

Roj: **SJM C 5/2017 - ECLI: ES:JMC:2017:5**Id Cendoj: **15030470012017100002**Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**Sede: **Coruña (A)**Sección: **1**Fecha: **01/02/2017**Nº de Recurso: **481/2015**Nº de Resolución: **24/2017**Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**Ponente: **ANA MARIA BARRAL PICADO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SJM C 5/2017,**  
**SAP C 2805/2018****J.O. 481/2015****SENTENCIA: 00024/2017**

En la Coruña a uno de febrero de dos mil diecisiete

Ana Barral Picado, Magistrado-juez de refuerzo del juzgado de lo Mercantil nº1 de la Coruña, habiendo visto los autos correspondientes al juicio ordinario seguido ante este juzgado con el número referenciado al margen a instancias de DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, representada por la Procuradora Sra. Penas Francos y bajo la dirección letrada de D. Ricardo Gómez Cabaleiro contra PUERTO 80 PROJECTS, S.L.U representada por el Procurador Sr. Bejerano y bajo la dirección letrada de D. Javier Maestre, dicta la presente en base a los siguientes

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Ante este juzgado fue turnada demanda de juicio ordinario promovida por DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, en su condición de titular de los derechos exclusivos que el art. 126 LPH concede a las entidades de radiodifusión y respecto de los partidos de primera y segunda división española contra PUERTO 80 PROJECTS, S.L.U, a la que atribuye, a través de la gestión-explotación de la página web ROJA DIRECTA, actos de comunicación pública en vulneración de sus derechos consistentes en ofrecer sistemática y organizadamente la retransmisión de aquellas emisiones valiéndose de señales streaming que inyectan tanto e la señal de Canal + como entidades que retransmiten autorizadamente la señal de cuyos derechos de emisión y transmisión es titular Canal +. Interesa, accionando en base a lo dispuesto en el art. 138.1 y 2 LPI, la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia:

1º.- se declare que PUERTO 80 PROJECTS, S.L.U ha violado derechos patrimoniales de propiedad intelectual pertenecientes a DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A. mediante la comunicación pública de sus emisiones y transmisiones condenando a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración

2.- subsidiariamente al nº1, se declare que PUERTO 80 PROJECTS, S.L.U es responsable de la infracción de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual de DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A. por inducción o cooperación a la infracción o por su interés económico con capacidad de control sobre la misma, condenando a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración.

3.- subsidiariamente, al nº1 y 2, se declare que PUERTO 80 PROJECTS, S.L.U es responsable como servicio de la sociedad de información de la infracción de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual de DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A. mediante el enlace a contenidos infractores con conocimiento efectivo de su ilicitud condenando a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración.



4.- subsidiariamente, al nº1, 2 y 3 se declare que PUERTO 80 PROJECTS, S.L.U ha incurrido en un acto de competencia desleal mediante el ofrecimiento de la retransmisión de emisiones y transmisiones de las que es titular DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A. condenando a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración y a publicar la sentencia en su día recaiga en los diarios MARCA, AS, Y MUNDO DEPORTIVO.

5.- condene a la demandada al cese de la actividad infractora y en su virtud acuerde el cierre de la página web ROJA DIRECTA en todos sus dominios, prohibiendo a la demandada a la reanudación de igual actividad sin la obtención de la autorización de la demandante

6.- declare el derecho de la demandante a ser indemnizada por la demandada en la cantidad que se determine en un procedimiento posterior

Todo ello con expresa condena en costas

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite se dio traslado a la demandada emplazándola para contestar, haciéndolo en el tiempo y forma legalmente establecido en sentido de oposición, alegando la falta de legitimación activa de la actora en cuanto a la tutela judicial pretendida, negando su autoría material en la actividad de enlazado y declarando ser un mero alojador o intermediario sin control sobre las ubicaciones a las que redireccionan los enlaces subidos a la web por terceros, que dicha actividad de enlazado se encuentre sancionada en la normativa española o comunitaria, y que su posición de intermediaria queda tutelada por la LSSI

**TERCERO.-** En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- LEGITIMACIÓN ACTIVA

DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A (DTS ó CANAL PLUS) se presenta en el procedimiento como titular de los derechos sobre las emisiones y transmisiones de los partidos disputados por equipos de primera y segunda división española, tanto de aquellos sobre los que tiene adquiridos de forma directa los derechos audiovisuales como aquellos aportados al acuerdo de explotación conjunta por MEDIAPRO/GOL TELEVISIÓN.

Para hacer viable la explotación de los encuentros de LIGA (también Copa del Rey), las anteriores entidades (Canal + y Mediapro) acordaron hacer una puesta en común de sus derechos audiovisuales constituyéndose con ello como entidad de radiodifusión conjunta sin perjuicios de repartir las diversas tareas de producción, formulas de explotación y comercialización y estableciendo el reparto del retorno mediante el contrato de 16 de agosto de 2012 que aporta como documento nº2 de la demanda.

Y en aquella condición de entidad de radiodifusión invoca los arts. 126 y 127 LPI para interesar en autos la tutela que el texto legal le confiere sobre las emisiones y transmisiones realizadas por esta clase de organismos frente a la actuación infractora de la demandada.

En primer término convendría señalar qué ha de entenderse por emisión o radiodifusión a los efectos del texto legal. La Convención Internacional de Roma para la protección de los derechos de artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y entidades de radiodifusión, en su art. 3 definía emisión como la difusión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público, como un concepto distinto a "retransmisión", que resultaría ser la emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión.

En la misma línea el art. 126.2 LPI señala que " *los conceptos de emisión y transmisión incluyen, respectivamente, las operaciones mencionadas en los párrafos c ) y e) del apartado 2 del artículo 20 de la presente Ley , y el de retransmisión, la difusión al público por una entidad que emita o difunda emisiones de otra, recibidas a través de uno cualquiera de los mencionados satélites*".

De conformidad con aquella remisión, es emisión "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" y es radiodifusión "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".

Pues bien, el art. 126.1 LPI , ubicado en el Libro II ("de los otros derechos de propiedad intelectual"), y en el título IV ("Derechos de las entidades de radiodifusión"), en un título separado y diferente de los que se dedican



a los derechos de productores de grabaciones audiovisuales, y bajo la rúbrica de "Derechos exclusivos" señala que "las entidades de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar:

a) La fijación de sus emisiones o transmisiones en cualquier soporte sonoro o visual. A los efectos de este apartado, se entiende incluida la fijación de alguna imagen aislada difundida en la emisión o transmisión. No gozarán de este derecho las empresas de distribución por cable cuando retransmitan emisiones o transmisiones de entidades de radiodifusión.

b) La reproducción de las fijaciones de sus emisiones o transmisiones. Este derecho podrá transferirse, cederse o ser objeto de concesión de licencias contractuales.

c) La puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de las fijaciones de sus emisiones o transmisiones, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

d) La retransmisión por cualquier procedimiento técnico de sus emisiones o transmisiones.

e) La comunicación pública de sus emisiones o transmisiones de radiodifusión, cuando tal comunicación se efectúe en lugares a los que el público pueda acceder mediante el pago de una cantidad en concepto de derecho de admisión o de entrada. Cuando la comunicación al público se realice vía satélite o por cable y en los términos previstos en los apartados 3 y 4 del artículo 20 de esta Ley, será de aplicación lo dispuesto en tales preceptos.

f) La distribución de las fijaciones de sus emisiones o transmisiones. Cuando la distribución se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera, si bien sólo para las ventas y transmisiones de propiedad sucesivas que se realicen en dicho ámbito territorial. Este derecho podrá transferirse, cederse o ser objeto de concesión de licencias contractuales.

Por tanto, se reconoce el derecho exclusivo de fijación, que no se aplica a las retransmisiones, dado que el que retransmite no modifica en nada la señal original.

Se reconoce asimismo el derecho de reproducción y el de puesta a disposición del público de sus emisiones o transmisiones, de forma que sean accesibles al público de modo que pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

También corresponde a las entidades de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar la retransmisión de sus emisiones o transmisiones; y la comunicación al público de sus emisiones o transmisiones en lugares a los que el público pueda acceder mediante el pago de una cantidad en concepto de derecho de admisión o de entrada.

Por último, el derecho de distribución al que se refiere el apartado f) no presenta diferencias con el régimen general contemplado en el artículo 19 TRLPI .

Y en atención a todo ello podemos concluir con el ámbito objetivo de la protección legal, es la señal emitida, no su contenido; es decir, se trata de un derecho independiente del de los autores, de los intérpretes, y de los productores de los programas (obras o grabaciones audiovisuales) que se incluyen en dicha señal.

Es claro en consecuencia que, si las entidades de radiodifusión son además, productores de dichas obras o grabaciones, disfrutarán también de los derechos que la Ley les otorga ( art. 120 - 125 LPI ) pero de forma independiente al nivel de protección dispensado en el art. 126.1 LPH

Y por todo eso, hemos de rechazar la falta de legitimación activa que excepciona la demandada al tiempo de contestar, cuando afirma que, toda vez que TDS no es productora de la grabación - en ningún caso afirmara la demandante que lo sea- necesariamente habría de acreditar, lo cual no ha hecho, la transmisión del derecho de emisión por parte de la entidad que ostentase aquella condición de productora -Mediapro-, sin que sobre este particular haga prueba el citado documento nº2. Anudaría a esta cuestión, de la falta de prueba, la imposibilidad de tener como hecho notorio la titularidad del derecho de emisión por parte de la actora pues se aportan notas de prensa (docs. 2-5) relativas a contiendas varias entre Mediapro y Canal + sobre este particular extremo. (Hacemos un inciso para aclarar que la demandada niega haber recibido el documento nº2 de forma completa y clara. Pues bien, el que obra en el proceso no adolece de los defectos que se imputa la demandada a la copia que se le hace llegar. Es a ese documento original al que ha de mirarse para valorar si ha sido correctamente aportado a los autos, y en todo caso, podía la parte haberse hecho con una copia en correcto estado desde el instante en que se persona en autos).

Y tampoco puede aceptarse la excepción argumentada sobre la base de que, aun aceptando dicha cesión de los derechos de emisión por parte de la productora, no se acredita el contenido o alcance del derecho de emisión cedido, en concreto, no se individualizan los concretos partidos sobre los que se proyectaría



el derecho, pues habría de destacarse que Mediapro no es la única entidad que ostenta los derechos de producción. Y se rechaza la excepción por cuanto que habría de estarse al auto de 15 de abril de 2016 de la Sec.28 de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid que permitiría concluir en la condición de MEDIAPRODUCCION, S.L.U. como titular exclusiva de los derechos del productor audiovisual sobre las grabaciones audiovisuales de los partidos de primera y segunda división de la Liga de Fútbol Profesional española de la temporada 2014/2015 (en el mismo sentido la ST de 18 de noviembre de 2016 del JM N°1 de la Coruña). Aquel reconocimiento de MEDIA PRODUCCION como titular de los derechos exclusivos de producción sobre aquel contenido se traduce por extensión, en la titularidad exclusiva de la actora sobre los derechos de emisión sobre el mismo

En definitiva, el derecho en base al que actúa DTS, S.A es un derecho originario que legalmente tiene reconocido por su condición de entidad de radiodifusión por vía el art. 126 LPI , y en modo alguno derivado de la cesión previa por parte del productor de la grabación. Su objeto directo, es la emisión en sí misma, es decir, una señal, independiente de la programación-contenido que se transmita, y en concreto la emisión de los partidos disputados por equipos de primera y segunda división entre agosto de 2012 y el cierre de la temporada del 2015 a los que queda referido el documento nº2 de la demanda, esto es, aquellos respecto de los que se reconoce a MEDIAPRO los derechos exclusivos del productor audiovisual por diversas instancias judiciales.

Se prueba la legitimación activa de la actora para la tutela judicial pretendida en autos

### **SEGUNDO.- OBJETO DE PROTECCIÓN**

Se trata como se analiza en el fundamento anterior de derechos afines de propiedad intelectual, en concreto de los derechos propios de las entidades de radiodifusión, siendo el bien jurídico protegido la emisión o transmisión en el sentido referido por el art. 20 apartados c y d LPI . Y en última instancia, la emisión o transmisión de los partidos de la LFP para las temporadas 2012/2013, 2013/2014 y 2014/2015

No están en juego por tanto los derechos de autor en sentido estricto, pues la mera retransmisión televisiva de un acontecimiento deportivo no encaja adecuadamente, en principio, en el concepto de obra audiovisual ( *artículo 86 del TRLPI* ), pues para ello (con independencia de que el medio de expresión de la imagen y/o el sonido sea o no tangible, lo que no necesariamente sería un óbice insalvable - *artículo 10 del TRLPI* ) se exigiría suficiente originalidad creativa y ello no se daría con la simple difusión por un medio audiovisual de un evento social la STS de 25 de junio de 2013

Tampoco se trata de la tutela de derechos audiovisuales: la organización de un espectáculo o evento deportivo genera una serie de derechos susceptibles de explotación comercial y, entre ellos, el derecho a efectuar la transmisión de las imágenes y a la realización de la grabación de las captadas. Estos denominados derechos audiovisuales corresponden originariamente al organizador del acontecimiento deportivo (así se destaca en la Exposición de Motivos del RDL 5/2015, de 30 de abril, que mantiene que la titularidad de los derechos audiovisuales de los encuentros de las competiciones de fútbol profesional se atribuye a los clubes o entidades participantes, si bien como novedad se establece la obligación de ceder las facultades de su comercialización conjunta a las entidades organizadoras de las respectivas competiciones -LPF y RFEF-, es decir, un sistema de comercialización centralizada) y son susceptibles de ser objeto de cesión mediante el correspondiente negocio jurídico. Se trata de derechos que no deben ser confundidos con los que puedan generar, per se, la ulterior emisión televisiva o la propia grabación audiovisual ya realizada, que son derechos afines a los de autor, y que incumben, respectivamente, a la entidad de radiodifusión que se encargue de emitir la señal y al que sea el productor de la grabación audiovisual, ni tampoco con derechos de imagen que correspondan a los participantes en el evento

### **TERCERO.- ACTIVIDAD INFRACTORA IMPUTADA DE FORMA PRINCIPAL**

Se imputa a la demandada PUERTO 80 PROJETS, S.L.U, siendo administrador único de la misma, D. Ernesto , cuya cualificación técnica ha de ser calificada, cuando menos, como equiparable a la de los técnicos que deponen en a instancia de una y otra parte. La entidad tiene como único objeto social la explotación de la página web ROJA DIRECTA a través de cuyo uso, se permitiría a los internautas el acceso no autorizado a retransmisiones deportivas. No niega la demandada aquella condición, si bien argumentará no constituir aquella explotación la única actividad para la que es constituida.

Se aporta a los autos como doc.3 estudio realizado por la empresa SIGMA DOS representativa de la enorme difusión y conocimiento por parte del público de la página, y su funcionamiento. También del importante porcentaje de encuestados que visiona los partidos de la LFP a través de la página web, con lógico fraude de los derechos exclusivos de los que es titular la actora como entidad de radiodifusión. En todo caso, se trataría de un hecho notorio de imposible controversia.



El funcionamiento de la web sería sencillo: una vez accedido a ella a través de la dirección de dominio [www.rojadirecta.es](http://www.rojadirecta.es), y otros dominios asociados ([rojadirecta.me](http://rojadirecta.me), [rojadirecta.eu](http://rojadirecta.eu), [rojadirecta.cat](http://rojadirecta.cat), [rojadirecta.in](http://rojadirecta.in), [rojadirecta.com](http://rojadirecta.com), [rojadirecta.org](http://rojadirecta.org), [rojadirectaplus.com](http://rojadirectaplus.com)) que redirigirían a aquella, se presentan en la pantalla los distintos eventos deportivos en cursos o próximo a comenzar en epígrafes. Al pulsar sobre estos epígrafes se despliega un listado de enlaces que al activarlos, permiten la visualización de retransmisiones deportivas. Se aporta como documento nº4 acta notarial dando fe de este particular funcionamiento (Insistirá la demandada en cuanto a dicho documento que en las actas notariales no se visualiza el contenido completo del partido sino solo imagen más sus propios técnicos coincidirán con que una vez que se entra en la página enlazada se puede ver al completo -aunque **rojadirecta** retire el enlace- si funciona el servidor de streaming).

La carga de las emisiones y su clasificación en el correspondiente epígrafe en función del evento del que se trate responde a la exclusiva actividad de la demandada. No se trata de una plataforma en la que los usuarios emplacen o publique enlaces: es la propia administradora de la web la que los introduce, y lo hace con pleno conocimiento de su contenido, pues sólo así se explica que pueda catalogarlo y definirlo e insertarlo en el epígrafe correspondiente del evento publicado. Se aporta a los autos doc. nº5 consistente en informe pericial del Ingeniero Sr. Leoncio .

Roja directa no se limita a realizar un papel auxiliar o de mera intermediación como haría un motor de búsqueda en internet que facilitaría al internauta un listado de de enlaces generados automáticamente a partir de la petición formulada (Google); ROJA DIRECTA preconfigura un índice de enlaces a contenidos por ella conocidos, anclando dichos contenidos en su página de manera estable mediante la técnica del enlazado, de tal forma que esa configuración es la misma para todo visitante de su página en un momento dado. Gracias al ensamblaje o enmarcado de las emisiones y transmisiones, están aparecen ante el internauta como recursos puestos a su disposición por el administrador de la web.

Es pues un autentico proveedor de contenidos y no un mero intermediario, siendo indiferente en base al derecho que se invocará que, se enlace a servidores externos (páginas web ajenas) en lugar de alojar los contenidos en su servidor propio y trazar hacia ellos enlaces internos.

Y se concluye con que esta actividad de enlazado hacia un contenido protegido es un acto de explotación no consentido en los términos señalados en el art. 126.1 LPI c) *La puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de las fijaciones de sus emisiones o transmisiones, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija. El precepto se desarrolla en la línea de la Directiva 2001/29 para la armonización de las legislaciones de los estados miembros en cuyo art. 3 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 en el momento que elija (...) 3. Ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2.»*

Y en apoyo de su tesis cita la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C- 466/12 , de fecha 13/02/2014, que ya ha sido por cierto aplicada en números supuestos por los juzgados y tribunales españoles. En el caso Svensson concluye el tribunal que facilitar enlaces en internet sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas por derechos de autor debe calificarse como puesta a disposición y en consecuencia como acto de comunicación, ahora bien esa conducta solo constituirá un acto de comunicación pública a los efectos del art. 3 de la directiva si se dirige a un público nuevo que no hubiese sido tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público. Por lo tanto es preciso no solo un acto de comunicación sino un público nuevo, término que se refiere a un número indeterminado de destinatarios potenciales que impliquen un número considerable de personas no tomado en consideración inicialmente.

En consecuencia, no existe público nuevo, y tampoco comunicación pública, en aquellos casos en que los titulares de derechos sobre la obra enlazada a hubieren puesto la obra libremente a disposición de los internautas.

Y señalaba el tribunal que en el caso de que el enlace sobre el que se puede pulsar permitiera a los usuarios de la página en la que se encuentra dicho enlace eludir las medidas de restricción adoptadas en la página en la que se encuentra la obra protegida para limitar el acceso a ésta a los abonados y constituyera, de este modo, una intervención sin la cual dichos usuarios no podrían disfrutar de las obras difundidas, habría que considerar que el conjunto de esos usuarios es un público nuevo que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial, de modo que tal comunicación al público exigiría la autorización de los titulares".



*Pues bien, la parte demandada combate la tesis de la adversa en el plano fáctico y jurídico: desde la perspectiva de los hechos, alegando que, los enlaces se insertan en la página gestionado por PUERTO 80 PROJOECTS, S.L. por personas ajenas a la entidad, es decir, por los propios usuarios, negando que ROJA DIRECTA provea un índice predefinido sobre el que se organiza la información, siendo el listado de eventos que se muestra, completamente dinámico y generado en tiempo real mediante la identificación de patrones en los campos que provean los usuarios al dar de alta los eventos; desde el punto de vista del derecho, afirmando la vacilación jurisprudencial sobre la calificación jurídica de la actividad de enlazado y cuestionando que sea extrapolable al derecho interno el término "público nuevo" del que habla la jurisprudencia europea*

*1.- Sobre si es la propia administradora de la web la que introduce los enlaces*

Primera mención obligada es que la carga de probar este concreto extremo compete a la actora por vía del art. 217 LEC en tanto que alega el hecho sobre el que se erige la actividad infractora.

Segunda, que no podemos entender por el contrario que le compete a la actora la diabólica prueba de acreditar no haber autorizado en cada caso la comunicación pública de los eventos deportivos que han sido accesibles a terceros a través de la web y por el sistema de indexado en base al que funciona. De la documental obrante en autos y como antes se afirmaba resulta prueba bastante en orden a acreditar la titularidad de la actora sobre los derechos exclusivos del art. 126 LPI respecto de los partidos de fútbol ya expresados, siendo hecho notorio y susceptible del alcance y conocimiento de cualquiera, que la retransmisión de dichos encuentros deportivos no se realiza en abierto, y que su visionado a través del canal o plataforma correspondiente se reserva a abonados previo pago de la tarifa correspondiente. Baste en todo caso el informe 1.b de la demandada para tener por probado (pag.45) que la página web enlazada a retransmisiones de partidos de la LFP

El que en ocasiones la retransmisión se realice en abierto, como alega la demandada, sin prueba de clase alguna, por cierto, no prejuzga la acción infractora que se imputa a ROJA DIRECTA, al menos en estos autos en que no se pretende derecho indemnizatorio de clase alguno

Pues bien, se cuentan con varios indicios favorables a la tesis mantenida por la demandante; o mejor dicho, indicios de que no es cierto lo que dice la adversa:

El perito Don. Leoncio , que firma el informe técnico que aporta la actora junto con su escrito de demanda viene a concluir, a la fecha de su informe (se firma el 2 de febrero de 2015 y se dice elaborado en enero de aquel año) con que no hay ninguna forma de introducir datos en la programación de eventos deportivos en directo accesible desde algún enlace contenido en la página principal o desde el foro, lo cual es extensible a las demás direcciones de dominio en las que se aloja la web. Ninguna titulación especial se requiere para concluir, como concluye el técnico, que, si no pueden terceros, el ensamblado, inserción o publicación de enlaces lo lleva a cabo el administrador de la web, que necesariamente ha de conocer su contenido para su ubicación bajo un concreto epígrafe.

Las conclusiones del perito Sr. Carlos Alberto en el informe aportado a los autos de medidas cautelares, y que se adjunta como documento nº24 de su escrito de contestación (el informe data de noviembre de 2015), en sentido diametralmente opuesto al informe anterior -esto es, la página incluye paneles a fin de que los usuarios suban enlaces-, contrastan abierta y frontalmente con el resultado de la diligencia llevada a cabo en aquella sede cautelar en la que se pretendió que el propio perito, desde el ordenador de la sede judicial, y tras haber accedido a la web chanel. [rojadirecta.es](http://rojadirecta.es) , procediera a la inserción de un enlace desde aquel comando que se decía existente: no fue posible crear una cuenta de usuario como paso previo a la creación del enlace al no hallarse operativo el comando diseñado para una operación tal; dirá el acta de la letrada de la administración de justicia "no existe el botón de crear nueva cuenta"; sobre esta cuestión de por qué estaba imposibilitado el registro de usuario o la habitualidad de un circunstancia tal en la operativa de cualquier página web, sorprende que la demandada no haya dirigido un particular esfuerzo probatorio, dada cuenta la importancia que el juzgador de medidas cautelares otorgó a ese dato, y su peso decisivo como indicio contrario a las tesis de la parte demandada en la resolución dictada en fase de medidas cautelares. No sólo no encomienda a un perito judicial que aclare estos extremos, sino que sus técnicos pasan de alta tal particular cuestión.

Íntimamente vinculado con lo anterior, el dato de la ausencia de toda prueba sobre el hecho de que la página ofreciera la opción de inserción de enlaces por terceros de forma previa a la pericia del perito de la demandada.

Especial significación merece el hecho destacado en el auto de medidas provisionales dictado en la pieza separada tramitada ante este juzgado (auto 26 de noviembre de 2015 ) así como en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº2 de esta ciudad en los autos seguidos entre Mediapro y Puerto 80 Projects, S.L.U y el Sr. Ernesto , y es que si no fuera desde la anterior premisa -el administrador de la web inserta los



enlaces- no se comprende cómo sería posible que de una forma muy inmediata a la emisión se suban más de un centenar de enlaces, sinónimo de una perfecta pero improbable sincronización de otros tantos usuarios, circunstancia que se torna en imposibilidad si se tiene en cuenta además la absoluta precisión, vinculación y coherencia entre el enlace y su descripción en el índice de contenidos. Es más, no se ha probado en autos, y a lo largo de toda la vida de la web, la existencia de un solo error como tampoco de una falta de vinculación entre la retransmisión inserta en la ubicación a la que redirige el enlace y el concepto-descripción con el que aparece reflejado en el índice

Las páginas a las que redirecciona ROJA DIRECTA incluyen el banner (logotipo y texto) de Roja Directa

Se aportaron por la demandada un total de seis informes técnicos sobre distintos aspectos de la web, y un informe contable. Se trataría, en el primer caso, de los cinco informes emitidos por Ingeniero de Sistemas Sr. Casiano y uno más Don. Carlos Alberto (además del documento nº24 consistente en informe aportado por Don. Carlos Alberto en la fase cautelar, el mismo técnico emite segundo informe fechado en marzo de 2016, con prácticamente el mismo contenido esto es, intentar demostrar la posibilidad de cualquier usuario de insertar los enlaces y la operatividad del panel que a tal efecto obra en la web).

Los informes Don. Casiano se unen al procedimiento por este orden: 1.- funcionamiento de la web; 2.- analizar si existen enlaces de la LFP en la web; 3.- funcionamiento del foro; 4.- existencia de banners de publicidad (este concreto informe se completa con el emitido por PLAD ECONOMISTAS) y 5.- dominios que son enlazados a través de ROJA DIRECTA

Con relación a los que afectan al funcionamiento de la web cabe realizar la misma y constante crítica (el informe 1 Don. Casiano y los dos emitidos por Don. Carlos Alberto), esto es, en ellos se analiza la web en fechas posteriores al escrito de presentación de la demanda (diciembre de 2015), concretamente en el mes de marzo de 2016 (en el acto de juicio Don. Casiano, referirá que sus trabajos sobre la web se inician en enero de 2016), de forma que no pueden hacer prueba de la existencia de un panel para la inserción de eventos a la fecha en que se presenta demanda y respecto del enlazado a contenidos protegidos como tampoco, de la eventual manipulación de la web desde aquella fecha para ofrecer al órgano judicial la idea que se pretende, esto es, son los terceros ajenos a la web los que insertan los enlaces.. Y de muy en especial forma ha de destacarse la idea de que ninguna constancia fehaciente existe de que para publicar un concreto enlace, el eventual usuario que lo hubiera generado, hubiera en efecto procedido con arreglo aquel patrón, esto es, darse de alta, desplegar un panel para insertar un enlace y aparecer automáticamente éste publicado en el índice de contenidos que aparece en la página principal de la web.

Así mismo el hecho de si el contenido susceptible de visionado a través de la web se encuentra almacenado en un servidor propio o ajeno, poco o nada tiene que ver con la actividad infractora que nos ocupa. Por cierto que, sobre dicho proveedor externo del que habla la demandada, ninguna prueba obra en autos, o si se quiere, ninguna prueba obra de ser un elemento ajeno a la propia entidad demandada

La parte actora, aportará un informe técnico posterior para cuya elaboración, interesará disponer de la información que fue facilitada al perito adverso, esto es, las credenciales propias del administrador de la web, el Sr. Ernesto, a fin de poder comprobar aquellos extremos en los que incidía el informe Don. Casiano. La información nunca llega a poder de la actora no obstante no haber recurrido la adversa el requerimiento del tribunal en tal sentido.

Y sobre todo los hechos incontrovertidos que a continuación se exponen, por no ser negados por parte de los peritos de la parte demandada a las preguntas que se le formulan por la defensa letrada de la actora, enormemente expresivos de la intervención directa de los administradores de la web en la inserción de los enlaces, o mejor aún, de la cuestionable existencia de esos terceros, anónimos, numerosos, desinteresados y doctos: a) es el administrador de la web el que proporciona las credenciales a los fines de alta de usuarios-contribuyentes: si no te das de alta como usuarios, lo cual sólo sucede si la web te lo permite concediéndote las credenciales de acceso, no puede insertar enlaces; b) no se acredita si los terceros usuarios que de conformidad con el informe Don. Casiano, han insertado enlaces, son tales, son sujetos diferentes entre sí, si las IPs empleadas en las altas y usos posteriores equivalen a otros tantos usuarios y la coincidencia o no de los equipos y conexiones con las de los administradores. Es más Don. Carlos Alberto, perito de la adversa, llega a concluir con que un experto informático puede generar un número de conexiones varias que pueden quedar registradas como distintas IPs; también la posibilidad, en absoluta remota, de que las direcciones de IPs que se recogen en el historial de accesos que analizan los técnicos no reflejen la real ubicación geográfica de cada una de ellas; c) la creación de la primera dirección de IPs el 21 de septiembre de 2012, y el funcionamiento de la página, no obstante, desde fechas anteriores d) la coincidencia entre los caracteres que integran el nombre de usuario y la denominación de los canales a los que direccionan; e) el imposible conocimiento por parte de ese



colectivo numeroso de usuarios de aportar al formulario de alta de un evento, información técnica, no accesible desde luego para cualquiera, como la información relativa al valor "bitrate", referido a la calidad de la emisión.

Concluimos necesariamente con la existencia de indicios varios y contundentes en cuanto a la responsabilidad de los administradores de la web en cuanto a la inserción de los enlaces de su catalogación y ubicación en los epígrafes correspondientes en el índice de contenidos y en definitiva de que el administrador de la web ejerce un control absoluto sobre los enlaces subidos y sus contenidos, llevando a cabo una gestión editorial que impide considerar la web como un alojador, como youtube que publica y comparte videos sin discriminación de contenido. Y en este sentido podemos estar, sin paliativos a las respuestas del perito de la demandada Don. Carlos Alberto a preguntas del letrado de la actora cuando concluye sobre la capacidad del sistema para advertir valores fuera de rango y proceder a su corrección como por ejemplo, errores en la hora, o la posibilidad de registrar bajo el mismo epígrafe el encuentro "Barça-Madrid", "Barcelona-Madrid" o Madrid- Barcelona según sea dado de alta en el sistema)

## 2.- SOBRE EL DERECHO

Y no se comparte la tesis de la vacilante jurisprudencia europea o nacional. La sentencia dictada en el asunto C- 466/12 ( CASO SVENSSON) de fecha 13/02/2014, aplicada por cierto hasta catorce veces distintas en la jurisprudencia nacional, en efecto, y como denuncia la demandada, no valora que en el concreto caso que se somete al tribunal, se infringiesen los derechos de propiedad intelectual, y así lo dice porque en ese caso, las obras protegidas -unos artículos periodísticos- habían sido ubicados en la red con el consentimiento de sus titulares, en páginas de libre acceso a las que redirigían los enlaces publicados por la infractora. De seguirse el argumento del tribunal, para el caso de que aquellas páginas en las que se ubicaban las obras fueran de acceso restringido, esto es, sólo para abonados, la resolución habría sido diversa, y es que en tal caso, sí se habría dado la circunstancia del público nuevo que hace que el acto de comunicación sea una comunicación pública en los términos de la directiva.

Idénticamente sin posibilidad de apreciar la menor diferencia o fisura se pronuncia el Auto de 21 de octubre de 2014 dictado en el asunto C348/13 (CASO BESTWATER): 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, comienza recordando su jurisprudencia: para calificar de "comunicación al público" en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE , **una** obra protegida debe ser comunicada según un modo técnico específico, diferente de los previamente utilizados o, en su defecto, a un público nuevo, es decir, a un público que no haya sido ya tomado en cuenta por los titulares de los derechos de autor cuando permitieron la comunicación inicial de su obra al público.

El Tribunal de Justicia continua su argumentación refiriéndose a la sentencia Svensson C 466/12 del 13 de febrero 2014, según la cual, un enlace HTML a una obra con derechos de autor que ya se encontraba disponible gratuitamente al público en otro sitio web, era legal. El TJUE sostuvo que "puesto que tal acto de comunicación utiliza la misma técnica que ya se utiliza para comunicar esta obra en este otro sitio web, para ser calificado como "comunicación al público" en el sentido del artículo 3, el apartado 1 de la Directiva de 2001, este acto debe efectuarse ante un nuevo público ".

El Tribunal considera que esta conclusión no queda desvirtuada por el hecho de la técnica de framing (transclusión) , de manera que cuando los usuarios hacen clic en el enlace en cuestión, la obra aparece en la web de un tercero dando la impresión de que pertenece a los contenidos de esa página. El Tribunal Europeo no niega esta posibilidad, pero es firme: "Es cierto que, como se ha señalado por el tribunal alemán, esta técnica se puede utilizar para poner a disposición del público una obra evitando así el hecho de copiarla e incurrir en el alcance de las disposiciones sobre el derecho de reproducción, pero lo cierto es que su uso no da lugar a que la obra en cuestión se comunique a un nuevo público". De hecho, a partir del momento en que este vídeo se encuentra disponible gratuitamente en Youtube, hay que considerar que los titulares de derechos de autor han autorizado dicha comunicación, tomando en cuenta la totalidad de los internautas como público .

Teniendo en cuenta lo anterior, en cuanto a la cuestión planteada en este caso conviene indicar 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 nuevamente, y como sucedía en el caso SVENSSON, siguiendo la doctrina expuesta por el tribunal, el fallo habría sido otro -habría comunicación pública- para el caso de que el enlace hubiera dirigido a una página que no fuera de libre acceso en la que constase la obra protegida (en este caso unas fotografías)

Y finalmente, cuenta este órgano de instancia con la reciente sentencia de 8 de septiembre de 2016 dictada en el recurso C-160/15 (CASO GS MEDIA). Entre el caso que nos ocupa y el que analiza el tribunal concurre una identidad de razón absoluta: (considerandos 45-51) "A este respecto, debe constatar que Internet reviste efectivamente particular importancia para la libertad de expresión y de información, que garantiza el artículo 11 de la Carta, y que los hipervínculos contribuyen a su buen funcionamiento y al intercambio de opiniones y de información en esa red, caracterizada por la disponibilidad de cantidades ingentes de información.

Además, puede resultar difícil, especialmente para particulares que deseen colocar tales vínculos, comprobar si el sitio de Internet, al que se supone que remiten los vínculos, da acceso a obras que están protegidas y, en su caso, si los titulares de los derechos de autor de dichas obras han autorizado su publicación en Internet. Esa comprobación es aún más difícil cuando estos derechos han sido objeto de sublicencias. Por otro lado, el contenido de un sitio de Internet, al que permite acceder un hipervínculo, puede ser modificado tras la creación de este vínculo, incluyendo obras protegidas, sin que la persona que ha creado el vínculo sea necesariamente consciente de ello

Así pues, a efectos de la apreciación individualizada de la existencia de una «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, cuando la colocación del hipervínculo que remite a una obra disponible libremente en otro sitio de Internet la realiza una persona sin ánimo de lucro, debe tenerse en cuenta la circunstancia de que esta persona no sepa, y no pueda saber razonablemente, que dicha obra había sido publicada en Internet sin la autorización del titular de los derechos de autor

En efecto, tal persona, si bien pone dicha obra a disposición del público ofreciendo a los demás internautas un acceso directo a la misma (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros, C 466/12, EU:C:2014:76, apartados 18 a 23), no actúa, por lo general, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento para dar a clientes acceso a una obra publicada ilegalmente en Internet. Además, cuando la obra en cuestión ya se encontraba disponible sin ninguna restricción de acceso en el sitio de Internet al que permite acceder el hipervínculo, todos los internautas podían, en principio, tener acceso a ella incluso sin esa intervención.

*En cambio, cuando se ha acreditado que tal persona sabía o debía saber que el hipervínculo que ha colocado da acceso a una obra publicada ilegalmente en Internet, por ejemplo, al haber sido advertida de ello por los titulares de los derechos de autor, procede considerar que el suministro de dicho vínculo constituye una «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.*

*Lo mismo sucede en el supuesto de que tal vínculo permita a los usuarios del sitio de Internet en el que se halla eludir medidas de restricción adoptadas por el sitio donde se encuentra la obra protegida para limitar el acceso al mismo por parte del público a sus abonados únicamente, al constituir entonces la colocación de tal vínculo una intervención deliberada sin la cual dichos usuarios no podrían beneficiarse de las obras difundidas (véase, por analogía, la sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros, C 466/12, EU:C:2014:76, apartados 27 y 31).*

Por otra parte, cuando la colocación de hipervínculos se efectúa con ánimo de lucro, cabe esperar del que efectúa la colocación que realice las comprobaciones necesarias para asegurarse de que la obra de que se trate no se publica ilegalmente en el sitio al que lleven dichos hipervínculos, de modo que se ha de presumir que la colocación ha tenido lugar con pleno conocimiento de la naturaleza protegida de dicha obra y de la eventual falta de autorización de publicación en Internet por el titular de los derechos de autor. En tales circunstancias, y siempre que esta presunción *iuris tantum* no sea enervada, el acto consistente en colocar un hipervínculo que remita a una obra publicada ilegalmente en Internet constituye una «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

Y termina la sentencia con una parte dispositiva en la que se expresa literalmente: "El 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, debe interpretarse en el sentido de que, para dilucidar si el hecho de colocar en un sitio de Internet hipervínculos que remiten a obras protegidas, disponibles libremente en otro sitio de Internet sin la autorización del titular de los derechos de autor, constituye una «comunicación al público» en el sentido de la citada disposición, es preciso determinar si dichos vínculos son proporcionados sin ánimo de lucro por una persona que no conocía o no podía conocer razonablemente el carácter ilegal de la publicación



de esas obras en este otro sitio de Internet o si, por el contrario, los vínculos se proporcionan con ánimo de lucro, supuesto en el que debe presumirse tal conocimiento.

Y en base a esta resolución judicial, podemos concluir que aun cuando quisiera sostenerse que son usuarios ajenos a la demandada, lo cual se afirma a los meros efectos dialécticos, los que proveen el contenido de la web, habríamos necesariamente de concluir de idéntica forma que, PUERTO 80 PROJECT, S.L. a través de ROJA DIRECTA efectúa actos de comunicación pública desde el mismo momento de su intervención deliberada sin la cual dichos usuarios no podrían beneficiarse de las obras difundidas. La evidencia de los hechos lo demuestra más allá de cualesquiera explicaciones de técnicas: ROJA DIRECTA propone una agenda deportiva actualizada; recoge, almacena y propone con una presentación relevante y cronológica y por tipo de deporte enlaces supuestamente mandados por terceros que permiten ver en directo o en ligero diferido los partidos de actualidad; ejerce un control absoluto y directo y una gestión editorial de los contenidos y por consiguiente no puede considerarse como un alojador, como youtube que publica y comparte videos sin discriminación de contenido.

#### **CUARTO.- RESPONSABILIDAD POR COOPERACIÓN/INDUCCIÓN y LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN VIRTUD DE LA LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN**

*Subsidiariamente para el caso de que quisiera entenderse lo cual se afirma a los meros efectos dialécticos que, la demandada no es autora material de la actividad de enlazado, o es más, que su actuación no constituye un acto de comunicación pública su consideración de infractora vendría de la mano de lo dispuesto en el art. 138 párrafo segundo de la LPI, introducido por el art. 1.10 de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre con fecha de entrada en vigor el 1/01/2015 ( Ref. BOE-A-2014-11404) : Tendrá también la consideración de responsable de la infracción quien induzca a sabiendas la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor. Lo anterior no afecta a las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los artículos 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la medida en que se cumplan los requisitos legales establecidos en dicha ley para su aplicación.*

Poco más puede decirse a partir de la literalidad de la norma, hasta el punto de que aun en el caso de que quisiéramos negar cuanto ha sido expuesto en fundamentos de derecho anteriores, y partir de la verdad formal de todas las alegaciones que expone la parte demanda -roja directa es un mero motor de búsquedas- habríamos de concluir en su condición de cooperador necesario con la actividad de terceros en tanto que contribuiría abiertamente a que al gran público accediera a los contenidos protegidos insertados en páginas que no gozan de libre acceso, y reservadas la público abonado.

Pura y simplemente: un usuario medio, si no interviniera roja directa no encontraría el código alfanumérico por mucho que interviniera más gente que roja directa indexando ese contenido

En este sentido también se pronunció con meridiana claridad el Auto de la sección 28ª de la AP de Madrid en sede de medidas cautelares al indicar que "el titular del sitio enlazado responde de los contenidos que coloca en la red y si éstos están protegidos infringe la propiedad intelectual o el derecho ajeno digno de protección. Pero también será responsable el prestador del servicio de enlaces si éste ya no se mantiene en una postura de neutralidad, es decir, si colabora de algún modo con la actividad infractora o conoce de la ilicitud de los contenidos y no actúa para evitarla. Si éste es sabedor de que el contenido enlazado al que está facilitando el acceso ocasiona perjuicio a derechos de tercero incurrirá en responsabilidad. (...) Conductas de esa índole, en las que el prestador del servicio despliega conductas activas de tratamiento, clasificación e indexación de la información, entrañan una ruptura de la neutralidad por parte de aquél y ello con independencia de quien le proporcione inicialmente el enlace y de la tecnología que luego se esté usando para el contacto entre los enlazadores (P2P, streaming, etc) si con ello lo que se produce es un mismo resultado".

Sobre el ánimo de lucro de PUERTO 80 PROJECT, S.L. poco puede decirse: la única actividad desarrollada por la entidad, -desde luego que no se conoce otra- es pura y simplemente la explotación de la página web roja directa, y cualquiera que fuera la principal fuente de ingresos -ya la publicidad, ya los propio clientes de la web, casas de apuestas según se refiere- estos indubitadamente existen y con ellos el ánimo de lucro como presupuesto condicionante de la norma. Si el modelo de negocio es un diseño empresarial organizativo para la captación de clientes, si estos existen, como es el caso de autos, parece poco importante el concreto concepto por el que se les facture: el ánimo de lucro por el ejercicio de una actividad de mercado, ya es concurrente

A los meros efectos dialécticos, y sobre la posibilidad racional de conocer la actuación ilícita de aquellos con los que coopera -la ley habla de que coopera quien actúa " conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla"- poco argumento cabal puede ofrecerse habida cuenta la segura



calificación como hecho notorio de que Canal + no emite en abierto los más destacados partidos de la LFP. No se exige un conocimiento directo, sólo la posibilidad de indicios razonables de que la infracción de terceros.

Al hilo de esta responsabilidad indirecta la parte demandada argumentará sobre la base de la exoneración que la ley de servicios de la sociedad de información prevé para los prestadores de servicios de la sociedad de la información, haciendo valer una aparente contradicción evidente entre lo dispuesto en el art. 138 y 139 aquella normativa y la ley de servicios de la sociedad de la información

La contradicción no es tal y es que como a continuación se expone, para que fuera aplicable la normativa de referencia resultaría preciso partir, en primer lugar, de las premisas argumentadas por la demandada que han sido desacreditadas en autos, de que la web **Rojadirecta** es una página en que se alojan contenidos por obra y gracia de terceros, o de que su índice se genera automáticamente a partir de los patrones preestablecidos utilizados por los usuarios. Y en segundo lugar y negando la mayor, que insistimos, se formula a los meros efectos dialécticos, la concurrencia de los restantes presupuestos que se señala el art. 17

El art. 17 de la ley Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico señala: "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".

Tanto la Unión Europea en la Directiva 2000/31 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, como España en la Ley 34/02, han optado por no hacer responsables a los proveedores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos que albergan un sitio Web del control de los contenidos que transitan por sus sistemas informáticos, con determinadas excepciones; se recoge la norma general de que los prestadores de servicios, sólo serán responsables por contenido que ellos mismos elaboren o que se hayan elaborado por su cuenta, excluyendo así cualquier responsabilidad por contenido ajenos que en el ejercicio de sus actividades de intermediación, transmitan, copien, almacenen o localicen, siempre que respeten las limitaciones impuestas por la normas, a tenor de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 34/02 .

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, sólo 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 imposible el acceso a ellos; entendiéndose que el servidor conoce la ilicitud de esa información a la que presta un servicio determinado "cuando el 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 ", como dice el artículo 16; el legislador español, con el fin de no menoscabar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y otros valores ha optado por la no obligación de fiscalizar los contenidos por parte de los prestadores de servicios, si bien les impone un deber de diligencia, concretado, aparte de lo establecido en el artículo 16, en el artículo 11, que establece una serie de obligaciones en relación con los contenidos, y de colaboración con las autoridades públicas para localizar e imputar responsabilidad a los autores de actividades o contenido ilícitos que se difundan por la Red o para impedir que éstos se sigan divulgando.

Pero sobre esta cuestión del conocimiento, se ha pronunciado la STS, Civil sección 1 del 10 de febrero de 2011 ( ROJ : STS 559/2011 - ECLI:ES:TS:2011:559 ) : "niega el recurrente que supiera de la ilicitud de las opiniones y comentarios vertidos por los usuarios hasta que no recibió la demanda origen del presente procedimiento y



para ello se sirve del significado que a las palabras "conocimiento efectivo" atribuye el legislador español en el artículo 16, apartado 1, de la Ley 34/2002 -" 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" - y añade que, en el caso, ningún órgano competente había declarado previamente a la demanda la ilicitud de los datos almacenados o la lesión de los derechos de los actores y, menos, ordenado la retirada de contenidos.

Esta interpretación que ofrece el recurrente del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2002 no es conforme a la Directiva, como ya lo analizó esta Sala en la sentencia de 9 de diciembre de 2009, RC n.º 914/2006 ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del "conocimiento efectivo" de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo.

Además de que el propio artículo 16 de la Ley 34/2002 permite esa interpretación favorable a la Directiva - al dejar a salvo la posibilidad de " otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse " -, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al "conocimiento efectivo" a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate.

Partiendo de ello, la Audiencia Provincial atribuye ese mismo valor revelador a los contenidos almacenados o enlazados por cuanto su ilicitud es patente y evidente por sí sola, al no depender de datos o información que no se encuentren a disposición del intermediario. Considera que tanto la foto como las expresiones empleadas constituyen una intromisión en el derecho al honor del demandante notoria y manifiesta que no era precisa resolución judicial que declarase la ilicitud del contenido de las mismas.

Esa conclusión es conforme con la doctrina expuesta y lleva a concluir la falta de diligencia del demandado en el cumplimiento de la carga prevista en la letra b) del repetido artículo 16 de la Ley 34/2002".

Consideramos que esta jurisprudencia es de perfecta aplicación que nos ocupa, de forma que partiendo de la condición desacreditada de ser Roja Directa de un mero alojador de contenidos, necesariamente habríamos de concluir en la capacidad deductiva de los responsables de la web para valorar con un alto grado de probabilidad que a través de los códigos alfanuméricos en que consisten los enlaces que se despliegan luego se selecciona un evento del índice, se alcanzaba el visualizado de retransmisiones deportivas desde ubicaciones tan sólo accesibles para los abonados de los correspondientes canales.

No es posible la aplicación de la exención de responsabilidad que prevé la LSSI

#### **QUINTO.- RESPONSABILIDAD POR ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL**

Se alegaban subsidiariamente actos de competencia desleal encuadrables en el artículo 15 LCD, y que los actos de los demandados constituían, también, un acto de imitación con aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno. Pues bien, estimando la pretensión principal no cabe entrar ya a valorar la subsidiaria, si bien aparece patente a juicio de este tribunal que al amparo de la Ley de Competencia Desleal procedería la estimación de la pretensión subsidiaria si no hubiere procedido la estimación de la principal (artículos 4 LCD). Por lo que derivaría igualmente en la estimación de la demanda al amparo de lo establecido en los artículos 32 y 33 de la Ley de Competencia Desleal. En este sentido se pronunció con meridiana claridad el ya citado Auto de la AP de Madrid dictado en sede de medidas cautelares "en el ámbito que aquí nos incumbe, la organización de un espectáculo o evento deportivo genera una serie de derechos susceptibles de explotación comercial y, entre ellos, el derecho a efectuar la transmisión de las imágenes y a la realización de la grabación de las captadas. Estos denominados derechos audiovisuales corresponden originariamente al organizador del acontecimiento deportivo (así se destaca en la Exposición de Motivos del RDL 5/2015, de 30 de abril, que mantiene que la titularidad de los derechos audiovisuales de los encuentros de las competiciones de fútbol profesional se atribuye a los clubes o entidades participantes, si bien como novedad se establece la obligación de ceder las facultades de su comercialización conjunta a las entidades organizadoras de las respectivas competiciones - LPF y RFEF-, es decir, un sistema de comercialización centralizada) y son susceptibles de ser objeto de cesión mediante el correspondiente negocio jurídico. Se trata de derechos que no deben ser confundidos con los que puedan generar, per se, la ulterior emisión televisiva o la propia grabación audiovisual ya realizada, que son derechos afines a los de autor, y que incumben, respectivamente, a la entidad de radiodifusión que se encarga de emitir la señal y al que sea el productor de la grabación audiovisual, ni tampoco con derechos de imagen que correspondan a los participantes en el evento. (...) la parte demandada está sirviéndose de las imágenes, sin autorización para ello por parte del que tiene el derecho a captarlas, grabarlas y emitir las, para integrarlas, a través de una operativa de enlaces, en la prestación empresarial ofertada por ella, en tanto



que se trata de una entidad mercantil que opera en Internet. El enorme esfuerzo inversor realizado por la parte actora en la adquisición de la cesión de los denominados derechos audiovisuales sobre las competiciones deportivas aquí concernidas (Liga española de fútbol de Primera y Segunda División y Copa de SM el Rey), no puede ser indebidamente aprovechado por un tercero, que, mediante actos de expolio y de competencia parasitaria, no justificados por su propio esfuerzo, estaría privando de los frutos de su actividad empresarial al que sí ha tenido que invertir en la obtención de los referidos derechos".

#### **SEXTO.- SOBRE LA POSIBILIDAD DE CUANTIFICAR EL IMPORTE DEL PERJUICIO DERIVADO DE LA ACTIVIDAD INFRACTORA EN UN PROCESO POSTERIOR**

El art. 219 LEC : 1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética (...) 3. Fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. *"No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésta sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades"*.

El TS señala en St (sección 1) del 21 de julio de 2016 señala: "el recurso extraordinario por infracción procesal se fundamenta en un solo motivo, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y, en concreto, del artículo 222.4 LEC, sobre los efectos de la cosa juzgada material, en relación el artículo 400 LEC, y la jurisprudencia sobre el mismo, respecto de la preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos, por cuanto en el presente supuesto concurrirían -según la parte recurrente- todos los requisitos necesarios para estimar la excepción de cosa juzgada formulada con el efecto preclusivo respecto de todas aquellas cuestiones que la parte contraria pudo y debió de haber reclamado en el primer procedimiento.

Afirma la parte recurrente que:

«la base fáctica y los hechos jurídicos sobre los que se fundamenta la reclamación de INMOBILIARIAS GARHE objeto del presente procedimiento son los mismos en que se basó su anterior demanda, pese a que -para evitar el efecto de la cosa juzgada- haya tratado de modificar su pretensión. En efecto, como a continuación se comprobará, los "hechos jurídicos" de ambos procedimientos son los mismos: que IMPORTACIONES VIDAL no le entregó la posesión de las naves (sean objeto de la compraventa o la cosa arrendada) en la fecha en que debió haberlo hecho (como máximo, el 30 de julio de 2005), fecha que había transcurrido sobradamente cuando se interpuso la primera demanda (casi 12 meses después de esa fecha, el 26 de julio de 2006)...».

El motivo se desestima ya que efectivamente no puede apreciarse la existencia de cosa juzgada sobre la pretensión ahora formulada que no lo fue en el anterior proceso ni tenía el demandante la obligación de hacerlo, como se desprende de lo dispuesto por la propia norma invocada: el *artículo 400 LEC*.

Dicha norma es del siguiente tenor literal:

«Artículo 400. Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos

»1. *Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.*

»La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

»2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.»

Así la ley establece una verdadera preclusión en la alegación de hechos y fundamentos jurídicos que apoyan la acción, pero en forma alguna determina el objeto de la pretensión sobre la que ha de decidir exclusivamente el demandante. Extiende por ello la cosa juzgada material a todas las posibles «causas de pedir» con que pudiera contar el demandante en el momento de formular su demanda pero únicamente respecto de la concreta pretensión que formula. Si no fuera así, carecería de sentido la norma del *artículo 219.3 LEC* que permite al demandante formular exclusivamente una pretensión de condena al pago de cantidad de dinero, frutos,



rentas, utilidades o productos, dejando para un proceso posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades.

No se valora en consecuencia obstáculo legal o procesal de clase alguna para que en un pleito posterior se dilucide la cuestión de la eventual indemnización que compete a resultas de la actividad infractora.

**SEPTIMO.-** El art. 138.1 LPI señala que "el titular de los derechos reconocidos en esta ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140. También podrá instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor".

El art. 139 señala que "1. El cese de la actividad ilícita podrá comprender: a) La suspensión de la explotación o actividad infractora, incluyendo todos aquellos actos o actividades a los que se refieren los artículos 160 y 162 ; b) La prohibición al infractor de reanudar la explotación o actividad infractora. (...h) La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico .

Sin perjuicio de que en esta resolución se argumenta y se concluye positivamente sobre la concurrencia fáctica y jurídica para atender a la tutela judicial comprendida en los ordinales 2, 3 y 4 del suplico de la demanda, solicitados de forma subsidiaria, la estimación de la demanda ha de ir referida a lo interesado de forma principal en el punto 1º, con los pronunciamientos accesorios de los números 5 y siguientes, incluido el pronunciamiento de costas, por imperativo del art. 394.1 LEC

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

## FALLO

Que estimando íntegramente la demanda promovida por DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, representada por la Procuradora Sra. Penas Francos contra PUERTO 80 PROJECTS, S.L.U representada por el Procurador Sr. Bejerano:

1.- Debo declarar y declaro que PUERTO 80 PROJECTS, S.L.U ha violado derechos patrimoniales de propiedad intelectual pertenecientes a DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A. mediante la comunicación pública de sus emisiones y transmisiones condenando a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración

2.- Debo condenar y condeno condene a la demandada al cese de la actividad infractora y en su virtud acuerde el cierre de la página web ROJA DIRECTA en todos sus dominios, prohibiendo a la demandada a la reanudación de igual actividad sin la obtención de la autorización de la demandante

3.- Debo declarar y declaro el derecho de la demandante a ser indemnizada por la demandada en la cantidad que se determine en un procedimiento posterior

Todo ello con expresa condena en costas

Notifíquese a las partes con advertencia de que no es firme y de que contra la misma cabe recurso

Así lo acuerdo, mando y firmo.