

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2012
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Usos honrados. Alegato de la costumbre. Desestimación.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Barcelona Sección 15ª

FECHA: 3-5-2010

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo a través del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Id Cendoj: 08019370152010100008.
Actualización: 23-6-2012.

OTROS DATOS: Recurso 71/2009. Sentencia 118/2010.

SUMARIO:

“La sentencia apelada estimó las acciones declarativas, de cesación de la conducta infractora y de indemnización que con amparo en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) ejercitó GESTEVISIÓN TELECINCO S.A. (TELECINCO) contra GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA S.A. (LA SEXTA), por razón de la utilización no consentida en ciertos programas televisivos de LA SEXTA de imágenes o fragmentos de programas emitidos por TELECINCO y producidos por ella o de cuyos derechos de explotación es cesionaria en exclusiva. Por ello declaró que LA SEXTA ha infringido los derechos de propiedad intelectual de la demandante y condenó a la citada demandada a «que cese de inmediato en la actividad infractora, dejando de utilizar en sus programas imágenes producidas por TELECINCO o emitidas en programas de TELECINCO y de las que ésta es titular de todos los derechos», así como «al pago de la indemnización de daños y perjuicios que se determine en un posterior procedimiento declarativo» ...”.

[...]

“La demandada alegó, en resumen sistematizado: ... C) Existe una costumbre en el mercado audiovisual de utilizar imágenes de programas emitidos por otras cadenas sin el consentimiento de los respectivos operadores, así en los llamados programas magazines y de zapping, y TELECINCO también ha emitido programas de este tipo utilizando imágenes de otras cadenas televisivas, incluso de LA SEXTA, sin su autorización; se trata de una conducta seguida y consentida por los operadores del mercado audiovisual, y TELECINCO la ha practicado durante más de quince años”.

[...]

“... en orden a la alegada costumbre, que ahora se alega para secundar una determinada interpretación de los límites a los derechos de propiedad intelectual, no sería praeter legem ..., esto es, una costumbre que regula situaciones respecto de las cuales no existe ninguna disposición legal, ya que en este caso existe un conjunto normativo que regula el alcance de los derechos de exclusiva y sus límites”.

“Si el uso de fragmentos de programas ajenos sin el consentimiento del respectivo titular de los derechos de explotación es, como también se alega, una costumbre secundum legem, habría que advertir que:

“a) en cuanto costumbre que fija por vía interpretativa una determinada manera de entender la ley (son las costumbres secundum legem), no por ello deja de ser una fuente subsidiaria del ordenamiento jurídico a tenor del art. 1.3 del Código Civil, es decir, de ser admitida seguiría cumpliendo una función supletoria de la ley. Y en este sentido, el hecho de que una determinada manera de interpretar la ley venga favorecida por la costumbre no puede entenderse como vinculante para los tribunales, que en todo caso conservan su libertad para interpretar y aplicar las leyes con arreglo a los criterios hermenéuticos generales (así, la interpretación usual no aparece mencionada en el art. 3 del CC)”.

“b) Una costumbre que consista en la utilización de obras, grabaciones audiovisuales o emisiones protegidas que confieren a su titular un derecho de exclusiva, pese a la expresa oposición de éste, si no está amparada por los límites legales sería una costumbre contra legem, rechazada por el art. 1 CC (según el cual la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable) ...”.

“c) Si la costumbre consiste en el uso de secuencias de programas emitidos por otro operador audiovisual sin recabar previamente su consentimiento, esperando su autorización tácita o una situación de mera tolerancia, carece de trascendencia y no impide el eficaz ejercicio de las facultades de exclusiva para poner fin a la utilización no consentida”.

“La pauta interpretativa que debe tenerse en cuenta a la hora de definir la correcta aplicación de los límites a los derechos de propiedad intelectual tal como los configura la ley es la que proporcionan los artículos 9.2 del Convenio de Berna ¹, 13 del Acuerdo sobre los ADPIC ² y 5.5 de la Directiva 2001/29 / CE (de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información) ³, que recoge el art. 40 bis del TRLPI

¹ “Artículo 9. 1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma. 2) **Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor ...**” (nota y negrillas del compilador).

² “Artículo 13. Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos” (nota del compilador)

³ “Artículo 5.5. Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho” (nota del compilador).

al disponer que esos límites a las facultades de exclusiva «no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran».”

COMENTARIO: Como es una constante interpretativa en los países de la tradición latina o continental (a veces por mandato legal explícito), que los límites al derecho exclusivo del autor de explotar su obra por cualquier medio o procedimiento, como toda excepción, deben aplicarse en forma restrictiva, es improcedente alegar las costumbres en relación a limitaciones no previstas en la ley, porque constituyen usos “*contra legem*”, ya que los límites al referido derecho exclusivo deben ser objeto de previsión legal expresa. Es de hacer notar que cuando tanto la Directiva Europea 2001/29/CE, como la Ley española de Propiedad Intelectual, disponen en términos muy similares, que las limitaciones permitidas no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras, no están reconociendo una limitación más a las previstas expresamente en dichos textos (por ejemplo, para admitir como un límite adicional a los usos o las costumbres), sino que están sentando un principio interpretativo y restrictivo de los límites contemplados en la normativa correspondiente. Con razón, la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Perú (INDECOPI), ha resuelto que “... *para que una conducta esté considerada dentro de los supuestos de limitación o excepción al derecho de explotación de los derechos de autor o derechos conexos no basta que esté expresamente contemplada como tal en la legislación de la materia, sino que además no debe atentar contra la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los intereses del legítimo titular del derecho*”⁴. © **Ricardo Antequera Parilli, 2012.**

TEXTO COMPLETO:

En Barcelona a tres de mayo de dos mil diez.

Se han visto en grado de apelación ante la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario seguidos con el nº 467/2007 ante el Juzgado Mercantil nº 2 de Barcelona, a instancia de GESTEVISIÓN TELECINCO S.A., representada por el Procurador Antonio M. de Anzizu Furest y asistida del Letrado Alvaro Martínez Rivero, contra GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA S.A., representada por la Procuradora Carmen Ribas Buyo y bajo la dirección del Letrado Ramón Vigil Fernández, que penden ante esta Sala por virtud de sendos recursos de apelación interpuestos por la representación

procesal de la parte demandada y por la de la parte actora por vía de impugnación contra la sentencia dictada por dicho Juzgado el día 15 de septiembre de 2008.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente:*

"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Don Antonio de Anzizu Furest, Procurador de los Tribunales y de GESTEVISIÓN TELECINCO S.A. (TELECINCO), contra LA SEXTA S.A. (LA SEXTA), representada por la Procurador de los Tribunales Doña Carmen Ribas Buyo, debo acordar y acuerdo:

1º) Declarar que LA SEXTA ha infringido los derechos de propiedad intelectual de la demandante.

⁴ Resolución 371-2001/TPI-INDECOPI del 11-4-2001.

2º) Condenar a LA SEXTA a que cese de inmediato en la actividad infractora, dejando de utilizar en sus programas imágenes producidas por TELECINCO o emitidas en programas de TELECINCO y de las que ésta es titular de todos los derechos.

3º) Condenar a LA SEXTA al pago de la indemnización de daños y perjuicios que se determine en un posterior procedimiento declarativo.

4º) No hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales".

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la demandada GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA S.A., que fue admitido a trámite e interpuesto en tiempo y forma. La representación procesal de GESTEVISIÓN TELECINCO S.A. presentó escrito de oposición y de impugnación de la sentencia, siendo contestada la impugnación por la parte contraria.

TERCERO. Recibidos los autos originales, formado en la Sala el Rollo correspondiente y proveída la petición de aportación documental, se procedió al señalamiento de día para la deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 2 de diciembre.

Es ponente el Ilmo. Sr. LUIS GARRIDO ESPA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La sentencia apelada estimó las acciones declarativas, de cesación de la conducta infractora y de indemnización que con amparo en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) ejercitó GESTEVISIÓN TELECINCO S.A. (TELECINCO) contra GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA S.A. (LA SEXTA), por razón de la utilización no consentida en ciertos programas televisivos de LA SEXTA de imágenes o fragmentos de programas emitidos por TELECINCO y producidos por ella o de cuyos derechos de

explotación es cesionaria en exclusiva. Por ello declaró que LA SEXTA ha infringido los derechos de propiedad intelectual de la demandante y condenó a la citada demandada a "que cese de inmediato en la actividad infractora, dejando de utilizar en sus programas imágenes producidas por TELECINCO o emitidas en programas de TELECINCO y de las que ésta es titular de todos los derechos", así como "al pago de la indemnización de daños y perjuicios que se determine en un posterior procedimiento declarativo". La sentencia desestimó las acciones que, con base en esta misma conducta, se acumularon en la demanda (de forma simple, no alternativa ni subsidiaria) con sustento en la Ley de Competencia Desleal, dirigidas a obtener la misma tutela (declarativa, de cesación y de indemnización), por lo que la estimación de la demanda fue parcial y sin imposición de costas.

Apela con carácter principal la parte demandada, LA SEXTA, con base en los motivos que examinaremos una vez que dejemos constancia de los antecedentes fácticos y fundamentos de derecho que justifican las pretensiones de la actora, la defensa de la demandada y los argumentos de la sentencia.

Por su parte, TELECINCO apela la sentencia por vía de impugnación, pretendiendo la estimación de las acciones por competencia desleal.

SEGUNDO.

1) Fundamentos fácticos y jurídicos de las pretensiones ejercitadas por TELECINCO.

A) En la demanda, que fue presentada el 27 septiembre 2007, TELECINCO, invocando su condición de concesionaria del servicio público de televisión, productora de programas propios, cesionaria en exclusiva de los derechos de explotación de los programas que emite y en cuanto entidad de radiodifusión, alegaba que produce y emite programas como A TU LADO y, a través de la sociedad ATLAS S.A. (de la que es propietaria al 100 %), los programas

TNT y AQUÍ HAY TOMATE, y que ostenta en exclusiva los derechos de explotación de programas producidos por otras terceras entidades como DOLCE VITA (producido por Mandarina Producciones S.L.), EL BUSCADOR (Mandarina Producciones S.L.), EL PROGRAMA DE ANA ROSA (Cuarzo Producciones S.L.) y EL COMISARIO (BocaBoca Producciones S.L.).

Denunciaba que LA SEXTA, que comenzó a emitir en abierto, con ámbito nacional, el 27 de marzo de 2006, viene haciendo uso de forma continuada, sin su autorización, de secuencias de imágenes pertenecientes a programas emitidos por TELECINCO (fundamentalmente los citados, aunque no únicamente), vulnerando así los derechos de propiedad intelectual que, conforme al TRLPI, le corresponden como productora y titular de los derechos de explotación de las obras y grabaciones audiovisuales que emite, y como entidad de radiodifusión respecto de sus emisiones y transmisiones.

B) Exponía la demanda que esta utilización inconsentida de fragmentos de programas emitidos por TELECINCO es intensa, fundamentalmente, en el programa de LA SEXTA denominado SÉ LO QUE HICISTEIS, que llega a integrar hasta un 20 % de su duración total con contenidos de programas de TELECINCO como AQUÍ HAY TOMATE, EL PROGRAMA DE ANA ROSA, EL BUSCADOR, A TU LADO y otros. Se trata, SÉ LO QUE HICISTEIS, de un programa de entretenimiento (el de más éxito de LA SEXTA) en el que se reproducen y comunican públicamente, con comentarios críticos por parte de sus presentadores, imágenes de (entre otros) los citados programas de TELECINCO, previamente seleccionadas por un equipo que se dedica a visualizar con detalle lo que emiten las demás cadenas, con ánimo de ofrecer la actualidad "del mundo del corazón y los comentarios más destacados de los periodistas del mundo rosa", según explica la página web de LA SEXTA.

A título de ejemplo, se detalla en la página 8 de la demanda, el tiempo neto de imágenes de

programas de TELECINCO que se insertan en el citado programa SÉ LO QUE HICISTEIS en sus emisiones de los primeros días de septiembre de 2007, que alcanza en algunos casos el 20 % de la duración total del programa. En el "documento 3 agrupado" se incluye, junto con un DVD de imágenes utilizadas, un informe del departamento de marketing de TELECINCO en el que se consignan pormenorizadamente y con su respectiva duración, a modo de ejemplo, las incorporaciones de imágenes de los programas de TELECINCO por parte de LA SEXTA desde el 15 de diciembre de 2006 hasta el 27 de febrero de 2007, así como en abril y julio del mismo año, mostrando que son varios los programas de LA SEXTA que reproducen imágenes de TELECINCO: fundamentalmente SE LO QUE HICISTEIS, pero también EL INTERMEDIO, TRAFFIC TV, SEXTO SENTIDO y ANÓNIMOS.

El programa EL INTERMEDIO, a tenor de la página web de LA SEXTA, "no sólo narra lo ocurrido sino cómo lo han contado los demás medios de comunicación". Por su parte, según esa misma fuente (la web de LA SEXTA), TRAFFIC TV "no es sólo un programa de zapping, sino también una revista de televisión que informa de las noticias más interesantes que generan los diferentes medios" (este programa, sin embargo, dejó de emitirse a partir del 4 de junio de 2006, según afirma sin contradicción LA SEXTA).

La demanda se centra en la utilización inconsentida de contenidos propios de TELECINCO en los citados programas SÉ LO QUE HICISTEIS, EL INTERMEDIO y TRAFFIC TV, si bien, por razón de su carácter recurrente e intensidad, en mayor medida en el primero de ellos, que pasó a emitirse con periodicidad diaria, de lunes a viernes, en abril de 2007. En los programas restantes, SEXTO SENTIDO y ANÓNIMOS, se dice haber observado una utilización puntual (pág. 10 in fine de la demanda). No obstante, la pretensión de cese va referida en la súplica a los programas de TELECINCO identificados en el citado documento 3 de la demanda.

En ella se decía que dicho "documento 3 agrupado" incluía también un informe emitido por la empresa "SOFRES-TNS Audiencia de Medios" sobre las utilidades por parte de LA SEXTA de los contenidos de TELECINCO, pero este informe no obraba inicialmente en dicho documento 3, sino que fue aportado posteriormente y admitido en la audiencia previa (admisión que como veremos provoca uno de los motivos de apelación).

Se aportaban así mismo varios requerimientos extrajudiciales dirigidos a LA SEXTA, en abril y septiembre de 2007, a fin de que cesara en la utilización no consentida de imágenes de programas de TELECINCO, que la demandada no atendió, pues ha continuado difundiendo secuencias de imágenes de programas de la actora.

C) Por todo ello, TELECINCO ejercitaba acciones por infracción de los derechos de propiedad intelectual que le corresponden sobre los contenidos de los programas que emite y que le otorgan la facultad exclusiva de autorizar su reproducción y su comunicación pública, bien sean considerados tales programas como obras audiovisuales en el sentido del art. 86 en relación el 10.1.d del TRLPI (carácter que atribuye al programa EL COMISARIO), bien como grabaciones audiovisuales a que se refiere el art. 120.1 TRLPI, que dan lugar a los derechos conexos atribuidos al productor por los arts. 121 y siguientes (con respecto de los programas AQUÍ HAY TOMATE, A TU LADO, EL PROGRAMA DE ANA ROSA, DOLCE VITA y EL BUSCADOR), y ya sea por tener TELECINCO la consideración de autor y productor de los programas propios o bien, en otros casos, por ser cesionaria en exclusiva de los derechos de explotación de las grabaciones audiovisuales por cesión de las respectivas entidades productoras. Completaba la protección que hacía valer con la invocación del derecho conexo y las facultades de exclusiva que el art. 126 TRLPI le confiere en cuanto entidad de radiodifusión respecto de sus emisiones o transmisiones, que contienen tales programas, grabaciones audiovisuales o secuencias de imágenes.

D) Acumulaba además, como se ha dicho, acciones con fundamento en la Ley de Competencia Desleal, de forma no alternativa ni subsidiaria, para lograr idénticas condenas (de cese en la conducta e indemnización). Se decía en este sentido en la demanda (pág. 18) que "las conductas denunciadas son susceptibles de incardinarse en los ilícitos tipificados en ambas leyes", con referencia a la TRLPI y a la LCD.

En el ámbito de la LCD se calificaba la utilización incontestada por parte de LA SEXTA de los contenidos protegidos de TELECINCO (págs. 30 y 31, y súplica), de acuerdo con los siguientes preceptos:

a) actos de confusión del art. 6 LCD, "al emitir imágenes de TELECINCO, confundiendo LA SEXTA su actividad televisiva con la que viene desarrollando mi representada";

b) actos de imitación del art. 11 LCD, "al imitar LA SEXTA los programas de mayor éxito de mi mandante, emitiendo las imágenes de TELECINCO sin autorización, y que están amparadas por un derecho de exclusiva amparado por la LPI. Suponiendo, por otro lado, un aprovechamiento indebido de la reputación o del esfuerzo ajeno en la producción y emisión de programas de gran éxito de audiencia";

c) explotación de la reputación ajena conforme al art. 12 LCD : "en consonancia con lo anterior y de conformidad con las alegaciones anteriores, resulta evidente que LA SEXTA se aprovecha de la reputación de TELECINCO, líder indiscutible en el sector desde hace más de un año, beneficiándose de sus contenidos e imágenes para posicionarse en el mercado"; y

d) actos desleales por violación de normas, de conformidad con el art. 15 LCD, al haberse vulnerado la Ley de Propiedad Intelectual.

E) Pretendía TELECINCO una indemnización, de acuerdo con el art. 219.3 LEC, en la cuantía que resulte de la liquidación que se practique en un posterior juicio declarativo, de

conformidad con los criterios previstos en los arts. 138 y 140 TRLPI y arts. 18.5 y 18.6 LCD.

II) La defensa de LA SEXTA

La demandada alegó, en resumen sistematizado:

A) Que TELECINCO no acredita ser productora y/o titular de los derechos de explotación de los programas que emite aludidos en la demanda.

B) El derecho que podría invocar TELECINCO es el del productor sobre las grabaciones audiovisuales, pero no sobre obras audiovisuales, pues no tienen este carácter los programas aludidos emitidos por la actora.

C) Existe una costumbre en el mercado audiovisual de utilizar imágenes de programas emitidos por otras cadenas sin el consentimiento de los respectivos operadores, así en los llamados programas magazines y de zapping, y TELECINCO también ha emitido programas de este tipo utilizando imágenes de otras cadenas televisivas, incluso de LA SEXTA, sin su autorización; se trata de una conducta seguida y consentida por los operadores del mercado audiovisual, y TELECINCO la ha practicado durante más de quince años.

D) TELECINCO incurre en abuso de derecho al pretender impedir que los nuevos operadores del mercado audiovisual puedan competir en igualdad, y además va contra sus propios actos ya que también ha emitido desde su creación programas que incluyen imágenes de terceros operadores.

E) La conducta de LA SEXTA está amparada por los límites a los derechos de propiedad intelectual establecidos en los arts. 32, 33 y 35 TRLPI, cada uno de los cuales permite a LA SEXTA la libre utilización de la prestación ajena en sus propios programas.

F) Añadía, además, la incorrecta acumulación de acciones motivada por el ejercicio de la acción indemnizatoria con reserva de liquidación para un litigio posterior, por

entender que el art. 219.3 LEC excluye la acumulación de cualquier otra pretensión.

TERCERO.

La sentencia de primera instancia

La sentencia apelada, adecuadamente motivada, ofrece los siguientes razonamientos para decidir la controversia.

A) En cuanto a la legitimación activa, que la demandada cuestionó por no acreditarse con la demanda que TELECINCO era la productora de ciertos programas y la cesionaria de los derechos de explotación de otros, indica el Sr. Magistrado que "el sólo hecho de la emisión de los programas constituye un principio legitimador, que se ha visto completado con las certificaciones de CUARZO PRODUCCIONES S.L., PRODUCCIONES MANDARINA S.L., LA FÁBRICA DE LA TELE S.L. y la AGENCIA DE TELEVISIÓN LATINOAMERICANA DE SERVICIOS Y NOTICIAS ESPAÑA S.A. (ATLAS), que corroboran que todos los derechos de explotación de los programas corresponden a TELECINCO (folios 511 y siguientes)", añadiendo que la demandante produce directamente el programa A TU LADO (Fundamento 5º).

Sobre esta base, la sentencia reconoce a la demandante, como productora de grabaciones audiovisuales o como adquirente en exclusiva de los derechos de explotación, la facultad exclusiva de autorizar su reproducción y comunicación pública, tengan o no la consideración de obras audiovisuales en el sentido del artículo 86 (de acuerdo con el art. 120 TRLPI), concurriendo además en TELECINCO la condición de entidad de radiodifusión, por lo que goza del derecho exclusivo de autorizar la reproducción y comunicación pública de sus emisiones o transmisiones de conformidad con el art. 126 TRLPI (F. 6º).

B) Declara como hecho incontrovertido que LA SEXTA utiliza imágenes de TELECINCO en programas de entretenimiento o de actualidad como SÉ LO QUE HICISTEIS, EL

INTERMEDIO o TRAFFIC TV, y que lo hace sin la autorización o consentimiento de la demandante, por ampararse en una costumbre aceptada en el sector de los medios audiovisuales o en el ejercicio legítimo de los límites a los derechos de propiedad intelectual.

Constata la sentencia que el uso de imágenes de TELECINCO es especialmente intenso en el programa SÉ LO QUE HICISTEIS, según resulta de los informes aportados por la actora como documento 3, que analiza distintos períodos de tiempo entre el mes de diciembre de 2006 y julio de 2007, y documento 2 de los presentados con el escrito de 5 de marzo de 2008, que analiza los meses de agosto a diciembre de 2007. Según resulta de ambos informes y del visionado de los distintos DVDs que obran en autos –prosigue la sentencia-, en dicho programa y en breves extractos de entre 15" y 90" se llegan a emitir entre cinco y trece minutos de imágenes extraídas de distintos programas de TELECINCO. Las imágenes se alternan con comentarios y críticas en tono humorístico de los presentadores del programa. Las imágenes de TELECINCO con los comentarios llegan a representar, en ocasiones, hasta un 30% del total del programa; y si bien es cierto que también se utilizan imágenes de otros operadores, el tiempo de presencia de las de TELECINCO duplica las imágenes de la siguiente cadena (ANTENA 3). (F. 3º).

C) En orden a la alegada costumbre de utilización de imágenes de programas de otras cadenas televisivas, constata, valorando la prueba practicada, que en la práctica del mercado hay operadores que solicitan autorización previa o establecen acuerdos de reciprocidad con otras cadenas, así como otros operadores, como la demandada, que se limitan a reproducir imágenes ajenas sin el consentimiento de su titular, en breves extractos y citando su procedencia, y consta también que TELECINCO ha emitido imágenes de otras cadenas sin otro amparo que la mera tolerancia de éstas, y que en alguno de sus programas ha emitido imágenes de LA SEXTA sin su autorización. Pero lo relevante -concluye- no es tanto el uso generalizado de

imágenes ajenas, en programas de zapping o de otro tipo, con el consentimiento expreso o tácito del tenedor de los derechos, sino si es legítima la utilización cuando ha precedido la oposición expresa de éste. Y esta es la situación que se somete a enjuiciamiento dado que TELECINCO requirió formalmente a la demandada para que se abstuviera de utilizar sus imágenes (documentos seis y siete de la demanda), requerimiento que no ha sido atendido (F.4º y 5º).

En todo caso -dice sobre la alegada costumbre en el F. 6º- frente a disposiciones legales que reconocen derechos, no es posible invocar un uso social o una costumbre ampliamente aceptada en el sector audiovisual, como aduce la demandada, por la cual sería legítima la utilización, en determinadas condiciones, de imágenes ajenas. La costumbre, como fuente secundaria del ordenamiento español, "sólo regirá en defecto de ley aplicable" (artículo 1.2º del Código Civil). No son admisibles, por tanto, las llamadas costumbres contra legem o costumbres que establecen una norma jurídica contraria a lo dispuesto en la Ley. Pero es más, cabría aceptar, a lo sumo, que en los medios audiovisuales se ha implantado, de forma muy extendida, la utilización de imágenes de otras cadenas sin la autorización previa de éstas o por mera tolerancia, y no consta, por el contrario, que en el mercado se acepte, como norma de estricta observancia, el uso de imágenes contra la voluntad expresamente manifestada del productor.

D) Razona la sentencia (en el F. 7º) que la pretensión de TELECINCO no está impedida por la doctrina de los actos propios ni es apreciable abuso de derecho, ya que "las situaciones meramente toleradas no vinculan indefinidamente ni sirven como expresión de consentimiento, para mantener inalterada una determinada situación jurídica. Debe tenerse en cuenta, además, que los actos tolerados por la propia TELECINCO o por otros operadores pueden estar justificados en razones de conveniencia...; por ello, si las circunstancias cambian y amparándose en razones distintas, es legítimo poner término a la situación tolerada", y no aprecia la incoherencia de la

demandante con un comportamiento anterior ya que "TELECINCO ha podido utilizar imágenes ajenas sin el consentimiento previo del productor, pero no consta, en absoluto, que haya continuado emitiendo extractos de otros programas contra la voluntad expresa del titular de los derechos".

E) En cuanto al posible amparo de la conducta de LA SEXTA en los límites a los derechos de propiedad intelectual la motivación de la sentencia es, de igual manera, clara, exhaustiva y congruente.

(a) Considera en primer término que el uso de imágenes de TELE CINCO en los citados programas de LA SEXTA no queda cubierto por la libertad o derecho de cita que prevé el art. 32 TRLPI, ya que aquella utilización "no lo es con fines docentes o de investigación, sino con la finalidad de entretener y, en último término, con el ánimo de obtener un provecho comercial". (F.8º).

De otro lado, niega que la conducta pueda ampararse en el segundo párrafo del art. 32 (teniendo en cuenta el añadido introducido por la Ley 23/2006, de 7 de julio), que equipara a las citas "las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa", ya que: con interpretación restrictiva, no es posible asimilar la inclusión de fragmentos de imágenes con la recopilación de artículos periodísticos; y media además en este caso la oposición expresa del titular de los derechos.

(b) No concurre tampoco el límite previsto por el art. 33 TRLPI, relativo a "los trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social", pues los programas de los que se extraen los fragmentos concretos no son, en sí mismos considerados, "trabajos y artículos sobre temas de actualidad" aún cuando aborden acontecimientos del tiempo presente. Considera la sentencia que por "tema de actualidad" debe entenderse aquellos acontecimientos con gran relevancia o interés social que atraigan la atención de buena parte del público, so pena, en otro caso, de extender

una limitación, que tiene carácter excepcional, a la mayor parte de las grabaciones audiovisuales. Además (a tenor de la norma), la libre utilización de obras sobre temas de actualidad puede quedar enervada por la voluntad del titular siempre que "haga constar en origen la reserva de derechos", como acontece habitualmente. Y en cualquier caso, el productor, como expresa la norma, tiene derecho a percibir "la remuneración acordada o, en defecto de acuerdo, la que se estime equitativa", y en este supuesto la utilización de imágenes de TELE CINCO por LA SEXTA lo ha sido contra la voluntad de aquella y sin contraprestación alguna.

(c) Por último, no resulta aplicable a este supuesto el límite descrito en el art. 35 TRLPI, que contempla la utilización de la obra ajena con carácter meramente accidental, ya que en este caso "la imagen ajena es lo sustantivo y no se exhibe en el marco de una información de actualidad".

F) Rechazadas las defensas sustantivas, la sentencia acoge la condena de cese en la conducta (F.12º), y desestima "la pretensión de la demandante de examinar la misma cuestión desde la perspectiva de la Ley de Competencia Desleal", ya que esta Ley no cumple la función de duplicar la protección que otorgan las leyes que regulan los derechos de exclusiva sino que presta una protección complementaria para situaciones que no estén expresamente contempladas por dicha legislación especial o para conductas que no resulten totalmente incardinables en la correspondiente norma de propiedad intelectual.

G) Finalmente, el Sr. Magistrado estimó la pretensión de condena indemnizatoria señalando que la demandante tiene derecho a la misma de conformidad con los arts. 138 y 140 TRLPI, a liquidar, tal como se pretendía, en un litigio posterior, como permite el art. 219.3 LEC.

Y dado que no estimó las acciones por competencia desleal, que no se formularon con carácter alternativo, además de que "son muchas las dudas de derecho suscitadas", no

impuso las costas Hemos dejado amplia constancia de la fundamentación de la sentencia porque, dada su calidad jurídica y la corrección de sus argumentos, a ella nos remitiremos con frecuencia a lo largo de nuestro enjuiciamiento.

El recurso de apelación de LA SEXTA

CUARTO. *1) Alega en primer lugar LA SEXTA la incorrecta aplicación del art. 219.3 LEC, que en su decir determina, en este caso, una indebida acumulación de acciones, ya que dicho precepto no ampara el ejercicio acumulado de varios pronunciamientos de condena.*

A juicio de la apelante, dicho precepto [art. 219.3: "No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de cantidades"] establece un límite a la acumulación de acciones en los supuestos en los que el juicio verse sobre una reclamación con reserva de liquidación.

Según esta interpretación, que vendría avalada o determinada por el término "exclusivamente", si en la demanda se solicita la condena al pago de una cantidad o indemnización con reserva de liquidación en un juicio posterior, no cabe acumular otras pretensiones o acciones.

No compartimos esta interpretación sino la que sostuvo el Sr. Magistrado en sus autos de 22 de febrero de 2008 y en el siguiente de 27 de marzo (f. 478 y 684).

El apartado 3 de dicho precepto admite excepcionalmente que la liquidación de la condena dineraria quede reservada a un procedimiento posterior, de tal modo que, con esa reserva, es posible solicitar en la demanda la condena del demandado al pago de una indemnización o de una cantidad indeterminada (ya sea, como en este caso, en concepto de indemnización derivada de la infracción de derechos de exclusiva), con el

efecto propio de una tutela declarativa del derecho, que será el antecedente necesario del ulterior procedimiento que tendrá por objeto la determinación o liquidación de esa condena.

Pese al equívoco término "exclusivamente", no debe entenderse que la norma derogue o particularice el régimen general de la acumulación objetiva de acciones establecido por los arts. 71 y siguientes y en especial por el art. 73 LEC, pues no se adivina ninguna razón para afirmar o deducir que está en el designio del art. 219.3 LEC imponer una restricción a la acumulación a modo de excepción al régimen general.

Si atendemos a la situación procesal a que daría lugar la interpretación de la apelante, y a sus consecuencias prácticas, queda patente la falta de sentido lógico-procesal de la supuesta restricción a la acumulación objetiva de acciones, y de finalidad alguna digna de tutela, si tenemos en cuenta que:

a) la condena a indemnizar será siempre consecuencia de la declaración de un acto antijurídico o de la infracción de un derecho subjetivo, y esa declaración, como tutela declarativa (art. 5 LEC), es evidente que podrá o deberá ser acumulada a la pretensión indemnizatoria, pues constituye su presupuesto; de ahí que no tenga sentido sostener que el art. 219.3 LEC ha querido que la pretensión de condena a indemnizar con reserva de liquidación en un futuro litigio sea ejercitada con exclusión de cualesquiera otras pretensiones;

b) si no se admite la acumulación de otras pretensiones generadas precisamente por esa conducta antijurídica que daría lugar a la indemnización, como la de cese o de remoción de sus efectos (pretensiones propias y características de las acciones por infracción de derechos de exclusiva), implicaría la absurda consecuencia de que deba decidirse en un proceso la acción declarativa de la infracción y la de indemnización (con reserva de liquidación en un futuro litigio), y en otro distinto o separado, por imposibilidad de acumulación de acciones, la de cesación,

remoción y otras derivadas del mismo acto, incluso con amparo en leyes diferentes, con lo que se dividiría la continencia de la causa y posibilitaría la eventualidad de sentencias contradictorias, si es que no se permite la ulterior acumulación de procesos conforme a los arts. 74 y siguientes.

Si se sigue la tesis del apelante tampoco podría admitirse la acumulación de estos procesos (conforme al art. 74 LEC), ya que si es permitida quedaría sin efecto la supuesta prohibición de acumulación de acciones que se quiere ver en el art. 219.3 LEC, con lo que este precepto también derogaría el régimen general de acumulación de autos o procesos. En otro caso, si se permite la acumulación de procesos, resalta de nuevo la falta de justificación de la supuesta prohibición de acumulación de acciones que contendría el art. 219.3 LEC.

En definitiva, la única interpretación admisible del art. 219.3 LEC es que permite al demandante pedir que se condene al demandado al pago de una cantidad de dinero o indemnización, exclusivamente, en el sentido de que la condena no ha de cuantificar su importe (la norma parte de que esto no se pretende) ni fijar las bases para su liquidación en ejecución de sentencia (que tampoco se habría interesado por el demandante), sino con meros efectos de tutela declarativa, reservándose su determinación o liquidación a un juicio posterior. Mas no significa que dicha pretensión deba ser ejercitada exclusivamente en el sentido de excluir la acumulación de otras pretensiones. De la acumulación objetiva de acciones se ocupan, en fin los arts. 71 y siguientes, no el 219.3 LEC.

II) En este apartado alega también LA SEXTA que el pronunciamiento de la sentencia relativo a la indemnización vulnera el art. 24 CE causándole indefensión, porque en este primer procedimiento, meramente declarativo, deben quedar acreditados los daños y perjuicios causados, de modo que en el segundo pueda discutirse su cuantía, pero no ya su realidad, que debe ser declarada en el primer procedimiento. Se dice que este argumento

impugnatorio será tratado en un capítulo posterior del recurso, y lo reencontramos en el motivo IV (págs. 43-44), en el que finalmente se denuncia la falta de motivación de la sentencia por no haber analizado caso por caso (imagen por imagen, de las utilizadas en cada uno de los programas de LA SEXTA) para determinar si vulneran los derechos de propiedad intelectual de TELECINCO, señalando (en lo que ahora importa) que la sentencia debería haber manifestado qué imágenes en concreto considera que vulneran los derechos de TELECINCO y los correspondientes motivos, sin poder hacer una declaración genérica, porque sólo así es posible cuantificar unos hipotéticos daños.

Sobre el deseado análisis imagen por imagen ya nos pronunciaremos al abordar el motivo IV del recurso. Lo que ahora interesa advertir, para dar respuesta a este aspecto de la impugnación referida a la condena indemnizatoria establecida al amparo del art. 219.3 LEC es que:

a) El juez mercantil condenó a la demandada al pago de la indemnización de daños y perjuicios "que se determine" en un posterior procedimiento declarativo, pronunciamiento que debe conectarse con el fundamento que lo justifica, ubicado en el apartado decimo-tercero de la sentencia, que especifica sus términos y consiguiente alcance al expresar que la titular de los derechos de propiedad intelectual infringidos tiene derecho a ser indemnizada por así reconocerlo los arts. 138 y 140 TRLPI, y que la condena que permite el art. 219.3 LEC se asemeja a una pretensión meramente declarativa que actuaría como presupuesto lógico de un procedimiento posterior.

b) Este pronunciamiento de condena no pasa de ser un reconocimiento genérico del derecho de la actora a percibir una indemnización por haber padecido una invasión en su ámbito de exclusiva.

El juez mercantil no tenía ningún dato para sustentar la efectiva causación de daños y perjuicios, porque sobre el contenido de esta condena nada se alegó en la demanda, y la

parte demandada no negó la efectiva causación de daños y perjuicios por la conducta que ha sido declarada ilícita (nada alegó, en general, sobre la pretensión de indemnización), por lo que ningún aspecto relativo a la misma necesitó una prueba en este procedimiento. Por ello el Sr. Magistrado, entendiendo que la pretensión indemnizatoria, tal como fue configurada en la demanda, tenía amparo en el art. 219.3 LEC, sin juzgar sobre la efectiva causación de un daño o de un lucro cesante, se limitó a declarar que la actora tenía derecho a reclamar una indemnización por tales conceptos en un juicio posterior, y en coherencia condenó al pago de la indemnización "que se determine" en ese posterior procedimiento.

c) En el posterior procedimiento podrán discutirse cuáles sean los daños y perjuicios efectivamente causados al titular de las prestaciones protegidas, dependiendo de cuáles sean los daños y perjuicios o conceptos y partidas que en tal sentido se aleguen, los cuales podrán estimarse acreditados o no. La sentencia, reiteramos, reconoce el derecho genérico a percibir tales daños y perjuicios, pero será en ese ulterior juicio donde puedan alegarse y probarse, y el juez determinará si los daños y perjuicios alegados existen realmente y son consecuencia, con adecuada relación de causalidad, de la conducta que se ha estimado infractora.

d) El pronunciamiento de la sentencia, en fin, es congruente con los términos del debate en la primera instancia, y no desborda una lectura respetuosa del art. 219.3 LEC, que permite al demandante solicitar, y al tribunal acordar en la sentencia, la condena del demandado al pago de una indemnización sin cuantificar y con el efecto propio de una tutela declarativa del derecho, por lo que entra en su lógica que sea el juicio posterior la sede adecuada para determinar qué daños o perjuicios se han causado por consecuencia de la conducta infractora de los derechos de propiedad intelectual.

QUINTO. I) En el segundo motivo de apelación la parte demandada denuncia la indebida

admisión de ciertos documentos que fueron aportados por la parte demandante con posterioridad a la demanda, con vulneración del régimen procesal de aportación documental, lo que le ha causado efectiva indefensión, solicitando, finalmente, que tales documentos no se tengan por aportados, es decir, que no sean tenidos en consideración en el litigio.

Se trata del documento 2 y parte del "documento 3 agrupado", que, contrariamente a lo que se decía en la demanda, no se aportaron inicialmente. Tales documentos, mencionados en la demanda, fueron aportados por la actora, subsanando así su error inicial, cuando faltaban pocos días para que expirara el plazo para contestar a la demanda, y fueron admitidos en la audiencia previa. En el decir de la demandada se trata de documentos esenciales en los que se funda la pretensión, por lo que no debieron ser admitidos.

El documento 2 se integra por dos documentos: uno recoge la declaración de un representante de TELECINCO que "certifica" que el programa A TU LADO es producido por dicha entidad, y otro la declaración del representante de la sociedad ATLAS ESPAÑA S.A. que "certifica" que esta entidad, filial al 100 % de TELECINCO, produce los programas AQUÍ HAY TOMATE y TNT.

La parte del "documento 3 agrupado" que se aportó con posterioridad a la demanda y pendiente el plazo para contestar es un informe de la entidad Corporación Multimedia que lleva por título "Análisis del programa SÉ LO QUE HICISTEIS", en el que se detallan y comentan las características y formato del citado programa, su evolución y el tiempo que ocupan en él las imágenes de programas de TELECINCO en el período examinado, julio/septiembre de 2007.

II) Lo que no indica el recurso es la incidencia de tales documentos en el orden probatorio, esto es, la influencia que han tenido en la conformación de los hechos que se han estimado probados por la sentencia, ni siquiera qué concretos hechos, cuya acreditación se

pretendía con tales documentos, han de tenerse por no probados si se prescinde de estos medios probatorios. Y esta carencia alegatoria, de por sí, evidencia la intrascendencia de este motivo de impugnación.

Lo cierto es que si prescindimos de esos documentos, tal como se pretende, el sustento fáctico que justifica la pretensión ejercitada, queda incólume, porque de todos modos lo que tales documentos pretendían probar queda probado por otros medios de prueba, cuando no por la ausencia de controversia.

III) Con relación al documento 2, basta con constatar que la demandada no ha negado que TELECINCO o su filial ATLAS sean las productoras de los programas a que aluden tales documentos. Pero es que la legitimación ad causam de TELECINCO para el ejercicio de las facultades de exclusiva que le confiere el TRLPI y que ejercita en la demanda, con relación a los programas que emite, queda fuera de duda, pues debe reconocérsele bien como productora y/o cesionaria en exclusiva de los derechos de explotación de las grabaciones audiovisuales que emite o transmite (sean o no obras audiovisuales en el sentido del art. 86 TRLPI), o bien, y en todo caso, como entidad de radiodifusión titular del derecho conexo que configura el art. 126 del TRLPI, respecto de sus emisiones o transmisiones, efectivamente producidas, que contienen tales grabaciones audiovisuales.

En los primeros casos, como productora o cesionaria de grabaciones audiovisuales, la legitimación resulta, como dice la sentencia apelada (véase nuestro Fundamento Tercero. A), de la presunción, a todas luces lógica, que deriva de la emisión o transmisión de esos programas televisivos. Además, respecto de los producidos por terceras entidades, la cesión de los derechos de explotación en exclusiva ha quedado acreditada mediante las correspondientes informaciones o "certificaciones" firmadas por las entidades productoras que fueron aportadas en fase de prueba, como medio probatorio admitido (f. 511 y ss., documentos ya conocidos por la parte

demandada, pues fueron aportados en el proceso de medidas cautelares). Y en cualquier caso, como se ha dicho, en cuanto entidad de radiodifusión respecto de la fijación de sus emisiones o transmisiones (por ondas, vía satélite o por cable) en cualquier soporte sonoro o visual, y de su reproducción, retransmisión o comunicación pública.

IV) Si se prescinde de la parte del documento 3 aportada con posterioridad a la presentación de la demanda, consistente en el indicado informe de Corporación Multimedia que lleva por título "Análisis del programa SÉ LO QUE HICISTEIS", no por ello deviene carente de prueba el hecho de la intensa inserción en dicho programa de LA SEXTA de secuencias de imágenes de programas emitidos por TELECINCO.

La prueba de la utilización de esas imágenes, y de su carácter recurrente e intenso en el citado programa SÉ LO QUE HICISTEIS, así como la utilización en otros programas de LA SEXTA, resulta del informe del departamento de marketing de TELECINCO que efectivamente se aportó con la demanda como documento nº 3, que analiza distintos períodos de tiempo entre el mes de diciembre de 2006 y julio de 2007, y del documento 2 de los presentados con el escrito de 5 de marzo de 2008 (f. 516 y ss., admitido como medio de prueba), que analiza la utilización de imágenes de TELECINCO en dicho programa de LA SEXTA en los meses de agosto a diciembre de 2007. Pero es que la demandada no negó en su contestación el uso de imágenes de programas de TELECINCO ni su inserción en el citado programa SÉ LO QUE HICISTEIS (tampoco en los otros programas citados), ni impugnó concretamente el detalle de imágenes utilizadas y la respectiva duración que muestra el informe del departamento de marketing de TELECINCO (documento 3 aportado con la demanda). Es cierto que alegó que el porcentaje detallado por la actora incluía los comentarios de los presentadores, pero no aportó ningún dictamen encaminado a desvirtuar las afirmaciones de la demanda relativas a la efectiva utilización de imágenes de TELECINCO en los programas a que se

refiere el documento 3, ni su duración descontando los comentarios críticos de los presentadores. Por ello la sentencia apelada declaró que "es un hecho no controvertido que LA SEXTA, en programas de entretenimiento o de actualidad como SÉ LO QUE HICISTEIS, EL INTERMEDIO o TRAFFIC TV, utiliza imágenes de programas de TELECINCO, y consta igualmente que lo hace sin el consentimiento o la autorización de la demandante...", y seguidamente advirtió que el uso de imágenes de TELECINCO es especialmente intenso en el programa SÉ LO QUE HICISTEIS, según resulta de los informes aportados por la actora como documento 3 de la demanda (el citado informe del departamento de marketing), documento 2 de los presentados con el escrito de 5 de marzo de 2008 y los DVDs obrantes en autos, sin mencionar siquiera el informe integrante del documento 3 que fue aportado con posterioridad a la demanda. Indica así mismo la sentencia (véase nuestro anterior Fundamento tercero apartado B) que según resulta de ambos informes y del visionado de los distintos DVDs que obran en autos (prueba directa), en dicho programa y en breves extractos de entre 15" y 90" se llegan a emitir entre cinco y trece minutos de imágenes extraídas de distintos programas de TELECINCO; que estas imágenes junto con los comentarios críticos de los presentadores llegan a representar, en ocasiones, hasta un 30% del total del programa; y que si bien es cierto que también se utilizan imágenes de otros operadores, el tiempo de presencia de las secuencias de TELECINCO duplica las imágenes de la siguiente cadena (ANTENA 3).

Y en el recurso no se impugnan tales hechos que se han establecido como incontrovertidos o probados, de modo que no vemos la utilidad de la alegación de este motivo de oposición, referido a los documentos nº 2 y a la parte del documento 3 que se decían aportados con la demanda y no lo fueron, porque, ya se ha dicho, si se prescinde de ellos, el resultado probatorio es el mismo.

SIXTO. Se alega en el recurso seguidamente la incongruencia de la sentencia por razón de

un desajuste entre el primer pronunciamiento del fallo y el primer petitum de la demanda. En la demanda se solicitaba la declaración de que "LA SEXTA ha vulnerado los derechos de propiedad intelectual que corresponden a TELECINCO sobre sus producciones propias y sobre los programas sobre los que ostenta derechos exclusivos de explotación; identificados en el documento 3 agrupado del escrito de demanda", y el fallo, en el apartado primero, declara que "LA SEXTA ha infringido los derechos de propiedad intelectual de la demandante", sin referencia a ese "documento 3 agrupado". De ahí deriva la demandada que el contenido del fallo no se adecúa a lo solicitado por la parte actora.

El alegado defecto es de todo punto irrelevante y no trasciende a la congruencia en los términos que expresa el art. 218.1 LEC. Aunque el fallo, en este primer pronunciamiento, no identifique los programas sobre los que TELECINCO ostenta los derechos de explotación que LA SEXTA ha vulnerado, es evidente que se refiere a los programas o grabaciones audiovisuales que se identifican en la demanda, y que la súplica refiere a los que se expresan en el documento 3.

SÉPTIMO. I) Más infundado es el siguiente motivo, en el que se alega la falta de motivación de la sentencia. Dice el recurso que la sentencia "se caracteriza por su ausencia de argumentación al tirar por tierra los límites existentes en materia de propiedad intelectual".

No gastaremos argumentos para rechazar esta incierta y arbitraria alegación. Ya hemos dejado constancia de los fundamentos jurídicos que, con adecuada claridad y precisión, ofrece el Sr. Magistrado para justificar que la conducta de LA SEXTA no puede quedar amparada por los límites invocados (los previstos en los arts. 32, 33 y 35 TRLPI). La parte apelante no estará de acuerdo con estas razones, pero no puede decir que la sentencia no está motivada.

II) La siguiente alegación es más sorprendente: dice el recurso en este apartado que la conducta de LA SEXTA debe analizarse caso

por caso para afirmar que no se encuentra amparada por dichos límites, y que no cabe afirmar que todo infringe los derechos de TELECINCO; que no basta con realizar una afirmación genérica de que todas las imágenes vulneran los derechos de la actora sino que hay que particularizar y enumerar cuáles de esas imágenes concretas infringen la ley y qué precepto contravienen; que la sentencia debería haber manifestado qué imágenes en concreto considera que vulneran los derechos de TELECINCO y los correspondientes motivos, sin poder hacer una valoración genérica, porque sólo así es posible cuantificar unos hipotéticos daños (sobre esto último nos remitimos al apartado II del Fundamento cuarto).

Por lo que parece, la apelante echa en falta un análisis individualizado de cada una de las imágenes de programas emitidos por TELECINCO que se han incluido en los programas de LA SEXTA a que se refiere la demanda y la correspondiente evaluación individualizada de cada una de ellas en orden a determinar si vulneran algún derecho o si están amparadas por alguno de los límites invocados.

Este ejercicio, sin embargo, no lo realizó la demandada-apelante en la contestación, ni lo ha efectuado en su recurso, lo que sugiere que, en realidad, no lo estima necesario para la decisión de la controversia. Carece de sentido, por ello, que la demandada censure la sentencia por no haberse detenido a detallar todas y cada una de las imágenes utilizadas y a referir sobre ellas el juicio de licitud, ejercicio, por lo demás, inútil, y en buena medida imposible al no haberse aportado (tampoco lo hizo la demandada) todas y cada una de las imágenes de programas de TELECINCO utilizadas en los programas de LA SEXTA desde que comenzó su respectiva emisión. Realmente, esto no era necesario, bastaba una recopilación aleatoria, a título ejemplificativo, como se ha hecho. Es suficiente con constatar, y de ello deja constancia la sentencia, el uso masivo e indiscriminado de imágenes de programas emitidos por TELECINCO por parte de LA SEXTA en los programas que se identifican en la demanda para, seguidamente,

enjuiciar si, atendidas las circunstancias de esa utilización, se infringen los derechos de explotación que la ley confiere a TELECINCO en cuanto entidad de radiodifusión, productora y titular de los derechos de explotación de las grabaciones audiovisuales que emite; juicio que, efectivamente, puede realizarse sin un análisis pormenorizado de cada imagen utilizada, porque se conoce (y no se discute) la naturaleza y el contenido de las imágenes utilizadas (véase, entre otros, el informe del departamento de marketing de TELECINCO aportado como documento 3) y la de los programas en los que se insertan. Y así lo viene a reconocer la propia demandada, que no efectúa ese análisis individualizado.

OCTAVO. I) En el motivo V del recurso la demandada aborda la principal defensa de fondo que puede oponer para legitimar el uso de las imágenes de programas ajenos protegidos de una u otra manera por el TRLPI, concretamente el posible encaje de la conducta en los límites a los derechos de propiedad intelectual establecidos por los arts. 32 (relativo a la cita y reseñas o revistas de prensa) y 33 (la difusión de trabajos y artículos sobre temas de actualidad). No se menciona ya en el recurso el límite descrito por el art. 35 TRLPI. La argumentación desarrollada en este capítulo del recurso debe completarse, y analizarse conjuntamente, con la contenida en los motivos VI y VII, relativos a la costumbre en el mercado y a los actos propios de TELECINCO.

II) Síntesis de los fundamentos impugnatorios, que se centran en el programa SÉ LO QUE HICISTEIS

A) Insiste la apelante, en primer término, en que la inserción de fragmentos de programas emitidos por TELECINCO en los programas citados de LA SEXTA, sin necesidad del consentimiento de aquélla, está amparada por la libertad de cita de acuerdo con el primer párrafo del art. 32 TRLPI.

La fundamentación de la parte apelante, para acomodar su actuación a los contornos de este límite legal, y de los restantes que invoca, se centra en el programa SÉ LO QUE HICISTEIS.

Este programa, precisa el recurso, ofrece al espectador "bajo un tono amable pero a la vez sarcástico, una dura crítica de los contenidos de los que se nutren los programas del corazón, para que pueda extraer sus propias conclusiones sobre la calidad y pertinencia de los mismos en nuestras pantallas de televisión" (pág. 49 del recurso). En SÉ LO QUE HICISTEIS (prosigue en la pág. 50) "se critica la forma de periodismo sensacionalista del corazón que defienden determinados programas de televisión (como por ejemplo el programa AQUÍ HAY TOMATE, de TELECINCO) donde se alcanzan y transmiten conclusiones sobre los personajes públicos sin sustento alguno, o bien se dan noticias que carecen de veracidad, o bien se va persiguiendo a los famosos para que acaben reaccionando de forma violenta frente a las cámaras de televisión".

En la contestación a la demanda (pág. 12) LA SEXTA ya decía que dicho programa, "basado en un humor ácido hacia el mundo del corazón, no solamente recopila las anécdotas más curiosas de los distintos medios sobre el corazón, sino que después las mismas son comentadas por los presentadores...; existe un plus, que es la crítica en clave de humor que los presentadores realizan".

En el mismo sentido, acerca del formato, naturaleza y contenido del citado programa, la actora, en la demanda, transcribía pasajes de la página web de LA SEXTA, en la que se dice que el equipo del programa SÉ LO QUE HICISTEIS realiza una búsqueda de "las citas más polémicas, los errores más llamativos, las imágenes más comentadas del mundo del corazón y los comentarios más destacados de los periodistas del mundo rosa..., manteniendo un tono desenfadado, lleno de ironía y buen humor"; es "un innovador formato que recoge una visión desenfadada de la información y de su tratamiento en los medios de comunicación...".

El programa SÉ LO QUE HICISTEIS, en un inicio de periodicidad semanal, pasó a emitirse diariamente, de lunes a viernes, desde el 9 de abril de 2007, compitiendo en la misma franja

horaria con el programa de TELECINCO AQUÍ HAY TOMATE, y ha llegado a ser el de más éxito de la cadena.

A estos efectos denunciaba la demanda de TELECINCO que este programa de LA SEXTA (y los otros citados en la demanda) emite y utiliza infinidad de imágenes de programas emitidos por TELECINCO, como AQUÍ HAY TOMATE, EL PROGRAMA DE ANA ROSA, EL BUSCADOR, A TU LADO, etc.

B) Teniendo en cuenta tal formato y contenido de este programa, alega LA SEXTA en su recurso que se cumplen los requisitos establecidos por el párrafo primero del art. 32 TRLPI para amparar la libertad de cita, en particular:

- La inclusión de las secuencias de los programas de TELECINCO se hace a los efectos de ilustrar el discurso y efectuar una crítica de ellos.

- Debe admitirse una interpretación amplia del requisito de los "fines docentes o de investigación" incluyendo en el ámbito de la libertad de cita las realizadas con fines educativos, culturales, investigadores e informativos, teniendo en cuenta que el art. 10.1 del Convenio de Berna no restringe las finalidades a que puede responder una cita, exigiendo únicamente que se haga "conforme a los usos honrados", lo cual ha de llevar al examen de las costumbres existentes en el mercado audiovisual.

- LA SEXTA, cuando utiliza imágenes ajenas, identifica claramente la procedencia de los fragmentos indicando el programa y la cadena de televisión de procedencia.

C) El uso de las imágenes de TELECINCO también está amparado por el segundo párrafo del art. 32 TRLPI, con el inciso añadido por la Ley 23/2006 de 7 de julio, debiendo equipararse la inclusión de fragmentos de imágenes en programas televisivos a la recopilación de artículos periodísticos. Y no es admisible la oposición de TELECINCO, ya que la norma, en este párrafo segundo, alude a la

oposición del "autor", cualidad que no concurre en la actora (porque no es "autora", sino en su caso "productora").

D) Concurre igualmente el límite descrito por el art. 33.1 del TRLPI, que permite la reproducción y difusión de los "trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social", debiendo integrarse dentro de la noción de "temas de actualidad" los programas del corazón, que gozan de unos índices de audiencia elevadísimos. Destaca aquí que TELECINCO no ha acreditado que haya hecho constar en origen una reserva de derechos. Este límite concurriría en los programas SÉ LO QUE HICISTEIS y EL INTERMEDIO.

E) Para determinar el carácter leal y la conformidad de la utilización de las obras ajenas a los usos honrados debe acudir a los usos imperantes en el sector audiovisual, y en este caso ha quedado acreditado, y es un hecho notorio, que las distintas cadenas han venido utilizando breves extractos de imágenes de las competidoras sin su autorización, conformando así una costumbre secundum legem (el recurso dice en varias ocasiones praeter legem) que avala una conducta amparada por los límites de los derechos de propiedad intelectual; se trata de un uso en el sector audiovisual que viene a interpretar los límites de la LPI; y LA SEXTA ha adaptado su proceder a dicho uso del comercio; lo que no existe es una costumbre a oponerse al uso de breves extractos de imágenes, y salvo TELECINCO, nadie lo ha hecho.

F) TELECINCO va contra sus propios actos al pretender que se declare ilícita una forma de proceder que ella misma ha aplicado sistemáticamente desde su creación, pues desde entonces ha venido utilizando imágenes de terceros y consintiendo que esos terceros usasen sus propias imágenes en programas magazines o de zapping, y sorpresivamente pretende ahora alterar esa situación, que "debería imperar en el mercado".

NOVENO. I) Indica la apelante en un apartado de conclusiones (pág. 79 del recurso) que "no

estamos en presencia de actos meramente tolerados por TELECINCO que dicha cadena puede dejar de tolerar; estamos en presencia de actos de ejercicio de un derecho (el de cita y temas de actualidad) que TELECINCO no puede precluir en modo alguno".

Creemos que, en efecto, y al margen de lo que la parte demandada considere que debe imperar en el mercado audiovisual, se trata de determinar si, en este caso, la utilización por LA SEXTA, en los citados programas magazines o en los que sean una modalidad de los de zapping, de fragmentos de programas emitidos por la cadena demandante, están amparados o no por los límites de los derechos de propiedad intelectual (aplicables a los derechos afines o conexos, en los términos que expresa el art. 132 TRLPI), cuya titularidad, originaria o derivativa, ostenta TELECINCO (sentada ya su legitimación activa para el ejercicio de las facultades de exclusión) de conformidad con los preceptos citados del TRLPI (arts. 32 y 33.1). Y este enjuiciamiento no queda influido de manera relevante por la doctrina jurisprudencial de los actos propios ni por la alegada costumbre secundum legem, traducida en la práctica más o menos generalizada en el sector audiovisual de utilizar fragmentos de programas de otras cadenas para, en mayor o menor medida, construir los propios.

El hecho de que TELECINCO, como indica la sentencia apelada, haya insertado en programas magazine o de zapping, por ella emitidos, imágenes de programas de otras cadenas, y en ciertos casos tolerado el uso por terceros de imágenes de programas propios, contribuyendo así a ese uso o práctica en el sector audiovisual, no constituye un "acto propio" que crea un estado jurídico y consolida una situación (la libertad de uso por terceros de imágenes de sus programas) que pasa a ser inalterable. Los actos propios que no cabe contravenir, como indica la sentencia apelada con cita de doctrina jurisprudencial (SSTS de 17 de julio de 2008 y 15 de junio de 2007), son aquellos que por su trascendencia o por constituir convención causan estado y definen de forma que luego no podrá ser alterada la

situación jurídica afectante a su autor, y esto no puede predicarse de la conducta que se imputa a TELECINCO, por haber hecho uso de imágenes ajenas o por tolerar, en algunos casos, que se usen las propias.

La utilización de secuencias ajenas en los programas propios, como indica la sentencia, puede tener amparo, al margen de que lo tenga en los límites legales, en un consentimiento expreso o tácito del titular de los derechos, en acuerdos de reciprocidad o en la mera tolerancia. En este sentido, el titular de los derechos de propiedad intelectual no está obligado en todo caso a oponerse a la utilización por otros terceros de las obras, grabaciones o emisiones protegidas, sino que puede observar una postura de mera tolerancia sin que ello le impida el ulterior ejercicio de las acciones procedentes por considerar que, llegado un momento, ese uso ha traspasado los límites permitidos, deja de proporcionar ventajas o, en general, sobrevienen circunstancias que motivan su voluntad de poner fin a la tolerancia, en atención, entre otros aspectos, a la evolución del uso de las imágenes por el operador competidor; así, por ejemplo, al comprobar la creciente intensidad del uso de imágenes de programas propios y el nivel de aceptación entre el público de los programas que las utilizan, por entender que tales circunstancias pueden perjudicar la normal explotación de las obras protegidas o los legítimos intereses del titular.

Cuestión distinta, aunque vinculada, es la situación de retraso desleal en el ejercicio del derecho, pero esta situación ni se ha alegado ni es apreciable en la presente controversia.

Ese uso de imágenes ajenas, del mismo modo que no pone a cubierto a TELECINCO de las acciones que puedan ejercitar los titulares afectados, no le impide ejercitarlas frente a los demás operadores que utilizan las suyas, cuando en uno y otro caso ese uso no quede amparado por los límites legales. De aceptar lo contrario se introduciría en la Ley un nuevo límite: la recíproca infracción de los derechos de propiedad intelectual por parte de los operadores del sector, que neutralizaría las

acciones de infracción que pudieran ejercitar los respectivos operadores.

En cualquier caso, como advierte la sentencia apelada, lo que no consta es que la actora haya contribuido con sus propios actos a generalizar la práctica de utilizar imágenes ajenas pese a la expresa oposición del titular de los derechos.

II) De otro lado, en orden a la alegada costumbre, que ahora se alega para secundar una determinada interpretación de los límites a los derechos de propiedad intelectual, no sería praeter legem (a la que en ocasiones alude el recurso), esto es, una costumbre que regula situaciones respecto de las cuales no existe ninguna disposición legal, ya que en este caso existe un conjunto normativo que regula el alcance de los derechos de exclusiva y sus límites.

Si el uso de fragmentos de programas ajenos sin el consentimiento del respectivo titular de los derechos de explotación es, como también se alega, una costumbre secundum legem, habría que advertir que:

a) en cuanto costumbre que fija por vía interpretativa una determinada manera de entender la ley (son las costumbres secundum legem), no por ello deja de ser una fuente subsidiaria del ordenamiento jurídico a tenor del art. 1.3 del Código Civil, es decir, de ser admitida seguiría cumpliendo una función supletoria de la ley. Y en este sentido, el hecho de que una determinada manera de interpretar la ley venga favorecida por la costumbre no puede entenderse como vinculante para los tribunales, que en todo caso conservan su libertad para interpretar y aplicar las leyes con arreglo a los criterios hermenéuticos generales (así, la interpretación usual no aparece mencionada en el art. 3 del CC).

b) Una costumbre que consista en la utilización de obras, grabaciones audiovisuales o emisiones protegidas que confieren a su titular un derecho de exclusiva, pese a la expresa oposición de éste, si no está amparada por los límites legales sería una costumbre contra

legem, rechazada por el art. 1 CC (según el cual la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable). Y además, como bien dice la sentencia apelada, esa costumbre no consta acreditada.

c) Si la costumbre consiste en el uso de secuencias de programas emitidos por otro operador audiovisual sin recabar previamente su consentimiento, esperando su autorización tácita o una situación de mera tolerancia, carece de trascendencia y no impide el eficaz ejercicio de las facultades de exclusiva para poner fin a la utilización no consentida.

La pauta interpretativa que debe tenerse en cuenta a la hora de definir la correcta aplicación de los límites a los derechos de propiedad intelectual tal como los configura la ley es la que proporcionan los artículos 9.2 del Convenio de Berna, 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y 5.5 de la Directiva 2001/29/CE (de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información), que recoge el art. 40 bis del TRLPI al disponer que esos límites a las facultades de exclusiva "no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran".

DÉCIMO. *Sobre la libertad de cita aplicada a la obra o grabación audiovisual: art. 32.1 TRLPI I) Conforme al art. 32 del TRLPI, titulado "citas y reseñas", "es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual (...), siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada".*

Para que sea lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de una obra audiovisual

ajena, sin necesidad de consentimiento de su titular o pese a la oposición de éste, es necesario, por tanto, (a) que se trate de un fragmento de una obra ya divulgada, (b) que se indique la fuente y el nombre del autor; (c) que la inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico; (d) que tenga fines docentes o de investigación; y (e) que la medida de la reproducción esté justificada por su fin.

Como se ve (siguiendo el criterio de la Sentencia de esta Sala de 31 de octubre de 2002, Rollo 279/2001), la actividad de reproducción parcial de la obra audiovisual ajena que el precepto considera lícita, pese a llevarse a cabo sin o contra la voluntad del titular del derecho, puede presentarse en diversas manifestaciones: a) para su análisis; b) comentario; c) juicio crítico; y d) a título de cita en sentido estricto (actividad distinta de las otras tres, que no se dirige al análisis, comentario o crítica de la obra ajena, con un fin inmediato más neutro y amplio, como puede ser la ilustración).

La cita en sentido genérico, o el acto de reproducción que el precepto contempla, está justificado por su fin, de modo que es su función o causa final lo que la convierte en lícita, y en este aspecto la norma se expresa en términos taxativos: tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación.

Dichas finalidades o funciones, además de constituir causa de justificación de la intromisión en el ámbito de la exclusiva, determinan la medida lícita de la misma, conforme a una regla de proporcionalidad que expresamente establece el art. 32, puesto en relación con el 40 bis TRLPI, 5.3 de la Directiva 2001/29 / CE y 10.1 del Convenio de Berna, en búsqueda del fin perseguido por el medio menos lesivo para los intereses del titular del derecho. Por ello (como concluía la citada Sentencia de esta Sala), cabe decir que constituye intromisión en la esfera de exclusiva, por falta de causa, la cita que no cumpla ninguna función; aquella que cumpla alguna que no sea de las señaladas en el art. 32,

como por ejemplo la comercial (a que se refiere el art. 5.3 de la Directiva); y la que cause un perjuicio injustificado o vaya en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran.

II) La sentencia apelada consideró que la utilización de los fragmentos de programas de TELECINCO, en las circunstancias ya descritas, no está amparada por la libertad de cita conforme al art. 32.1 TRLPI, ya que tal utilización "no es con fines docentes o de investigación, sino con la finalidad de entretener y, en último término, con el ánimo de obtener un provecho comercial".

Frente a este criterio opone la apelante, centrándose en el programa SÉ LO QUE HICISTEIS, que la utilización de las imágenes de los programas de la actora se realiza para su juicio o comentario crítico, ya que dicho programa critica la forma de periodismo sensacionalista del corazón que practican ciertos programas y entre ellos los de TELECINCO (nos remitimos aquí al Fundamento octavo, II.A); y b) los "fines docentes o de investigación" a que alude la norma deben interpretarse, con la mayoría de la doctrina, en sentido amplio, incluyendo fines educativos, culturales, investigadores e informativos.

III) El formato del programa SÉ LO QUE HICISTEIS se basa en una crítica humorística de tono sarcástico e incluso ridiculizante (humor ácido, dice la demandada) que efectúan sus presentadores hacia el tratamiento que dan otros programas a lo que se ha venido en denominar el mundo o actualidad del corazón (relativo, podríamos decir, a los acontecimientos y avatares más o menos triviales que afectan a personas más o menos conocidas de nuestra realidad social), y de ahí la inserción de imágenes de programas del corazón de otras cadenas.

La utilización de tales imágenes podrá ser, en efecto, con la finalidad de llevar a cabo un juicio crítico, más que del periodismo sensacionalista del mundo del corazón, de los programas del corazón cuyas secuencias se

insertan, que son glosadas por los presentadores con ese tipo de comentarios. Pero la utilización de las secuencias ajenas en dicho programa para su crítica satírica no responde a los fines que justifican la licitud de la intromisión en el ámbito de la exclusiva ajena, por más que se acepte la interpretación amplia que propugna la demandada, ya que con ese formato se conforma un programa de emisión periódica cuyo contenido, carácter y finalidad no es docente, educativa o cultural, ni de investigación, sino de mero entretenimiento o diversión, y con esos fines se reproducen de manera recurrente las imágenes o secuencias de los programas de TELECINCO. No puede admitirse tampoco un fin informativo, porque la utilización y el propio programa no tiene una finalidad informativa sino, ya se ha dicho, de crítica humorística a los programas del corazón cuyos fragmentos incorpora, buscando al fin el entretenimiento o diversión del espectador. Y en todo caso debe tenerse presente que los límites a los derechos de propiedad intelectual justificados por la libertad de información o la finalidad informativa se regulan en otros preceptos (arts. 33 y 35.1 TRLPI, en consonancia con los arts. 10 bis del Convenio de Berna y 5.3.c de la Directiva citada), por lo que su posible inclusión en el ámbito de la libertad de cita habría de ser muy excepcional.

Una interpretación de la norma que confiera mayor amplitud a los términos "fines docentes o de investigación", basada en el referente que constituye el art. 10.1 del Convenio de Berna, que se limita a exigir que las citas tomadas de otras obras se hagan "conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga", podría superar la estricta significación de fines educativos y científicos para comprender no ya cualesquiera otros fines, y menos aquellos que puedan perjudicar la normal explotación de la obra utilizada, sino un contenido más amplio de los conceptos docencia e investigación, que no alcanza a la vocación o finalidad de mero entretenimiento o diversión, articulado sobre la crítica irónica y mordaz de programas ajenos que tratan asuntos por lo general, o muchas veces, triviales.

Así mismo, y en el ámbito de aplicación de la norma que examinamos (el art. 32.1 TRLPI), no puede decirse que la inserción de imágenes de programas de TELECINCO en el citado programa de LA SEXTA, SÉ LO QUE HICISTEIS, cumpla con el requisito de la medida mínima necesaria ya que la utilización de imágenes de TELECINCO es recurrente e indiscriminada (documento 3 de la demanda y demás documentos a los que se refiere la sentencia, incluyendo los discos de imágenes), y además es susceptible de perjudicar la normal explotación de las obras utilizadas desde el momento en que, con los fines indicados, ajenos a los que alude el precepto, se persigue un mayor éxito de audiencia en el mercado que es el propio de los programas utilizados, con los cuales los citados programas de la SEXTA concurren y compiten en la pantalla televisiva, y a la postre un provecho comercial. Es un dato significativo en este sentido que el programa SÉ LO QUE HICISTEIS pasó a emitirse diariamente en la misma franja horaria que AQUÍ HAY TOMATE.

IV) La defensa de la parte demandada se ha centrado, al tratar este límite y los restantes, en el citado programa SÉ LO QUE HICISTEIS, sin alegaciones concretas relativas a los demás programas de LA SEXTA que utilizan imágenes de TELECINCO, por lo que, ante la ausencia de una defensa específica o particularizada, la exclusión del ámbito de la libertad de cita, y de los otros límites que examinaremos, debe predicarse también del resto de los programas a que alude la demanda, bien sean programas magazines de similar formato al SÉ LO QUE HICISTEIS (con unos presentadores o conductores que comentan las imágenes de programas ajenos a la cadena), o bien, y con mayor motivo, tratándose de programas de zapping, que se limitan a encadenar fragmentos o imágenes de otros programas que se seleccionan y organizan con fines también humorísticos (mostrando imágenes divertidas, chocantes, gazapos...).

DÉCIMO-PRIMERO. Sobre la equiparación a la cita de las reseñas o revistas de prensa aplicada a la utilización de imágenes ajenas: art. 32.2 TRLPI.

En el párrafo segundo del art. 32.1 TRLPI se dispone que: "Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revistas de prensa tendrán la consideración de citas". La Ley 23/2006, de 7 de julio, añadió a este segundo párrafo el siguiente inciso: "No obstante, cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa. En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite".

Compartimos igualmente con la sentencia apelada que la conducta examinada no encuentra protección en este límite o excepción legal, porque la asimilación a la cita se contrae, sin posibilidad de interpretación extensiva, a las "recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revistas de prensa", lo que se justifica por la finalidad informativa que cumplen, con fundamento en el interés social de acceso a la cultura. Por ello no han de merecer la consideración de cita otras recopilaciones (de fragmentos de obras ajenas) distintas de las reseñas y revistas de prensa, ni desde luego las que no tengan finalidad o función informativa. Es significativo a efectos de la interpretación de este precepto que el párrafo precedente se refiera expresamente a obras, entre otras, de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, y en cambio este segundo párrafo se limita a asimilar a la libertad de cita que establece el primer apartado únicamente a las citadas recopilaciones en forma de reseñas o revistas de prensa, restringiendo así el ámbito objetivo de su aplicación. De ahí que las recopilaciones de secuencias audiovisuales deben quedar fuera del ámbito de aplicación de esta norma, porque no pueden ser calificadas como reseñas o revistas de prensa, ni equiparadas a las mismas, debiendo descartarse una interpretación extensiva por tratarse de un supuesto excepcional dentro ya de una excepción al ejercicio de derechos de exclusiva.

Además, y en todo caso, es evidente que si se aplica a las grabaciones audiovisuales y a las emisiones televisivas, el término "autor" debe quedar referido entonces al titular de los derechos de explotación de tales prestaciones (es decir, el productor de las grabaciones audiovisuales o la entidad de radiodifusión), aquí la actora TELECINCO, que ha manifestado su oposición expresa (véase el último inciso de esta norma).

DÉCIMO-SEGUNDO. Sobre el límite relativo a los trabajos y artículos sobre temas de actualidad: art. 33.1 TRLPI.

I) A tenor del art. 33.1 TRLPI: "Los trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social podrán ser reproducidos, distribuidos y comunicados públicamente por cualesquiera otros de la misma clase, citando la fuente y el autor si el trabajo aparece con firma y siempre que no se hubiese hecho constar en origen la reserva de derechos. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir la remuneración acordada o, en defecto de acuerdo, la que se estime equitativa".

La demandada alega que los programas de LA SEXTA enjuiciados efectúan un resumen y análisis crítico de las noticias de la prensa rosa, contribuyendo así al enriquecimiento del panorama televisivo español, y, en contra del criterio judicial, que las noticias del corazón constituyen temas de actualidad a los efectos de aplicación de este precepto pues atraen altas cotas de audiencia, debiendo interpretarse dicho concepto en un sentido amplio como cualquier tema de actualidad que despierte el interés del público.

II) Se trata de un límite contemplado en el art. 10 bis del Convenio de Berna, que se refiere a la libertad de reproducción por prensa o radiodifusión o transmisión por hilo al público de los "artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa, publicados en periódicos o colecciones periódicas u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter"; así como en el art. 5.3.c) de la Directiva, que alude a "artículos publicados sobre temas de

actualidad económica, política o religiosa, o emisiones de obras o prestaciones del mismo carácter", y recogido en nuestra legislación en los términos señalados, más genéricos en lo que respecta a los "temas de actualidad". Su fundamento hay que buscarlo en el interés social de acceso al conocimiento y a la difusión de acontecimientos que, por su interés y carácter actual, merecen ser comunicados a la colectividad, y en última instancia en el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

Atendidos su fundamento y finalidad, resulta con claridad que el presupuesto o uno de los requisitos necesarios para la reproducción y comunicación pública de los "trabajos y artículos sobre temas de actualidad" ajenos, sin necesidad del consentimiento del titular de los derechos de propiedad intelectual, trabajos aquí representados por una serie de programas televisivos emitidos por la actora que tratan sobre asuntos del corazón o prensa rosa, es que el medio de difusión que los utiliza o difunde (en este caso LA SEXTA, insertando imágenes de esos programas en los programas propios), lo haga con una finalidad informativa. Es decir, la difusión del trabajo de actualidad ajeno por otros medios de comunicación debe estar justificada por una finalidad o propósito informativo de esos trabajos ajenos e indirectamente, por tanto, del tema de actualidad de que tratan.

Sin embargo, el programa SÉ LO QUE HICISTEIS (lo que debe hacerse extensivo a los demás programas de LA SEXTA a los que pretende aplicarse este límite) no tiene carácter o finalidad informativa, sino de mero entretenimiento y diversión del espectador a costa de los programas ajenos y entre ellos los emitidos por TELECINCO relacionados con el mundo del corazón o prensa rosa. No se trata tanto, con tales programas de LA SEXTA, de dar a conocer o informar al público sobre las prestaciones ajenas que han tratado temas de actualidad, sino de hacer una crítica humorística de los programas utilizados y en particular del tratamiento que dan a los temas y noticias del corazón (de muy relativo interés para la colectividad), configurando así un

programa televisivo de talante humorístico y con fines de entretenimiento que se dirige al mismo sector de público, o a un sector adyacente, que atiende a los programas utilizados, y que por consiguiente compite o concurre con éstos, persiguiendo en definitiva un provecho o ventaja comercial con tal utilización, pugnando por el sector de la audiencia simpatizante con este tipo de programas.

No debe olvidarse que, conforme dispone el art. 40 bis TRLPI, la interpretación de los preceptos que establecen los límites a los derechos de propiedad intelectual ha de ser tal que no permita su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos o que vayan en detrimento de la normal explotación de las obras a que se refieran, de modo que dicha interpretación debe ser restrictiva, criterio que aplicamos aquí en relación con los fines que legitimarían la difusión de prestaciones ajenas sobre temas de actualidad (que hemos considerado un requisito implícito en el art. 33.1, al entender que requiere unos fines puramente informativos), y que sería aplicable también respecto del contenido atribuible al concepto "temas de actualidad" a que se refiere el art. 33.1 TRLPI, evitando así que una interpretación demasiado amplia pueda vaciar de contenido los derechos de propiedad intelectual.

El riesgo objetivo de un perjuicio que no encuentra justificación en atención a los fines que se persiguen con la utilización de las imágenes ajenas, cuando no el efectivo perjuicio a la normal explotación de las obras o prestaciones utilizadas, se evidencia por las razones indicadas y que ya se han adelantado al tratar del límite de libertad de cita: los programas de LA SEXTA que utilizan las imágenes de TELECINCO, lejos de hacerlo con fines docentes, de investigación, culturales o de mera información al público, y de utilizarlas puntualmente en un programa con estos fines, sirven para construir y ofrecer al espectador un producto audiovisual de emisión periódica, con talante y finalidad humorístico-satírica, de entretenimiento, que compite con los

programas utilizados en el sector de mercado que les es propio, con ánimo de alcanzar una mayor cuota de pantalla y persiguiendo a la postre una ventaja o provecho comercial. Por esa razón, la utilización de la prestación ajena no cumple la finalidad y fundamento que inspira la razón de ser de la norma de excepción que contemplamos.

Además, y en cualquier caso, además de que el titular de los derechos puede evitar el juego de este límite haciendo constar en sus programas la reserva de derechos, aun cuando se admitiera la libertad de utilización de los fragmentos de programas ajenos con amparo en este precepto, ante la oposición expresa del titular de los derechos de propiedad intelectual, el medio televisivo que hace uso de ellos está obligado a pagar una retribución, y LA SEXTA se niega a hacerlo, postura que hace prevalecer las facultades excluyentes que la Ley reconoce al titular de los derechos.

DÉCIMO-TERCERO. La argumentación contenida en el motivo VIII incide en la improcedencia de la pretensión de cese tal como ha sido planteada por TELECINCO y ha sido acogida por la sentencia porque -se dice- parece reconocer a la actora unos derechos de propiedad intelectual absolutos e ilimitados cuando precisamente esos derechos se caracterizan por tener unos límites legales que conllevan, cuando concurren, que puedan ser utilizados los fragmentos de las obras ajenas, y no cabe negar a LA SEXTA el derecho a ejercitar esos límites legales obligándola a obtener una autorización previa siempre y en cualquier supuesto. La condena de la sentencia, a juicio de la apelante, no se ajusta a la legalidad ya que realiza una censura previa a la labor informativa de LA SEXTA y una condena que anticiparía la existencia de una infracción antes de su comisión.

En respuesta a este argumento debe advertirse que la condena de cese [en los términos del fallo de la sentencia: "2º) Condenar a LA SEXTA a que cese de inmediato en la actividad infractora, dejando de utilizar en sus programas imágenes producidas por TELECINCO o emitidas en programas de TELECINCO y de

las que ésta es titular de todos los derechos"] se conecta necesariamente con la conducta denunciada que se ha estimado infractora una vez que se ha fundamentado que no está amparada por los límites legales, sin declaración, porque no la hay, de que LA SEXTA no puede hacer uso, con proyección ad futurum, en ningún caso, de las imágenes de TELECINCO si es que está amparada por alguno de los límites a los derechos de propiedad intelectual. Más consideraciones sobre esta cuestión exceden del ámbito de la fase declarativa y pertenecen, en su caso, al de ejecución de sentencia, en la que, si es el caso, se determinaría si el uso que vuelve a hacer LA SEXTA de imágenes de TELECINCO constituye una vulneración o quebrantamiento de la condena de cese o abstención que contiene la sentencia.

DÉCIMO-CUARTO. Alega finalmente LA SEXTA que debe imponerse a TELECINCO una multa, de conformidad con los arts. 247 y 288 LEC, por no haber aportado una serie de grabaciones de programas de TELECINCO que fueron requeridas, como medio de prueba, en la audiencia previa.

De un lado, el art. 247 LEC no obliga al juez o tribunal a imponer una multa, sino que le concede una facultad discrecional para hacerlo (podrá, dice el apartado 3) si considera que la parte ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, y no estimamos que este matiz concurra en este supuesto teniendo en cuenta que la parte demandada-apelante no nos dice (a) cuál sea el hecho que debía quedar acreditado con los documentos o soportes audiovisuales requeridos a TELECINCO; (b) qué incidencia tiene en los antecedentes fácticos la falta de aportación de esos soportes; (c) en qué medida ha perjudicado su posición jurídica que no hayan sido aportados; y (d) lo que es lo mismo, en qué medida ha resultado decisiva la falta de aportación de ese medio de prueba en el sentido del fallo; es decir, qué importancia tenía para la decisión del litigio la aportación de esas grabaciones audiovisuales por TELECINCO. En cualquier caso, no vemos que la falta de aportación de esas grabaciones audiovisuales

hayan alterado en ninguna medida el relato de hechos probados, su valoración, el sentido del fallo de la sentencia de primera instancia ni incidencia alguna en la presente resolución de segunda instancia.

De otro lado, en lo que respecta al art. 288 LEC, la falta de exhibición o de aportación de un medio de prueba documental o de otro carácter (aquí audiovisual) solicitado por una de las partes y que obre en poder de la parte contraria, no ha de determinar necesariamente la sanción que prevé dicho precepto. La multa a la parte por no cumplimentar un medio de prueba admitido, que obra en su poder, no es un fin en sí misma, ni de automática aplicación al margen de la importancia que pueda tener la exhibición en el orden probatorio, que la ley resuelve (art. 329 LEC) precisamente en ese mismo ámbito, el de valoración de la prueba. Y reiteramos aquí que la parte apelante no nos dice en qué hubiera cambiado la decisión del litigio si TELECINCO hubiera aportado las grabaciones audiovisuales que echa en falta LA SEXTA.

El enfoque adecuado del motivo hubiera sido no la mera constatación de que TELECINCO no ha aportado lo que se le pidió, con la automática consecuencia de imponer una sanción (que es lo que pretende la demandada), sino, al margen de la posible sanción, para la que no vemos motivo, qué es lo que debió tenerse por probado ante la falta de aportación de los documentos o grabaciones audiovisuales que se solicitaron a TELECINCO. Esto último no se nos aclara, y lo primero y primordial es determinar las consecuencias o efectos de la negativa de exhibición, que en la forma que dispone el art. 329 LEC se producen en el orden probatorio, antes que acceder de manera mecánica a la imposición de una sanción ex art. 288 LEC.

El recurso de TELECINCO

DÉCIMO-QUINTO. 1) La actora, aprovechando el recurso principal, impugna la sentencia para que se estimen las acciones basadas en la Ley de Competencia Desleal, con amparo en la cual persigue los mismos pronunciamientos de

condena referidos a la misma conducta que motiva las acciones por violación de los derechos de propiedad intelectual. Insiste en el recurso en la relación de complementariedad entre la LCD y el TRLPI, que permite acumular acciones fundadas en una y en otra.

Aunque en el recurso se sugiera que las acciones basadas en el TRLPI y en la LCD se ejercitan "por motivos bien diferenciados", en atención a los distintos intereses protegidos por una y otra Ley, lo cierto es que el ejercicio acumulado de unas y otras acciones se configura en la demanda como un concurso de normas pues la calificación de la deslealtad se basa, precisamente, en la infracción de los derechos de exclusiva. Por ello se dice en la demanda que "las conductas denunciadas son susceptibles de incardinarse en los ilícitos tipificados en ambas leyes", con referencia a la TRLPI y a la LCD.

Teniendo esto en cuenta, la primera observación que se impone es que el interés legítimo digno de tutela que permitiría obtener la condena al cese de la conducta y la condena indemnizatoria con base en la LCD ya se ha agotado, pues se ha logrado por aplicación de la ley que regula los derechos de propiedad intelectual sobre las obras o prestaciones protegidas, agotándose igualmente la calificación jurídica de la conducta infractora, configurada precisamente como una vulneración de los derechos de propiedad intelectual que corresponden a TELECINCO respecto de las obras o grabaciones audiovisuales que emite.

Y no podemos entender que la actora pretenda (porque esto no se dice en la demanda ni en el recurso, y en todo caso es improcedente) una condena indemnizatoria duplicada, es decir, una condena a la indemnización de los daños y perjuicios causados por la explotación de las prestaciones ajenas protegidas por el TRLPI con base en esta Ley, y otra condena, por la misma u otra cuantía, por esa misma explotación con base en la LCD, lo que resulta de todo punto inadmisibles, ya que si la conducta infractora es la misma (la explotación de las obras ajenas protegidas por un derecho

de exclusiva), el restablecimiento del patrimonio del titular de los derechos queda satisfecho por aplicación del TRLPI, sin que pueda pretenderse una indemnización duplicada por calificarse la misma conducta desde la perspectiva de otra ley como es la LCD. Esta segunda indemnización no tendría entonces carácter resarcitorio, sino de pura pena o sanción, y esto no es admitido por nuestro ordenamiento ni por el ordenamiento comunitario (el Considerando 26 de la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, cuya trasposición motiva la Ley 19/2006, de 5 de junio, señala que "el objetivo no es instaurar una obligación de establecer indemnizaciones punitivas, sino permitir una indemnización basada en un criterio objetivo...").

II) Como indica la sentencia apelada, la finalidad de LCD no es ofrecer una protección duplicada de los derechos de exclusiva, que regulan sus respectivas leyes especiales. La relación de complementariedad cobra sentido cuando la conducta que incide en el ámbito de una exclusiva no está expresamente contemplada en la legislación que regula el respectivo derecho de exclusiva o no es o resulta totalmente incardinable en ella. En otro caso, la posible concurrencia o conflicto de normas debe solventarse acudiendo al criterio de la consunción, a favor de la Ley que regula el derecho de exclusiva que se dice violentado: es lógico entender que si la norma que establece y regula el régimen jurídico de las obras protegidas es la Ley de Propiedad Intelectual, a ella habrá que acudir y la misma deberá ser aplicada cuando el titular del derecho subjetivo sobre la obra reclame la tutela judicial como tal, e incluso así habrá de ser con carácter exclusivo, pues a dicha Ley le corresponde determinar cuándo y cómo la obra merece ser protegida.

Por ello, habiéndose acumulado las acciones de la LCD de forma simple, no alternativa o subsidiaria, es correcta la solución de la sentencia, ya que no cabe volver a calificar de nuevo la conducta desde la perspectiva de la LCD cuando la tutela pretendida ya ha sido agotada mediante la aplicación del TRLPI.

III) En cualquier caso, el análisis de los distintos tipos invocados de la LCD lleva a la desestimación de las acciones basadas en dicha Ley.

A) No cabe apreciar, en primer lugar, el riesgo de confusión que constituye el supuesto de hecho descrito por el art. 6 LCD por razón de la utilización por LA SEXTA de imágenes de programas de TELECINCO, ya que, de un lado, la procedencia de las imágenes utilizadas se identifica claramente, y de otro, el espectador conoce perfectamente cual es la cadena televisiva que ha sintonizado y que está visionando.

B) No existen tampoco actos de imitación del art. 11 LCD, porque no hay propiamente una imitación de la prestación ajena, sino una utilización in consentida de la obra o prestación ajena, que constituye una vulneración de los derechos de propiedad intelectual, y como tal ha sido reprimida.

C) No existiendo actos de confusión ni de imitación desleal, no se deriva el resultado de explotación de la reputación ajena que prevé el art. 12 LCD, sino el que deriva de la violación de los derechos de exclusiva.

D) La conducta desleal por violación de normas (art. 15 LCD) radica precisamente en la vulneración de la Ley que regula los derechos de propiedad intelectual, de modo que debe determinarse previamente si se han infringido

los derechos de propiedad intelectual de conformidad con el TRLPI, y si así se ha estimado no hay razón para otorgar una protección duplicada o concurrente.

DÉCIMO-SEXTO. Procede, por todo ello, desestimar sendos recursos, con imposición de costas a cada una de las partes (art. 398.1 y 394.1 LEC).

Vistos los preceptos legales citados, los alegados por las partes y demás de pertinente aplicación

FALLAMOS

Desestimar los recursos de apelación formulados por las representaciones procesales de GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA S.A. y de GESTEVISIÓN TELECINCO S.A. contra la sentencia dictada en fecha 15 de septiembre de 2008 en los autos de los que dimana este Rollo, que confirmamos, con imposición a cada parte apelante de las costas causadas por su recurso.

Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.