



Roj: **AAP M 332/2016** - ECLI: **ES:APM:2016:332A**

Id Cendoj: **28079370282016200042**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **15/04/2016**

Nº de Recurso: **64/2016**

Nº de Resolución: **61/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007750

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0065671

Recurso de Apelación 64/2016

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid

Autos de Pieza de Medidas Cautelares 246/2015-01

APELANTES: D. Fernando y PUERTO 80 PROJECTS S.L.U.

PROCURADORA Dña. MERCEDES CARO BONILLA

APELADOS: GOL TELEVISION S.L.U. y MEDIAPRODUCCION, S.L.U.

PROCURADORA Dña. CONSUELO RODRIGUEZ CHACON

A U T O N° 61/2016

En Madrid, a 15 de abril de 2016.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Gregorio Plaza González, D. Enrique García García y D. Alberto Arribas Hernández, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 64/2016, la pieza de medidas cautelares del proceso nº 246/2015 provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid.

Han actuado en representación y defensa de las partes, como apelantes, por un lado, PUERTO 80 PROJECTS SLU, representada por la procuradora D^a Mercedes Caro Bonilla y defendida por el letrado D. Javier A. Maestre Rodríguez, y por el otro, D. Fernando , representado por la procuradora D^a Mercedes Caro Bonilla y defendido por el letrado D. Javier A. Maestre Rodríguez; a su vez, como apeladas, GOL TELEVISIÓN SLU y MEDIAPRODUCCIÓN SLU, representadas por la procuradora D^a Consuelo Rodríguez Chacón y defendidas por el letrado D. Raúl Bercovitz Álvarez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de GOL TELEVISIÓN, S.L.U. y MEDIAPRODUCCIÓN, S.L.U. se presentó, en abril de 2015, una solicitud de medidas cautelares, mediante otrosí digo inserto en su escrito demanda, que era del siguiente tenor:



" **NUEVAMENTE SUPlico AL JUZGADO** que, tenga por formulada la presente **DEMANDA DE MEDIDAS CAUTELARES inaudita parte** frente a los demandados PUERTO 80 PROJECTS, S.L.U. y D. Fernando , tenga por personada y parte a esta representación en la pieza separada que a tal efecto se forme, y de conformidad con los artículos 721 y ss. LEC y 138 y 141 de la Ley de Propiedad Intelectual y previos los trámites legales oportunos, dicte con carácter urgente y *sin previa audiencia* de los demandados Auto por el que, dando lugar a los pedimentos de esta parte, acuerde la adopción inaudita parte de las siguientes medidas cautelares:

1º.- Se ordene a los demandados el **cese inmediato y provisional** en la facilitación de enlaces o links de Internet, de cualquier tipo, que den acceso al visionado en directo o en modo ligeramente diferido de partidos de fútbol producidos o emitidos por cualquiera de las demandantes, ya sea en la actual temporada o en futuras temporadas, a través de la página web <www.rojadirecta.me> o de cualquier otra página web que los demandados pudieran utilizar en iguales términos, o que redirija a la misma; y a cesar provisionalmente, en general, en cualquier otro uso ilícito de los contenidos cuya explotación exclusiva corresponda a las demandantes.

2º.- Se **prohíba provisionalmente** a los demandados la utilización o explotación de cualquier soporte o sistema tecnológico o informático para prestar el servicio de visionado en directo o en modo ligeramente diferido de partidos de fútbol producidos o emitidos por cualquiera de las demandantes.

3 º.- Para el caso de que los demandados no diesen cumplimiento a lo solicitado en los puntos 10 y 20 anteriores en un plazo de 7 días (o el plazo que el Juzgado estime apropiado) desde la efectividad de la medida cautelar, al amparo de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, se ordene a los **prestadores de servicios de la sociedad de la información** reconocidos en el Registro de Operadores de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (relacionados a continuación) que suspendan la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación en relación con <www.rojadirecta.me> o cualquier otra página web que los demandados pudieran utilizar en iguales términos, o que redirija a dicho sitio para su acceso, bloqueando o impidiendo el acceso desde territorio español a dichas páginas de Internet (manteniéndose esta medida en vigor por el Juzgado mientras los demandados no acrediten en sede judicial haber dado cumplimiento a lo solicitado en los puntos 10 y 20 anteriores):

BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DETELECOMUNICACIONES, S.A.U.

CIF: A-80448194

Domicilio: Calle Salvador de Madariaga 1 - 28027 Madrid (Madrid)

Nombre comercial:

CABLEEUROPA, S.A.U. NIF/CIF: A-62186556

Domicilio: Avenida de América, 115 - 28042 Madrid

Nombre comercial: ONO

COLT TECHNOLOGY SERVICES, S.A. UNIPERSONAL NIF/CIF: A-81626905

Domicilio: Paseo Telémaco 5 - 28027 Madrid (Madrid) Nombre comercial: COLT

EUSKALTEL,

NIF/CIF: A-48766695

Domicilio: Parque Tecnológico - Edificio 809 - 48160 Derio (Vizcaya) Nombre comercial: EUSKALTEL

FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U.

CIF: A- 82009812

Domicilio: Parque Empresarial La Finca, Paseo del Club deportivo no 1,

Edificio 8, 28223 Pozuelo de Alarcón (Madrid)

Nombre comercial: YACOM

JAZZ TELECOM, S.A. UNIPERSONAL

NIF/CIF: A-81856015

Domicilio: Calle Anabel Segura (Edificio Albatros) 11 - 28108 Alcobendas



(Madrid)

Nombre comercial: JAZZTEL

ORANGE BUSINESS SPAIN, S.A.-

NIF/CIF: A-80607112

Domicilio: Calle Alcalá 472 - 28027 Madrid (Madrid) Nombre comercial: ORANGE

ORANGE ESPAGNE, S.A.U.

C.I.F. A-82009812

Domicilio social: Paseo del Club Deportivo nº 1. Parque Empresarial La

Finca, Edificio 8. 28223 Pozuelo de Alarcón (Madrid).

Nombre comercial: ORANGE

TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL NIF/CIF: A-82018474

Domicilio: Calle Gran Vía 28 - 28013 Madrid (Madrid)

TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.

CIF: A-78923125

Domicilio: Ronda de la Comunicación s/n, Distrito C, Edificio Sur 3, 28050

Madrid.

Nombre comercial: MOVISTAR

VODAFONE ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL

NIF/CIF: A-80907397

Domicilio: Avenida de América 115 - 28042 Madrid (Madrid) Nombre comercial: VODAFONE

R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A. NIF/CIF: A-15474281

Domicilio: Calle Real 85 - 15003 A Coruña (Coruña)

TELECABLE DE ASTURIAS, S.A. NIF/CIF: A-33445917

Domicilio: Calle Marqués de Pidal 11 - 33004 Oviedo (Asturias)

TELECABLE ANDALUCÍA COMUNICACIONES POR FIBRA ÓPTICA, S.L.

NIF/CIF: B-91982124

Domicilio: Calle Doctor Pastor 1 - 42710 Utrera (Sevilla)

TELECABLE ALMONTE S.L. NIF/CIF: B-21119847

Domicilio: Calle La Marmoleja 22 - 21730 Almonte (Huelva)

TELECABLE AROCHE, S.C.

NIF/CIF: J-91835793

Domicilio: Calle Alameda de Santa Eufemia 136 Local 9 y 13 - 41940 Tomares (Sevilla).

SEGUNDO .- Por el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, tras celebrar vista pública con las partes, se dictó auto, con fecha 16 de junio de 2015, cuya parte dispositiva establece:

"Se acuerda la adopción de las medidas cautelares solicitadas por la Procuradora Doña Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y representación de Gol Televisión S.L.U. y Mediaproduccion S.L.U. en los siguientes términos:

- Se ordena a los demandados el cese inmediato y provisional en la facilitación de enlaces o links de internet, de cualquier tipo, que den acceso al visionado directo o en modo ligeramente diferido de partidos de fútbol producidos o emitidos por cualquiera de las demandantes, ya sea en la actual temporada o en futuras temporadas, a través de la página web www.rojadirecta.me o cualquier otra página web que los demandados pudieran utilizar en iguales términos, o que redirija la misma; y a cesar provisionalmente, en general, en cualquier otro uso ilícito de los contenidos cuya explotación corresponda a los demandantes.



- Para el caso de que los demandados no diesen cumplimiento a lo solicitado en el apartado anterior en el plazo de 7 días desde la efectividad de la medida cautelar, se ordena a los prestadores de servicios de la sociedad de la información reconocidos en el Registro de Operadores de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que se relacionan a continuación, que suspendan la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a redes de telecomunicaciones, o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación en relación con www.rojadirecta.me o cualquier otra página web que los demandados pudieran utilizar en iguales términos, o que redirija a dicho sitio para su acceso, bloqueando o impidiendo el acceso desde el territorio español a dichas páginas de internet.

Dichos prestadores de servicios serían los siguientes:

BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, S.A.U.

CABLEEUROPA, S.A.U.

COLT TECHNOLOGY SERVICES, S.A. UNIPERSONAL

EUSKALTEL, S.A.

FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U.

JAZZ TELECOM, S.A. UNIPERSONAL

ORANGE BUSINESS SPAIN, S.A.

ORANGE ESPAGNE, S.A.U.

TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL

TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U.

VODAFONE ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL

R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A.

TELECABLE DE ASTURIAS, S.A.

TELECABLE ANDALUCIA COMUNICACIONES POR FIBRAÓPTICA, S.L.

TELECABLE ALMONTE, S.L.

TELECABLE AROCHE, S.C.

Con carácter previo a la adopción de la medida, los demandantes deberán prestar caución de 10.000 euros, en cualquiera de las formas previstas en el artículo 529 apartado 3 párrafo 2º, en el plazo de cinco días."

Asimismo, fue dictado ulterior auto, con fecha 18 de agosto de 2015, que preveía lo siguiente:

"DISPONGO: Que ESTIMANDO el recurso de aclaración formulado por escrito de 24.6.2015 de la Procuradora Sra. Caro Bonilla en representación de PUERTO 80, SIAL contra el Auto de 16.6.2015, donde dice:

"...Se ordena a los demandados el cese inmediato y provisional en la facilitación de enlaces o links de internet, de cualquier tipo, que den acceso al visionado directo o en modo ligeramente diferido de partidos de fútbol producidos o emitidos por cualquiera de los demandantes...";

debe decir:

"...Se ordena a los demandados el cese inmediato y provisional en la facilitación de enlaces o links de internet, de cualquier tipo, que den acceso al visionado directo o en modo ligeramente diferido de todos los partidos de fútbol del campeonato nacional de la liga de primera división, de la segunda división A y de los partidos de la copa de S.M. el Rey, salvo la final, correspondientes a la temporada 2015/2016, en cuanto producidos MEDIAPRODUCCION, S.L.U., así como de aquellos partidos de fútbol nacional que puedan ser producidos en el futuro por las demandantes con autorización de la Liga de Fútbol Profesional...";

manteniendo los demás extremos de la Resolución recurrida.

Notifíquese esta resolución a la partes personadas; haciéndole saber que la presente es parte integrante de la resolución recurrida, y que frente a la presente caben los mismos recursos que frente a aquella; **cuyo plazo se reanuda [Art. 267 L.O.P.J .- según redacción de 2003]** desde la notificación de la presente..."

TERCERO .- Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por las representaciones de PUERTO 80 PROJECTS SLU y de D. Fernando se interpusieron recursos de apelación que fueron admitidos por el juzgado y tramitados en legal forma, con oposición al mismo por la contraparte.



Tras la recepción de la pieza en la Secretaría de la Audiencia Provincial, con fecha 3 de febrero de 2016, aquella fue turnada a la sección 28ª, donde se procedió a la formación del presente rollo de apelación, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

La deliberación y votación para el fallo del asunto se celebró con fecha 14 de abril de 2016.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

CUARTO .- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Sobre el objeto del debate.

El conflicto entre los litigantes deriva de la operativa realizada a través de la página web de enlaces "rojadirecta", cuyo gestor es la entidad PUERTO 80 PROJECTS SLU, mediante la que se estaba facilitando el acceso en Internet al público en general y de modo gratuito de transmisiones deportivas (partidos de fútbol de la ligas profesionales españolas de primera y segunda división y de la copa del Rey) cuyos derechos tenía la parte actora y que estaba explotando mediante televisión de pago, a cuya visualización sólo deberían acceder los correspondientes abonados.

La demandante interesó en el mes de abril de 2015 que se impusieran medidas de cese provisional a la parte demandada, de modo que no se facilitasen por ésta enlaces que permitieran ver partidos de la campaña vigente ni tampoco de las sucesivas en la medida en que aquélla ostentase los correspondientes derechos sobre ello.

El juzgado ordenó finalmente a mediados de junio el cese provisional en la facilitación de los enlaces y dejó previsto, para el caso de incumplimiento, la emisión de una orden a los que proveen de servicios a la citada página web para que bloqueasen el acceso a la misma.

Ambos demandados, PUERTO 80 PROJECTS SLU y D. Fernando , administrador y socio único de la misma, pretenden en esta segunda instancia que se consideren indebidamente decretadas las medidas adoptadas por el juzgado y que sean, por lo tanto, dejadas sin efecto. Sus alegatos son múltiples, y en alguna medida coincidentes entre ambos, por lo que este tribunal ha optado por un tratamiento sistemático de los mismos ordenándolos en los subsiguientes fundamentos de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- Sobre la pretensión de suspensión de la vista del incidente cautelar

Ambas partes recurrentes alegan que el juzgado debería haber decretado la suspensión de la vista del incidente cautelar porque había sido interpuesta una declinatoria, denunciando su falta de competencia territorial para conocer del asunto, en el seno del proceso principal.

El alegato no puede prosperar, puesto que al tiempo de celebración de la vista del incidente cautelar todavía no podía operar el efecto suspensivo al que se refiere el nº 1 del artículo 64 de la LEC , porque no había sido admitida a trámite la declinatoria, y ello no por dilación atribuible al juzgado, sino porque pendía la cumplimentación de una gestión de subsanación que debía atender la propia parte presentante de la cuestión de competencia. Luego no podía, al tiempo de la vista cautelar, exigirse la suspensión del incidente cautelar que estaba en trámite y, obviamente, concluidas en unidad de acto la fase de alegaciones y prueba del mismo, resultaba preceptivo, e ineludible, que el jugador dictase seguidamente la oportuna resolución.

Las invocaciones de las previsiones de los artículos 64.2 de la LEC (ya hemos visto que por razones del decurso procesal no podía desplegar sus efectos) y 725 del mismo cuerpo legal (no directamente aplicable al caso por referirse a un trámite procesal distinto - cautelares previas a la interposición de la demanda- del que aquí nos ocupa) sólo son útiles en el presente caso para poder comprender que el legislador no considera que los eventuales problemas de competencia territorial, que es lo que aquí estaba en juego, debieran ser un óbice para la adopción de medidas cautelares si las circunstancias del caso revelasen lo apremiante de la situación.

Estando en juego una campaña futbolística (la 2014/2015) al tiempo de la solicitud (data de primeros del mes de abril de 2015), que pervivía todavía (no siendo relevante que quedasen muchas o pocas jornadas en juego, aunque fuesen de la segunda división) al momento de la celebración de la vista (el 29 de mayo de 2015), es comprensible que la parte actora pretendiese, con carácter inmediato, la tutela de los derechos de diversa índole que invocaba sobre las imágenes de la competición deportiva de fútbol profesional española, tanto para esa temporada como para las sucesivas que coincidiesen con la duración del proceso judicial (que previsiblemente rebasaría, cuando menos, el inicio y parte del desarrollo de la campaña siguiente). Hay actuaciones para la protección de derechos que o se realizan de inmediato o ya no podrán servir para impedir que se vulnere el derecho ajeno, por lo que tratar de negar la perentoriedad de la situación que concurría está fuera de lugar.



TERCERO.- Referencia temporal para el otorgamiento de las medidas cautelares.

La situación que debe ser tomada en cuenta por el juzgador para adoptar medidas cautelares en un proceso civil es la que se daba al tiempo de ser instadas las mismas ante el juzgado, debiendo valorarse los riesgos existentes con arreglo a las circunstancias entonces concurrentes. Se trata de una consecuencia de las reglas procesales inherentes al denominado efecto litispendencia que opera en nuestro proceso civil a tenor de lo previsto en los artículos 410 a 413 de la LEC. La influencia que hubiesen podido tener hechos nuevos, salvo que fuese para revelar el supuesto excepcional de completa carencia sobrevenida de objeto en relación con la tutela solicitada, debería reconducirse a los expedientes que articula al efecto la ley, en concreto a los cauces incidentales específicos previstos en los artículos 730.4 (solicitud de medidas en momento no inicial del proceso), 736.2 (posibilidad de reproducción de la solicitud de medidas por cambio de circunstancias) y 743 (modificación o alzamiento de medidas por cambio de circunstancias) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La precedente precisión procesal viene al caso porque la parte demandada viene alegando con insistencia que GOL TV ya no iba a poder emitir en la temporada 2015/2016, porque todavía no disponía de los derechos audiovisuales para ello (sólo disponía de ellos hasta el 1 de julio de 2015) y porque incluso dicha entidad iba a desaparecer como tal durante el verano de 2015. Asimismo se ha sostenido por la parte demandada que los derechos de producción audiovisual de MEDIAPRO sólo cubrirían la campaña 2014/ 2015 y no la ulterior.

La insistencia de la parte demandada en este punto entraña un esfuerzo innecesario. Al tribunal debe bastarle con los siguientes datos: 1º) al tiempo de ser solicitada la medida cautelar, en abril de 2015, las demandantes era titulares de los derechos que invocaban en su demanda y la campaña 2014/2015 se encontraba entonces en pleno desarrollo, luego la solicitud de tutela cautelar era tempestivamente procedente; 2º) es más, puesto que medió una dilación hasta la celebración de la vista (29 de mayo de 2015) y el otorgamiento la tutela cautelar, hemos de señalar que todavía entonces pervivía la competición 2014/2015 (no siendo relevante que quedasen muchas o pocas jornadas en juego, ni que éstas lo fuesen de la segunda división, siendo bastante la mera subsistencia de la misma) y que los derechos de la parte actora se extendían también durante el mes de junio de 2015; no se había producido entonces la desaparición jurídica de la entidad GOL TV, ni ésta ni MEDIAPRO estaban desposeídas de los derechos que se les habían cedido para todo ese lapso temporal; y 3º) durante el trámite cautelar estaba desarrollándose la negociación para la adquisición de los derechos relacionados con la temporada 2015/2016 y MEDIAPRO estaba teniendo, como revela la documental aportada, un protagonismo importante en ese proceso negociador, por lo que tenía todo el sentido que también fuese tomada en cuenta la protección de los eventuales derechos futuros, aunque lo fuese de modo condicionado para el caso de que los obtuviese (lo cual resulta inherente a la orden del juzgado que se ciñe, de modo explícito, a los eventos deportivos producidos o emitidos por la parte demandante), puesto que era previsible que el pleito, iniciado al tiempo de la primera de las citadas campañas prolongase su duración durante la siguiente u otras sucesivas.

Las eventuales incidencias que se hayan producido con posterioridad, como la suerte que haya seguido la entidad GOL TELEVISIÓN SLU (transformación societaria, desaparición, etc) , o las variaciones, a futuro, en la titularidad de los derechos que esgrimía MEDIAPRODUCCIÓN SLU, que es a lo que habría que referir el certificado de la Liga de Fútbol Profesional sobre el que tanta polémica suscita la parte demanda, no resultan relevantes en el presente trámite procesal de otorgamiento de tutela cautelar, pues sólo podían tener una influencia de doble tipo: 1º) como motivo, en la ulterior fase de ejecución de la medida, de ineffectividad, total o parcial, sobrevenida a partir del momento en que ya no se diesen los presupuestos contemplados por el juez que la ordenó (que el visionado afectase a imágenes de partidos de la competición española profesional producidas o emitidas por las actoras); o 2º) como causa para una modificación parcial de la medida o incluso un ulterior alzamiento de la misma a través de los trámites previstos en la LEC, a los que ya nos hemos referido, para los supuestos de cambio sobrevenido en las circunstancias tenidas en cuenta para el otorgamiento de las medidas.

A lo que no nos enfrentamos en este caso es a circunstancias que debieran haber impedido el otorgamiento de la tutela cautelar invocada por las actoras, sin que deba perderse de vista que lo que podría revisarse en esta apelación es exclusivamente la procedencia o no de la concesión de aquella en función de unas concretas circunstancias que eran las que concurrían al tiempo en el que la medida fue solicitada e incluso concedida.

CUARTO.- La denuncia de falta de motivación de la resolución apelada.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha señalado que el deber de motivar las resolución consiste en dar la razón del porqué de la decisión (sentencia del TC 32/2004, de 8 de marzo [RTC 2004\32]), lo que supone expresar los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que la fundamentan (sentencias del TC 173/2003, de 29 de septiembre [RTC 2003\173]; 42/2004, de 23 de marzo [RTC 2004\42]); es decir, dictar una decisión razonada en términos de derecho (sentencias del TC 213/2003,



1 de diciembre [RTC 2003\213]; 32/2004, de 8 de marzo [RTC 2004\32]). Con unas u otras expresiones, la doctrina constitucional es unitaria y de claridad meridiana. Y, así, se dice en ella que la motivación consiste «en la exposición razonada de los argumentos que permitan apreciar que la decisión es fruto de una interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico» (sentencias del TC 240/2000, de 16 octubre ; 129/2003, de 30 junio) y que es suficiente «cuando de su contenido pueden extraerse cuáles son las razones próximas o remotas que justifican la decisión» (sentencia del TC 6/2002, de 14 enero [RTC 2002\6]), bastando que «se exteriorice el motivo de la decisión -ratio decidendi-» (sentencias del TC 165/1999, de 27 septiembre ; 33/2001, de 12 febrero ; 162/2002, de 16 septiembre), es decir, «las reflexiones o razones que han conducido a la adopción del fallo» (sentencias del TC 47/1998, de 2 marzo ; 136/2003, de 30 junio). La exigencia constitucional no impone una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial. Es suficiente que las resoluciones judiciales vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi (sentencias del TC n ° 196/2005, de 18 de julio y n° 325/2005, de 12 de diciembre) . Y en la misma línea se manifiesta, en absoluta coincidencia con dicha doctrina constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que viene exigiendo la necesidad de expresar los criterios jurídicos esenciales de la decisión (sentencias del 26 y 30 junio y 29 septiembre 2003 , 14 abril y 3 mayo 2004) y considera motivación suficiente, cualquiera que sea su extensión, la que exterioriza las razones de hecho y de derecho que determinaron la adopción por el juzgador de sus pronunciamientos -resultado o solución del litigio- (sentencias del 11 junio 2003 [RJ 2003\5347], 17 marzo [RJ 2004\1926] y 16 abril 2004), añadiendo que no es precisa la cita de preceptos legales (sentencias del 7 julio 2002 , 30 junio 2003 y 3 octubre 2004) como tampoco es necesario plasmar el desarrollo de la tarea intelectual deductiva. Dicho deber no debe llevarse hasta el punto de imponer la necesidad de dar respuesta a todas y cada una de las cuestiones, de hecho y de derecho, que se susciten, siendo suficiente que la resolución ofrezca los datos indispensables para permitir conocer la *ratio decidendi* . En definitiva, como indican las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2001 , 1 de febrero de de 2002 , 8 de julio de 2002 y 3 de febrero de 2005 , con cita de las del Tribunal Constitucional de 10 de julio y 18 de septiembre de 2000 , por motivación debe entenderse *"la respuesta razonada a la pretensión de la parte, sin necesidad de contestar a cada uno de los argumentos ni de dar una desmesurada extensión a la ratio decisoria"* ; son reveladoras a este respecto las explicaciones contenidas en las ulteriores sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2011 (*"La motivación de las sentencias no impone rebatir individualizadamente y argumento por argumento las alegaciones de las partes, singularmente cuando resultan incompatibles con los fundamentos exteriorizados del fallo"*) y de 20 de diciembre de 2012 (*"... la exigencia constitucional de motivación no impone una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino, como se ha dicho, que la decisión judicial esté fundada en Derecho y se anude a los extremos sometidos por las partes a debate"*).

Tales requisitos son suficientemente cumplidos por la resolución recurrida (que no vulnera, por lo tanto, la exigencia del artículo 218.2 de la LEC), que analiza, de modo suficiente, la concurrencia de las premisas para la concesión de la medida cautelar reclamada por la parte actora. Este tribunal debe recordar que la adopción de medidas cautelares en el proceso civil exige la concurrencia de los presupuestos legalmente previstos, con carácter general (sin perjuicio de que deban ponerse en correlación con los dispuestos en las normas especiales, en concreto, en el caso de los derechos de propiedad intelectual, el artículo 141 del TRLPI), en los artículos 726 (ser exclusivamente conducente a posibilitar la efectividad de la futura sentencia -carácter instrumental y además adecuado de la medida para la protección del derecho objeto de controversia- y suponer la solución menos gravosa en el caso de que se trate -proporcionalidad) y 728 de la LEC ("fumus boni iuris", "periculum in mora" y ofrecimiento de caución). Pues bien, en la resolución recurrida son suficientemente analizados todos ellos en relación al caso concreto enjuiciado, lo que resulta suficiente motivación.

Es cierto que en la resolución apelada no se efectúa consideración alguna sobre la pericial aportada por la parte demandada. Pero no hacía falta que el juez se tuviera que referir una por una a todas y cada una de las pruebas practicadas en el seno del proceso, sino que bastaba con que se refiriese a las que, según su criterio, eran las relevantes para poder adoptar su decisión.

Constituye un problema diferente que la parte apelante discrepe de la corrección y suficiencia del análisis de hechos o de su valoración jurídica por parte del juez de lo mercantil, pero ello no compromete ni la validez formal de la resolución recurrida ni puede justificar un alegato de infracción de las garantías procesales del artículo 24 de la Constitución , pues se trata de argumentos de fondo del recurso de apelación y en sede de éste cabe que el tribunal reexamine tanto los hechos oportunamente alegados como la aplicación del derecho realizada en primera instancia.

QUINTO.- Sobre la denuncia de vulneración del principio procesal de contradicción.



La parte demandada considera que la resolución apelada vulnera el principio de contradicción al tomar en cuenta la prevención de actuaciones de visionado de partidos en diferido, especialmente al analizar el *periculum in mora*, cuando no se trataría, en opinión de la recurrente, de un argumento utilizado por la parte demandante al reclamar la adopción de medidas cautelares.

Lo primero que debemos señalar es que el problema, de darse el defecto procesal denunciado, lo sería de incongruencia por exceso de la resolución apelada (artículo 218.1 de la LEC). Considera, sin embargo, este tribunal que no hay tal, porque en el texto de la demanda se invoca en sucesivas ocasiones el visionado en diferido de eventos futbolísticos como una de las modalidades de infracción y en la propia solicitud cautelar se alude también a ello. Es más, es que los derechos de exclusiva, afines a los de autor, que ostenta una de las actoras, MEDIAPRODUCCIÓN SLU, son precisamente los que corresponden al productor audiovisual (Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 y artículos 120 a 125 del TRLPI vigente en España) y éstos recaen precisamente sobre las grabaciones audiovisuales (con independencia de que alcancen o no la condición de obra audiovisual), pues goza del derecho exclusivo a autorizar la reproducción, distribución y comunicación pública de las mismas.

No albergamos duda alguna de que la parte actora estaba invocando, junto a otros, la protección de este derecho, por lo que resulta forzado que la parte demandada pretenda ver un exceso por parte del juzgador en las referencias que a la tutela del mismo se puedan efectuar en la resolución apelada. Por otro lado, no es éste el único derecho en el que se fundaba la tutela cautelar, porque también se ha adoptado la medida con relación con el visionado en directo de las imágenes de los partidos, lo que tiene más que ver con la protección de los derechos de la entidad de radiodifusión y con la tutela invocada contra las actuaciones de competencia desleal, como más adelante se expondrá.

SEXTO.- Sobre el requisito de peligro por la demora procesal.

El requisito del peligro por la demora procesal ("*periculum in mora*") exige, para que pueda decretarse una medida cautelar, que exista un riesgo, racionalmente previsible y objetivo, bien de que la parte demandada pudiera aprovecharse del estado de pendencia inherente a la duración del proceso para hacer inefectiva la tutela judicial que podría otorgarle la sentencia resolutoria de la contienda o bien del advenimiento en ese ínterin de situaciones susceptibles de impedir o dificultar la efectividad de lo que pudiera obtener la otra parte en el procedimiento principal. Ello pudiera provenir tanto del demandado como de terceros o estar desprovisto de toda atribución subjetiva, en tanto que este requisito se configura en términos objetivos, bastando con la mera probabilidad de que se vayan a producir durante la tramitación del proceso acontecimientos que interfieran en la eficacia de la tutela que en su día pudiera otorgarse. Es por ello que incumbe a la parte peticionaria de las medidas tanto el tener que justificar en su solicitud, como exige el nº 1 del artículo 728 de la LEC, ante las específicas circunstancias que concurran en cada caso, cuál sería la coyuntura específica capaz de desvirtuar la eficacia del futuro pronunciamiento judicial que habría de conjurarse con la medida solicitada, como el deber de aportar elementos de juicio de los que razonablemente poder deducir la realidad del riesgo inherente a la situación denunciada.

No debe perderse de vista la relevancia que han adquirido las medidas cautelares que se han dado en llamar anticipatorias tanto en los litigios en los que se esgrimen derechos de exclusiva (propiedad intelectual e industrial) como en los relativos a actuaciones de competencia desleal, sobre todo cuando se ejercitan acciones de cesación o prohibición de determinadas conductas, puesto que con aquéllas se garantiza la efectividad del derecho accionado, no tanto porque faciliten que en su día pueda ejecutarse el fallo de la sentencia que haya de dictarse, sino porque evitan que se prolongue en el tiempo una situación que, "*prima facie*", se presenta como antijurídica, y que por tanto se agrave el daño que se está causando al actor, facilitando que la ejecución de la sentencia tenga el efecto de tutela de sus derechos perseguido por el demandante. La medida cautelar resulta justificada por la legítima pretensión de evitar que el demandado pudiera seguir beneficiándose de una posición infractora mientras se tramita el litigio.

Nada hay más dañino, tanto para los derechos de exclusiva como para la posición en el mercado del empresario que sea fruto de su propio esfuerzo y del grado de eficiencia de sus prestaciones, que el tener que soportar inmisiones indebidas por parte de terceros que no estén dispuestos a respetar aquellos o a conformarse con influir en la competencia con respeto a las reglas del juego limpio y que persigan sacar partido de ello mientras el afectado consume el tiempo en poder accionar los mecanismos legales para tratar de defenderse.

Al tiempo de ser solicitada la demanda se estaba celebrando la competición de Liga de Primera y Segunda división de la competición española de fútbol profesional, correspondiente a la temporada 2014/2015, y la parte actora quería defender sus derechos de exclusiva sobre las imágenes derivadas de dicha competición



deportiva. Estos derechos se prolongaban en el caso de MEDIAPRODUCCIÓN SLU durante toda la duración de la competición y en el de GOL TELEVISIÓN SLU hasta el 1 de julio de 2015. La actuación reprochada como infractora a la parte demandada se venía desarrollando cada sucesiva jornada (varias veces a la semana, según el calendario competitivo), por lo que de no ponerse coto a la misma lo que se produciría es una continuidad en la quiebra de los derechos de la parte actora y un agravamiento del daño sufrido por ésta, que es además de una enorme potencialidad ante el hecho notorio de las grandes posibilidades de difusión que genera el entorno digital. El que quedasen pocas jornadas para concluir por completo la temporada al tiempo de celebrarse la vista cautelar no eliminaba por completo el peligro de que, con respecto a lo que quedaba pendiente, poco o mucho, todavía recayesen conductas infractoras de significada relevancia. Ya hemos explicado antes que, asimismo, tenía pleno sentido, con los condicionantes procedentes, la protección preventiva de los derechos sobre los que la parte actora estaba negociando de cara a la temporada 2015/2016, pues era previsible que la duración del proceso supondría verse inmerso en el período temporal correspondiente a ella.

Por otro lado, no es sostenible el alegato de la parte demandada de que habría mediado cierta tardanza de la parte demandante en reaccionar en contra de la actividad de la primera. Existía el riesgo de que se pudieran producir ulteriores nuevas vulneraciones de derechos sobre los futuros eventos, cuya consumación se pretendía prevenir, por lo que no puede predicarse la teoría de que la contraparte habría dado a entender ningún tipo de sometimiento ante ello. Además, es cierto que el preparar un proceso de esta índole requiere, desde que se constata el padecimiento de la infracción, el consumo de medios y de tiempo en su preparación, lo que puede explicar de modo satisfactorio que la reacción defensiva en sede judicial no se materializase de manera inmediata. A ello debe añadirse que la evolución del panorama legislativo en esta materia ha sido importante, particularmente en lo que atañe a la protección contra actos de infracción indirecta en el ámbito de la propiedad intelectual y especialmente en el de la prestación de los servicios de la sociedad de la información (reforma del TRLI por Ley 21/2014, que entró en vigor el 1 de enero de 2015), lo que también puede explicar que se hayan acometido demandas judiciales precisamente a partir del momento en el que el marco jurídico ha sido más propicio para ello.

No podía ser, por lo tanto, la polémica que se pretende volver a suscitar por los demandados sobre la apreciación del requisito del "periculum in mora" el obstáculo para la concesión de las medidas pretendidas por la parte demandante.

SÉPTIMO.- Sobre la concurrencia de apariencia de buen derecho por parte de las demandantes solicitantes de la tutela cautelar.

La concurrencia del preceptivo "fumus boni iuris" (artículo 728.2 de la LEC), sin el cual no procedería el otorgamiento de la tutela cautelar, exige analizar con la profundidad que ello requiera, según las circunstancias del caso, aunque sea de modo provisional y barajando sólo la información de la que entonces se disponga (que podrá ser ampliada en la fase probatoria del proceso), el análisis de lo fundado del derecho que debería asistir al demandante, pues resulta indispensable para justificar que pudiera anticipársele cualquier tipo de tutela judicial.

Si se desea obtener una medida cautelar la parte que la solicita deberá aportar, porque así lo exige la ley (artículos 728.2 y 732.1 de la LEC), justificación suficiente que revele, siquiera de modo indiciario, que lo más probable es que el derecho que trata de ejercitar en el litigio principal vaya a merecer un juicio favorable. No se trata de prejuzgar, pero sí de constatar que la pretensión de la parte solicitante tiene el grado de solidez necesario para motivar la concesión de la tutela cautelar.

Podemos estructurar en tres epígrafes el marco de protección invocado por las demandantes, lo que exige hacer referencia a los derechos de propiedad intelectual esgrimidos por ellas, a la invocación del derecho a la protección contra actuaciones de competencia desleal y, por último, al marco jurídico que ampara a los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

La parte actora invocaba en su demanda, con carácter principal, la titularidad sobre derechos afines a los de autor, es decir, derechos de exclusiva del ámbito de la propiedad intelectual. En concreto, MEDIAPRODUCCIÓN SLU alegaba los que corresponden al productor audiovisual (Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 y artículos 120 a 125 del TRLPI española) y GOL TELEVISIÓN SLU los que le incumben en tanto que entidad de radiodifusión (artículos 126 y 127 del TRLPI). No están en juego en este litigio los derechos de autor en sentido estricto, pues la mera transmisión (incluida la 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.



Es importante tener presente que en el derecho vigente en España se ha producido un importante avance con la reforma del TRLPI por Ley 21/2014, pues desde el 1 de enero de 2015, fecha de entrada en vigor de dicha modificación legal, puede imputarse la comisión de infracción no sólo al autor directo de la conducta infractora sino que también cabe responsabilizar al que opera del modo que tradicionalmente se ha calificado como infracción indirecta (pues el artículo 138. 2 del TRLPI recoge las conductas de inducción, las de cooperación y las del que tiene capacidad de control e interés económico en el resultado infractor). Este nuevo panorama legislativo (que conlleva además otras novedades, como la del artículo 158 ter, nº 2, al que luego nos referiremos) influye en el tratamiento que corresponde a la problemática relativa a las páginas web de enlaces que redirigen al internauta a contenidos protegidos que estén siendo puestos en la red sin autorización del titular del derechos, pues ya no les basta a sus gestores con escudarse en que no son ellos, sino otro (que es el que carga y pone a disposición en un sitio web distinto los contenidos), el que infringe de modo directo la propiedad intelectual, sino que pueden llegar a ser considerados como responsables de infracción indirecta si inducen, cooperan o, siquiera, consiguen algún provecho económico de la actividad infractora (vía directa o indirecta, publicidad, etc), si, de alguna manera, pueden ejercer un control sobre ella. El legislador ha otorgado herramientas en el derecho vigente para poder combatir modelos de negocio que se sustentan en infracciones de propiedad intelectual formalmente cometidas por terceros.

El acceso a las imágenes que se hace posible de modo masivo merced a las conexiones de la página web de la demandada afecta tanto a partidos en directo como al visionado en diferido de esos eventos (ya sea de modo completo o ya lo sea de una forma parcial a través de resúmenes, repeticiones, etc) según podemos constatar a través del examen de las impresiones que obran en autos. Ambas conductas resultan relevantes y su trascendencia puede ser diferente porque afectan a derechos en juego que son distintos entre sí.

El derecho de exclusiva del productor audiovisual recae sobre una fijación de imágenes en un soporte material (artículo 120.1 del TRLPI), por lo que es precisa la previa incorporación de una secuencia de las mismas en un formato tangible. El de la entidad de radiodifusión se refiere, por su parte, a las emisiones o transmisiones efectuadas por la misma (artículo 126 del TRLPI).

La parte demandada estaba siendo, en efecto, partícipe en la realización de actos que estaban facilitando el acceso a las imágenes de los partidos para un público nuevo (todo usuario de Internet), distinto del inicialmente considerado (los abonados al correspondiente canal de pago) por el que autorizó la comunicación (lo que entraña nueva comunicación pública, según las sentencias del Tribunal de Justicia (UE) de 13 de febrero de 2014- asunto Svensson - y de 21 de octubre de 2014 - caso Bestwater). No obstante, hay que tener en cuenta que el alcance del derecho exclusivo de comunicación pública de sus emisiones que incumbe a una entidad de radiodifusión, como GOL TELEVISIÓN SLU, tiene limitaciones, según la previsión del artículo 126.1.e del TRLPI . Asimismo, debe tenerse presente que para que resulte afectado el derecho de exclusiva de la productora sería preciso que el acceso que posibilita la demandada lo fuese a una fijación, total o parcial, de imágenes del evento emitido por televisión que hubiese sido realizada precisamente, por vez primera, por parte de la productora MEDIAPRODUCCIÓN SLU.

En lo que respecta al visionado de partidos o de porciones de los mismos en diferido la vulneración de derechos exclusivos de propiedad intelectual resulta más clara, ya que bien se están infringiendo los del productor audiovisual, si lo que se está efectuando son actos de comunicación pública de las grabaciones por éste efectuadas (artículo 122.2 del TRLPI), o bien se están quebrantando los que incumben a la entidad de radiodifusión, si lo que se está haciendo es proceder, de modo total o simplemente parcial, a la fijación de la imagen emitida en un determinado soporte (artículo 126.1. a del TRLPI) y a poner luego a disposición del público las fijaciones de esas emisiones (artículo 126.1.c del TRLPI).

II) La parte demandante invocaba también, aunque lo fuera con carácter subsidiario, el derecho a la protección contra actuaciones de competencia desleal imputables a la parte demandante. El ejercicio de acciones en este ámbito puede resultar relevante en la medida en que llegara ponerse en duda, y la parte demandada parece dispuesta a suscitar polémica al respecto, que los derechos afines de propiedad intelectual que esgrimen las demandantes pudieran resultarles suficientes (por exceder de los límites de estos, etc) para excluir una conducta como la de la parte demandada. Esta protección resultaría particularmente procedente porque la parte demandante es también titular de unos derechos subjetivos patrimoniales sobre bienes inmateriales, que no tienen por objeto una creación intelectual, ni afín a ella, y que no entrañan que se goce de un derecho de exclusiva tipificado con eficacia "erga omnes" (ius prohibendi), pero que sí gozan de reconocimiento legal y son dignos de tutela con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico que regulan tanto el derecho de admisión del que goza el empresario (sin perjuicio, en el caso de eventos públicos, de que deba ser cohonestado con el derecho de información), que permite determinar en qué condiciones y con qué fin se puede acceder a sus instalaciones, como el de la necesidad de respetar las exigencias de la normativa represora de la competencia desleal. Nos estamos refiriendo a los denominados derechos audiovisuales, que



comprenden el derecho mismo a realizar la captación de las imágenes del evento, a poder realizar la grabación de las mismas, a poder efectuar su emisión televisiva o por otro medio, etc.

En concreto, 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 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.

Pues bien, estimamos de singular interés, para un caso como el que aquí nos ocupa, la posibilidad de una eventual apreciación, en sede de un juicio provisional y meramente indiciario como el que puede realizarse en sede cautelar, de la comisión de una actuación de expolio o de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno que podría ser merecedora de ser subsumida en el ilícito concurrencial previsto en la cláusula general del artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal (en su redacción por Ley 29/2009), que permite reprimir conductas que resultan desleales, por contrarias al modelo o estándar de buena fe, el cual resulta exigible con carácter general en el ejercicio de los derechos (artículo 7.1 CC), y específicamente en los actos realizados en el mercado con fines de concurrencia. Porque la parte demandada está sirviéndose de las imágenes, sin autorización para ello por parte del que tiene el derecho a captarlas, grabarlas y emitirlas, 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. La parte actora ha acometido una iniciativa empresarial que entraña la asunción de importantes costes para su puesta en marcha y que implica correr con los riesgos inherentes, entre los que no se encuentran el tener que tolerar que un tercero se esté aprovechando indebidamente de sus esfuerzos y le esté cercenando además la percepción de los rendimientos que deberían derivar de su propia actividad.

El ofrecimiento de accesos a contenidos en línea a través de una página de enlaces puede presentar a PUERTO 80 PROJECTS SLU como un sujeto operador de la sociedad de la información (en la medida en que ello pueda ser fuente de lucro directo o indirecto para ella). Lo cual exige constatar si dicha entidad puede o no ser merecedora de las limitaciones de responsabilidad que la ley prevé a favor de los proveedores de servicios de la sociedad de la información. Esta labor pasa por comprobar si dicho sujeto se mantiene en la posición de neutralidad (Sentencia del TJUE -Gran Sala- de 12 de julio de 2011) con que la debería actuarse (limitarse a proporcionar un servicio técnico en Internet, desde una conducta meramente pasiva en lo relativo al control de la información que circula en la red) para poder considerarlo exento de responsabilidad por las infracciones de derechos ajenos que pudieran estar cometiéndose al amparo de su operativa (Directiva 2000/31/CEE 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 y artículos 13 y 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio- LSSI).

Hay que tener presente 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. La jurisprudencia ha tenido ocasión de analizar el concepto jurídico "conocimiento efectivo" referido al que debe tener el proveedor de servicios de la sociedad de la información a los efectos de que no opere la exención de responsabilidad prevista en la LSSI y se ha inclinado por una interpretación amplia del mismo, en el sentido de que debe entenderse que el proveedor del servicio tiene tal conocimiento si los hechos son manifiestamente ilícitos o las reglas de la lógica implican que debía apreciar la ilicitud (en este sentido, las sentencias de la Sala 1ª del TS de 9 de diciembre de 2009 y de 4



de marzo de 2013 , cuya doctrina puede ser invocada, aunque se refiera al artículo 16.1.a de la LSSI , pues el mencionado concepto es el mismo que se recoge luego en el artículo 17.1.a del mismo cuerpo legal).

La prueba pericial presentada por la parte demandada no resulta suficiente para justificar la elusión de responsabilidad, pues a través de la documentación incorporada a las actuaciones ha quedado constatado que el sitio web de la parte demandada facilita la descripción y localización de cada uno de los eventos, ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las imágenes de cada uno de ellos. La insistencia de la parte demandada y de su perito en que los enlaces los proporcionarían los propios usuarios no es suficiente para eludir la consideración de que el prestador del servicio en Internet estaría rompiendo la necesaria neutralidad al poner a disposición del usuario esa detallada, ordenada y sistematizada clasificación por tipos de deporte, competición de la que se trata, equipos implicados y horarios etc, que dan acceso, a su vez, a una relación de cada uno de los enlaces correspondientes a cada uno de aquellos eventos. 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. Por otro lado, al ser un hecho notorio que la mayor parte de los partidos de cada jornada de la competición española de fútbol profesional, que son acontecimientos perfectamente determinados, y sobre los que se dispone de pública información con antelación de cuando se van a celebrar y de quién tiene derecho a transmitirlos, se emiten para público de pago, resulta muy forzado que la parte demandada pudiera pretender que no tenía conocimiento efectivo de que a través de su operativa se estaban lesionando derechos de tercero, por lo que no podría ampararle la exención del artículo 17 de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información (LSSI). No nos cabe duda, por la notoriedad de los hechos, de que en un caso de estas características la parte demandada es consciente de que buen número de los enlaces que contiene su página, que pueden ser perfectamente detectados, permiten acceder a contenidos en perjuicio de los derechos de un tercero cuya identidad también es sabida.

Es más, existen indicios de la existencia de vinculaciones entre la web "rojadirecta" y algunos de los sitios de Internet a los que enlaza, reveladas por la inserción de la marca de la primera en los segundos y por las menciones en éstos a su condición de "oficial partner" de aquélla, lo cual desvelaría una razón adicional para apreciar que no podría ampararse el proveedor de servicios en la exención de responsabilidad, a tenor de lo previsto en el nº 2 del artículo 17 de la LSSI .

A todo ello debe añadirse, a mayor abundamiento, que las limitaciones de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios no afectaría a la posibilidad de entablar contra ellos acciones de cesación para impedir que persistiera la infracción de derechos ajenos (artículo 14.3 de la Directiva 2000/31), que es precisamente lo que incumbe al ámbito de aplicación de las medidas cautelares que aquí nos ocupan. Así lo prevé el TRLPI en el último párrafo del artículo 138 , incluso para el caso de que la conducta del intermediario no constituyese por sí misma una infracción.

Además, la previsión del artículo 158 ter, nº 2, letra B, del TRLPI (que deviene de la reforma del TRLI por Ley 21/2014, que entró en vigor el 1 de enero de 2015), autoriza, bien es cierto que en otra sede procesal (ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual), pero que no resulta incompatible con actuaciones en el ámbito civil, a adoptar medidas de esa índole contra prestadores de servicios de la sociedad de la información que operen con enlaces si éstos son presentados a los usuarios en listados ordenados y clasificados, con independencia de que pudieran haber sido proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio, lo que no impide que se esté tipificando la conducta de aquéllos, por actuar de ese modo si afectan ilícitamente a derechos protegidos, como infractora.

OCTAVO.- Cumplimiento de los requisitos de idoneidad y proporcionalidad

Entre las finalidades de las medidas cautelares pueden incluirse no sólo la conservación de una determinada situación previa al conflicto, mediante el aseguramiento de lo que se pretenda obtener, sino que también podrían decretarse medidas que implicasen una satisfacción anticipada, con carácter provisional, de la pretensión esgrimida, pero ello con la única finalidad de que, mientras dura el trámite procesal, que exige unas garantías que implican la inversión de tiempo, no se consumen situaciones incompatibles con las expectativas de defensa de los derechos con las que se acudió a juicio.

Pues bien, la medida decretada cumple el requisito de idoneidad, en los términos que procesalmente interesan (que son los que derivan del artículo 726.1.1ª de la LEC), porque para hacerlo lo que puede exigírsele es que deba tener conexión con el previsible resultado del litigio que se pretende proteger. Ya que lo interesado con carácter cautelar coincide con el pronunciamiento cesatorio que se postula en la demanda no hay duda alguna sobre la atención de tal premisa.



Por otro lado, no está justificado el reproche de falta de concreción de la medida, pues basta atender a su tenor literal, especialmente tras la aclaración dictada por el juez de lo mercantil, para darse cuenta de que está precisando, y con ello cumpliendo, en lo que resultaba posible, dado el carácter futuro de los mismos, la exigencia del artículo 735.2 de la LEC , al identificar la categoría concreta de los eventos a los que se refiere la orden de cesación (que son además un número acotado en cada sucesiva jornada), lo que permite su fácil individualización, sobre todo porque la información relativa a cada uno de los mismos es muy asequible y su volumen resulta perfectamente controlable. No cabe sostener que se esté imponiendo a la parte demandada la realización de un deber general de supervisión (que es lo que veda el artículo 15, apartado, de la Directiva 2000/31 , el cual es analizado sentencias del TJUE de 24 de noviembre de 2011 y 16 de febrero de 2012), pues los propios listados que ofrece en su web permitirían la localización de los enlaces a los partidos y su inmediato bloqueo para impedir los accesos a las imágenes de los mismos, sin necesidad de tener que desplegar esfuerzos desmedidos o desproporcionados para conseguir tal fin. El listado de eventos sobre los que recaen los derechos de la parte actora es concreto y perfectamente discernible (los partidos de cada jornada que no se emiten en abierto) y se conoce con antelación a través de los medios de comunicación social

No podemos aceptar, porque no consideramos razonable tal aserto, sino una mera excusa, que la realización de ese control se enfrente a impedimentos técnicos que lo puedan hacer inviable, tal como sostiene la parte recurrente. Si conoce que el contenido enlazado infringe derechos de tercero basta con que ésta efectúe las modificaciones oportunas en su programa informático (pues una página web no es sino eso) para evitar que operen los enlaces que ocasionan tal perjuicio. Ni tampoco podemos considerar serio que se dé a entender por la parte demandada que cabría acudir al empleo de otras alternativas en Internet para tratar de seguir viendo gratis los partidos de la competición española, pues obviamente, en tal caso, la parte actora estaría en su derecho de adoptar las iniciativas correspondientes en su contra o de quien así lo hiciera.

Por último, tampoco apreciamos falta de proporcionalidad en las medidas decretadas por el juzgado, pues con las cautelas ordenadas sólo se persigue, y no otra cosa tiene por qué resultar, impedir el libre acceso a las imágenes de los partidos cuyos derechos ostenta la parte actora. El bloqueo total de la página, decretado de modo subsidiario, no debería llegar a producirse si la parte demandada cumpliera con la cautela menos gravosa que en aras a la eficaz protección del derecho ajeno podía imponérsele (cumpliendo así la exigencia del artículo 726.1.2º de la LEC), que pasa por excluir de sus listados los enlaces (links) que permitan acceder a las imágenes de los partidos de la liga española cuyos derechos esgrime la parte demandante. Se puede atender al cumplimiento de la medida sin que pueda considerarse que ello impone un sacrificio injustificado a otros intereses legítimos como el de libertad de empresa, pues esta podría seguir desenvolviéndose para aquellas actividades y fines que no fueran merecedoras de tacha de ilicitud.

NOVENO.- Sobre la caución sustitutoria de las medidas.

La denuncia que se efectúa en relación a la falta del pronunciamiento del juzgado sobre la petición de la parte demandada de que se le admitiera la prestación de caución en sustitución de la medida cautelar, de modo que con aquella pudiera quedar asegurado el efectivo cumplimiento de la sentencia sin tener que padecer los efectos de la cautela, se enfrenta a insalvables obstáculos procesales en el seno de esta apelación.

En primer lugar, si lo que hubiera ocurrido es un defecto de incongruencia omisiva, por falta de pronunciamiento del juzgado sobre una pretensión que hubiera sido suscitada, en tiempo y forma, por una de las partes, lo adecuado hubiese sido haber reaccionado contra tal deficiencia, para garantizarse la conservación del derecho para denunciar la comisión de infracción procesal en la segunda instancia (artículo 459 de la LEC de la LEC), lo que hubiera pasado por instar el trámite de complemento de la resolución judicial previsto en el artículo 215 de la LEC , reclamando del juzgador que adoptase una decisión con respecto de aquello sobre lo que hubiese olvidado hacerlo. Hay que tener presente que la posibilidad de alegar en apelación que se hubiera podido incurrir en la instancia anterior en una infracción procesal exige la previa denuncia de que ello se había producido precisamente en el momento oportuno para ello, según impone el artículo 459 de la LEC . Que la infracción haya podido ser cometida en la sentencia o auto resolutorio correspondiente, como ocurriría con un defecto de incongruencia omisiva (artículo 218.1 de la LEC), y no en trámites previos a esa decisión final del juez, no significa que no exista un cauce de denuncia diferente al de la propia apelación, pues la ley prevé precisamente un mecanismo específico para la subsanación y complemento de resoluciones judiciales defectuosas o incompletas, el cual está previsto en el artículo 215 de la LEC . La utilización de esa vía, que está a disposición de las partes, entrañaría la tempestiva denuncia de la infracción procesal sufrida que exige el citado artículo 459 de la LEC . La jurisprudencia (sentencias de la Sala 1ª del TS 12 de noviembre y 16 de diciembre de 2008 , 28 de junio de 2010 , 11 y 28 de mayo de 2012) ha sido, además, especialmente rigurosa en cuanto al cauce que debe seguirse para poder denunciar la incongruencia omisiva (infra o citra petitum) por vía de recurso. En concreto, en la tercera de las reseñadas resoluciones, el Tribunal Supremo, con cita de las otras dos precedentes, señalaba que: *"El artículo 215.2 LEC otorga a las partes una vía para*



instar la subsanación de la incongruencia de la sentencia, por omisión de pronunciamiento, ante el mismo juez o tribunal que la dictó. Su utilización es requisito para denunciar la incongruencia de la sentencia en los recursos de apelación, conforme al artículo 459 LEC , y extraordinario por infracción procesal, conforme al artículo 469.2 LEC , de forma que la falta de ejercicio de la petición de complemento impide a las partes plantear en el recurso devolutivo la incongruencia omisiva". De manera que si los demandados consideraban que la resolución dictada en primera instancia debería haberse pronunciado, y no lo había hecho, sobre determinado extremo (la caución sustitutoria), debieron solicitar el oportuno complemento de la misma al amparo del artículo 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . No se trataba de un trámite potestativo, sino preceptivo, de modo que su no utilización en la primera instancia impide denunciar, vía apelación, la posible infracción procesal que hubiera podido ser cometida en la resolución aquí recurrida (artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En segundo lugar, con respecto a las decisiones, del signo que fuera, que el juzgado tuviera que adoptar en lo relativo a una solicitud de prestación de caución sustitutoria de la medida cautelar no resultaría posible interesar un pronunciamiento por parte de un tribunal de segunda instancia, como pretende la parte recurrente que se haga, porque no cabe recurso de apelación en esa materia. Así lo establece con toda rotundidad el nº 2 del artículo 747 de la LEC . Se trata de una razón adicional a la anterior que permite comprender que es procesalmente inviable que este tribunal pueda decidir nada sobre la pretensión de señalamiento de caución sustitutoria.

DÉCIMO.- La posición del codemandado Sr. Fernando en este trámite cautelar.

El Sr. Fernando , además de efectuar alegaciones relativas a la competencia del juzgado para decretar las medidas y a la concurrencia de una situación de "periculum in mora", que consideramos que ya han sido analizadas en los fundamentos precedentes, por lo que vamos a prescindir de incurrir en reiteraciones al respecto, aduce que no concurriría el requisito de "fumus boni iuris" en lo que a él respecta, ya que considera que no ha habido actuación fraudulenta alguna por su parte y que de mediar algún tipo de infracción de derechos ajenos no sería él, como persona física, el responsable de la misma.

Este tribunal considera que el Sr. Fernando está tratando de trasladar, de modo indebido e innecesario, un debate propio del proceso principal al marco cautelar. Excede del objeto de este último el decidir si el Sr. Fernando es mecedor o no de los pronunciamientos declarativos de la comisión de infracción de derechos ajenos, de obligación de indemnizar daños y perjuicios o de costear las medidas de publicidad que se reclaman en la demanda. Nada de esto forma parte de la tutela cautelar invocada por la parte actora, por lo que está fuera de lugar que el citado codemandado pretenda importar una discusión al respecto a ese sede cautelar. Donde debe decidirse si merece una condena que afecte a sus derechos y patrimonio personal es en sede del litigio principal.

El objeto concreto de las medidas interesadas e impuestas cautelarmente se refieren, tan sólo, a los aspectos de naturaleza real o puramente objetivos de la demanda, como lo es lo relativo a acción de cesación de actividades que afectan a la gestión del sitio web que se utiliza como vehículo para la comisión de infracciones de derechos ajenos, mediante unas cautelas restrictivas de prohibición parcial o de cesación provisional cuya clara vocación es impedir la prosecución de la actividad ilícita que se está desarrollando.

En cualquier caso, el TRLPI (en la redacción del artículo 138.2 , vigente desde el 1 de enero de 2015) prevé un régimen de legitimación pasiva que, como ya hemos anticipado, no sólo se proyecta sobre el que comete de modo directo la acción infractora sino que también abarca al que le induzca a cometerla, al que le facilita los medios que le permiten infringir o colabora de algún otro modo con aquél y al que obtiene provecho del resultado de la misma si goza de capacidad de control de la conducta del infractor. Este tribunal considera que, prima facie, en sede del juicio provisional e indiciario que aquí hemos de realizar, tiene sentido que el Sr. Fernando también haya sido llamado a soportar la medida, pues asegura la efectiva ejecución de la misma, ya que dicha persona física puede ser incluida en la condición de sujeto que obtiene provecho de la actividad infractora (como socio único de la entidad mercantil PUERTO 80 PROJECTS SLU, que opera en el tráfico mercantil con ánimo de lucro, aunque ésta se cuida de no depositar sus cuentas anuales, lo que impide la adecuada transparencia que debería existir sobre el estado económico de dicha entidad) y goza además de control absoluto sobre la actividad de la misma (en tanto que socio y administrador único) e incluso le presta derechos de su titularidad personal (como el de la marca mixta "ROJADIRECTA", que es precisamente como es conocida y localizada la web por los internautas y que aparece plasmada en todas las visualizaciones de la misma) para el desempeño de la actividad que ha motivado la demanda. Es decir, el Sr. Fernando no sólo es una suerte de factótum en lo que atañe al control y designio de la actividad societaria implicada en la infracción, sino que además también compromete, con ánimo de lucro, derechos patrimoniales de titularidad personal, que no societaria, que entran en juego en el marco de la conducta infractora.

UNDÉCIMO.- Sobre las costas de la segunda instancia.



Las costas derivadas de esta segunda instancia deben ser impuestas a las partes apelantes, al resultar desestimadas las pretensiones de sus respectivos recursos, tal como se prevé en el nº 1 del artículo 398 de la LEC .

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, este tribunal pronuncia la siguiente

PARTE DISPOSITIVA

1º.- Desestimamos los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de PUERTO 80 PROJECTS SLU y de D. Fernando contra el auto resolutorio de la pieza de medidas cautelares del proceso nº 246/2015 del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid .

2º.- Imponemos a los referidos apelantes las costas derivadas de sus correspondientes recursos.

Contra esta resolución judicial no cabe recurso alguno.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal que constan en el encabezamiento de esta resolución.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS