



Roj: **SAP C 2805/2018 - ECLI: ES:APC:2018:2805**

Id Cendoj: **15030370042018100400**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **28/12/2018**

Nº de Recurso: **225/2017**

Nº de Resolución: **434/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANTONIO MIGUEL FERNANDEZ-MONTELLS FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

A CORUÑA

SENTENCIA: 00434/2018

N10250

DE LAS CIGARRERAS, 1 (A CORUÑA)

-

Tfno.: 981182091 Fax: 981182089

MP

**N.I.G.** 28079 47 1 2015 4037822

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000225 /2017**

**Juzgado de procedencia:** XDO. DO MERCANTIL N. 1 de A CORUÑA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000481

/2015 Recurrente: PUERTO 80 PROJECTS, S.L.U.

Procurador: JORGE BEJERANO PEREZ

Abogado: JAVIER MAESTRE RODRIGUEZ

Recurrido: DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL S.A.

Procurador: MARIA DEL MAR PENAS FRANCOS

Abogado: RICARDO GOMEZ CABALEIRO

**S E N T E N C I A**

**Nº 434/18**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION CUARTA**

**CIVIL-MERCANTIL**

**Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:**

**JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

**ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ**

**PABLO GONZÁLEZ CARRERÓ FOJÓN**

En A CORUÑA, a veintiocho de diciembre de dos mil dieciocho



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000481 /2015, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 1 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000225 /2017, en los que aparece como parte demandada- apelante, PUERTO 80 PROJECTS, S.L.U., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JORGE BEJERANO PEREZ, asistido por el Abogado D. JAVIER MAESTRE RODRIGUEZ, y como parte demandante-apelada, DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARIA DEL MAR PENAS FRANCO, asistido por el Abogado D. RICARDO GOMEZ CABALEIRO, sobre PROPIEDAD INTELECTUAL.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el XDO. DE LO MERCANTIL N° 1 DE A CORUÑA se dictó resolución con fecha 01-02-2017, la expresada resolución contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:

"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. representada por el Procurador Sr. Bejerano:

- 1.- Debo declarar y declaro que PUERTO 80 PROJECTS, S.L.0 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."

**SEGUNDO.-** Contra la referida resolución por EL DEMANDADO se interpuso recurso de apelación para ante esta Audiencia Provincial, que le fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

**TERCERO.-** Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ.**

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución apelada, en cuanto no contradigan los siguientes.

**PRIMERO.-** La entidad DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL, S.A (DTS o CANAL PLUS) en su condición de titular de los derechos sobre las emisiones y transmisiones de los partidos de fútbol 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 TELEVISION, conforme a contrato de fecha 16 de agosto de 2012, interpone demanda contra la entidad PUERTO 80 PROJETS, S.L.U, siendo su socio y administrador único don Jose Manuel , cuya actividad es la explotación de la pagina web Roja Directa, según mantiene la demandada dedicada a informar sobre eventos deportivos a nivel mundial, cuyo contenido es aportado por los usuarios de la misma y que contiene enlaces a recursos externos de terceros donde se reconoce que en ocasiones se lleva a cabo la emisión o radiofusión de dichos eventos, derechos afines de propiedad intelectual, que la sentencia apelada estima la demanda al considerar acreditado que la entidad



demandada ofrece en ocasiones acceso no autorizado a retransmisiones deportivas de las que es titular de sus derechos exclusivos la entidad demandante, actuando la demandada como un autentico proveedor de contenidos y no como mero intermediario, por lo que declara que la entidad demandada PUERTO 80 PROJETS, S.L.U ha violado derechos patrimoniales de propiedad intelectual pertenecientes a DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL, S.A, mediante la comunicación pública de sus emisiones y transmisiones, y le condena el cese de la actividad infractora y en su virtud acuerda 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, y declara el derecho de la demandante a ser indemnizada por la demandada en la cantidad que se determine en un procedimiento posterior, con expresa imposición de costas.

Contra dicha resolución dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, interpone recurso de apelación la representación de la entidad demandada interesando con su revocación, la desestimación íntegra de la demanda, alegando diversos motivos los que deben ser objeto de nuestra consideración en la alzada, y la imposición a la parte actora de las costas procesales causadas en ambas instancias.

La parte actora se opuso al recurso de apelación, suplicando la confirmación de la sentencia apelada.

**SEGUNDO** .- En el primer motivo del recurso, después de hacer distintas alegaciones sobre violación de derechos fundamentales y garantías procesales en que manifiesta incurre la sentencia apelada, tales como falta de motivación, vulneración del principio de inmediación, incongruencia extra petita en cuanto a las acciones ejercitadas de forma subsidiaria de competencia desleal, violación del Convenio europeo de protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) por la adopción de una medida desproporcionada, como es el cierre de la página web, cuando bastaría la adopción de una medida de menor alcance, critica la valoración de las pruebas periciales técnicas llevadas a cabo en la sentencia apelada, alegando errónea valoración de la prueba sobre el modo de funcionamiento de la web roja directa.

Mantiene que el dictamen pericial de la parte actora confeccionado por el perito don Carlos María , doctor en ingeniería informática, no puede tener la virtualidad y transcendencia que se le da en la sentencia apelada, desde el momento en que no fue ratificado juicio, mientras que los informes periciales independientes confeccionados por los señores Juan Carlos y Juan Enrique , ambos con titulación en informática, deben ser atendidos con preferencia por haber sido sometidos a la debida contradicción de las partes. Máxime la metodología empleada por uno y otros peritos, por cuanto el primero reconoce que no pudo acceder al sistema, desde el momento en que no encuentra el formulario para poder registrarse como usuario y así poder enviar enlaces, por lo que mantiene la actora que solamente lo pudo examinar "desde fuera". Mientras que los señores Juan Carlos y Juan Enrique pudieron entrar y analizar el sistema "desde dentro", dado que el administrador de la página le concedió los accesos necesarios para ello, comprobando el Sr Juan Enrique la existencia de unos casi 10.000 usuarios registrados con capacidad de aportar enlaces, el más antiguo de fecha 21 de septiembre de 2012. Frente a ello, alega la parte apelante, la actora presenta un nuevo informe pericial, cambia su estrategia introduciendo dudas sobre la credibilidad de las periciales introduciendo distintas hipótesis como quiénes son los usuarios activos, su número, su posible relación con el propio administrador, incluso que fuesen controlados por este último por razón del uso de un banner donde se hacen llamar así mismas oficial partner de **rojadirecta**. En lo que estima cae la juzgadora a quo al admitir tales posibles hipótesis y suposiciones que ha ido arrojando la actora a las periciales confeccionadas a instancia de la parte



demandada, invirtiendo de tal modo la carga de la prueba, por cuanto que corresponde a la parte demandante su acreditación.

Es claro que nos encontramos ante una cuestión técnica, relativa al funcionamiento de la página web **rojadirecta**, para cuya apreciación son precisos conocimientos propios de la informática e internet, que han de ser suministrados al proceso a través de la prueba pericial ( art. 335 LEC ), contando en este supuesto con las dificultades adicionales de que se practicaron distintos dictámenes periciales, que no conducen todos ellos a la misma conclusión.

Mantiene la parte apelante que la prueba pericial que aportó la actora ha quedado mermada por su falta de ratificación y examen contradictorio, por cuanto no pudo interrogar a dicho perito para poner de manifiesto los evidentes errores y tergiversaciones en que incurrió, por cuanto en el acto del juicio la parte proponente renunció a su declaración, lo que supone una transgresión al principio de contradicción.

Lo que no es admisible desde el momento en que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 337 y 346 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las partes si lo consideran necesario podrán solicitar que los peritos autores comparezcan al juicio o, en su caso, en la vista a los efectos de que aporten las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas del dictamen, o responder a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación o intervenir de cualquier otra forma útil para entender y valorar el dictamen en relación con lo que sea objeto del pleito. Por lo cual, el dictamen pericial por el hecho de no haber sido ratificado en juicio no pierde su valor, habiendo podido proponer la parte aquí apelante la declaración del perito en juicio a los efectos de lo dispuesto en el artículo 347 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por lo que si no lo hizo, no puede alegar falta de contradicción ni indefensión de clase alguna, desde el momento en que se le dio traslado del mismo en momento procesal oportuno. La indefensión requiere que la parte afectada quede privada de la posibilidad de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o replicar las posiciones contrarias en el ejercicio del principio de contradicción (TCSS 169/96 de 29 de octubre, 101/99 de 31 de mayo, 159/02 de 16 de septiembre).

La indefensión que exige el cauce invocado consistente en la infracción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso, ha de ser una indefensión material, real y efectiva, y no meramente formal. Es preciso, en cualquier caso, que la irregularidad procesal haya supuesto una efectiva indefensión material, y, por lo tanto, trascendente de cara a la resolución del pleito ( SSTC 205/91 , 139/94 y 164/96 , 198/97 , 100/98 y 218/98 , entre otras).

La sentencia apelada después de hacer constar el estudio realizado por la empresa Sygma Dos representativa de la enorme difusión y conocimiento por parte del público de la página web roja directa y su funcionamiento, con el importante porcentaje de encuestados que visiona los partidos de la liga de fútbol profesional, cuyos derechos exclusivos es titular la actora como entidad de radiodifusión, lo que mantiene se trataría de un hecho notorio de imposible controversia, y tras exponer el funcionamiento de la web, una vez accedido a través de la dirección del dominio **www.rojadirecta.me** y otros dominios asociados, concluye de la prueba practicada que es la propia administradora de la web la que introduce los enlaces, con pleno conocimiento de su contenido, pues solo así se explica que pueda catalogarlo y definirlo e insertarlo en el epígrafe correspondiente del evento publicado en una agenda deportiva actualizada. Actuando pues como un proveedor de contenidos mediante la técnica de enlazado a servidores externos y no como un mero intermediario, como un alojador, tal como afirma la entidad demandada-apelante.

Mantiene la parte apelante, que pese a que se reconoce en la sentencia apelada que la carga de la prueba de tal aserto corresponde a la parte actora, en definitiva se le viene a exigir que le corresponda la diabólica prueba de tener que acreditar



su falta de relación con los usuarios que aportan la colocación de los enlaces, desde el momento en que la página web **rojadirecta** no aloja contenido audiovisual, únicamente tiene un agenda a modo de base de datos con enlaces a webs de terceros, creados exclusivamente por los usuarios y no por los administradores del sitio, que únicamente ofrecen el servicio de ordenar y mostrar automáticamente los datos aportados por los usuarios. Tal como afirma el perito Sr. Juan Carlos la página web **rojadirecta.me** recoge contribuciones que pueden tener forma de eventos y canales. Un evento es un acontecimiento deportivo con unas características concretas que lo identifican. Un canal es un sitio web desde el que se puede acceder a contenido audiovisual mediante streaming. Tanto el Sr. Juan Carlos como el Sr. Juan Enrique afirman que el administrador no aporta los enlaces, porque resulta literalmente imposible que una sola persona pueda reaccionar ante las decenas de aportaciones que se reciben ante cualquier evento, por su número de contribuciones y aportaciones, que proceden además de diversos usuarios. Y concluyen en definitiva, que la publicación de las contribuciones de los usuarios es absolutamente automática sin que el administrador de **rojadirecta** tenga ningún papel de edición de los contenidos o control y supervisión previa.

Pues bien, en el caso enjuiciado, no son de apreciar motivos racionales para dar valor decisivo a las periciales del Sr. Juan Carlos y del Sr. Juan Enrique, por el hecho de que hubiesen podido acceder al sistema, habiéndoselo proporcionado el administrador de la página web, lo que no se facilitó a los peritos propuestos por la parte actora, lo que es significativo y lógicamente debe tener su relevancia, cuando además el propio perito de la demandada, en sede de medidas cautelares, no pudo tener acceso a través del registro de una cuenta de usuario, y se reconoce que esta posibilidad no se encuentra en todo momento abierta, sino que depende la decisión del administrador de la página. Sin que la crítica que se hace de juez distinto, pueda tener la relevancia que se pretende, cuando la imposibilidad de acceso en tal momento es incuestionable.

Nos encontramos ante pruebas contradictorias. Cada una practicada a instancia de las respectivas litigantes. Ambos profesionales tienen igual especialización. Por otra parte respecto al denominado contrainforme (EVIDENTIA), no puede afirmarse que no tengan el Sr. Fausto y el Sr. Felicísimo una preparación suficiente a los efectos de emitir la pericia encomendada, en atención a su formación y trayectoria profesional que se hace constar en el informe, no puesta en cuestión de contrario, y sus conclusiones resultan cuando menos igualmente racionales, argumentadas y firmes.

Los peritos propuestos por la parte actora han sido impedidos, por propia decisión y voluntad de la entidad demandada, de tener acceso al sistema de **www.rojadirecta.me**, pese a ser requerida expresamente por el tribunal. Y no se da explicación coherente y suficiente acerca de esa decisión de impedir el acceso al sistema a los peritos designados por la actora, pese a hallarse en inmejorable situación para hacerlo en virtud del principio de disponibilidad y facilidad probatoria del art. 217.7 Ley de Enjuiciamiento Civil. Lógicamente se pone en duda de contrario, que el acceso facilitado por el administrador a los peritos de la entidad demandada hubiese haber podido sufrir algún tipo de manipulación por quien se lo concedió, cuando además lo fue con posterioridad a la presentación de la demanda. Y precisamente, en atención a lo expuesto, viene obligada a probar, que sea totalmente ajena o la falta de cualquier relación, directa o indirecta, con el usuario (con distintas direcciones IPs) o los usuarios registrados en la cuenta de acceso a la página web, que según afirma, son los que colocan los enlaces a los partidos de fútbol cuyos derechos exclusivos ostenta la actora, con neutralidad del administrador de la página, siendo relevante, que pese a ello, se suban exclusivamente eventos deportivos, lo que justifica algún tipo de control por el administrador.



Pues bien, por todo ello, no podemos concluir de otro modo, tal como hizo la juzgadora de primera instancia, de la existencia de indicios suficientes que relaciona en la sentencia apelada que el administrador de la web ejerce un control sobre los enlaces subidos y sus contenidos, cuando la entidad demandada en base a lo antes expuesto viene obligada a acreditar lo contrario por el principio de facilidad probatoria, y no lo hizo. Admitir otra cosa, no sería más que dejar en manos de una de las partes la práctica de la prueba fundamental para la decisión del litigio, faltando de tal modo a la buena fe procesal que lo debe presidir.

**TERCERO** .- Pero es más, aún cuando admitiésemos la tesis de la parte recurrente, el ser mero intermediario de la sociedad de la información que aloja datos aportados por los usuarios, que afirma serían éstos últimos en tal caso los autores de la infracción de derechos protegidos de propiedad intelectual, el recurso tampoco podría ser estimado.

Así, se viene a admitir que son los propios usuarios quienes realizarían los actos infractores, en cuanto que incluyen enlaces a los partidos de fútbol cuyos derechos de emisión o radiodifusión de dichos eventos ostenta la entidad actora. Por tanto, mantiene la página web **rojadirecta** no realiza ninguna comunicación pública de la emisión o radiodifusión de dichos eventos con derechos protegidos, afines de propiedad intelectual, que en cuanto tiene conocimiento por denuncia presentada por la entidad actora procede a la eliminación del enlace a los partidos de fútbol con derechos protegidos, sin que tenga, de conformidad con el art. 15 de la Directiva, una obligación general de supervisión activa de los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas en su página web de la existencia de centenares de enlaces diarios a todo tipo de eventos deportivos, en concreto de fútbol, en competiciones sobre las que tienen derechos la demandante y que no son emitidos en abierto.

Pues bien, respecto de la calificación de las actividades realizadas por los servidores o sitios intermedios que hacen posibles los intercambios o respecto a los sitios web que incluyen dichos enlaces que permiten acceder al derecho protegido, en cuanto se entiende incluido en los supuestos de comunicación pública, contemplado en el art. 20.1 TRLPI .

Ese es el concepto que contempla incluido en la comunicación al público el artículo 3 de la Directiva 29/2001/ CE , 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. En el considerando 23 de la Directiva señala que el derecho de comunicación pública "debe entenderse en un sentido amplio que incluya todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación. Este derecho debe abarcar cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público, sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión".

Y como no se contiene ninguna definición de "comunicación al público" o de "puesta a disposición del público" es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) el que ha venido perfilando los contornos de ambos conceptos.

Y se extracta, en lo que aquí nos interesa, la jurisprudencia al respecto del TJUE en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 4 de diciembre de 2017 , que refiere:

"Como hemos señalado, el Tribunal de Justicia se ha ocupado de determinar el alcance de dicho concepto, en cuanto requiere una interpretación uniforme.

En la STJUE de 13 de febrero de 2014, Svensson, C-466/12 se planteó si constituye un acto de comunicación al público la presentación en una página de Internet de enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas disponibles en otra página de Internet, siendo así que en esa otra página pueden consultarse



libremente dichas obras publicadas sin ninguna restricción de acceso. Se trataba por lo tanto de enlaces a otra página web.

La sentencia se refiere al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 y considera (apartado 19) que, para que exista un "acto comunicación" basta con que la obra se ponga a disposición de un público de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella, sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esa posibilidad, de modo que el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas debe calificarse de "puesta a disposición" y, en consecuencia, de "acto de comunicación" en el sentido de la referida disposición (apartado 20).

Lo que rechazó el Tribunal de Justicia en ese caso es que la puesta a disposición de obras, mediante un enlace sobre el que se puede pulsar, comunicase dichas obras a un público nuevo. Si la obra ya se encuentra disponible libremente para todos los internautas en otro sitio de Internet con la autorización del titular de los derechos de autor, dicho acto no puede calificarse de "comunicación al público". En el mismo sentido, el Auto de 21 de octubre de 2014, BestWater International, ( C-348/13 ), a propósito de vínculos que utilizan la técnica denominada de "transclusión" (framing). Recuérdese que lo que establece el Tribunal de Justicia en ese caso es que no se daba lugar a que la obra en cuestión se comunique a un "público nuevo".

Lo relevante es el sentido amplio que atribuye el Tribunal al concepto al que nos referimos, incluyendo los enlaces como "acto de comunicación".

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2016, GS Media, C-160/15 , el vínculo ya se establecía a una página en la que las obras protegidas se encontraban disponibles libremente sin la autorización del titular de los derechos de autor. Tras reiterar que el concepto de comunicación al público debe entenderse en un sentido amplio establece la sentencia (apartado 51) que cuando la colocación de hipervínculos se efectúa con ánimo de lucro 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".

Estos mismos criterios se han aplicado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de abril de 2017, Filmspeler, C-527/15 , con cita de las que hemos reseñado, considerando (apartados 36 y 37) que para que exista un "acto de comunicación" basta con que la obra se ponga a disposición de un público de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella, sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esa posibilidad y los enlaces a otra página de Internet ofrecen a los usuarios de la primera página un acceso directo a las obras protegidas.

Según dicha Sentencia, el concepto de "comunicación al público", en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE , incluye la venta de un reproductor multimedia en el que se han preinstalado extensiones, disponibles en Internet, que contienen hipervínculos que reenvían a sitios de Internet libremente accesibles al público en los que se ponen a su disposición obras protegidas por derechos de autor sin la autorización de los titulares de tales derechos.

Destacó el Tribunal de Justicia (apartado 41) que no se trataba, en el caso de autos, de una "mera" puesta a disposición de las instalaciones materiales destinada a permitir o a realizar una comunicación puesto que, con pleno conocimiento de las consecuencias de tal comportamiento, en el reproductor multimedia se preinstalan extensiones que permiten específicamente a los compradores de dicho dispositivo "acceder a obras protegidas" publicadas en sitios de difusión en flujo continuo sin la autorización de los titulares de los derechos de autor y visualizar



tales obras en su pantalla de televisión. Esta operación permite establecer una conexión directa entre los sitios de Internet que difunden obras pirateadas y los compradores del reproductor multimedia, sin la cual estos últimos difícilmente podrían disfrutar de las obras protegidas.

Obsérvese que, en el caso que nos ocupa, los enlaces permiten conectar a los usuarios con el ordenador que alberga el archivo buscado, de manera que se facilita el acceso a obras protegidas, que se ponen a disposición de los usuarios sin autorización de los titulares de derechos afines.

Finalmente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2017, TPB, C-610/15, se refiere a la plataforma de intercambio en línea TPB (The Pirate Bay). Esta plataforma indexa ficheros torrent, de manera que las obras a las que tales ficheros remiten puedan ser fácilmente localizadas y descargadas por los usuarios de dicha plataforma de intercambio. El BitTorrent es un protocolo en virtud del cual los usuarios (llamados "pares" o "peers") pueden intercambiar ficheros. Una gran parte de los ficheros torrent que figuran en la plataforma de intercambio en línea TPB reenvían a obras publicadas sin autorización de los titulares de derechos. Se trata por lo tanto de una plataforma de intercambio que, al indexar metadatos relativos a obras protegidas y proporcionar un motor de búsqueda, permite a los usuarios de esa plataforma localizar dichas obras e intercambiarlas en una red peer-to-peer.

Considera el Tribunal de Justicia que, aunque TPB no alojó el contenido en sí, al poner a disposición y gestionar una plataforma de intercambio en línea, los operadores de TPB intervienen, con pleno conocimiento de las consecuencias de su conducta, para proporcionar acceso a obras protegidas. Al indexar los archivos torrent TPB permite a los usuarios ubicar estas obras y compartirlas como parte de una red peer to peer. Por lo tanto, TPB desempeñó un papel esencial en la puesta a disposición de las obras en cuestión y hubo un "acto de comunicación".

Pues bien, el hecho de la puesta a disposición por la entidad demandada, en el caso de que fuese a través de los enlaces subidos por los usuarios, para tener acceso a los partidos de fútbol de los que ostenta derechos protegidos la entidad actora es un acto de comunicación pública, por cuanto se dirige a un público nuevo, dado que se ponen a disposición de las personas que no tendrían acceso a los mismos, ya que no eran abonados, por tanto público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial, por lo tanto sin su consentimiento, lo que representa una actividad ilícita.

Y lo hace con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, cuando se proporcionan en dicha página web a través de los enlaces, que se alega subidos por los usuarios, acceso a obras publicadas sin autorización de los titulares de derechos, que no puede alegar ignorancia ni desconocimiento su administrador, que la gestiona y los cataloga, desde el momento que fueron presentadas denuncias contra la entidad demandada por dicho motivo, que dieron lugar a la incoación de procedimientos penales, que si bien fueron archivados, continuó en su actuar, teniendo pues cabal conocimiento de la transmisión a través de la página web, que es utilizada por un importante número de personas que de otro modo no tendrían acceso, de los partidos de competición española de fútbol profesional con derechos protegidos, por lo que no puede ser considerado como mero facilitador de enlaces neutral, tal como alega, cuando es un hecho notorio que la mayor parte de los partidos de cada jornada de la competición española de fútbol profesional, de liga y copa, 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, sin consentimiento del titular de los derechos. De ahí que tenga pleno conocimiento





que se trata de un acto de comunicación al público de obras protegidas, y a un público nuevo. Y es claro, que la explotación de la página web tiene ánimo de lucro, aún cuando sea a través de casas de apuestas exclusivamente, tal como se alega por la entidad apelante.

**CUARTO** .- La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSICE) incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico o DCE).

El artículo 17 LSSICE permite la exención de responsabilidad a aquellos prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda en determinadas condiciones:

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".

Pues bien, respecto de falta de conocimiento efectivo de la lesión de derechos de terceros a que se refiere la letra a) del apartado 1 del referido artículo para que pueda operar la exención de responsabilidad, el Tribunal Supremo ha señalado, siguiendo la sentencia antes referida de la Audiencia Provincial de Madrid, que se incluye una mención de naturaleza ejemplificativa de conocimiento efectivo, no excluyendo la posibilidad de que el mismo se pruebe de cualquier otra manera, es decir, no restringe los instrumentos aptos para alcanzarlo ( STS 128/2013, de 26 de febrero ).

Basta que el conocimiento derive de circunstancias aptas para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate ( STS de 4 de diciembre de 2012 ).

Con anterioridad, el Tribunal Supremo, en Sentencias de 9 de diciembre de 2009 y 10 de febrero de 2011 , realizó una interpretación del concepto de "conocimiento efectivo" a la luz de la citada Directiva. Así señaló que la LSSICE no se limitaba a incluir en los supuestos de exención de responsabilidad el conocimiento por parte del proveedor de resolución dictada por órgano competente que declarara la ilicitud, sino que incluía también la posibilidad de "otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse", como el conocimiento "que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptas para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate" o, en palabras de la



Directiva, en su artículo 14, "hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito" ( STS 144/2013 de 4 de marzo ).

Ya hemos expuesto que la demandada no podía ignorar razonablemente y de buena fe que se facilita el acceso a un público nuevo, a través de enlaces para su descarga, a partidos de fútbol de la competición española de liga y copa con derechos protegidos, sin autorización de los titulares de los derechos, cuando fue advertida de ello para que cesara en su actividad con la presentación en su momento de denuncias penales, lo que no impide que fueran sobreseídas en su momento por no ser constitutivas de infracción penal, dada su ilicitud civil, por lo que la entidad demandada no puede acogerse a la exención de responsabilidad prevista en el artículo 17 LSSICE.

**QUINTO** .- En definitiva, la demandada, a través de la página web roja directa que es titular, ofrece el acceso a internet a un público nuevo, de forma gratuita, a través de enlaces a dichas retransmisiones deportivas, valiéndose a tal fin de señales de streaming, cuyos derechos en exclusiva tiene la parte actora sobre la fijación de imágenes en soporte material del productor audiovisual y que explota las emisiones y transmisiones mediante televisión de pago, que sólo pueden acceder a las imágenes los clientes abonados ( art 120 y 126 TRLPI ).

Y lo hace con pleno conocimiento de su contenido protegido, y tal actividad es un acto de explotación no consentido, por cuanto su intervención es necesaria, a través de enlaces que permiten ver en directo o en ligero diferido las emisiones y transmisiones de partidos que es titular en exclusiva la actora, sin la cual los usuarios no podrían beneficiarse de forma gratuita de las obras difundidas por televisión de pago de la demandante, infringiendo pues derechos ajenos protegidos de propiedad intelectual de los que se aprovecha de forma ilícita.

En todo caso, admitiendo la tesis de mero intermediario sería también responsable la demandada, como titular de la página web, sin que pueda operar la exención de responsabilidad, respecto de falta de conocimiento efectivo de la lesión de derechos de terceros, a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 17 de LSSICE, resultando pues su conducta relevante al autorizar su comunicación a un público nuevo, a otros usuarios no abonados, de las emisiones y transmisiones deportivas de la que es titular la actora en exclusiva.

Así lo prevé el TRLPI, tras su reforma por Ley 21/2014, de 4 de noviembre, en el artículo 138.2 , para dar una mayor y eficaz protección de los derechos de propiedad intelectual, puede imputarse la comisión de infracción no sólo al autor directo o primario de la conducta infractora sino que también cabe responsabilizar al que opera del modo que se ha calificado como infracción indirecta, bien por conductas de inducción, de cooperación o de capacidad de control y beneficio económico de la actividad infractora.

Y se alega violación del Convenio europeo de protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) por la adopción de una medida desproporcionada, como es el cierre de la página web, por cuanto lo procedente es la orden de cesación, y realmente la misma posición de la demandada, quien mantiene que no puede detectar de antemano los enlaces, que afirma subidos por los usuarios de contenido ilícito, en perjuicio de los derechos de un tercero cuya identidad es sabida, incluso que una vez que se hubiese producido el enlace, su eliminación de los que contiene su página no impediría el visionado de la transmisión del partido, por lo que el cierre de la página web **rojadirecta** en todos sus dominios es el único medio de hacer cumplir la acción de cesación. De no hacerse así, sería fácil su ineficacia, ante la alegada imposibilidad, a través de sus propios medios técnicos, de control a los efectos de impedir el supuesto de libre acceso de los usuarios a las transmisiones de los partidos con infracción de derechos protegidos.

La entidad demandada no ofrece otra solución que resulte efectiva para evitar que operen los enlaces que refiere son los infractores, salvo la previa denuncia de



la entidad actora, cuando se va a producir inmediatamente un evento que vulnere su derecho y así adoptar medidas que lo impidan aquélla. Como ya mantuvimos en el auto resolviendo el recurso de apelación de medidas cautelares, ello supondría un esfuerzo desmedido por parte de la actora, que no tiene que soportar, y lo lógico es que no resulte eficaz, de ahí lo gravoso de la medida acordada, para evitar que operen los enlaces que refiere son los infractores, causante de perjuicios a la actora, y mantiene que no puede hacer las modificaciones oportunas de bloqueo en su página web, para poder seguir operando con las actividades contenidas en la misma que no fuesen ilícitas.

El motivo se desestima.

**SEXTO** .- Establecida la responsabilidad de la demandada por la realización de actos de comunicación pública no autorizados resulta innecesario analizar las acciones ejercitadas de forma subsidiaria en demanda de competencia desleal, que en el recurso mantiene que la sentencia incurre en incongruencia extra petita.

Lo que no puede ser aceptado, desde el momento en que en la sentencia apelada no se recoge pronunciamiento expreso al respecto en su parte dispositiva, y se reconoce como una posibilidad de estimación la pretensión subsidiariamente formulada en demanda para el caso de que no se hubiera estimado la principal.

Es pronunciamiento jurisprudencial reiterado, en aras a la delimitación de la esfera de aplicación de la Ley de Competencia Desleal, el que proclama que, de existir algún derecho de exclusiva, es decir, protección específica en otra Ley, es a ella a la que hay que acudir ( art. 11.1, inciso segundo LCD ), y ello no obsta a que en otro caso (ausencia de derecho de exclusiva por no haberse obtenido la protección específica) se pueda acudir al amparo de la normativa de competencia desleal ex art. 11.2 y 3 LCD ( SSTS de 7 de junio de 2000 , 13 de mayo de 2002 , 1 de abril y 11 de mayo de 2004 , 4 de septiembre de 2006 , 17 de julio y 8 de octubre de 2007 , 7 de julio de 2009 ).

Pues bien, en este caso, los derechos de la actora obtuvieron protección jurídica en el marco de otra legislación especial, a través de legislación protectora de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor, por lo que no procede entrar a considerar si se ha producido infracción de la Ley de Competencia Desleal, que en la sentencia apelada se razona como una posibilidad fundada, pero sin transcendía jurídica cuando no se hace pronunciamiento alguno en el fallo.

**SEPTIMO** .- La desestimación del recurso de apelación conlleva la condena en costas de esta alzada de la parte recurrente, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 en relación con el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad concedida por el Pueblo Español.

#### **FALLAMOS**

Con desestimación del recurso de apelación interpuesto, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil num. Uno de A Coruña, confirmamos la resolución recurrida, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, y dese su destino legal.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo, por razón de interés casacional siempre que concurran los presupuestos legales para su admisión, a interponer en el plazo de veinte días a partir de la notificación de esta resolución.



Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará certificación al rollo de Sala lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.**- Dada y pronunciada fue la anterior resolución de los Iltmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Iltmo. Sr. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.

**AVISO LEGAL**

***Para la realización de cualesquiera actos de reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales con finalidad comercial, debe ponerse en contacto con el Centro de Documentación Judicial -CENDOJ-***

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ