividad.

- Sentencia 632/2015 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª de 17 de septiembre de 2015 que confirma la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de lo Penal nº 27 de Madrid en el asunto nuncamas.org. El Juzgado consideró que no constaba probado la forma en la que el acusado gestionaba la página web a través de la cual ponía a disposición de los usuarios enlaces para acceder a diferentes servidores donde se contenían obras protegidas, porque la elaboración de una página web en la que solo se albergan enlaces a archivos alojados en otros sitios de internet no constituiría delito alguno ni comunicación pública en los términos del art 20 LPI . Tampoco constaba acreditado el elemento subjetivo porque la descarga por los usuarios de los links era totalmente gratuita sin perjuicio de los ingresos que hubiera podido obtener por la publicidad de su web. No habiéndose desvirtuado estas alegaciones, confirma el pronunciamiento absolutorio.



Autos de Audiencias Provinciales que acuerdan seguir el procedimiento penal.

- Auto 201/2009 AP Murcia, Sección 5ª con sede en Cartagena de 16 de septiembre de 2009 que revoca el auto de archivo dictado por el juzgado de instrucción nº 4 de Cartagena de fecha 17 de abril de 2008 . Caso elitedivx. El juzgado instructor no negó la posibilidad de que la conducta enlazadora pudiera considerarse incluida en el concepto de comunicación pública del art 20.1 LPI , pero consideró que al ser el derecho penal la última ratio debía salir de aquella esfera. Para tener trascendencia penal debería la conducta, al menos, estar integrada en el catálogo del art 20.2 de la citada ley ya que lo contrario podría afectar al principio de taxatividad penal. La Audiencia no compartió el criterio y tras considerar que la conducta del enlazador pudiera ser constitutiva de delito, concluyó afirmando que era prematuro circunscribir la labor de los imputados a la mera intermediación. Indica expresamente que: "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 ". Se indica que en esas webs se pone a disposición de los usuarios los medios necesarios para la obtención de las obras protegidas y se ofrecen listados con los títulos de lo ofertado. Considera que existe ánimo de lucro porque la actividad produce abundantes beneficios derivados de la publicidad que se incrementan con el nº de visitas.

- Auto 363/2009 de 30 de septiembre de la AP de Álava que revoca el auto de archivo dictado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Álava, considerando que debe dilucidarse la cuestión en el plenario pues el informe pericial obrante, no permite, sin las oportunas aclaraciones técnicas una opinión concluyente.

- Auto 732/2009 de AP Barcelona, sección 3ª de 11 de noviembre de 2009 confirmando la continuación de las diligencias previas por los trámites del procedimiento abreviado acordada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Cerdanyola del Vallés. Caso ps2rip. Alude a la división de opiniones sobre la tipicidad de estas conductas y considera que será el juicio oral, donde con plenitud de prueba deberá dilucidarse la cuestión .

- Auto 18/2010 AP Valencia, Sección 3ª, de 8 de enero de 2010 , que revocó el auto de sobreseimiento dictado por el juzgado de Instrucción nº 3 de Mislata. Asunto divxonline. La resolución estudia el elemento subjetivo del tipo y entiende que el lucro parece estar relacionado de forma directa con la explotación publicitaria y distribución inconsentida por los titulares de los derechos de las películas que se exhibían. El principal atractivo, sin perjuicio de lo que resultara del juicio, para la captación de publicidad era la emisión del material protegido. El asunto no es equivalente al que constituye el presente procedimiento dado que en aquel se trataba de una página web donde se exhibían películas de forma gratuita, de forma directa desde la página a través del streaming, tratándose de una distribución inconsentida. Poco después el Juzgado de Instrucción volvió a sobreseer la causa por auto de 17 de mayo de 2010 por entender que en la provisión de enlaces no concurría el elemento objetivo y la AP volvió a revocar por auto 630/2010 de 26 de octubre de 2010. No califica los enlaces como comunicación pública y pone de manifiesto que "el debate está abierto ". Dado que la cuestión ofrece una complejidad fáctica y jurídica considerable considera más adecuado seguir el procedimiento hasta el juicio oral.

- Auto 499/2010 AP Madrid, Sección 2ª de 28 de junio de 2010 que confirma el auto de continuación de las diligencias previas en procedimiento abreviado del Juzgado de Instrucción nº 30 de Madrid de 22 de diciembre de 2009 . Caso zonaemule. Habla de la existencia de enlaces en la web sobre los que no se pronuncia, aunque sí hace referencia al lucro por cuanto quedó acreditado de la documental que el imputado genera ingresos y puede concurrir el tipo penal.

- Auto 551/2010 AP Alicante, Sección 7ª con sede en Elche de 20 de septiembre de 2010 que revoca el auto de sobreseimiento dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Orihuela de fecha 17 de octubre de 2008 . Caso todotorrente. La AP considera que la actividad de proporcionar enlaces sin alojar archivos ni realizar directamente la descarga constituye comunicación pública. Considera que la relación de conductas a que se refiere el nº 2 del art 20 LOPI no es cerrada o numerus clausus porque la comunicación pública puede llevarse a cabo por cualquier avance tecnológico. Considera que la actuación del denunciado no se limita a facilitar enlaces, sino que organiza y selecciona de forma activa los links suministrados por ellos mismos o por otros usuarios a través de los que se pueden descargar gratuitamente obras cinematográficas, ofreciendo listados con títulos y carátulas, poniendo en funcionamiento el programa de descarga pinchando en el enlace lo que redirige a programas P2P. Considera que existe ánimo de lucro al existir una vinculación directa entre descargas y publicidad. Los enlaces requieren un mantenimiento de la web, una actualización de su contenido y soportan gastos económicos (registro de dominio y pago de servidor), no realizándose de forma desinteresada sino con un interés económico a través de la publicidad.



- Auto 648/2011 de la AP Palma Mallorca de 20 de noviembre de 2011 que confirma el auto de abreviado dictado por el Juzgado de Instrucción nº 10 de Palma de Mallorca. Caso vagos.es. Se limita a decir que las diligencias practicadas permiten hablar de indicios suficientes para sustentar una posible participación del imputado en un delito contra la propiedad intelectual. No hay argumentación específica para ello .

Procedimientos penales donde las Audiencias Provinciales han dictado sentencias condenatorias.

- Por conformidad: ST Juzgado de lo Penal nº 1 de Logroño de 25 de noviembre de 2008, caso infopsp.
- Por conformidad: Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Vigo de 26 de enero de 2010. Caso simonfilms.tv. En este caso se posibilitaba el visionado de películas en streaming desde la página y a cambio de una remuneración económica que el usuario debía abonar para que le fuera proporcionado el acceso (caso claro de comunicación pública)
- Por conformidad: sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Vitoria de 15 de abril de 2011. Caso infektor. Además de ofrecer páginas de enlace ofrecía también servicios de pago mediante SMS, entre ellos, el de petición de links no disponibles en la web con envío del número necesario para activar programas de ordenador.
- Por conformidad: ST AP Madrid 726/2018 de 24 de octubre . La acusada subía directamente los contenidos a los servidores o ciberlockers a través de sus diferentes cuentas de usuario.
- Sin conformidad:

1. Sentencia de la AP de Vizcaya 530/2011 de 27 de septiembre , que revocó la dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Barakaldo de 11 de febrero de 2011 que había absuelto. Caso fenixp2p y mp3-es. Los acusados, administradores de las páginas, sistematizaban, ordenaban y hacían una reseña de la obra correspondiente, incluyendo los enlaces a los archivos de páginas de intercambio. Cuando el usuario accedía a ese enlace lo hacía a través de tales páginas de intercambio de archivos, pero obtenía una descarga directa de la obra en cuestión. Los acusados entraban en la página de intercambio de archivos y extraían 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. Su actuación no estaría amparada en el art. 17 L 34/2002 de 11 Julio. como prestadores de servicios en labores de intermediación, sino que está contemplada en el art. 20 LPI como un supuesto de comunicación pública que configura el tipo penal del art. 270 CP . La acción contemplada en esta sentencia difiere del supuesto objeto del presente procedimiento , pues no basta en nuestro caso hacer click en descargar en la web de enlaces para acceder directamente al contenido audiovisual, sino que dicha página redirige al megaservidor, lo que es perfectamente visible para el usuario, quien debe efectuar nuevo click en esa nueva página, para acceder al contenido protegido.

2. Sentencia Audiencia Provincial de Castellón 426/2014 de 12 de noviembre que confirma la dictada en instancia por el juzgado de lo Penal nº 4 de Castellón de 30 de octubre de 2013. Caso bajatetodo. Se ponían a disposición de los usuarios enlaces que incluían archivos de películas, series de televisión, programas o juegos de ordenador, ofrecidos para la descarga gratuita mediante el uso de programas de intercambio de archivos P2P. Tras aludir a las dos posiciones jurisprudenciales, se inclina por la que considera típicos los hechos declarados probados. Considera enlazador tanto a quien facilita el enlace como a quien incluye en sus propios contenidos de la web los directorios de otros. Considera el acto del enlazador como de cooperación necesaria respecto de la conducta de comunicación pública que realizaba, quien tenía las películas en su poder y las ponía a disposición de los usuarios sin las autorizaciones de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. Parece inducirse de su argumentación, contenida en el fundamento jurídico tercero, penúltimo párrafo, que la actividad consistía realmente en que el titular de la web entra en el sitio de intercambio de archivos, extrae del mismo un enlace a un concreto archivo, ya sea película, música u otra obra, y lo incorpora como elemento de descarga directa en su propia web, sin que aparezca en ella información alguna del tipo de intercambio, de manera que el usuario accede al contenido directamente desde la página. No se conecta con otra web sino con un contenido específico (enlaces profundos o Deep linking). Esta actividad difiere de lo acontecido en el presente procedimiento.

3. Sentencia AP Valencia 40/2014 de 20 de enero , en el mismo sentido de la anterior.

4. Sentencia Audiencia Provincial de Valencia 856/2015 de 22 de diciembre . Este supuesto difiere del que es objeto del presente procedimiento ya que además de que la página posibilitaba que el que pinchaba el



enlace fuera redirigido de forma automática a una pantalla de un programa de intercambio de archivos iniciándose la descarga, una parte de los contenidos susceptibles de descarga la proporcionaba el administrador.

5. Sentencia TS 638/2015 de 27 de octubre "Caso Youkioske ". Anula la sentencia condenatoria. No obstante, apunta a que a través de la página web se difunde el contenido de publicaciones periódicas y libros alojados. Se accede a contenidos mediante enlaces on line streaming, sin necesidad de descarga. Con posterioridad dictó la sentencia 920/2016 de 12 de diciembre , donde ya incorpora la doctrina contenida en la STJUE de 13 de febrero de 2014, caso Svensson para definir el concepto de "comunicación pública". Tal como expresa no se trata de facilitar o poner a disposición en el sentido de favorecer una obra ya publicada libremente por su autor, sino obviarlos presupuestos de uso de la obra mediante el escaneado en la web del contenido protegido -publicaciones físicas en su contenido íntegro-, mecánica de comisión delictiva muy diferente a la que es objeto del presente procedimiento.

6. Sentencia Audiencia Provincial de Madrid 409/2018 de 29 de mayo , difiere del supuesto objeto del presente procedimiento, dado que en el hecho allí enjuiciado el acusado a través de cuentas de correo electrónico gestionaba ocho servidores en el extranjero poniendo a disposición de los usuarios de los servidores los contenidos y facilitando la descarga directa de varias películas, videojuegos y obras fonográficas.

De lo expuesto se deduce que muy mayoritariamente las Audiencias Provinciales optaron por considerar la atipicidad de la conducta de las páginas enlazadoras como la que es objeto de autos, en la época en la que se realizaron los hechos objeto de este procedimiento. Solo dos resoluciones, la de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Murcia y la de la sección 7ª de la Audiencia Provincial de Alicante, efectúan argumentaciones de fondo de lo que se entiende por comunicar públicamente a los efectos del art 270.1 CP , para considerar que el contenido de aquellas páginas web colmaría ese concepto. Resoluciones posteriores al año 2014 ya han recogido para colmar el concepto la doctrina recogida en la sentencia TJUE conocida como sentencia Svensson, siendo objeto de análisis por esta juzgadora si dicha doctrina es o no aplicable a conductas anteriores a su pronunciamiento.

La remisión a la normativa civil obliga a la afirmación de que ni siquiera en dicha jurisdicción existe doctrina más o menos unánime de lo que se ha de entender por "comunicación pública". La jurisprudencia no es pacífica, tratándose de un concepto controvertido que ha dado lugar a pronunciamientos dispares incluso entre diferentes secciones de la misma Audiencia o la misma Sección. Me referiré a la ST 301/2011 Sección 15ª AP Barcelona de siete de julio , con pronunciamiento respecto de la web www.indice-web.com. Según la misma la existencia de una página web con enlaces para descargas en redes P2P u otros sitios web no infringe los derechos conferidos a los autores. El mero ofrecimiento de tales enlaces, sin almacenar ningún tipo de contenidos audiovisuales y sin intervenir en las descargas, no constituye reproducción ni comunicación pública de obras protegidas en su modalidad de puesta a disposición. La dinámica de estos enlaces del sitio [índice-web.com](http://www.indice-web.com) del demandado sería la de que, al pulsarlos, el usuario accedería a la página del servidor de gran capacidad (megaupload u otro) y, una vez allí, pulsando de nuevo, iniciaría la descarga del contenido interesado. Por tanto, la descarga del archivo se produce desde un sitio web diferente del sitio del demandado y el usuario puede advertirlo. Pese 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. (supuesto similar al que es objeto de análisis en las presentes actuaciones).

La propia Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª dictó la sentencia 83/2011 de 24 de febrero referida al sitio web elrincóndejesús.com. La parte demandante entendió que esa página llevaba a cabo actos de reproducción y comunicación pública de obras pertenecientes a su repertorio. La página contenía menús o índices de enlaces que conectaban con determinados archivos ubicados en redes p2P; se descartaba que almacenase por sí misma archivos musicales y que ofreciese la posibilidad de escucha in streaming, sin descarga. La sentencia de instancia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona consideró que está actividad no constituía reproducción, distribución ni comunicación pública. La Ley (civil se entiende) no prohíbe orientar a los usuarios de la red a fin de facilitarles, mediante índices de enlaces, la localización de las obras que luego serían objeto de intercambio. La sentencia razona que el hecho de facilitar enlaces implica un acto de colaboración en esos actos de explotación no autorizados, y esa facilitación puede calificarse como acto de comunicación pública. Viene a decir que, aunque los archivos no estén alojados en la página web analizada, las descargas se hacen desde ella o a través de ella, y por eso hay comunicación pública. En relación con quien facilita enlaces a archivos compatibles a través de redes P2P aunque contribuye indirectamente a esa infracción de derechos de propiedad intelectual no lleva a cabo directamente esos datos. No realiza ninguna reproducción y se limita a proporcionar el link. El ofrecimiento del enlace no constituye puesta a disposición del archivo.



LA ST de la Audiencia Provincial de Madrid 550/2017, Recurso 556/2015 de 4 de diciembre , estima parcialmente el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid que desestimaba la demanda civil interpuesta por determinados Productores de Música. Para la estimación parcial del recurso analiza el contenido de la sentencia Svensson y otras posteriores para concluir afirmando que la actividad de los gestores o titulares de sitios intermedios con enlaces que permiten que los usuarios del sistema de intercambio puedan localizar archivos con los contenidos que desean en los ordenadores de otros usuarios constituyen un acto de comunicación, que además es pública al ir dirigido a un público nuevo como señala la sentencia Svensson.

Cuarto.

Hasta el dictado de la STJUE de 13 de febrero de 2014 , conocida como sentencia Svensson, la jurisprudencia mayoritaria penal era partidaria de la atipicidad de la conducta relativa a las páginas de enlace que, de forma ordenada y sistematizada, acompañada de índices de enlaces y comentarios de los contenidos, redirigen a través de esos enlaces a otras páginas diferentes donde se alojan las obras protegidas por derechos de propiedad intelectual, sin que exista la posibilidad de descarga directa desde la propia web de enlaces que no aloja ningún contenido protegido. Y en el ámbito civil, los pronunciamientos habidos antes de la indicada sentencia también eran confusos, dando soluciones diferentes a casos similares, pudiendo concluir que el concepto de "comunicación pública" no era un concepto pacífico sino sometido a una amplia discusión doctrinal y jurisprudencial

Entiende esta juzgadora, que así las cosas, no puede integrarse el verbo típico "comunicar públicamente", efectuando una interpretación extensiva de lo que en el ámbito civil se consideraba por tal, al no venir definido en el propio precepto, pues se atentaría contra el principio de legalidad penal y, en concreto, contra el principio de taxatividad, si se utilizara una interpretación in malam partem para colmar de contenido el verbo nuclear.

Tal como expusieron las defensas en el juicio, este ha sido celebrado diez años después de los inicios que se les atribuyen en cuanto a actividad enlazadora en las diferentes páginas web, y ello ha provocado el que, inevitablemente por las acusaciones particulares se haya recurrido a pronunciamientos jurisprudenciales que fueron dictados con posterioridad a la actividad de las páginas objeto de autos. Las conductas típicas por las que son acusados se llevaron a cabo antes del dictado de las sentencias que han servido de soporte a la acusación, lo que lleva al planteamiento de si realmente la jurisprudencia, que no es fuente del derecho, en su labor de complementar el ordenamiento jurídico, puede ser aplicada con carácter retroactivo, máxime cuando la aplicada resuelve conceptos civiles (no penales) que deberían ser tenidos en cuenta para colmar la tipicidad de las conductas.

Siguiendo a Soledad Barber Burusco en esta materia sobre la retroactividad o no de la interpretación jurisprudencial posterior a casos anteriores, se pueden distinguir dos posturas contrapuestas; a) la mayoritaria, que rechaza la extensión de la prohibición de retroactividad de la ley desfavorable a los cambios jurisprudenciales que puedan producirse en contra del reo. Sus argumentos, en esencia, son que no puede equipararse legislación a jurisprudencia porque hacerlo atenta contra el principio de legalidad. (según Roxin, si el Tribunal interpreta una norma de modo más desfavorable para el acusado que como lo había hecho la jurisprudencia anterior, éste tiene que soportarlo pues la nueva interpretación no es una nueva punición o agravación retroactiva sino la realización de una voluntad de la ley, ya que existía desde siempre pero que solo ahora ha sido correctamente reconocida). Carece de sentido que se prohíba la retroactividad porque la jurisprudencia no es fuente del derecho y no puede crear normas; admitir lo contrario acarrearía consecuencias muy negativas al principio de legalidad. Los partidarios de esta concepción propugnan como solución para los supuestos en los que la variación jurisprudencial sorprende, el que se acuda al error de prohibición, o a la actividad legislativa que modifique la norma. b) la otra posición, que promueve la extensión de la prohibición de retroactividad de la ley a la jurisprudencia. Para los partidarios de esta postura (cítense Ruiz Antón, Muñoz Conde, Arroyo Zapatero, Maurach, entre otros), un cambio jurisprudencial agravatorio y posterior a la comisión del hecho y que además implique un cambio radical del criterio anteriormente mantenido de forma reiterada y constante, no es diferente, desde una valoración material, a la aplicación retroactiva de una ley sancionadora desfavorable. Aunque el art 9.3 CE se refiere solo a la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables, y formalmente un cambio jurisprudencial agravatorio no supone una variación legislativa en sentido estricto, en cuanto la jurisprudencia no es fuente del derecho, lo que se está ignorando al negar la prohibición de retroactividad de la variación jurisprudencial desfavorable es que el principio de irretroactividad no es más que la expresión de garantía de la seguridad jurídica



reconocida en el propio precepto, y esa seguridad se ve profundamente afectada cuando un cambio jurisprudencial da lugar, a la aplicación de la ley de forma más gravosa.

Esta juzgadora viene a compartir este segundo criterio, máxime cuando estamos hablando de materia penal donde rige el principio de taxatividad. Cuando los tipos penales precisan ser completados para darle todo su significado con normas extrapenales (civiles, administrativas o laborales), y sobre todo, cuando no basta con el contenido literal de la norma extrapenal sino con su significación jurisprudencial, es obvio, que la interpretación desfavorable para el reo, en último término, es la que va a servir para dar contenido al verbo nuclear del tipo penal, convirtiendo a la jurisprudencia, cuando los términos son controvertidos, en el verdadero definidor de la conducta típica, pues la ley estableció el precepto que ha debido de ser completado en la forma indicada. (criterio seguido en el auto AP Girona de 5 de junio de 2015) Considero que la sentencia Svensson dictada por el TJUE constituye un antes y un después en la interpretación del concepto de "comunicación pública" y de "puesta a disposición". Sintéticamente expondré que con la cuestión prejudicial planteada en este caso se solicitó del TJUE la interpretación 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. Esta Directiva constituye la base normativa en materia de derecho de autor de la Unión Europea. Su objetivo era crear un marco jurídico armonizado que fomente, mediante un mayor grado de seguridad jurídica y el establecimiento de un nivel de protección de la propiedad intelectual, un aumento de inversión en actividades de innovación. El artículo 3 de la misma establece: "1. Los Estados Miembros, establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija". La sentencia fija los siguientes criterios: 19) como se deriva del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29 para que exista un acto de comunicación, basta con que la obra se ponga a disposición de un público de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella, sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esa posibilidad; 20) el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas debe calificarse de "puesta a disposición" y, en consecuencia, de "acto de comunicación". 21) respecto al elemento de que la obra protegida debe ser comunicada efectivamente a un "público", a efectos de ese art 3.1, el término "público" se refiere a un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica un número considerable de personas; 22) un acto de comunicación como el realizado por el gestor de una página de internet mediante enlaces sobre los que se puede pulsar se dirige al conjunto de usuarios potenciales de la página que dicha persona gestiona, es decir, a un número indeterminado y considerable de destinatarios; 28) dado que no existe público nuevo, no es necesario que los titulares de los derechos de autor autoricen una comunicación al público como la del litigio principal.

No obstante quiero señalar el informe que fue emitido el 15 de febrero de 2013 por parte de la European Copyright Society (asociación integrada por académicos europeos de reconocido prestigio en materia de propiedad intelectual), sobre el caso, "Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson", al que se refiere Antonio Jesús Sánchez Rodríguez en su artículo " TJUE - sentencia de 13.02.2014, Svensson y otros-c-466/12 - "procedimiento prejudicial - aproximación de las legislaciones -derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor - directiva 2001/29/ce - sociedad de la información - armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines - artículo 3, apartado 1 - comunicación al público - concepto - enlaces de internet ("enlaces sobre los que se puede pulsar") que dan acceso a obras protegidas", publicado en la Revista de Derecho Comunitario Europeo. Según aquella, el establecimiento de enlaces de Internet propiamente no forma parte del derecho de comunicación al público reconocido a autores y demás titulares en la Directiva 2001/29/CE y que, además en ningún caso tal actividad debería quedar comprendida en la armonización que hace más de una década operó esta última en el ámbito de la propiedad intelectual a escala comunitaria. Los motivos en que basan su criterio son: a) los enlaces no dan lugar a una comunicación al público porque el establecimiento de hipervínculos no implica una transmisión de la obra, siendo dicha transmisión un requisito previo y necesario para que exista acto de comunicación al público en el sentido de la Directiva; b) aunque de conformidad con la Directiva la transmisión no fuera necesaria para que existiera un acto de comunicación al público, de acuerdo con la Directiva los derechos de los titulares solo cubren la comunicación al público de la obra y, justamente, aquello que un hipervínculo proporciona no es la obra; y c) una tercera razón no aplicable a nuestro supuesto de autos sino al caso concreto enjuiciado en la sentencia Svensson. Dicha doctrina no fue tenida en cuenta en la sentencia en los dos puntos que he transcrito.

Después de dicha sentencia se han dictado otras posteriores que vienen a mantener esta doctrina: Caso GS Media (Sentencia 7 de abril de 2016), en el que fue demandada Sanoma por publicar en su sitio web



hipervínculos a otros sitios que permitían la visualización de fotografías pirateadas (publicadas sin la autorización de su titular (la revista Play Boy) de una mujer que aparecía con habitualidad en la televisión holandesa; Caso BestWater Internacional (auto de 21 de octubre de 2014) en el que los hechos fueron los siguientes: la empresa internacional BestWater, especializada en el tratamiento y potabilización de aguas, denunció ante los tribunales alemanes que dos agentes de la competencia habían publicado en sus respectivos websites un vídeo publicitario de BestWater que, en aquel momento, se encontraba disponible en el famoso portal de vídeos Youtube. La compañía afectada, por una parte, asegura que el vídeo se subió a Youtube sin su consentimiento y, por otro lado, que la técnica de framing (o transclusión) empleada resultaba especialmente lesiva para sus intereses, dado que el vídeo se visualizaba en la página de un tercero de tal modo que parecían sus contenidos propios. El TJUE concluyó afirmando que "el mero hecho de que una obra protegida y libremente accesible en Internet se inserte en otro sitio web a través de un enlace mediante la técnica de transclusión, no puede ser considerado como "comunicación al público" en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, en la medida en que la obra en cuestión no se comunica a un nuevo público ni se divulga en un modo técnico específico diferente al de la comunicación original" y el caso Stichting Brein contra Ziggo BV y XS4AllInternet BV (sentencia de 14 de junio de 2017), en el que se pronuncia sobre la legalidad de la plataforma conocida como The Pirate Bay (TPB). El procedimiento original holandés enfrentaba a Stichting Brein, una entidad de gestión de derechos de autor, con dos proveedores holandeses de acceso a Internet (Ziggo BV y XS4ALL Internet BV), a los que se les reclamaba que bloquearan los nombres de dominio y las direcciones IP de la plataforma "The Pirate Bay". Planteada la cuestión prejudicial por el Tribunal holandés el TJUE resolvió que en circunstancias como las del litigio principal, la puesta a disposición y la gestión en Internet de una plataforma de intercambio que, al indexar metadatos relativos a obras protegidas y proporcionar un motor de búsqueda, permite a los usuarios de esa plataforma localizar dichas obras e intercambiarlas en una red entre pares (P2P), debe considerarse como un acto de comunicación pública.

Ninguno de estos casos es similar al que es objeto del presente procedimiento, aunque los razonamientos jurídicos contenidos en las respectivas resoluciones sí definen lo que se entiende por "comunicación pública", debiendo extraer consecuencias de dichas aseveraciones.

A la vista de dichas argumentaciones, la conducta de los acusados en este procedimiento integraría el concepto de comunicación pública del art 20 de LPI y podría colmar las exigencias del art 270.1 CP. No obstante, y por lo ya expuesto, considero que esta interpretación, reiterada en resoluciones posteriores del Alto Tribunal, no parece que deba ser aplicada a supuestos acontecidos con anterioridad. De hecho, después del dictado de dicha sentencia, el último de los acusados que se dedicada a esta actividad, a saber, Alfredo, vende la sociedad y los dominios y deja de ejercerla.

Quinto.

El argumento que esta Juzgadora considera como de cierre para entender que las páginas de enlace como las presentes no eran constitutivas de infracción penal hasta la reforma operada en el precepto, art 270 CP por LO 1/2015 de 30 de marzo, es la criminalización específica de las mismas en el nº 2 del indicado precepto, lo que viene coonestado directamente con el principio de legalidad penal.

Se ha indicado por las acusaciones que dicho precepto era innecesario porque a su juicio la conducta de los acusados tenía pleno encaje en el nº 1 del artículo 270 (por otra parte, el único precepto que estaba en vigor a la fecha de los hechos) y era, por ello, constitutiva de delito.

Tal como se ha expresado, en cuanto a las páginas de enlace, su sanción había sido mayoritariamente rechazada por la jurisprudencia al no entenderla incluida en ninguna de las cuatro modalidades del art 270.1 CP, excluyendo expresamente la de "comunicación pública", aun cuando se hubieran obtenido beneficios de la publicidad de dichas páginas. No había problema en considerar delictivo por entender que había comunicación pública en las webs que permitían la descarga directa de obras a cualquier usuario que a ellas accediera. Ahora están expresamente criminalizadas.

La Circular de la FGE 1/2006 especificaba en relación a estos delitos (que en cuanto al nº 1 del artículo 270 no han sufrido modificación hasta el 2015) que "En cuanto a la tipificación de la conducta de quién coloca a través de un servidor en un sitio de la Red obras protegidas sin autorización del titular de los derechos de explotación, puede incardinarse dentro de los supuestos de comunicación no autorizada, pero en este supuesto si no está acreditada ninguna contraprestación para él, no concurrirá el elemento típico del ánimo de lucro, pudiendo perseguirse esa conducta sólo como ilícito civil. Respecto del usuario que "baja o se descarga de la Red" una obra, y obtiene ésta sin contraprestación, como consecuencia de un acto de comunicación no autorizado realizado por otro, realiza una copia privada de la obra que no puede ser considerado como conducta penalmente típica. En



lo que respecta a la responsabilidad de los proveedores de servicios en la sociedad de la información, los mismos no serán responsables cuando el servicio que prestan sea el de simple intermediación, dentro de los términos que establecen los artículos 14 a 18 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico".

En cuanto al elemento del ánimo de lucro la misma establecía: "El principio de intervención mínima que rige en derecho penal debe ser tenido en cuenta para criminalizar tan sólo las conductas que lesionan más gravemente los bienes jurídicos. Es por ello, que en los supuestos en los que, en la infracción del derecho exclusivo del titular del derecho de propiedad intelectual, sólo concurre un ánimo de obtener una ventaja de carácter individual o personal, pero no un lucro comercial, la respuesta a la vulneración del derecho debe hacerse desde el ámbito de protección civil.

La interpretación del elemento subjetivo del ánimo de lucro, como lucro comercial viene avalada por dos argumentos: por un lado, el que en el ámbito del derecho comunitario el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial es homogéneo, debiendo tener presente que en el Código Penal, los tipos delictivos de los derechos de propiedad industrial exigen un ánimo de lucro comercial o industrial. Por otro lado, en la Propuesta de Directiva y de Decisión Marco del Parlamento y del Consejo, presentada por la Comisión el 12-7-2005, sobre medidas penales para asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, se contempla en su artículo 3 la obligación de los Estados Miembros de considerar delito "todas las infracciones intencionales de los derechos de propiedad intelectual a escala comercial".

La reforma, por lo que aquí nos interesa, ha modificado el nº 1 del art 270 CP al sustituir la expresión: "ánimo de lucro", por "ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto"; ha añadido junto a los verbos nucleares "reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, la acción "de cualquier otro modo explote económicamente".

Ha introducido el nº 2 de dicho precepto en los siguientes términos: " La misma pena se impondrá a quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la información, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios".

Ello evidencia que de forma expresa se ha criminalizado la conducta de enlazar ofreciendo listados ordenados y clasificados de obras, aunque los enlaces hayan sido facilitados por otros. Esta tipificación expresa evidencia que esta conducta no estaba antes sancionada, habiendo añadido también en ambos párrafos, la posibilidad de obtener un beneficio directo o indirecto, suprimiendo la expresión ánimo de lucro que parecía referirse al beneficio directo.

Si se considerara que la actividad de las páginas referidas como las que nos ocupan en la presente, estaba ya castigada con la redacción anterior, ¿para qué incluir un párrafo nuevo?

¿están ahora doblemente incluidas en el número 1 y 2? Cuestión diferente es que se hubiera explicitado qué se entiende por "comunicar públicamente" en un párrafo segundo, con menciones del tipo: "...a los efectos del párrafo anterior...". Pero en el supuesto de autos el legislador no lo ha querido así, sino que parece establecer un tipo nuevo al que impone la misma pena: "la misma pena se impondrá a quien..." con lo que parece estar describiendo una conducta típica diferenciada. Cuando el CP quiere aclarar en el mismo o consecutivo precepto algún concreto, así lo hace. Ejemplo de ello son el art 172 ter que describe las conductas que integra el tipo ; art 187, párrafo segundo según el cual "se impondrá pena...a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona... En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias..." y las enumera; o el art 238.4 y 239 en relación al concepto de llave falsa que configura el delito de robo.

Algún autor ha referido que el párrafo segundo es ley especial respecto del primero. No comparto este concepto. Entiendo que la conducta del párrafo 2 era impune antes de su inclusión en el CP. Basta para ello no solo analizar la jurisprudencia ambivalente existente en la materia y que esta juzgadora ha tratado de sintetizar, sino la propia génesis del precepto y los informes previos que por diversas entidades fueron emitidos al Anteproyecto de reforma.

Concretamente, el Consejo de Estado emitió informe a ese Anteproyecto de 27/6/2013 y en materia de propiedad intelectual y del tema que nos ocupa en relación con la criminalización o no de las páginas de enlace con anterioridad a la reforma dijo: "Se llama la atención sobre el hecho de que el desarrollo de las nuevas tecnologías digitales de la información y de las redes informáticas y la generalización en su utilización por parte de



los ciudadanos ha determinado la aparición de nuevas formas de vulneración de los derechos de propiedad intelectual que no solo dio lugar a diversas modificaciones en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, sino que en la actualidad se está tramitando un Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, lo que exigiría una coordinación de ambos anteproyectos a fin de establecer y proporcionar los instrumentos eficaces que permitan la mejor protección de los legítimos derechos de propiedad intelectual.

A este respecto, téngase en cuenta que, en líneas generales, el Derecho Penal comparado, especialmente en el ámbito europeo, sólo sanciona las conductas que supongan la copia o el plagio de las obras protegidas, cuando concurren, al menos, dos circunstancias: el ánimo de lucro y el perjuicio a terceros, donde el beneficio obtenido tenga especial trascendencia económica.

En el citado anteproyecto de la Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual objeto de tramitación, parece ser -puesto que todavía no ha tenido entrada en el Consejo de Estado- que se hace una distinción entre las situaciones en las que hay deliberadamente un uso ilícito lucrativo de la tecnología, para vulnerar los derechos de la propiedad intelectual, de aquellos que, en ningún caso, basan su actividad o modelo de negocio en vulnerar esos derechos.

Esto significaría que no todas las páginas web de enlaces atentan contra la propiedad intelectual y, por tanto, en su caso y en coherencia con el texto del anteproyecto que en materia de propiedad intelectual se está tramitando, no debería penalizarse sin más por el mero hecho de enlazar a otros sitios web, sino que deberían limitarse los tipos penales a la sanción de aquellas conductas cuya "principal actividad sea la de facilitar de manera específica y masiva la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrecen sin autorización".

El Consejo Fiscal, que también fue oído, propuso tipificar la gestión de páginas de descarga de contenido protegido.

El Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Proyecto de Real Decreto por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual de 28 de septiembre de 2011, señaló que a los prestadores de herramientas de enlaces a páginas webs, " conforme el sentir de la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia menor que ha recaído sobre el tema, no se les puede atribuir vulneración de derechos de propiedad intelectual por más que las páginas o contenidos a los que enlacen hayan sido ilícitamente subidos a la red en origen, ya que en rigor los enlazadores no estarían reproduciendo, comunicando públicamente ni efectuando en suma una conducta que pueda ser calificada de explotación de los derechos de propiedad intelectual " (páginas 39 y 40). (la negrita es propia)

En la Exposición de Motivos de la Reforma, apartado XVII, se especifica: "En segundo lugar, a la conducta típica actual consistente en reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente, se añade, para reforzar así la protección que se quiere brindar, la de explotar económicamente de cualquier otro modo una obra o prestación protegida sin la autorización de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual, sustituyéndose, además, el elemento subjetivo "ánimo de lucro" por el de "ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto", con el que se pretende abarcar conductas en las que no se llega a producir un lucro directo, pero sí un beneficio indirecto. Se tipifican expresamente conductas por medio de las cuales se llevan a cabo infracciones de los derechos de propiedad intelectual de los que derivan graves perjuicios: la facilitación de la realización de las conductas anteriores mediante la supresión o neutralización de las medidas tecnológicas utilizadas para evitarlo; la elusión o facilitación de la elusión de las medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual llevada a cabo con la finalidad de facilitar a terceros el acceso no autorizado a las mismas, cuando esta conducta se ejecuta con intención de obtener un beneficio económico directo o indirecto; y, finalmente, la facilitación del acceso o localización de obras o prestaciones protegidas ofrecidas en internet en forma no autorizada. En estos casos, la orden de retirada de las obras o prestaciones objeto de la infracción dispuesta por la autoridad judicial estará referida tanto a los archivos que contengan las obras o prestaciones protegidas como a los enlaces u otros medios de localización de las mismas".

De ello se deduce que no existía una tipificación expresa de esas conductas con anterioridad y que ha sido el legislador de 2015 quien las ha criminalizado.

De hecho, cuando la norma ha querido sancionar conductas de facilitación o favorecimiento (intermediación), las ha sancionado expresamente. Sin pretender ser exhaustiva al respecto, cito a título de ejemplo, la facilitación de programas informáticos destinados a cometer estafas, sancionada en el art 248.2, b) del CP introducida por la LO 15/2003 de 25 de noviembre de reforma del CP; la facilitación o favorecimiento de la



prostitución de persona menor de edad o incapaz, redactado conforme a LO 5/2010 de 22 de junio; Facilitación, de la producción, venta, difusión o exhibición de material pornográfico: art 189.1. b); en materia de tráfico de drogas se sanciona a los que favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas (art 368.1). Antes del 2015 también se sancionaba al que directa o indirectamente favoreciera o facilitara el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas (art 318 bis)

A partir de 2015 se sanciona en el art 510 1. B) a quienes faciliten el acceso a terceras personas de escritos o cualquier otro material con contenido idóneo para fomentar o promover el odio; en el art 197bis se sanciona facilitar el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información, conducta de facilitación regulada de forma similar en el art 197 ter.

Tal como se expone en la Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2015 de 21 de diciembre, sobre los delitos contra la Propiedad Intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por ley orgánica 1/2015, la reforma efectuada por la Ley 23/2006 perseguía diversos objetivos expresamente reseñados en su propia Exposición de Motivos y entre ellos la incorporación al Derecho español 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. A través de esta Directiva la Unión Europea, a su vez, pretendía dar cumplimiento a los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de 1996 sobre Derechos de Autor y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

Añadía la Circular: "En definitiva, pese a la modificación que se operó en el art. 20 LPI en el año 2006 , no ha sido pacíficamente aceptada la relevancia penal de estas conductas. Ciertamente se han dictado algunas resoluciones judiciales que, apoyándose en la incorporación del nuevo apartado i) en el citado art. 20.2 LPI , han considerado que es típica la actividad que se realiza a través de estas páginas de enlace, pero ha de reconocerse que esta posición, hasta el momento, venía siendo minoritaria.

Las dificultades anteriormente mencionadas han determinado que el Ministerio Fiscal, en los últimos años, haya venido reclamando la tipificación expresa de la actividad de las páginas web de enlaces que facilitan intencionadamente la localización de contenidos protegidos que son puestos a disposición de los internautas de forma ilícita en la red. Con ese fin el Informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 en relación al Anteproyecto de reforma del Código Penal propuso que se incorporara en el art. 270.1 CP la conducta de "facilitar el acceso" a contenidos protegidos, comportamiento típico que se sumaría a los de reproducción, plagio, distribución y comunicación pública ". (la negrita es propia). Añade que para dilucidar si el concepto de puesta a disposición de una obra se integra en el concepto de comunicación pública, hay que tener en cuenta la interpretación dada al mismo por la sentencia Svensson. Y establece: "...la doctrina sentada en esta resolución del TJUE, ha perfilado el contenido del elemento normativo comunicación pública razonando que ha de asociarse a la concurrencia de dos elementos acumulativos: el acto de comunicación de una obra y su puesta a disposición de un público".

Dicha Circular partía pues de las dudas de tipicidad de la anterior regulación en relación con las páginas de enlace lo que dio lugar a que el Consejo Fiscal abogara por la inclusión específica de dichos comportamientos en su informe al Anteproyecto de reforma, y la interpretación que ha de darse al concepto de comunicación pública a partir de la sentencia Svensson del TJUE de 13 de febrero de 2014 , sentencia posterior a las conductas que son objeto de enjuiciamiento en el presente procedimiento.

Sexto.

Teniendo en cuenta estas consideraciones jurídicas (legales y jurisprudenciales) es preciso concretar en el supuesto de autos, la concurrencia o no de los requisitos expuestos, tras una valoración racional de la prueba practicada, que constituirá la motivación en el caso concreto del presente procedimiento.

El análisis conjunto de la prueba practicada permite extraer como conclusiones:

- Que Edmundo estuvo explotando los dominios "películasyonkis.es", "seriesyonkis.es" y "videosyonkis.es". a través de las correspondientes páginas web con dicho nombre, de las que era administrador y webmaster, desde su creación inicialmente como persona física y después a través de la mercantil Pousen SL., sociedad creada por escritura pública de 24 de febrero de 2009, con un capital social de 3.100 euros.

- En el año 2010, concretamente a través de contrato privado celebrado en Barcelona el fecha 10 de abril de 2010, Edmundo , actuando en su propio nombre y Alfredo , en representación de la entidad Burn Media SL, constituida por escritura pública de 30 de diciembre de 2009, celebraron contrato de venta de los nombres de dominio antes mencionados (con transmisión no solo del nombre sino de programación, contenido, bases de datos



y código fuente) por importe de 525.862,06 euros más IVA, lo que hacía un total de 610.000 euros, fijándose la forma de pago, donde se partía ya de la entrega de una cantidad previa a la firma del contrato, de 45.000 euros, y otra de 10.000 euros, abonando en el mes de mayo una cifra importante de 220.000 euros y el resto en cantidades aplazadas de 28.000 euros hasta 10 de abril de 2011, con cuota final de 27.000 euros en mayo de 2011. Tras el pago de la última cantidad, Edmundo se comprometía, como titular registral de los dominios, a suscribir los documentos y realizar los trámites necesarios para la plena efectividad de la compraventa. No obstante, una vez recibidos 275.000 euros se comprometía el vendedor a configurar el dominio de la forma solicitada por la compradora. Se hizo constar también de forma expresa que el comprador conocía el estado de la denuncia recibida por el vendedor el 2 de junio de 2008, y el contrato eximía al comprador de cualquier responsabilidad derivada de aquella denuncia. Se hacía constar que desde que el comprador tomara posesión de los dominios sería el único responsable de su uso.

- La sociedad Burn Media SL se constituyó por escritura pública de 30 de diciembre de 2009, con un capital social de 3006 euros representado por tres mis seis participaciones, correspondiéndole a Alfredo 1564 participaciones (52,03 %) y a Federico y Everardo , 721 participaciones (20.03%) cada uno de ellos. Se nombró administrador único a Alfredo y la finalidad de su constitución, tal como reconocieron sus integrantes en sus declaraciones como acusados, fue la adquisición de los dominios de internet objeto de autos y antes relacionados.

- Por su parte, Everardo y Federico vendieron sus participaciones en la sociedad Burn Media SL a favor de esta, representada por Alfredo , en virtud de escritura pública de 27 de mayo de 2011 (F 2279, T.7) por precio recibido por cada uno de ellos de 175.000 euros. A partir de dicha venta, la sociedad Burn Media fue gestionada en todo momento por Alfredo , titular de la totalidad de las participaciones sociales y administrador único de la misma.

- No consta acreditado en las presentes actuaciones, a pesar de que las acusaciones así lo consideraron, que tras la venta de los dominios por parte del acusado Edmundo a la entidad Burn Media, formalizada por contrato privado de 10 de abril de 2010, aquel continuara en sus funciones de web master de la página, ni en funciones de administrador de la misma, con control de contenidos subidos, retirados o forma de distribuir los mismos. Lo negaron los cuatro acusados en sus respectivas declaraciones de acusados, donde solo se refirieron a una colaboración desde el mes de abril hasta fines de julio de 2010, ya que según se ha expuesto en el contrato, la cesión de información necesaria para funcionar la página sería transmitida cuando se hubiera desembolsado por la parte compradora una importante cantidad de dinero del total del precio de venta, como así fue. No consta que, desde agosto de 2010, Edmundo tuviera relación alguna con la explotación de los dominios ni con sus ventajas económicas. Esta desvinculación también se obtiene en el procedimiento de la declaración testifical del representante de Convide Servidores SL, que era la empresa que tenía alquilado el servidor dedicado para alojar los dominios objeto de este procedimiento. Tal como reconoció en instrucción y volvió a repetir en el plenario, cuando hubo cambio de titularidad a Burn Media ya se entendía con esta entidad, fundamentalmente con Everardo y Federico (que eran los técnicos informáticos, al carecer Alfredo de dichos conocimientos, ya que su dedicación estaba residenciada en la parte económica de gestión de la sociedad). Para explicar este hecho también declaró que cuando Burn Media asumió la gestión de las paginas se produjo un traslado y se generaron nuevas claves y permisos, una vez que tuvo constancia de que la empresa saliente (Pousen SL) autorizada a ceder los datos a la entrante. También indicó que cuando se producían incidencias en las webs alojadas en el servidor, relacionadas con este, lo solucionaba, inicialmente con Edmundo a través de lo que se conoce como "soporte de solución de incidencias" (panel de soporte para ayuda). En ocasiones el sistema las detectaba automáticamente. Después de la transmisión de los dominios, dichas incidencias las solucionaba con Everardo y Federico , incluso por correo electrónico. Así pues, se puede concluir al respecto que no existe prueba de que Edmundo siguiera vinculado a los dominios que transmitió o tuviera algún tipo de control sobre los mismos. Se utilizó por las acusaciones, fundamentalmente por las particulares, que, en el aviso legal de la página, a pesar de la transmisión a Burn Media SL, seguía apareciendo el Nick Zurdo . No obstante, ello aparece explicado en las periciales llevadas a cabo, ya que se trataba del usuario que aparece por defecto.

En el informe elaborado por la Guardia Civil en el año 2008 ya aparece el "aviso legal" posteoado por Zurdo en julio de 2007, y en el informe que elabora la Fuerza Actuante en octubre de 2010 sigue apareciendo, tal como consta en el folio 978, en aviso legal y política de privacidad, la mención: "posteoado on July, 7, 2007 by Zurdo " a pesar de que el contenido se refiere a Burn Media SL, al haberse transmitido la sociedad a esta última entidad, en la fecha en que la fuerza actuante recoge el pantallazo (del que no se ha preservado la evidencia digital) que es 9/9/2010 (anexo IV del informe, Folios 1108 y siguientes). La explicación ofrecida al respecto tanto por los acusados como por los peritos que elaboraron informes periciales a sus instancias (no contradicho por la Fuerza



actuante) es que a pesar de haberse retocado el contenido del "avisto legal" tras la adquisición de los dominios por la nueva entidad, para actualizar ese dato, no se había actualizado el posteo que seguía referido a julio de 2007, cuando por razones obvias y de pura lógica tenía contenidos que pertenecían a una fecha posterior.

Dicho lo anterior, es preciso valorar el funcionamiento de la página en sus inicios y con posterioridad para conocer exactamente cual era en la misma, la actividad y función de los acusados.

El propio acusado Edmundo , reconoció ser el administrador de las páginas objeto de autos, quien había registrado los dominios y quien, en su calidad de webmaster y programador, dio funcionalidad a las páginas. Según sus propias palabras, fue quien introdujo los mecanismos precisos en las bases de datos para que de forma automatizada la página clasificara las películas, según géneros, orden alfabético, últimos estrenos y últimas películas introducidas conforme los usuarios autorizados fueran subiendo enlaces. La página disponía de una herramienta según la cual la misma asimilaba la información introducida por terceros, que los propios usuarios podían modificar. Durante su periodo de gestión se distinguían tres tipos de usuarios que pormenorizó: a) pasivos (se limitan a la mera lectura), b) los que se registran para comentar y c) los que se registran y editan con claves que él facilitaba (podían introducir enlaces, carátulas, sinopsis). Fue, sin embargo, el administrador de la página quien creó la infraestructura que determinaba su funcionamiento y que, entre otras cosas, permitía redirigir a través de los enlaces insertados por los usuarios, hasta otra ubicación diferenciada.

El mismo acusado reconoció que en la web no había contenidos sino enlaces externos, de los que él no tenía el control (el desconocía si el enlace insertado por el usuario funcionaba, o si seguía funcionando con el paso del tiempo, al no depender esta tarea de él sino de que el uploader lo hubiera o no suprimido en el megaservidor, siendo algo que podía modificarse en cualquier momento) y que redirigían a otra página. El propio Edmundo reconoció en su interrogatorio que había usuarios, por él seleccionados, que disponían de claves para introducir enlaces y editar contenidos, siendo él quien seleccionaba a los usuarios que tenían dicha condición.

Tras la venta de los dominios, los otros tres acusados relataron que, a diferencia de la mecánica de funcionamiento descrita por Edmundo , ellos no tenían usuarios privilegiados con claves o contraseñas que permitieran a estos la subida o edición de la página, sino que los usuarios registrados podían hacerlo sin necesidad de clave alguna. Durante el periodo de funcionamiento de las páginas gestionadas por la entidad Burn Media SL, serían los acusados Everardo y Federico , durante el tiempo que formaron parte de la sociedad y que ha quedado descrito supra, los que se encargaban de controlar la parte técnica de las páginas. Tras la venta de sus participaciones a Alfredo , no consta probado de forma suficiente quien asumió esas tareas, pues Alfredo , carecía de conocimientos de informática para dicho fin y no se ha probado que la empresa que aquel dijo que contrató para dicho fin, gestionada por Ángel , se ocupara de las funcionalidades de la página (solo existe como prueba la existencia de unas facturas emitidas por este a la entidad Burn Media, SL aunque se desconoce cuál fue en realidad el servicio prestado).

La falta de conocimiento de las bases de datos de estas páginas y de los códigos fuentes impide dar por probada cualquier conclusión al respecto, tanto afirmativa como negativa, en relación con las afirmaciones vertidas por los acusados. Es posible que la página hubiera sido programada por Edmundo para que en cada enlace apareciera por defecto la expresión "posteo por Zurdo ", pues no se ha probado que fuera él quien subiera directamente el enlace.

Y lo que desde luego no se ha probado es que alguno de los cuatro acusados hubiera obtenido el enlace de megavideo, directamente ellos, y lo hubieran insertado en las páginas objeto de autos.

Antes de continuar con la valoración de la prueba, y habiendo obtenido estas conclusiones que expondré también de dicha prueba, quiero dejar constancia del funcionamiento de estas páginas de enlace. Para que pudiera existir un enlace, previamente alguien debía haber subido el contenido de la película a un mega servidor o ciberlocker, proporcionándole este un enlace (código integrado por letras mayúsculas y minúsculas y unos números) que era preciso para acceder al visionado del contenido almacenado. Esta figura era conocida como uploader, y era este (y no el administrador de las páginas donde después podían incluirse estos enlaces), el que decidía si el contenido audiovisual obtenido vulnerando derechos de propiedad intelectual podía ser alojado en ese mega servidor de forma pública (cualquiera podía acceder al mismo desde ese servidor) o de forma privada, es decir, solo quien conociera el enlace podía visionar el contenido. En este último caso, que era bastante frecuente, el megaservidor, no indexaba el nombre de lo subido, de forma que solo el uploader, que conocía el enlace proporcionado por el megaservidor, podía utilizar el mismo para su visionado. El interés o ventaja económica para el uploader era evidente porque la mayor parte de esos ciberlockers, proporcionaban ventajas económicas al uploader, bien dándole más capacidad de almacenamiento (lo que le permitía alojar más contenidos) o bien abonándole alguna cantidad de dinero en función de las descargas producidas. Era este uploader el que recibía directamente el beneficio económico derivado de la colocación en el servidor del contenido



protegido por la Ley de propiedad intelectual. Y eran estos los que facilitaban los enlaces a las páginas enlazadoras - que eran varias- existentes en internet. Al uploader le interesaba facilitar el enlace al mayor número de páginas, pues si su ventaja económica dependía del número de descargas, cuanto más se difundiera el enlace, mayor posibilidad de provecho tendría. No se ha acreditado en todo el procedimiento que ninguno de los cuatro acusados fuera uploader, y de hecho en algunos de los enlaces facilitados por la Guardia Civil, concretamente en relación a las películas "Ladrones" y "Leyendas de Terramar y "La Antena", son uploaders respectivamente Chipiron , Chato y NUM009 , tratándose de personas no identificadas policialmente y que no coinciden en ningún caso con los acusados.

Era preciso el uso de estos megaservidores porque era necesaria mucha capacidad de almacenamiento que permitiera albergar el contenido de las obras que se mostraban. Desde luego, el servidor dedicado contratado por Edmundo con la empresa Comvide Servidores SL y después mantenido por Burn Media SL con la misma entidad, carecía de capacidad suficiente para alojar contenidos, pues solo disponía de 80 gigas de capacidad, lo que como mucho hubiera permitido albergar 80 películas de las más de 4000 cuyos enlaces figuraban en las páginas. Los acusados negaron que en la propia página se albergaran contenidos, pero ello vino también corroborado con la testifical del representante de Comvide Servidores SL quien dejó claro que, en el servidor dedicado con su empresa contratado, no se alojaban películas sino códigos html (enlaces), y lo dijo así en el plenario en varias ocasiones, refiriéndose en otro momento a que "no había archivos ni ficheros en las máquinas". Efectivamente lo contratado con esta empresa fue un servidor dedicado, que es una máquina en la que todos los recursos del servidor se dedican a un solo cliente, quien puede utilizar todos los recursos que la máquina admita. Explicó que solían ser contratados cuando la página web tenía muchas visitas, ya que tenían más capacidad, más memoria y más privacidad al no dividir recursos con otros clientes, que uno que no fuera dedicado, no compartías ese recurso con nadie, aunque el precio es mayor; en el caso de autos, era de los grandes, 80Gb, y su precio era de 384 euros/mes. A pesar de tener mucha menos capacidad que el mega servidor (lo que dificultaba alojar contenidos) sí que tenía mayor rapidez y fluidez, lo que era necesario para la eficacia de la página. Efectivamente este testigo no conocía exactamente lo que se alojaba, porque según sus propias palabras, solo conocía la hora de envío y recepciones de datos y las direcciones IP, pero no el contenido de lo alojado, de lo recibido y enviado. No obstante, por su conocimiento de la materia, deducía que con esa capacidad solo alojaba códigos html como se ha reflejado con anterioridad y no contenidos. La propia Fuerza Actuante, en el informe de octubre de 2010, entre sus conclusiones, F 992 expresamente establece: "dichos contenidos se encuentran alojados en servidores externos ajenos a la web, dado que la página www.peliculasyonkis.com no tiene la capacidad de almacenaje necesaria. Así, son alojados en Megavideo o servicios análogos, que tienen la capacidad necesaria para el almacenaje masivo y que, tanto el Administrador como los administradores de la web como los usuarios, pueden usar para alojar los archivos audiovisuales". En esa forma este informe desmiente lo que previamente se había consignado por la Fuerza Actuante en el informe del año 2008 según el cual: "todo parece indicar que este tipo de películas, en formato comprimido Div'x se encuentran alojadas en el propio servidor de la web objeto de estudio, toda vez que no se encuentra en el código fuente de la página ningún enlace a servidor externo alguno...". A la conclusión de que no se aloja en el servidor de las páginas web analizadas ningún contenido directo susceptible de descarga se llega también en el informe del Sr. Simón (F. 17.19) y el informe del Sr Bernardo (páginas 45 y 46 del mismo)

Puede concluir esta juzgadora afirmando que no existe constancia de que las páginas objeto de autos alojaran contenido alguno con posibilidad de descarga directa desde la página.

En este procedimiento consta la existencia de dos informes emitidos por la Guardia Civil, como Fuerza Instructora, Grupo de Delitos Telemáticos, uno fechado el 8 de octubre de 2008 (obrante a los folios 269 y siguientes) y otro de octubre de 2010, obrante a los Folios 972 y siguientes (toma IV). Entre ambos, se obtienen conclusiones contradictorias, siendo además las mismas contradictorias en la mayor parte de aspectos, con las de los informes periciales sobre funcionamiento de las páginas, obrantes en las actuaciones y practicados como prueba anticipada a instancias de las defensas; uno elaborado por Bernardo a instancias del acusado Edmundo y otro elaborado por el Señor Simón a instancia de Don Everardo , todos ellos sometidos a contradicción en el plenario de forma conjunta, habiendo arbitrado para que ello fuera posible, un sistema de multivideoconferencia. Se ha de partir del hecho de que los propios agentes policiales que depusieron como peritos al ser citados en tal calidad, a saber, Agente NUM010 (elaboró el informe de octubre de 2008) y el Agente NUM011 (elaboró el informe de 2010), manifestaron que sus informes no eran informes periciales, sino informes emitidos en el curso de una investigación y para seguir avanzando en la misma. Son los únicos con que se cuenta en la causa entonces al no existir ningún informe pericial propiamente dicho sobre funcionamiento de la página en que se basan las acusaciones particulares. Al respecto indicar que dichos agentes, que al parecer examinaron las páginas cuando



las mismas estaban operativa (ya que los informes periciales de parte se efectuaron sin poder comprobar las funcionalidades de las páginas al no estar ya operativas y tomando como base los elaborados por la Guardia Civil y las afirmaciones contenidas en los mismos) no garantizaron que la información que obtuvieron mediante el sistema de "pantallazos" fuera auténtica al no haber utilizado programas que garantizaban la realidad de lo que constataban.

A pesar de esa falta de garantía de autenticidad, por no haberse preservado su contenido, se valorará su contenido y función, cotejado con las apreciaciones que al respecto realizan los peritos de parte, y con las aclaraciones que a unos y otros se efectuaron en el plenario.

Tal como aparece en el informe de la G.Civil de los folios 972 y siguientes, se trata de páginas web con un gran número de visitas (obtenido de la herramienta de medición Alexa) que las posiciona en el nº 60 en España y en el número 1.791 a nivel global. La página se dedica a proporcionar enlaces a otras páginas que permiten en estas últimas el visionado on line, in streaming o la descarga del contenido. Para la localización de la obra a seleccionar por el usuario, la página tiene una perfecta estructura, bien diseñada, con posibilidad de seleccionar el contenido a visualizar, bien introduciendo directamente en el buscador de la parte superior el nombre de la obra concreta que se busca, o bien seleccionando a continuación, según ofrece la pantalla, lo que se desea ver: películas, series, juegos, documentales, adultas, camisetas. También se contiene en esa parte superior la posibilidad de acceso al foro de la página y a la sección "colabora". En relación a las películas, se puede obtener, haciendo click en la mención correspondiente, o elegir la deseada en el listado de películas, últimas películas, estrenos cartelera, últimas en la web o actualizadas. En la parte superior derecha existía la posibilidad de acceso de los usuarios registrados (quien al tiempo del informe eran 6.252). También al final de esa página se encontraba el "formulario de registro" donde se contenían los datos necesarios que debía proporcionar a la página el usuario para tener la condición de usuario registrado. El ser registrado (a la fecha en la que la G Civil elabora el informe en la que ya se había desvinculado de la página Edmundo) permitía, según contenido de la propia página, participar en concursos, personalizar la web acceder a secciones privadas...etc. Accediendo a la parte "colabora" (añade G Civil al Folio 977) el visitante podía facilitar al administrador de películas y onkies el vínculo de acceso a películas alojadas en servidores como Megavideo o Megaupload . Existía un comentario generado por el administrador en diciembre de 2008 en el que ponía de manifiesto los problemas que existían con megavideo y facilitaba el nombre de otros megaservidores para que "los uploaders subáis las cosas, aunque no quiere decir que no subáis a megavideo" (F. 1.065, que fue contestado por decenas de usuarios registrados, mostrando su opinión al respecto, hasta agosto de 2010. Según el informe de Guardia Civil al rellenar el formulario que permitía a los usuarios facilitar vínculos, se exigía el nombre del uploader, el del informador y el e-mail de la persona que daba el vínculo (se acepta que el uploader no coincide con el administrador y que son personas ajenas a las páginas en cuestión los que facilitan los enlaces a los contenidos protegidos por propiedad intelectual).

La selección de los enlaces deseados podía realizarse bien buscando la película, bien a través de la primera letra por la que comienza su título, bien por año - acotando las estrenadas entre determinadas anualidades- o bien por géneros. Se trataba, por tanto, de una página con una buena arquitectura informática y unas funcionalidades introducidas por su administrador que la hacían atractiva en la búsqueda de enlaces. No se convierte en delictivo el hecho del mejor o peor diseño para esa busca reclamada por los usuarios, pues el hecho de que el motor de búsqueda fuera más dificultoso, no le restaría tipicidad a la conducta. Y esa buena arquitectura es lo que permite a las páginas un mejor posicionamiento, junto con la buena velocidad de carga, buenos comentarios y un buen foro, lo que exige también tener un buen proveedor de hosting que permita hacer más competitivo el entorno on line de la web.

En definitiva, las páginas objeto de autos, según consta acreditado, eran páginas que facilitaban enlaces, proporcionados por terceras personas no identificadas en este procedimiento, los cuales redirigían a otras páginas del megaservidor que el uploader hubiera utilizado para su alojamiento, sin guardar en ellas los propios contenidos. La propia Guardia Civil, en ese informe del año 2010 (contradictorio en gran parte con el emitido en el año 2008, lo que es posible pues fue indicativo del poco valor de este primero hasta el punto de hacerlo ineficaz conforme se avanzó en la investigación) pone de manifiesto el proceso de visionado y descarga de películas (folios 984 y siguientes).

Comienza diciendo el informe que " tanto el visionado como la descarga de las películas se realizan on-line desde las páginas web www.megavideo.com y www.megaupload.com , respectivamente" y añade: "mediante " vínculos solo accesibles a través de la página PELICULASYONKIS". Explica que el visionado se produce por el método in Streaming o visionado online, redirigiendo al usuario a la página megavideo y utilizando un vinculo en el cual va incluido el identificador inequívoco y único del archivo. En el Anexo V de dicho informe (folios 1132 y siguientes) se efectúa una prueba a base de "pantallazos" y sin preservar la autenticidad de los mismos,



seleccionando la película "Pirañas 3D". Se indica que al hacer click en el enlace <http://peliculasyonkies.com7peliculas/pirana-3d-2010>, se muestra una nueva página donde se posibilita o la descarga directa o visionado on line. Escogiendo la opción de "descarga directa" aparecen en la página las diferentes opciones de descarga <http://peliculasyonkies.com7peliculas/pirana-3d-2010#dd>, proporcionando información del servidor desde donde se va a descargar, el idioma, calidad de la película y quien la sube al servidor (en el ejemplo dicho campo aparecía en blanco). En la siguiente pantalla ya aparece el enlace "privado" de Megaupload (en este caso) desde el que se puede descargar el archivo. Este es: www.megaupload.com7?s=seriesyonkis&d=E904BG77&confirmed=1. Tras introducir el código de verificación exigido y esperar un tiempo prudencial (unos 45 segundos) el archivo comienza a descargarse en el ordenador del usuario.

Se observa claramente como la página de descarga es la de Megaupload y el nombre del archivo según lo tiene indexado este es Piranha [TSScreener][Sub] Filmix.,av]. Ninguna duda le ofrece al usuario que la página desde donde se descarga no es seriesyonkis sino Megaupload en este caso. En el visionado in streaming se ofrece por la Fuerza Actuante también a través de "pantallazos" no cotejados ni garantizados, la forma en la que se consigue la misma, haciendo la prueba con la película "A scanner Sarkly", y tras seleccionarla, da la opción de redirigirte a otra página, en este caso de megavideo donde está alojada, para su visualización, y ya en megavideo te indica mediante el correspondiente signo de reproducción, la posibilidad de pulsarlo para su visionado sin descarga.

Se acompañó a dicho informe un listado de películas, cuyos enlaces en teoría estaban alojados en la página, ordenado por productora, desconociendo esta Juzgadora si los agentes que elaboraron el informe tenían conocimientos para saber ese dato y para elaborar el listado, pues al ser preguntados en el plenario de dónde fue obtenido, no dieron una respuesta contundente, no recordando si había sido objeto de elaboración propia o no.

Queda claro de la propia explicación ofrecida por la Guardia Civil que las páginas objeto de este procedimiento cuyos dominios pertenecen a los acusados no permiten la descarga directa de contenido, solo alojan enlaces convenientemente ordenados de diferentes formas para facilitar el acceso a la película que se desea, con posibilidad de realizar comentarios de las mismas, sinopsis y carátulas (no existe constancia de que los comentarios o sinopsis hayan sido introducidos por los administradores de las webs), y que para descargar o visionar se redirige a otra página diferente, que el usuario puede advertir con claridad, donde se aloja el contenido que desea ser visto. Tampoco se ha comprobado si la totalidad de títulos que aparecen en los folios 1.011 a 1.063 del informe de Guardia Civil contenían enlaces que realmente estaban operativos y funcionaban. De hecho, ninguna de esas dos películas sobre las que se efectúa la prueba, aparecen en el anterior listado contenido en esos folios.

Solo en la página 6 del informe de la Guardia Civil de octubre de 2008 (F.274) se encuentra el único indicio de que pudiera haber alguna película alojada en el propio servidor de peliculasyonkies. Se llega a esta conclusión porque no se encuentra en el código fuente (código que no ha sido aportado ni estudiado para poder ser contrastado en el plenario) de la página ningún enlace a servidor externo alguno. En el folio 276 se alude a que existía un enlace de descarga directa que redirige al visitante a la web www.peliculasonline.ch cuya dirección IP resulta ser NUM013 y que, al parecer, está alojada en Suiza, dato que se refrenda por la extensión del dominio .ch. No obstante, lo que evidencia ese comentario es que el contenido está alojado en una web externa y diferente. En el folio 277 se ve "descargar el video en formato DivX que parece ser un enlace externo, pero en la parte inferior se encuentra el enlace final del archivo: <http://www.peliculasonline.ch/ladrones.la.avi>.

En el folio 275 se encuentra información sobre quien ha sido el uploader: NUM012 y el informador el mismo. Tras el estudio que se efectúa en el informe pericial, que esta juzgadora considera de cierto rigor técnico (a diferencia del policial que contiene una afirmación o suposición carente de explicación científica en relación a las conclusiones obtenidas) en el que se trata de demostrar, tras el análisis del código fuente, si aparece alguna referencia, URL o enlace externo, llega a la conclusión de que el código fuente mostrado en el informe pericial incluye una URL a un servidor externo. Esta URL externa se pasa como parámetro a una web interna que es la que muestra el video (de la que no existe el código fuente en el informe pericial). Esta URL corresponde con la URL del informe policial, la misma estaba codificada, pero se ha podido mostrar su valor. La web www.peliculasonline.ch tenía alojado y enlazado en su propio servidor ese video, permitiendo su visualización desde su página. No existe ninguna evidencia que muestre que existe archivo de video alojado en el servidor de www.peliculasyonkies.com. El análisis del lenguaje hexadecimal que aparece si se convierte en el enlace que aparece al final en la foto del art 277 y que es una página externa a seriesyonkis. Se trata de un error del informe policial porque se dice que es un enlace interno dado que no aparece el enlace externo. A priori pudiera parecerlo, pero a veces sí que está este aunque codificado en hexadecimal como ocurre en el supuesto de autos.



Añade el informe de la Guardia Civil que "tras realizar un muestreo de varias películas alojadas en los distintos servidores que se facilitan en la web se puede apreciar que los vínculos han podido ser facilitados al Administrador de "peliculasyonkis" por usuarios registrados en la misma página y que posteriormente se han facilitado al resto de usuarios" a través del propio sitio web... Y añade: " constituyéndose estos vínculos en el único medio posible de acceso a las películas ya que la propia URL que dirige al visionado de la película contiene el nombre de la página, que es a su vez un vínculo único y la única manera de que se pueda acceder a su visionado" (la negrita y el subrayado es propio). A continuación, en el propio F 984 pone el ejemplo indicando que el enlace <http://www.megavideo/?v=Z2KYUD2B> es el típico enlace de megavideo, considerando que el identificador de la película es Z2KYUD2B, considerando que es imposible acceder desde el propio servidor de megavideo a dicha película utilizando ese identificador, siendo preciso añadirle los parámetros: <http://www.megavideo/?s=seriesyonkis&v=Z2KYUD2B&confirmed=1>. Manifiesta que solo con el redireccionamiento desde la página peliculasyonkis, y añadiéndole este parámetro y el parámetro confirmed1, se podría visualizar, no siendo posible solo con el enlace facilitado por megavideo.

Para comprobar este extremo introduce el parámetro Z2KYUD2B en el buscador de megavideo situado en la parte superior, y el resultado es infructuoso, de la misma manera que lo es la búsqueda en megavideo por el título de la película. De ahí, la fuerza actuante llega a la conclusión de que solo a través del enlace facilitado por peliculasyonkis, conteniendo los parámetros indicados, se puede ver en megavideo la película seleccionada, convirtiendo a la web objeto de autos en página imprescindible por enlace que proporciona para el acceso a la obra protegida. Sobre este extremo existe una gran discrepancia con los dos informes periciales de parte, concretamente el aportado por el perito Sr Simón y el perito Sr Bernardo, que analizan minuciosamente ese extremo.

Antes de entrar en el análisis propiamente dicho se facilita por esta juzgadora la siguiente explicación. La persona que introduce el contenido, en este caso en megavideo, es persona no identificada en la mayor parte de las películas cuyo enlace aparece en la web peliculasyonkis, y se conoce como uploader. Es este y no el administrador de la web el que opta por subir el contenido a megavideo en modo "privado" (entendido como no indexado en la web de megavideo) y no accesible al público en general, lo que quiere decir que solo a través del identificador dado a él por megavideo y que él facilite de la forma que tenga por conveniente, se podrá acceder al contenido que ha subido. Es por ello por lo que recibe el nombre de privado, sin que la página que aloja el enlace tenga nada que ver con esta opción del uploader. Este obtiene beneficio económico, que variará según el servidor de que se trate, en función del número de descargas, por lo que le interesa darlo a conocer a un gran número de personas. Ese enlace no aparece en el megaservidor indexado con el nombre de la película a la que se refiere, sino identificado con el código que le proporciona aquel, a base de letras y números. Posiblemente el uploader lo proporcionó a la página peliculasyonkis y a otras páginas que deseó, eligiendo, siguiendo las reglas de la más pura lógica, aquellas que tenían más número de visitas.

Por parte de la Guardia Civil se efectúan dos afirmaciones que han sido expuestas, a saber, que se trata de un enlace exclusivo y privado. Sobre estos extremos los peritos de parte son muy críticos y llegan a conclusiones contrarias (con la desventaja de que no les resulta posible efectuar comprobaciones cuando emiten los informes periciales al no haber sido preservadas las páginas ni por la Fuerza Actuante ni por el Juzgado de Instrucción).

En cuanto a la privacidad, en síntesis el perito Sr. Simón no comparte la afirmación de la Guardia Civil de que el enlace es privado y es privado el contenido multimedia cargado de megavideo y compartido en el portal www.peliculasyonkis.com porque no es localizable a través del buscador interno de megavideo. Según el perito no es que el enlace sea privado sino "no indexado" pues si se dispone del enlace sí se puede acceder. Otra opción de megavideo es proteger la descarga de archivos mediante palabras de paso o contraseñas, considerando que estos sí son enlaces privados, no constando que ninguno de los facilitados por la página peliculasyonkis tuviera ese carácter y necesitara contraseña.

Analiza también este razonamiento en relación a la película tenida en cuenta por la Fuerza Actuante en el informe del año 2008 "La Leyenda de Terramar" (donde figura como usuario que la subió Chato). Considera que el enlace de megavideo para el visionado de la película sería: <http://www.megavideo.com/?v=9LPYU5VE>. Si la página web objeto de autos se dedicara a facilitar enlaces solamente, este sería el que debería poner a disposición de los usuarios en su página; sin embargo, el enlace que introduce es <http://www.megavideo.com/?s=seriesyonkis&v=9LPYU5VE&confirmed=1>. El uploader subió la película con el nombre de ley_terr. La prueba que hace es buscar directamente por ley_terr, en el buscador de megavideo, siendo la búsqueda infructuosa y por el nombre de "leyenda de terramar", siendo también infructuosa. La



conclusión a la que llega es que se necesita el enlace proporcionado desde la web películasyonkis, conteniendo los dos parámetros específicos antes referidos, para poder acceder al contenido.

Esta juzgadora comparte la explicación proporcionada por el perito Sr Simón , que viene apostillada con los expuesto muy gráficamente por el perito Sr. Bernardo . Indica el primero que el enlace que se facilita desde películasyonkis contiene tres parámetros (entendiendo por parámetro todo lo que va detrás del signo de interrogación); uno es s=seriesyonyis, otro v= 9LPYU5VE (que se corresponde con el identificador de video de megavideo) y el último confirmed=1. Según el mismo, " se pueden añadir todo tipo de parámetros al enlace de una página web, que si esta no los reconoce, son ignorados por la misma y el contenido de la página visualizada no varía". Aun tratándose de una hipótesis que no ha podido ser comprobada por falta de funcionamiento de la página, se trata de parámetros inocuos que permiten el funcionamiento de los enlaces en el megaservidor, con el código proporcionado por el mismo. Al folio 33 de su informe se contiene captura de pantalla (preservada y garantizada por e-garante) en la que aparecen multitud de enlaces contenidos en otra web de nombre meneame, algunos de los cuales contiene los parámetros películasyonkis y otros no, sino directamente el código facilitado por megavideo asociado a una película concreta.

El perito Sr Bernardo lo explica también de forma gráfica. Explica cómo se define una URL y qué contiene, a saber, el protocolo (http), el host (indica el nombre de la máquina a la que se realizará la petición), el port (que es opcional e indica por qué puerto debe comunicarse el navegador), el path (que es la ruta que indica qué recurso debe devolver el servidor) y el Query o Query String (opcional) que permite añadir variables a la solicitud. La dirección URL bien formada deberá tener, el protocolo y el host, siendo el resto de las partes de la URL opcionales. El query permite añadir variables con un valor a la solicitud. Además de ser opcional puede ser o no procesada por un servidor. Cuando una web muestra contenido estático, normalmente el query no se interpreta. Suele ser usado, por ello, en las páginas dinámicas. Normalmente no tiene sentido comprobar si existe algún "query string" no esperado pues no aporta nada a la web. Pone el ejemplo donde lo esperado es el parámetro búsqueda y los demás son inocuos. En la página 38 y siguientes de su informe lo explica llegando a la conclusión de que megavideo identifica la URL con tres parámetros como la misma con un solo parámetro (de cara a megavideo todo indica que se trata del mismo contenido, aunque con una URL distinta en la que se diferencian dos parámetros no utilizados adicionales. Se pueden crear infinitas URLs con parámetros que no se utilicen pero que apunten al mismo contenido. Ilustra estas conclusiones con un ejemplo que expone en la página 40 del informe en relación con la búsqueda en Google de la palabra "prueba" y esa misma búsqueda introduciéndole el parámetro "películasyonkis" y Confirmed=1, siendo el contenido de lo que aparece, idéntico.

Podría preguntarse cuál era el sentido de introducir entonces el parámetro películasyonkis en el enlace que al uploader le proporcionaba megavideo o megaupload. Pues bien, la explicación dada por Federico al respecto cuando fue preguntado por ello (los demás no fueron interrogados sobre este extremo) era que lo que se pretendía con ello era ganar posicionamiento web, pues cada vez que se pinchaba el enlace conteniendo ese parámetro, el posicionamiento subía. Falta en el informe de la Fuerza Actuante ese análisis que hubiera permitido saber por qué figuran esos parámetros inocuos, porque de la base de datos se hubiera permitido saber quién, cuando y como se subió el enlace y se generó el listado

Los Agentes de la autoridad no supieron ofrecer una explicación a ello, reiterando en todo momento que solo con el enlace de megavideo no se veía el contenido, sin contener ningún pantallazo garantizado de que eso era así. Ya hemos visto que en el informe del 2008 la búsqueda se intenta introduciendo en megavideo solo el código de letras y números facilitados por megavideo, sin añadir delante o detrás parámetros o host o path precisos, o intentando conseguir el visionado introduciendo el nombre tanto el que se supone que registró el uploader como el nombre de la película, con resultado infructuoso.

En cuanto al informe de 2010 se llega a la misma conclusión (folio 985 y 986) introduciendo el Código sin más parámetros o letras ni antes ni después en el motor de búsqueda de megavideo o el nombre de la película (mercenarios).

En el Anexo I del informe del perito Sr Simón se contienen, de una parte, páginas encontradas a la fecha de emisión del informe (12 de marzo de 2019) que contienen desde sus webs enlaces de obras, con el parámetro películasyonkis. Concretamente la web www.meneame.com ofrece enlaces a películas almacenadas en megavideo, algunas de las cuales incluyen el parámetro seriesyonyis. También hay otras que no lo contienen, sino directamente el parámetro que reconocería megavideo. Si se observan estos últimos junto a la serie de números y letras que sigue a ¿v= se coloca en último lugar el signo #, lo que no se ha incluido en las pruebas que la Guardia Civil efectuó en 2008 y en 2010 para cerciorarse si el enlace funcionaba solo sin introducir los parámetros películasyonkis y confirmed=1 en megavideo, concretamente en el buscador. No existe prueba de que se haya intentado la búsqueda introduciendo solo el enlace terminado con el signo #. En el folio 38 del informe alude a que



el perito ha buscado los enlaces referidos a la serie House y eliminando los parámetros `s=seriesyonkis` y `confirmed=1` ha localizado la web `dhouseclubdefans` en la que aparecen los mismos sin aquellos parámetros, pero con el mismo parámetro `v` (todo ello asegurado por `e-garante`, anexo H, pág. 82). Esto último es prueba plena de que los parámetros comentados no eran imprescindibles para acceder a los contenidos. No es que `peliculasyonkis` ofreciera de forma exclusiva el enlace para acceder al contenido que necesariamente llevaba esos parámetros, sino que ofrecía el enlace que le había facilitado el informador (quien perfectamente podía coincidir con el uploader) en la forma en que este último había decidido colocarlo en el megaservidor.

No existe, por otra parte, ninguna evidencia de que los administradores de la web en las distintas etapas cronológicas en las que actuaron en función de quien tenía la titularidad en cada uno de ellas, tengan relación contractual alguna con servidores externos independientemente del usuario que haya subido el archivo al servidor. Si lo que se realiza es enlazar, no es necesario contratar ninguna cuenta premium. La cuenta premium para subir contenidos al mega servidor, a quien le proporciona beneficios económicos es al uploader no al administrador de la web de enlaces cuando se demuestra que no ha sido él quien ha subido el contenido.

El administrador de la página no realiza ningún acto de reproducción ya que se limita a proporcionar el link; el ofrecimiento del enlace tampoco es una puesta a disposición del archivo, el cual se lleva a cabo desde el megaservidor donde está alojado. No existía previsión legal que prohibiera favorecer, permitir u orientar a los usuarios de la red que accedían a la web objeto de autos, la búsqueda de obras. Otra cosa sería valorar, partiendo de la atipicidad penal de los hechos, si las acciones indemnizatorias reguladas en la LPI pueden ejercitarse contra personas que facilitan la infracción, pero directamente no llevan a cabo un acto de comunicación, siendo infractores indirectos.

Entiende esta juzgadora que "la puesta a disposición" como integrada en el concepto de "comunicación pública" no la realiza el administrador de la web. La puesta a disposición propiamente dicha la realiza quien desea subir el enlace al megaservidor y facilitar el código que este le proporciona a diferentes webs por sus puros intereses económicos. Esta persona es la que pone a disposición el material audiovisual que se integra en las páginas de enlaces.

Lo que efectúa esta última, a la luz de la interpretación del concepto vigente en ese momento, no es puesta a disposición propiamente dicha sino facilitación de esa puesta a disposición, pues efectivamente al facilitar que se dé a conocer al usuario de la página el código proporcionado al uploader por el megaservidor, se está posibilitando que se acceda a las páginas protegidas, aunque no directamente. Solo aquellas webs de enlaces a quien los uploaders o colaboradores faciliten los códigos posibilitan que se pueda acceder a la obra. Y se refiere algún autor a que el acto de puesta a disposición no se agota en un solo acto sino puede comprender varios actos de puesta a disposición, entendiéndose que tanto lo realiza quien proporciona el código a la página web para que lo difunda, como esta cuando opta propiamente por la difusión pues de otra forma no sería conocido.

Entiende esta juzgadora, en consonancia con la interpretación vigente en el momento de los hechos (no con la derivada de la sentencia del caso Svensson ni con la derivada de la modificación del CP operada por LO 1/2015), que la página de enlace no realiza la conducta típica de puesta a disposición que a su vez integraría el concepto civil de comunicación pública, que serviría para llenar el concepto penal del art 270.1 CP, sino de facilitación de esa puesta a disposición. Y esta interpretación se mantiene aunque en la web de enlaces objeto de este procedimiento se proporcione a los colaboradores información sobre diversos megaservidores, o aunque existan correos electrónicos intercambiados con estos colaboradores en los que se les informe sobre las ventajas o inconvenientes de usar unos u otros, pues quien decide su uso y realiza la acción no es el que asesora sobre el uso sino el que realmente lo usa y sube de forma indebida el contenido a un megaservidor. Y antes del año 2015 estas conductas, por lo que se ha razonado con anterioridad, no tenían cabida en el ámbito penal.

Tras el dictado de la sentencia Svensson, tantas veces repetida, algún autor como R. Sanchez Aristi, en su comentario a la misma, pg. 92, indica: "para el TJ es posible poner a disposición de terceros una obra o prestación sin necesidad de disponer de ella, es decir, sin necesidad de que se encuentre almacenada en un ordenador o servidor controlado por el sujeto que impulsa la comunicación. Esto implica asumir que es posible encadenar actos de puesta a disposición del público sin solución de continuidad". Ello supone, a su juicio -tal como menciona Juan Pablo Aparicio Vaquero en su publicación en Indret (Revista para el análisis del derecho) denominada "Propiedad Intelectual y suministro de contenidos digitales", página 38- una suerte de "agotamiento" del derecho de puesta a disposición del público. Interpretación esta que emana de una jurisprudencia posterior, tal como se ha indicado, al caso que es objeto de autos.

El informe de la Guardia Civil del año 2010 sigue efectuando estas consideraciones: "estos videos tienen el vínculo "peliculasyonkis", lo que significa que, o bien han sido subidos por el administrador de la página o bien, este administrador ha publicado la URL facilitada por el usuario. En este último caso, las URL de acceso serían



comprobadas y cambiadas de nombre por el Administrador, quien realizaría un proceso de comprobación del correcto funcionamiento de la URL. Denotando este hecho que el administrador tiene en todo momento conocimiento del archivo". Las afirmaciones contenidas en el párrafo entrecomillado carecen de sustento probatorio alguno. Se desconoce si las URL han sido cambiadas de nombre por el administrador y si el mismo tenía conocimiento en todo momento del archivo. Es cierto que el administrador tiene capacidad o competencia técnica para la administración de esos enlaces (como reconoció el Sr. Simón en el plenario) y que si bien no los introducía manualmente podía programar la página para que cada enlace nuevo, de forma automatizada, se insertara conteniendo esos parámetros, al parecer inocuos, pero no existe ninguna evidencia de que controlara y comprobara el contenido. No existe prueba alguna de que el administrador conociera que los enlaces que contenía la página estaban operativos y ello es importante, pues no se puede comunicar públicamente lo que no existe. Si el que funcione o no el enlace depende del uploader o del megaservidor (megaupload, megavideo...etc) fundamentalmente, el administrador de la página no puede realizar directamente esa comunicación pública. Sería discutible que pudiera ser tenido en cuenta como puesta a disposición porque difícilmente se puede entender disponible algo que no existe. No se ha probado que existiera ningún mecanismo para acreditar que el enlace funcionaba, y por parte de la Guardia Civil no se ha comprobado tal extremo en relación a los que figuraban en las páginas analizadas, sino solo al parecer y según sus manifestaciones en el plenario, de una muestra que era meramente simbólica en relación al contenido total.

El administrador de la página no sabe si el contenido se descarga o no ni el número de descargas porque ello se produce de forma externa, ajena al control de la web. Número de visitas no coincide con número de descargas, ni con número de usuarios pues una misma persona puede haber accedido en varias ocasiones.

En sus conclusiones finales, el informe de Guardia Civil de 2010 en lo relativo a lo hasta ahora analizado, considera que el administrador de la página www.peliculasyonkis.com dedica la web a facilitar la descarga y difusión de material protegido por la Ley de propiedad intelectual. Los contenidos se encuentran alojados en servidores externos ajenos a la web porque la propia página no tiene capacidad de almacenaje necesaria. No obstante, el acceso, visionado y descarga solo se puede realizar exclusivamente a través de la página (lo que ha sido cuestionado en este fundamento jurídico y convenientemente explicado).

Séptimo.

Es preciso analizar en el caso concreto el elemento del ánimo de lucro, presente en la redacción del tipo penal del art 270.1 CP en la fecha en la que se produjeron estos hechos. Efectivamente el artículo hablaba de "ánimo de lucro", elemento subjetivo del injusto que debía de concurrir junto a la conducta típica contenida en los cuatro verbos nucleares que utilizaba y utiliza.

La propia Circular 1/2006 respecto de este elemento establece lo siguiente (que ya se expuso con anterioridad): en este sentido, el elemento subjetivo del ánimo de lucro exigido por el tipo penal no puede tener una interpretación amplia o extensiva, sino que debe ser interpretado en el sentido estricto de lucro comercial, relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos, en los que puede estar implícito un propósito de obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial. Debe tenerse en cuenta que la distinta naturaleza de estos derechos, que recaen sobre bienes inmateriales, a la de los derechos patrimoniales o de propiedad hace necesaria una valoración del elemento subjetivo del ánimo de lucro distinta a la que el TS tiene establecida respecto de los delitos contra el patrimonio. (En este sentido en las SSTS Sala 2 nº 1578/2002, de 2 de octubre , y nº 876/2001, de 19 de mayo, en las que el TS se pronunció sobre la comisión de delito en supuestos de emisión por cable de obras audiovisuales sin autorización de los titulares de la propiedad intelectual, se contemplan respectivamente casos en los que los infractores actuaron con lucro comercial y en el marco de una actividad empresarial. Y añade: "no parece responder a un régimen de protección penal equivalente, el que se exija que tratándose de derechos de propiedad intelectual el elemento subjetivo del ánimo de lucro, pueda ser integrado por cualquier tipo de ventaja o beneficio particular". En el supuesto de autos queda claramente acreditado que el beneficio obtenido por estas páginas enlazadoras no derivaba directamente de la propia actividad de enlazar ni de la descarga del contenido audiovisual al que redirigían, sino de forma indirecta de la publicidad que aparecía en la propia web a modo de banners, pop-ups e incluso a través de mailing. No constan pagos a megavideo o megaupload por parte de los administradores de las páginas analizadas ni ingresos provenientes de esos macroservidores. El fruto económico derivado directamente de la descarga es para el uploader; los acusados son ajenos a esos beneficios. Lo que nutre de ingresos las páginas es fundamentalmente la publicidad, de ahí su interés por crear páginas atractivas y funcionales que permitan tener muchos visitantes, pues las visitas son potenciales fuentes de ingresos. La propia empresa de publicidad



Impresiones web SL, a través de su administrador Benjamín , quien depuso en el plenario como testigo, aportó folios 1849 y siguientes) las transferencias realizadas a Burn Media SL (4129,56 euros) por servicios de publicidad el 3 de octubre de 2011; 484,54 euros el 3 de noviembre de 2011, y el 7 de marzo de 2012 357,33 euros también por servicios de publicidad.

Respecto a lo abonado en el año 2009 por publicidad a las tres páginas objeto de autos, asciende a 3.612,84 euros (folio 1.883) en 2010: 755,83 euros, en 2011: 3.915,26 euros y en 2012 hasta junio, 327,89 euros (folio 1.886). La Guardia Civil efectuó un estudio de los ingresos obtenidos por Edmundo , en relación con la información contenida en su ordenador, derivados de la publicidad; los mismos constan a los folios 575 y siguientes.

Alguna empresa de publicidad que intentó ser vinculada con los acusados resultó que no había abonado cantidad alguna a aquello por publicidad exhibida por ellos; concretamente la entidad Arvato Services Iberia SA Unipersonal, quien respondió al requerimiento judicial explicitando que nunca tuvo ninguna relación con Edmundo , con Pousen SL ni con Burn Media SL (folio 1937, Tomo VI). No consta que los ingresos que figuran a los folios 2811 y 2812 procedan directamente de la publicidad de las páginas objeto de autos. Se corresponde con el análisis de cuentas bancarias de los acusados Edmundo , Alfredo y la sociedad Buen Media SL, donde figuran determinados ingresos procedentes de empresas que no han sido identificadas ni se conoce su actividad, no habiéndose indagado, aún en el caso de que se tratara de ingresos de publicidad si se corresponden con los recibidos de la publicidad de las tres páginas webs objeto de autos o si proceden de otras páginas webs o actividades que también tenían los acusados. Tanto Edmundo como Alfredo citaron la existencia de otras webs y otras actividades diferenciadas de las webs objeto de autos, y no han sido objeto de discriminación por parte de la fuerza actuante a la hora de valorar ingresos. De hecho, se ha considerado como tal el importe recibido por Edmundo como consecuencia de la venta de los dominios a Burn Media SL, cuyo pago se materializó en diversas transferencias realizadas por el propio Alfredo y por su madre, no tratándose ello de un beneficio derivado de la publicidad. Han de ser tenidos solo como movimientos bancarios habidos en los años a que se refieren sin poder concluir que coincidan todos ellos con ingresos derivados de la publicidad que emanaba de las páginas objeto de autos.

Tampoco se puede considerar como ingreso derivado de la actividad el importe recibido por Everardo o Federico por la venta de sus participaciones sociales en la entidad Burn Media SL a Alfredo , que a partir de ese momento se convirtió en socio único y administrador de la entidad.

En cualquier caso, los ingresos obtenidos lo son siempre por efecto indirecto derivado de la entrada en la página web y el acceso a la publicidad en ella alojada y no por el redireccionamiento o enlace facilitado, ni por número de descarga. No cabe duda de que se trata de un beneficio indirecto, que dado el número de visitas que tenía la página, le podía reportar suculentos beneficios, pero que a juicio de esta juzgadora no colmaba el concepto de ánimo de lucro contenido en el tipo penal. De hecho, este tipo penal ha sido modificado para incluir como elemento subjetivo el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, en perjuicio de tercero (tipificando de forma expresa el beneficio indirecto). En el mismo sentido el nº 2 del propio artículo 270, de criminalización expresa de las páginas de enlace, donde se incluye como elemento subjetivo el: "que con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero". A la fecha de producción de los hechos objeto de autos, no se podía considerar el beneficio indirecto como contenido en el concepto de ánimo de lucro para colmar las exigencias de tipicidad.

El precio obtenido por la venta de los dominios, lo que por otra parte se incluye en el tráfico mercantil con absoluta normalidad, no puede servir tampoco para integrar el concepto de ánimo de lucro preciso para el tipo.

Octavo.

La actividad de estas páginas de enlaces, al no tratarse de páginas de descarga directa, entra de lleno en la consideración de conducta de intermediación sometida al régimen de responsabilidad previsto en el art 17 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico (conocida como Ley Sinde). El precepto establece: "1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

- a) No tengan 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, o
- b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.



Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2.La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos." (precepto redactado conforme a Número 2 del artículo 17 redactado por el apartado siete del artículo 4 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información).

No existe constancia de que tuvieran conocimiento del origen ilícito de la información a la que remitan ni que la misma lesione derecho alguno, pues el propio precepto interpreta el supuesto en que se entiende que tiene conocimiento y es aquel en que el órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o imposibilite el acceso a los mismos. En el supuesto de autos no existe resolución en ese sentido. Sí consta a los folios 519 y siguientes de la causa la existencia de un expediente sancionador respecto de Edmundo , y de una resolución de fecha 13 de noviembre de 2008 en la que se le sancionaba, tras haber inspeccionado la página web <http://www.seriesyonkis.com>, por parte de la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información, pero porque "no ofrece información general de forma permanente, fácil y directa y gratuita sobre: cualquier dato diferente a una dirección de correo electrónico que permita establecer una comunicación directa y efectiva, suponiendo ello una vulneración del art 10.1 apartado a) de la Ley 34/2002 ". Sin embargo, ya en esa fecha su actividad de facilitar enlaces se llevaba a cabo, y nada se le dijo de la ilicitud de dicha conducta.

No existe constancia en la causa de que ninguno de los acusados conociera la ilicitud de la actividad desarrollada por la página. De hecho, siendo aún la misma gestionada por Edmundo , consta según informe de la Guardia Civil, una noticia insertada en la propia página, en la que el administrador (Edmundo) comunica a los visitantes de la página en fecha 19 de septiembre de 2008 que acaba de dictarse resolución definitiva del caso Sharemula, y que la actividad no es punible. Añade que "cualquier web de enlaces completamente legal, con o sin ánimo de lucro, por lo que Películas Yonkis se confirma con 100% legal.

Tanto la Unión Europea en la Directiva 200/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, como la Ley 34/2002 optaron por no hacer responsables a los proveedores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos que albergan un sitio web del control de contenidos que transitan por sus sistemas informáticos, con determinadas excepciones; se recoge la norma general de que los prestadores de servicios solo serán responsables por contenido que ellos mismos elaboren o que se haya elaborado por su cuenta, excluyendo así cualquier responsabilidad por contenido ajeno que en el ejercicio de sus actividades de intermediación, transmitan, copien, almacenen o localicen, siempre que respeten las limitaciones impuestas por las normas (art 13 Ley 34/2002). A los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, al igual que a los que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, solo se les podrá hacer responsables en dos supuestos: cuando tengan conocimiento efectivo de que la información almacenada o que es objeto de enlace o búsqueda, es ilícita o de que puede lesionar bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización y cuando teniendo este conocimiento, no actúen con diligencia para retirar los datos o hacer posible el acceso a ellos. El precepto, tal como se ha expuesto, indica cuando se entiende que el intermediario conoce la ilicitud de la información a la que presta un servicio determinado. En el supuesto de autos no consta que de forma expresa las entidades querellantes hayan reclamado o requerido la retirada de contenidos y no se haya llevado a cabo por los acusados.

Tan consciente era de la falta de tipicidad o ilegalidad de la actividad que desarrollaba que Edmundo cuando vendió los dominios a Burn Media hizo constar en el contrato la existencia del presente procedimiento, sabedor de que la conducta no era punible, lo que también era creencia de los compradores, que, a pesar de ello, adquirieron los dominios nada más que por 610.000 euros. Durante el tiempo en el que Burn Media SL continuó explotando los mismos, no recibió ninguna resolución indicativa de la ilicitud de la conducta. Los acusados relataron en el plenario, fundamentalmente Alfredo , que antes de adquirir la página de forma definitiva se asesoraron sobre la licitud o no de la actividad, recibiendo respuesta positiva por parte de los Letrados a los que consultaron, quienes les dieron las siguientes instrucciones: no se debe interactuar con los usuarios, hay que retirar los contenidos que se soliciten, no hay que tener sistemas de recompensa y no alojar contenidos en los



servidores que usaban, ellos siguieron estas directrices durante el tiempo en que gestionaron los dominios. Se trata de meras manifestaciones de parte, carentes de otro soporte probatorio, pero plenamente congruentes con su conducta tras la firma del contrato (donde se mencionó expresamente la existencia del proceso penal contra Edmundo) como con posterioridad, al cambiar la forma por la cual el usuario podía subir enlaces, pudiendo editar no quien tuviera claves o contraseñas facilitadas por el administrador, sino cualquier usuario registrado.

Noveno.

Fundamentalmente el Ministerio Fiscal, a lo largo del plenario, formuló preguntas tendentes a averiguar si se trataba de páginas diseñadas para facilitar el acceso a películas protegidas, es decir, si se trataba de páginas de enlace, entendiéndose que ese solo concepto permitía la aplicación del tipo del art 270.1 CP por integrar esa conducta el concepto de "comunicación pública" ya contenido desde hacía muchos años en el C. Penal y en la LPI (preguntas formuladas a todos los acusados y al perito Sr. Simón). Sin embargo, durante la instrucción su línea de investigación (y así lo expresó en diferentes informes, que fueron acogidos por el Juzgado Instructor) ha transcurrido por otros derroteros tendentes a averiguar si realmente existía la posibilidad de descarga directa para descartar que se tratara de una página enlazadora.

Antes de profundizar sobre esta materia indicaré que el nuevo tipo penal recogido en el art 270.2 CP (y ya ha sido expuesto en otras partes de esta sentencia) castiga desde el 1 de julio de 2015, la conducta de facilitación activa no autorizada de hipervínculos o enlaces a obras protegidas por derechos de propiedad intelectual, siempre que ello se lleve a cabo de forma activa y no neutral, limitada a un tratamiento meramente técnico. Abarcaría todas las modalidades de facilitación de enlaces, sin distinción entre los de superficie o los profundos, y concretamente ha criminalizado la actividad de las webs de enlaces que, sin albergar obras y prestaciones, posibilitan acceder a los contenidos alojados en servidores externos de gran capacidad bien para su descarga o para su visionado in streaming, es decir, ha castigado algo que antes no se sancionaba (pues en otro caso el precepto hubiera sido innecesario). También ha criminalizado el ofrecimiento de listados ordenados y clasificados de enlaces que remitan a las obras protegidas.

Y eso es precisamente la actividad llevada a cabo, según ha quedado expuesto, en las webs que son objeto de este procedimiento.

Como indicaba toda la instrucción ha estado encaminada a demostrar que existía alguna posibilidad de descarga en estas webs de contenidos en ella alojados, y que no se trataba de una mera página enlazadora. De haber tenido claro que la conducta solo de enlazar (con mayor o menor acierto y diseño de página más sofisticado que atraía a más número de visitantes) era constitutiva de delito, se hubiera ordenado antes, como medida cautelar, el cierre de las páginas afectadas, sin mantener desde el 2009 hasta el 2014 la funcionalidad de las mismas.

Tras un estudio de la tramitación de la causa esta juzgadora cita los siguientes acontecimientos en los que se demuestra la afirmación de que se ha buscado por parte de la Fuerza Actuante y de la acusación pública algún dato que le llevara más allá de la labor enlazadora, /lo que de igual modo ha sido considerado por el Juzgado), sabedores quizás de que en esas fechas dicha conducta enlazadora no estaba criminalizada.

- En el oficio de 17 de octubre de 2008 se dice por la Guardia Civil (F. 265) que la página proporciona acceso exclusivo que aloja en servidores propios. En la página 266 indica que la función de la página no es la de mero enlazador, y, a raíz de esa consideración, solicita del Juzgado una serie de diligencias para demostrar dichos extremos.

- Informe de 8 de octubre de 2008, hace constar que el administrador de la página publica una noticia que se hace eco de una resolución de la Audiencia Provincial de Madrid de archivo de un asunto. En dicho informe se efectúan afirmaciones del tipo: "es posible la descarga directa en algunos casos" (folio 272; "películas alojadas en el propio servidor, (página 274) con secuencia de visionado de la película ladrones (ya comentada en fundamentaciones anteriores de esta sentencia); considera que es Edmundo quien sube videos a megavideo (folio 282). Efectuando una búsqueda en megavideo por título real o el usado por el uploader no se encuentra la película (F. 28 y 285), lo que lleva a la conclusión de que no se trata de un mero enlazador (F.288)

- EGEDA solicitó por escrito de 23 de abril de 2010 la adopción de las medidas cautelares consistentes en la intervención del servidor para evitar seguir produciendo perjuicios y el bloqueo de las páginas (F. 799 y ss. y 1.483 y siguientes) En ese escrito se aportan copias de autos de Audiencias Provinciales en los que se consideraba procedente no archivar el asunto y seguir hasta juicio por si los hechos fueran constitutivos de delito, pero el juzgado no se pronuncia sobre la medida solicitada.



- En escrito de 28 de abril de 2010, EGEDA solicitó diligencias de investigación para averiguar: quien subía los enlaces, los usuarios y claves de megavideo, y ver si el administrador tenía o no cuenta en megavideo (f.831 y siguientes).

- Al f 848 el Ministerio Fiscal con fecha 7 de junio de 2010 solicita del Juzgado expresamente: "1. Que por la Brigada de Delincuencia Informática de la Policía Judicial se aporte relación nominal de películas que puedan ser descargadas directamente (no mediante enlaces de ningún tipo) de la página web del imputado por encontrarse el correspondiente archivo de video "subido" en el servidor donde se encuentra alojada dicha página por haberlo "colgado" o transferido el propio imputado, como parece indicarse, a título de ejemplo, en el informe de los folios 265 y siguientes, con la película "Ladrones." (la negrita es propia).

- Antes de proveerse dicha petición la representación procesal del entonces imputado Edmundo presentó escrito de 1 de junio de 2010, obrante a los folios 868 y siguientes, en la que aporta jurisprudencia abundante de los autos de sobreseimiento recogidos hasta esa fecha. Destaca el auto de 20 de octubre de 2006, obrante al folio 878, el Auto de J Mercantil nº 3 de Barcelona de 6 de mayo de 2009 en cuyo fundamento jurídico 2º se dice: "pues la cuestión jurídica de fondo es una pura cuestión jurídica lo suficientemente controvertida..."; obrante al folio 923, auto del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Barcelona de 22 de abril de 2010 en cuyo fundamento jurídico 3º se recoge la doctrina que se indica) y otros varios a los folios 925, 938, 941, 945 y 946.

- El Juzgado dictó providencia de 15 de junio de 2010 (folio 962, Tomo III) que daba respuesta a varias cuestiones planteadas por las partes, pero en lo que nos interesa, el primer párrafo de la misma es del siguiente contenido: "devuelta que ha sido la causa por el Ministerio Fiscal para la práctica de las diligencias interesadas por el mismo con carácter previo a informar sobre las medidas cautelares y actuaciones solicitadas por las acusaciones personadas, líbrese oficio a la Brigada de Delincuencia Informática de la Policía Judicial para que por esta se aporte relación de películas que puedan ser descargadas directamente de la página web del imputado , identificando, en u caso, a los titulares de los derechos de propiedad de tales películas, debiendo evaluarse por perito designado al efecto..." (la negrita es propia). La providencia no transcribe la solicitud del Ministerio Fiscal literalmente (pues la misma excluía aquellas que podían descargarse mediante enlaces. Sin embargo, curiosamente, el oficio que se remitió a dicha Brigada es una transcripción literal de lo solicitado por el Ministerio Fiscal a pesar del tenor literal de la providencia. (Véase Folio 965).

- Como respuesta a ese oficio, el informe de la Guardia civil de octubre de 2010 (f 972 y ss Tomo V), tantas veces comentado en esta resolución) no responde a lo que se le pregunta con claridad meridiana en el oficio, sino concretamente al funcionamiento de la página web "películasyonkis" (F.975 y ss.) y al visionado y descarga (F.984 y ss). En la página 14 del informe (folio 985) concluye afirmando: "ello induce a pensar que no se dedica únicamente a facilitar enlaces sino a publicitar los suyos propios" y en los folios 987 y siguientes describe cómo se enlaza, y todo lo relativo a megaupload, megavideo y proceso de subida de obras. En sus conclusiones finales apunta a que "no es un simple enlazador" (F 992).

- Escrito de 22 de marzo de 2011 presentado por la representación de Edmundo (a esa fecha ya había vendido los dominios) en el que solicita el archivo de la causa.

- Con fecha 1 de febrero de 2012 EGEDA presentó escrito reiterando la media cautelar de intervención del servidor y bloqueo de la página (folio 1795 y SS. Tomo VI), informando el Ministerio Fiscal, con fecha 3 de agosto de 2012, no oponiéndose al cierre cautelar de la misma (F 1938), evacuado por Fiscal diferente del que estaba siguiendo la instrucción.

- Con fecha 14 de septiembre de 2012 la Federación antipiratería presentó escrito solicitando el cierre inmediato (F 2.011 y siguientes).

- Con fecha 18 de octubre de 2012 el Juzgado Instructor dictó auto denegando las medidas cautelares solicitadas. En su fundamentación jurídica dispone: "dado el momento de la instrucción en que nos encontramos y no existiendo todavía auto de imputación formal, no se considera proporcionada la media de cierre de las páginas solicitadas . Se desconoce a que se refiere la instructora con auto de imputación formal pues la declaración de imputado de Edmundo (único hasta esa fecha considerado como tal) ya se habían recibido. Solo cabe entender que la conducta investigada ofrecía para la Instructora dudas de tipicidad.

- Por escrito de 30 de octubre de 2012 la Federación Antipiratería recurrió en reforma dicha decisión (f. 2030 y ss.) siendo informado por el Ministerio Fiscal en fecha 3 de diciembre de 2013 en sentido favorable a lo interesado por las acusaciones particulares en relación al cierre y bloqueo de las webs, al colmar el hecho las exigencias de tipicidad por las razones que expone, dando aquí ya un giro a la línea de investigación apuntada. F 2264 y siguientes).



- El Juzgado Instructor siguió sin pronunciarse y EGEDA por escrito de 11 de marzo de 2014 (folio 2.537 y siguientes y por escrito de 28 de marzo de 2014, volvió a solicitar de nuevo el cierre de la página. La federación antipiratería lo volvió a solicitar por escrito de 20 de marzo de 2014 (F, 2.563 y ss).

- Ante dicha insistencia, la Magistrada Instructora dictó providencia de 25 de marzo de 2014 (F. 2.573) acordando oficiar a la Brigada de Delitos Tecnológicos para que indicara si las páginas seguían activas, lo que fue respondido por oficio de la Fuerza Actuante de fecha 8 de mayo de 2014 en el sentido de que dichas páginas ya no redirigían a películas.

Las indicadas webs dejaron de funcionar por sí solas no por orden judicial, coincidiendo con el dictado de la sentencia del TJUE de 13 de febrero de 2014 donde establecía ya una doctrina al respecto. Consta aportado a la causa contrato de fecha 1 de marzo de 2014 en virtud del cual Alfredo en representación de Burn Media SL vendió los dominios a la entidad IMB-FX 2019 SL por la cantidad de 100.000 euros mas IVA.

No consta, pues, la existencia de actividad de las páginas por parte de los acusados con posterioridad al dictado de la sentencia del TJUE mencionada.

Décimo.

No existiendo condena penal no existirá pronunciamiento de responsabilidad civil que pudiera afectar a las entidades responsables civiles subsidiarios.

En materia de costas procesales regirá el art 240 LECRIM . El pronunciamiento de una sentencia absolutoria llevará consigo la declaración de oficio de las costas causadas.

En atención a lo expuesto, y vistos los arts. citados y los demás de general y pertinente aplicación:

FALLO

Que debo absolver y absuelvo a Edmundo , Alfredo , Everardo Y Federico con todos los pronunciamientos favorables del delito contra la propiedad intelectual por el que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares, declarando de oficio la costas causadas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal.

Contra esta sentencia podrá interponerse recurso de apelación en el plazo de diez días para ante la Itma Audiencia Provincial de Murcia.

Así por ésta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a la causa, lo pronuncio, mando y firmo.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.