



Roj: **SAP C 2799/2018 - ECLI: ES:APC:2018:2799**

Id Cendoj: **15030370042018100398**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **28/12/2018**

Nº de Recurso: **118/2017**

Nº de Resolución: **433/2018**

Procedimiento: **Civil**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00433/2018

N10250

DE LAS CIGARRERAS, 1 (A CORUÑA)

-

Tfno.: 981182091 Fax: 981182089

MP

N.I.G. 15030 47 1 2015 4065671

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000118 /2017

Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 2 de A CORUÑA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000498

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

Procurador: JORGE BEJERANO PEREZ, JORGE BEJERANO PEREZ

Abogado: JUAN ANTONIO ASTRAY SUAREZ, JAVIER MAESTRE RODRIGUEZ

Recurrido: MEDIAPRODUCCION SLU

Procurador: MONTSERRAT BERMUDEZ TASENDE

Abogado: RAUL BERCOVITZ ALVAREZ

S E N T E N C I A

Nº 433/18

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 0000498 /2015, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 2 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000118 /2017, en los que aparece como parte demandada- apelante, Cirilo , PUERTO 80 PROJECTS, S.L.U., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JORGE BEJERANO PEREZ, asistido el segundo por el Abogado D. JUAN ANTONIO ASTRAY SUAREZ, y el primero por el letrado DON JAVIER MAESTRE RODRIGUEZ, y como parte demandante-apelada, MEDIAPRODUCCION SLU, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MONTSERRAT BERMUDEZ TASENDE, asistido por el Abogado D. RAUL BERCOVITZ ALVAREZ, sobre DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el XDO. DE LO MERCANTIL N° 2 DE A CORUÑA se dictó resolución con fecha 22-11-2016, la expresada resolución contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:

"Que ESTIMANDO la demanda presentada por las entidades MEDIPRODUCCIÓN, S.L.U., y GOL TELEVISIÓN, S.L.U. (hoy también Mediaproducción) asistidas por el Letrado Sr. Raúl Bercovitz Alvarez, y representadas por. la Procuradora Sra. Rodríguez Chacón; sobre infracción de derechos de: propiedad intelectual y (subsidiariamente) por competencia desleal, contra la entidad PUERTO 80 PROJECTS, S.L.U., asistida por el Letrado Sr. Maestre Rodríguez y representada por el Procurador Sr. Bejerano Pérez ; y contra D. Cirilo , asistido por la Letrada Sra. Platas Casteleiro y representada por el Procurador Sr. Bejerano Pérez;

1. Declaro que los demandados han violado derecho afines de propiedad intelectual pertenecientes a la parte demandante.
2. Condeno a los demandados a cesar inmediatamente en la facilitación de enlaces o links de Internet, de cualquier tipo que den acceso al visionado en directo e 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 redireccione a la misma; y a cesar, en general, en cualquier otro uso ilícito de los contenidos cuya explotación exclusiva corresponda a las demandantes.
3. Se prohíbe a los demandados la utilización o explotación de cualquier soporte o sistema tecnológico o informático para resta el servicio de visionado en directo o en modo ligeramente referido de partidos de fútbol producidos o emitidos por cualquiera de las demandantes.
4. Al amparo de lo dispuesto en el artículo: 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad Información y de Comercio Electrónico, se ordena a los prestadores de servicios de la sociedad de la información reconocidos en el Registro de Operadores de la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones (hoy CNMC) que, mientras los demandados no acrediten al Juzgado haber dado cumplimiento a lo acordado en los puntos 2 y 3 anteriores, 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.rojirecta.ne> o cualquier otra página que los demandados pudieran utilizar en iguales términos, o que redireccione a dicho sitio para su acceso, bloqueando o impidiendo el acceso desde territorio español a dichas páginas de Internet.
5. Se declara que la conducta de los demandados ha causado daños a los demandantes y, en consecuencia, que están solidariamente obligados a indemnizar a las actoras por los daños causados, dejando la determinación de esos daños para un proceso posterior.



6. Condenando a los demandados a la publicación a su costa, del texto del encabezamiento y fallo de la sentencia mediante anuncios en las ediciones nacionales de los diarios El País y El Mundo; y asimismo se publique ese mismo texto en la pantalla de inicio de la propia web **ROJADIRECTA** (y las webs que a ella redireccionan controladas por los demandados) durante al menos dos semanas.

Todo ello con imposición de las costas a las demandadas."

SEGUNDO.- Contra la referida resolución por los demandados 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.- Las entidades GOL TELEVISIÓN, S.L.U. y MEDIAPRODUCCIÓN S.L.U., sociedades del grupo IMAGINA, (hoy fusionada la primera por absorción de la segunda, cuya principal actividad es la gestión del canal del fútbol de pago Gol-T en la TDT Premium, como entidad de radiofusión, y fue cesionaria de los derechos audiovisuales correspondientes a la temporada futbolística 2014/2015) también conocido como grupo MEDIAPRO, que tiene asignados los derechos audiovisuales y derechos de explotación y su comercialización de los partidos de la competición de liga de fútbol profesional de primera y segunda división A y Copa del Rey (excepto la final) correspondientes a la temporada futbolística 2014/2015 hasta la temporada 2018/2019, interponen demanda contra la entidad PUERTO 80 PROJETS, S.L.U, y contra su socio y administrador único, don Cirilo , cuya actividad es la explotación de la página 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, 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 los demandados con su actuar, ofreciendo en ocasiones acceso no autorizado a retransmisiones deportivas de las que es titular de sus derechos exclusivos la parte actora, actuando la entidad demandada PUERTO 80 PROJETS, S.L.U. como un auténtico proveedor de contenidos y no como mero intermediario, y el demandado don Cirilo , en su condición de persona física independiente, por su labor de cooperador directo conociendo la conducta infractora, dado que tiene cedido sus derechos como titular registral de la marca española nº 2.938.949 "**ROJADIRECTA**" (mixta), solicitada en la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) el 9 de julio de 2010, siendo concedido su registro el 17 de enero de 2011, para distinguir servicios de la clase 38, en concreto "servicios de telecomunicaciones", utilizada en el propio sitio web de **ROJADIRECTA** y en las mismas páginas de enlace, de lo que se estima acreditado que existe pues una participación relevante del codemandado en la infracción de derechos con la mercantil PUERTO 80 PROJETS, S.L.U., y en consecuencia tras declarar que los demandados han violado derechos afines de propiedad intelectual pertenecientes a la parte demandante, les condena a cesar inmediatamente 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 redireccione a la misma; y a cesar, en general, en cualquier otro uso ilícito de los contenidos cuya explotación exclusiva corresponda a las demandantes. Y les prohíbe 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



las demandantes. Y ordena a los prestadores de servicios de la sociedad de la información reconocidos en el Registro de Operadores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (hoy CNMC) que, mientras los demandados no acrediten al Juzgado haber dado cumplimiento a lo acordado en los puntos 2 y 3 anteriores, 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. Y declara que la conducta de los demandados ha causado daños a los demandantes y, en consecuencia, que están solidariamente obligados a indemnizar a las actrices por los daños causados, dejando la determinación de esos daños para un proceso posterior. Condena a los demandados a la publicación a su costa, del texto del encabezamiento y fallo de la sentencia mediante anuncios en las ediciones nacionales de los diarios El País y El Mundo; y asimismo se publique ese mismo texto en la pantalla de Inicio de la propia web **ROJADIRECTA** (y las webs que a ella redirigen controladas por los demandados) durante al menos dos semanas. Todo ello con expresa imposición de las costas a las demandadas.

Contra dicha resolución dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña, interpone recurso de apelación tanto la representación de la entidad demandada PUERTO 80 PROJETS, S.L.U, como la de don Cirilo , interesando con su revocación, la desestimación íntegra de la demanda, alegando diversos motivos los que deben ser objeto de nuestra consideración en la alzada, con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.

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

SEGUNDO .- El primer motivo del recurso formulado por la entidad PUERTO 80 PROJETS, S.L.U. versa sobre el modo del funcionamiento de la web roja directa, alegando error en la valoración de la prueba, concretamente de los dictámenes periciales, y pone en cuestión la credibilidad del testigo-perito Sr. Nemesio , representante de IPROHED, que declara a instancia de la parte actora, por cuanto alega que intervino como abogado en otro procedimiento de idénticas características al presente y también contra la misma parte demandada-apelante unas dos semanas más tarde, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, por lo que tiene un interés directo en el resultado del pleito, y no debe por tanto tenerse en cuenta su declaración. De ahí, que mantenga que la única prueba válida sobre el funcionamiento de la página web roja directa es la practicada a instancia de la demandada, perito Sr. Pablo , y la pericial informática del Sr. Plácido , que se admitió su práctica en segunda instancia, así como la pericial económica.

La existencia de causa de tacha de testigos y peritos tampoco invalida la declaración, sino que se trata de una simple admonición al juez para que pondere el testimonio. De esta forma se ha expresado con unanimidad la jurisprudencia, así en STS de 14 de febrero de 2000 , que dispone al respecto que: "viene siendo reiterada la jurisprudencia -por todas las sentencias de 17 de mayo de 1974 , 6 de mayo de 1983 y 3 de diciembre de 1984 determinante de que la tacha de testigos no produce su inhabilidad y no impide, aun concurriendo los motivos que para su tacha señala el art. 660 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que su testimonio sea valorado por el juzgador si tiene el convencimiento de su veracidad, veracidad que el recurrente no contradice eficazmente al no poner de manifiesto desviación alguna de los testimonios porque no alcanzan a serlo las causas que hayan servido de base a la tacha de los testigos que prestaron aquéllos -de ser así, tacha equivaldría a anulación de testimonio-, habiendo, por todo ello, de desestimarse el motivo de recurso".



Pues bien, el tribunal no considera que la declaración del testigo-perito Sr. Nemesio , no pueda ser tomada en consideración, aun cuando se reconoce el interés directo en el asunto. Pues se mantiene además en el recurso sobre la metodología empleada por uno y los otros peritos, desde el momento que se aduce que el testigo-perito propuesto por la actora que afirma no poder acceder al sistema de la página web litigiosa, examinándola "desde fuera" y dando su opinión por mera experiencia, imaginándose como funciona, mientras que los propuestos por la recurrente entraron en el sistema y lo analizaron "desde dentro" por lo que debe tomarse, a éstos los únicos para dictar sentencia, y considera que la juzgadora a quo se apartó de los criterios establecidos por la jurisprudencia a efectos de valoración de la prueba pericial respecto del funcionamiento de la página web roja directa, que de su resultado no puede concluirse de otro modo que los enlaces y los datos descriptivos de los mismos que configuran el contenido de la agenda deportiva es creado 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.

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.

El Sr. Nemesio afirma, lo que se admite en en la sentencia apelada, que nunca fue posible para ellos hacer una subida de enlaces por la vía anunciada en la página, pues el botón nunca funcionó cuando intentaron acceder a él, lo que también sucedió al propio perito de la parte demandada cuanto pretendió hacerlo en sede judicial en procedimiento que se sigue en el Juzgado de lo Mercantil número uno de A Coruña. Por lo tanto, concluye la juez a quo que en el propio portal de **rojadirecta** no hay medios tecnológicos para que terceros suban enlaces por lo que se infiere que se suben de forma interna por **rojadirecta**. Y por las razones que expone, que los que suben los contenidos no son ajenos a la página web roja directa.

Es cierto que los señores Pablo y Plácido pudieron entrar y analizar el sistema "desde dentro", dado que el administrador de la página les concedió los accesos puntuales necesarios para ello, y deducen que la página web no aloja contenido audiovisual alguno, únicamente tiene una agenda a modo de base de datos descriptivos de cada evento con enlaces a webs de terceros, que exclusivamente son los usuarios los que suben los referidos enlaces, y no el administrador del sitio, que se limita a recoger las contribuciones de los usuarios y los presenta a modo de índice en la página web **rojadirecta**, siendo ajena al contenido concreto que contribuye, actuando pues de forma neutral, como mero intermediario. Admitiendo, eso sí, que debido al gran volumen de enlaces aportados por los usuarios a todo tipo de eventos emitidos en abierto en ocasiones, saltándose las normas de uso del sitio, puede ocurrir como ocurre que envíen enlaces a quien está realizando una emisión no autorizada que infrinja derechos de terceros.

Pero es que no se niega de contrario la existencia de usuarios que suben los enlaces a la página web **rojadirecta**, lo que se pone en cuestión es que esos usuarios sean terceros o personas ajenas al control de la entidad demandada. Máxime cuando la mercantil demandada no ha querido aportar los datos de esos usuarios ajenos o alguna prueba de su existencia, concluyendo la sentencia apelada que lo es el mismo administrador del sitio o personas de su entorno, coordinadas o dirigidas por los gestores de la página web, cuando los sitios enlazados usan elementos distintivos de **rojadirecta** por razón del uso de un banner donde se hacen llamar así mismas oficial partner de **rojadirecta**, no existe un cauce propio en el portal de roja directa para que terceros lo hagan, que hay una inmediatez a la



colocación del enlace, y que hay una exacta concordancia entre los enlaces y los epígrafes que anuncian el contenido.

Por otra parte, se reconoce de contrario, que el sistema de registro de usuarios de la página **rojadirecta** no está siempre abierto y libre, dado que se afirma se abre por temporadas, lo que es una solución técnica habitual, afirman los peritos Pablo y Plácido, en sistemas que gestionan grandes cantidades de usuarios para poder actuar correctamente. El último de los referidos por razones de seguridad, por darle mayor valor a la cuenta o por tener demasiados usuarios que suben enlaces, que cuantifica en unos diez mil los registrados.

Pues bien, admitiendo la existencia de un control en la gestión de la página web, respecto a los suministradores de enlaces, que en ocasiones no introducen correctamente los datos de registro, por tanto como presentador e indexador de contenidos **rojadirecta** debe añadir el valor de normalizar y adecuar ese contenido para presentar el índice de los distintos eventos deportivos introducidos los enlaces por los usuarios.

Tal como afirma el perito Sr. Pablo 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. Pablo como el Sr. Plácido 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, no podemos dar valor decisivo a las periciales del Sr. Pablo y del Sr. Plácido, por el hecho de que hubiesen podido acceder al sistema, habiéndoselo proporcionado el administrador de la página web y de forma puntual, 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, cuando la imposibilidad de acceso en tal momento es incuestionable.

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, por razón de disponibilidad, 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 disponibilidad y facilidad probatoria del art. 217.7 Ley de Enjuiciamiento Civil, y no se da explicación coherente y suficiente acerca de esa decisión de impedir



esa trascendental información. 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.

En definitiva, consideramos correcta la conclusión de la sentencia apelada de 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.

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 audiovisuales ostenta la entidad actora. Por tanto, mantiene la página web **rojadirecta** no realiza ninguna comunicación pública de la emisión o radiofusión 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 radiofusión".

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 protegidas subidas a dicha página web sin autorización de los titulares de derechos, y 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 pagina 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 de fútbol, valiéndose a tal fin de señales de streaming, cuyos derechos de producción 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 pagina 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 que la orden de cesación de la conducta infractora contenida en el fallo de la sentencia vulnera las directivas europeas por inexistencia de obligación general de supervisión que es contraria al artículo 15.1 de la directiva, siendo además de imposible cumplimiento un control ex-ante revisando cada uno de los enlaces, partiendo de la base de ser un mero intermediario, sin control alguno de los contenidos de los enlaces subidos por los usuarios, lo que no se admite cuando se concluye que la entidad mercantil demandada tiene un papel activo, no una posición neutral, en el control de los referidos enlaces, infractores de los derechos audiovisuales de producción exclusiva de la parte actora.

Por otra parte, 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 tenga conocimiento para poder tomar medidas con la antelación suficiente para poder cumplir la consecuente orden de cesación por la conducta infractora de los derechos de la actora.

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 .- Por lo que se refiere al recurso formulado por la representación de don Cirilo , que alega falta de legitimación activa en cuanto que se dirige la acción como persona individual, cuando es el socio y administrador único de la entidad Puerto 80 Projects S.L.U., y viene condenado en la sentencia apelada como cooperador necesario, al considerar que existe una participación relevante del demandado en la infracción de derechos de la actora, una actuación directa en la producción de los hechos ilícitos, independiente de la que puede llevar a cabo como administrador-socio único de la sociedad.

Pues bien, partiendo que se rechaza en la sentencia apelada la aplicación al caso la teoría del levantamiento del velo, debemos estimar el motivo del recurso de apelación alegado y absolver al demandado como persona física independiente a su labor de administración y socio único en sociedad de responsabilidad limitada unipersonal.

La condena viene fundamentada en la actuación que se estima directa del Sr. Cirilo en la producción de los hechos ilícitos, independiente de la que puede llevar a cabo como administrador-socio único de la sociedad. Por cuanto como persona física independiente esta actuando junto con la sociedad Puerto 80 Projects S.L.U. de modo necesario y en colaboración imprescindible para la infracción de los derechos de los demandantes, al ser el titular registral de la marca española nº 2.938.949 "**ROJADIRECTA**" (mixta), utilizada en el propio sitio web de **rojadirecta** y en las páginas de enlace de esta, cuando no tiene ninguna licencia concedida a la mercantil Puerto 80 Projects S.L.U. Pero resulta también, la documental de la cesión de los derechos de explotación de la misma a favor de PUERTO 80 PROJECTS S.L.U. en documento privado de fecha 12 de Junio de 2012, por lo que la utilización de la marca de forma indebida por la entidad mercantil codemandada que la explota es la única que debe de responder.



Por cuanto el mero hecho de solicitar una marca en la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) el 9 de julio de 2010, siendo concedido su registro el 17 de enero de 2011, para distinguir servicios de la clase 38, en concreto "servicios de telecomunicaciones", no implica por sí, aun cuando pueda deducirse una actuación fraudulenta al actuar al amparo de una sociedad de capital unipersonal, siendo su socio y administrador único, que pueda considerarse, tal como mantiene en su recurso, una infracción de propiedad intelectual o un acto necesario de cooperación para con la misma, que se produciría igual con cualquier otra marca u otra denominación de la página web, y no puede mantenerse la condena por el mero hecho de no contar con licencia inscrita. Y a los efectos que nos interesan nada tiene que ver el hecho del registro del nombre de dominio **rojadirecta**.

El motivo se estima.

OCTAVO .- La estimación del recurso de apelación formulado por don Cirilo conlleva que no proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta alzada derivadas del mismo (art. 398 LEC). Por lo que se refiere a las de primera instancia, dadas las circunstancias concurrentes en el caso, ante las dudas de hecho existentes sobre la actuación y cooperación del mismo, consideramos que no procede hacer tampoco expreso pronunciamiento (art. 394 LEC).

NOVENO .-. La desestimación del recurso de apelación formulado por la representación de Puerto 80 Projects S.L.U. 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 estimación del recurso de apelación interpuesto por don Cirilo , y con desestimación del recurso de apelación formulado por la representación de Puerto 80 Projects S.L.U., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil num. Uno de A Coruña, revocamos la resolución recurrida en el único sentido de dejar sin efecto la condena del codemandado don Cirilo , al que absolvemos, sin hacer expreso pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en primera instancia derivadas del mismo, mantenemos el resto de sus pronunciamientos; todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada del recurso que se estima, y con expresa imposición de las costas causadas en segunda instancia a la parte apelante del recurso que se desestima.

Dese a los depósitos constituidos para recurrir su destino legal correspondiente.

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 concurren 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