

915353444



Administración  
de Justicia

# ES COPIA

## JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 8 DE MADRID

**MC/ JO 873/2010-7**

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL VS.  
RADIO POPULAR (COPE) SA Y OTROS

### AUTO

- Dictado por Francisco de Borja Villena Cortés, magistrado juez titular de este Juzgado, en Madrid, a 9 de marzo de 2011,

- Sobre RESOLUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- DEMANDA.** En fecha de 25 de noviembre de 2010 se ha interpuesto por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL, escrito de demanda contra RADIO POPULAR (COPE) SA, FRANCISCO GONZÁLEZ GONZÁLEZ y JOSÉ DOMINGO CASTAÑO SOLAR, en calidad de parte demandada, por infracción de derechos de propiedad intelectual y competencia desleal, escrito que por aplicación de las normas de reparto de asuntos civiles ha recaído en este Juzgado, siendo admitido a trámite mediante Decreto de fecha 9 de febrero de 2011.

**SEGUNDO.- SOLICITUD.** En el citado escrito de demanda, por medio de Otrosi se solicita por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL se adopte, sin previa audiencia de la contraparte, como mediada cautelar "1.- la suspensión o cesación provisional de la explotación (reproducción, distribución y comunicación pública) del formato radifónico CARRUSEL DEPORTIVO, (...) 2.- la suspensión de explotación de los anuncios publicitarios relacionados en la demanda, 3.- la retirada provisional de la página web [www.cope.es](http://www.cope.es) de las grabaciones en las que se contenga el programa TIEMPO DE JUEGO, Y 4.- la intervención y depósito de los ingresos obtenidos por la cadena COPE por el programa"

Abierta pieza separada mediante Decreto de fecha 9 de diciembre de 2010, se acordó citar a las partes a vista.

Tal vista tuvo lugar en sede judicial y audiencia pública en fecha de 18 de enero de 2011. En ella se personó la parte actora, quien por medio de su procurador solicitó la ratificación en todos sus pedimentos.

**TERCERO.- OPOSICIÓN de RADIO POPULAR (COPE) SA.** Tal parte demandada se personó, y en su Informe oral, el letrado director interesó "1.- la desestimación de la medida, con costas para la otra parte, y 2.- subsidiariamente, la fijación de una caución superior".

**CUARTO.- OPOSICIÓN de FRANCISCO GONZÁLEZ GONZÁLEZ.** Este demandado, personado en forma en el acto de la vista, solicitó "1.- la Integra



Madrid

915353444

Administración  
de Justicia

*desestimación de la medida, con imposición de costas a la parte contraria, y 2.- subsidiariamente, la fijación de una caución de 10 millones de euros".*

**QUINTO.-** OPOSICIÓN de JOSÉ DOMINGO CASTAÑO SOLAR. Constituido formalmente en parte, el abogado defensor en su informe pidió "1.- la total desestimación de las medidas cautelares instada, con costas para la parte, y 2.- eventualmente, la fijación de una caución de 12 millones de euros".

**SEXTO.-** VISTA. Tras la contestación a la solicitud de medidas de la parte demandada, se solicitó el recibimiento a fase de prueba de la pieza de medidas.

Por la parte actora se propusieron como medios probatorios: 1.- documental pública y privada por reproducción de lo ya aportado, 2.- documental de nueva aportación, y 3.- reproducción del sonido.

Por la parte demanda se propusieron como medios de prueba: 1.- documental pública y privada, 2.- interrogatorio de parte, y 3.- pericial.

Acto seguido de su práctica, las partes por su orden propusieron prueba, remitiéndose a la documental de los autos principales, cerrándose la pieza para resolución en Diligencia de fecha de 21 de enero de 2011.

### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** De las medidas cautelares y sus presupuestos.

(1).- El lapso de tiempo necesario para la tramitación de todo proceso puede provocar que la situación fáctica sobre la que el litigio ha de incidir se vea modificada entre el momento en que el actor interpone su demanda y aquel en que el Tribunal resuelve, determinando que la tutela judicial finalmente otorgada pueda ser ineficaz, debido a la transformación de las circunstancias de hecho que sirven de presupuesto objetivo al proceso y a su resolución, la que puede devenir inejecutable, contrariando así lo dispuesto en los arts. 118 CE, 18.2 LOPJ y 522 LEC. Para paliar los anteriores riesgos el Ordenamiento procesal admite la posibilidad de adoptar ciertas medidas para consolidar la situación de hechos, en el mismo momento de la incoación del proceso, o incluso con anterioridad al mismo, art. 730 LEC, con el fin de garantizar la eficacia de la resolución que en su día deba dictarse. Ello supone una precipitación parcial de la concesión de la tutela judicial impetrada en demanda a un momento anterior de sentencia, sin pleno conocimiento del objeto del proceso, lo que determina en todo caso la observancia de ciertas garantías.

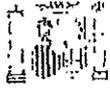
(2).- Una parte de las garantías exigidas por la ley para las actuaciones cautelares, debido a la ausencia de pleno conocimiento del asunto al momento de su adopción, se expresan en forma de presupuesto, requisito habilitante de su adopción, condición de validez, y otra parte, en garantías propias de la ejecución de la medida, que se analizarán seguidamente por separado.

**SEGUNDO.-** Riesgo de mora procesal.



Madrid

915353444



Administración  
de Justicia

(1).- Normación. Aparece recogido en el art. 728.1º LEC, al disponer que "sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria", lo que apunta a un riesgo de transformación de la situación fáctica sobre la que deba recaer la resolución a adoptar en el proceso principal, que determine la posible inejecutabilidad de la misma, ya parcial, ya total.

Lo cierto es que tal riesgo existe siempre que pende cualquier clase de litigio, ya que la propia tramitación del procedimiento conlleva un lapso temporal entre la fecha de incoación y la de resolución del mismo, durante el cual puede verse alterada la situación fáctica que da objeto al litigio, produciendo la imposibilidad, al menos potencialmente, de hacer efectiva en aquel momento futuro la tutela jurídica otorgada. Únicamente podría conjurarse totalmente ese riesgo si la resolución final del proceso se adoptase de modo inmediato a la deducción de la demanda, lo que es imposible.

Precisamente por ser tal riesgo consustancial y propio a la pendencia de todo litigio, el *periculum in mora* necesario para la adopción de la medida cautelar no puede confundirse con aquel riesgo genérico y abstracto, de mera potencialidad, de alteración de las situaciones de hecho por parte del demandado o de terceros, por que si fuese así el juicio de valoración impuesto por el art. 728 LEC en cuanto a la mora procesal sería superfluo, puesto que ese riesgo sería ya inseparable de la mera existencia del proceso mismo, y aún de la simple situación de conflicto jurídico entre particulares, como, v. gr., la existencia de una deuda vencida e impagada, pues desde que este impago se da, puede el deudor, como potencial actuación, alzar sus bienes, y por tanto, bastaría exigir del juzgador tan solo el examen del *fumus boni iuris*, dando el riesgo de mora por supuesto, como consustancial a todo proceso, para adoptar medidas cautelares.

Se hace así evidente que el art. 728 LEC exige para acceder a la tutela cautelar, la cual, recuérdese, constituye un cauce excepcional de obtener una resolución judicial sin pleno conocimiento de la causa, una acreditación de un riesgo real, efectivo y probado, concretado por hechos o indicios ya puestos de manifiesto y que revelen la presencia de un peligro individualizado y bien determinado. No basta, en ningún caso y bajo ningún concepto, para integrar el *periculum in mora* preciso para acceder a la excepcional tutela cautelar la mera invocación de riesgos potenciales, genéricos e indeterminados, comunes a toda clase de situaciones jurídicas de pendencia o conflicto, tales como la simple alegación de la posibilidad genérica de que se oculte patrimonio o de alteración voluntaria la situación fáctica del objeto del proceso.

(2).- Medidas anticipatorias. No obstante, la reclamación de SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL se sitúa en un especial terreno jurídico para la valoración de la concurrencia de tal riesgo procesal. En sustancia, por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL se invoca que la parte demandada, RADIO POPULAR (COPE) SA, FRANCISCO GONZÁLEZ GONZÁLEZ y JOSÉ DOMINGO CASTAÑO SOLAR, está infringiendo con la producción y

915353444



emisión radiofónica del programa *TIEMPO DE JUEGO* un derecho de exclusiva amparado por un derecho de exclusiva a favor de SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL, derivado de su derecho de propiedad intelectual sobre el formato utilizado, correspondiente a su programa *CARRUSEL DEPORTIVO*.

Ello implica que por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL se sostiene que se viene realizando una prestación por RADIO POPULAR (COPE) SA, FRANCISCO GONZÁLEZ GONZÁLEZ y JOSÉ DOMINGO CASTAÑO SOLAR en el mercado, un programa radiofónico, que por las condiciones en las que se realiza supone un redireccionamiento permanente de los oyentes a la prestación infractora de sus derechos de propiedad intelectual, lo que conlleva una alteración definitiva de la estructura del mercado y de la demanda, en tal ámbito de mercado, y pide por ello la orden de cesación en la forma de ejecutar el programa.

(3).- Para tales situaciones, el art. 726.2 LEC dispone que *"con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte"*, recogiendo así lo que la doctrina ha denominado como medidas anticipatorias.

Su finalidad no es del todo coincidente con las medidas cautelares puras, ya que en estas no se ordena al sometido a ella una actuación de contenido igual a la condena que deba soportar al final del proceso, sino que se adoptan medidas instrumentales de garantía, v. gr. embargo o prohibición de disponer de un bien, para asegurar luego aquel comportamiento, condena al pago o a la entrega de dicho bien, cuyo contenido es distinto del de la medida de garantía.

En cambio, en las medidas anticipatorias lo impuesto cautelarmente es ya el propio comportamiento que integra la futura condena, de modo que dicho comportamiento forzoso se anticipa en el tiempo al fallo definitivo, pero conservando su identidad. Es como si en procesos de reclamación de cantidad dineraria, la medida no consistiese en embargar, sino en la orden de pago inmediato al principio del proceso.

Estas medidas anticipatorias encuentran el campo de aplicación preferente en el ámbito de la propiedad intelectual, industrial y la competencia, con órdenes de cesación o prohibición de comercialización o de llevar a cabo ciertas actuaciones en el mercado. Su finalidad, mediante tales órdenes de cesación o de prohibición (vd. arts. 32 LCD, art. 41 LM o art. 63 LP) adelantadas al momento de condena definitiva, es la de impedir que la permanencia en el mercado de una infracción de tales derechos o de la leal competencia en la forma de concurrir, pueda cristalizar en una situación permanente e irrevocable luego en la estructura de la demanda de mercado. Es decir, los empresarios, agentes del mercado, tienen interés en que su éxito económico derive de la suerte de sus productos o servicios en el mercado, no en obtener indemnizaciones judiciales por una infracción, sino no pueden luego recuperar el sector de mercado perdido durante el tiempo que duró la infracción sancionada.

915353444



(4).- Esa especial naturaleza de las denominadas medidas cautelares de contenido anticipatorio, como la deducida en el presente supuesto por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL, hace que deba también modularse para ellas el concepto del *periculum in mora*, del art. 728.1 LEC.

No es ya que se deba acreditar un comportamiento efectivo y real del demandado para escapar a la futura condena, sino que, cuando se pide tal orden de cesación o prohibición de una actividad económica comercial por su posible infracción de derechos excluyentes o de normas de competencia, el hecho mismo de que pueda estarse con carácter permanente infringiendo ese derecho de exclusiva sobre una prestación o su contenido o forma en el mercado, con posibilidad de derivar en una nueva estructura de la demanda de consumo en tal mercado, es decir, en una fidelización permanente de buena parte de los consumidores o usuarios a tal actividad presumiblemente infractora, muy difícilmente pallable mediante una sentencia posterior, implica en sí mismo la existencia del riesgos cautelares a conjurar en el ámbito de las medidas anticipatorias. Es decir, en tal clase de medidas, el propio riesgo de retardo procesal es inmanente y consustancial de la actuación presumiblemente infractora.

Y en tal sentido, por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL afirma que la emisión efectiva del programa *TIEMPO DE JUEGO* por la RADIO POPULAR (COPE) SA, desde finales de agosto de 2010, y de modo ininterrumpido desde entonces, acompañado de una intensa campaña publicitaria específica para dar a conocer su nuevo formato y sus directores y locutores, entre ellos FRANCISCO GONZÁLEZ GONZÁLEZ y JOSÉ DOMINGO CASTAÑO SOLAR, supone una actividad concurrencial infractora de sus derechos, que conlleva la efectiva posibilidad de fijar parte de la audiencia radiofónica, de forma permanente y constante, a tal programa, aún cuando finamente pudiera en sentencia ser declarada la infracción alegada.

Esa afirmación, junto con el hecho cierto y aceptado de la emisión del programa *TIEMPO DE JUEGO*, y de la campaña publicitaria desarrollada desde agosto de 2010 para la difusión de sus novedades, es motivo bastante para fundar el riesgo de mora procesal, respecto a la medida cautelar anticipatoria instada, cuando menos para entrar en el análisis del siguiente presupuesto.

(5).- Depósito de ingresos. Igualmente se pide por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL que, no solo con apoyo en la acción por infracción de la propiedad intelectual, sino en la de competencia desleal, se acuerde la retención de ingresos, en todo o en parte, de RADIO POPULAR (COPE) SA, derivados de la publicidad insertada en el programa *TIEMPO DE JUEGO*.

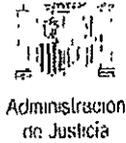
Esta medida cautelar si es de naturaleza común, no anticipatoria, por lo que está sometida a las reglas generales interpretativas del riesgo de mora procesal, del art. 728.1º LEC. Es decir, se trata de precaver la futura condena pecuniaria al pago de una indemnización, mediante un embargo o prohibición de disponer, instrumental a aquella condena potencial.

Por ello, ha de acreditarse, al menos de forma indiciaria, que por RADIO POPULAR (COPE) SA, FRANCISCO GONZÁLEZ GONZÁLEZ y JOSÉ DOMINGO



Madrid

915353444



**CASTAÑO SOLAR** se esté realizando o preparando la realización de actos concretos tendentes a colocarse en una posición que haga imposible el cumplimiento forzoso de aquella potencial condena, mediante la simulación de su insolvencia o insuficiencia patrimonial. No existe prueba o indicio alguno aportado al proceso de ello.

**TERCERO.-** Apariencia de buen derecho.

(1).- **Normación.** En tal sentido, dispone el art. 728.2º LEC que "*el solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión*". Ello exige un principio de justificación previa de la pretensión principal de la parte actora, que permita un juicio de pronóstico de posible acogimiento final de la pretensión. Es decir, de modo "*ex ante*" la acción deducida debe presentar una cierta apariencia de verosimilitud en los hechos y en el Derecho invocado. Tales indicios suelen resultar de modo preferente de documentos, sin perjuicio de otras formas de justificación indiciaria.

No puede, al pronunciarse sobre esta apariencia de buen derecho, adelantarse valoraciones de prueba que corresponden al momento de dictar sentencia en los autos principales, ni prejuzgar en modo alguno en sentido del fallo. Por tanto, el examen de la concurrencia de este requisito ha de contraerse a la comprobación formal de que la hipótesis de hechos descritos en la demanda coinciden, en su apariencia y descripción, con el supuesto de hecho de las normas jurídicas que se pretenden aplicar con su consecuencia jurídica, y todo lo más, que tal hipótesis de hechos se respalda, inicial y externamente, por ciertos documentos, u otros tipos de prueba, pero con el limitado alcance señalado. Se trata pues de una mera valoración provisoria, de tipo eventual y claudicante.

(2).- **Hechos.** Para su análisis, es conveniente compendiar los argumentos fácticos y jurídicos de **SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL**, sobre su pretensión principal. Y así:

(i).- **SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL** se afirma titular de los derechos de propiedad intelectual, como obra, del formato del programa radiofónico **CARRUSEL DEPORTIVO**.

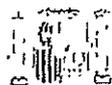
Tal formato determina la manera de ejecutar el programa destinado, como prestación de servicio en el mercado radiofónico, a la retransmisión por radio de los eventos deportivos de carácter noticioso que se desarrollan durante las tardes del fin de semana, particularmente partidos de fútbol de las ligas profesionales.

(ii).- El formato, como obra protegida por la propiedad intelectual, estaría integrado por una serie de elementos identificadores y característicos del programa, como son:

- binomio director del programa y animador, de modo que existe un locutor principal, quien dirige las intervenciones, y junto a él, otro destinado a realizar locuciones cortas de animación, con cierto tono jocoso y alegre;



915353444

Administración  
de Radiodifusión

- fusión información y publicidad, de suerte que la publicidad de productos o servicios que se contrata para la difusión de anuncios en tal programa no se desarrolla mediante cintas pregrabadas, sino que son los propios locutores del programa los que realizan en directo el anuncio, aprovechando para ello ciertos hitos de la información retransmitida, como un gol o una jugada significativa;

- existencia de secciones del programa fijas, con una denominación específica, como "La Ronda Informativa", "El Partido de la Jornada", "El Gol de la Jornada" o "La Jugada con Sabor", cada una de ellas con su patrocinador publicitario fijo para toda la temporada o parte de ella.

- utilización del sonido "morse", pitidos breves, para denotar a los oyentes la consecución de algún gol en un terreno de juego de los partidos con los que existe conexión radiofónica.

- Empleo de efectos de sonido, con los que se manipula con medios técnicos alguna frase graciosa o *lapsus linguae* de los colaboradores, para repetirlo grabado durante la emisión del programa, creando un clima de cierto humor o sorna.

- Espacio de "Primera hora", donde al inicio del programa y antes del comienzo de los primeros partidos de la tarde se hace un repaso a eventos deportivos diversos del fútbol, se analiza la situación de ciertos equipos o jugadores, y se presenta la jornada.

- Espacio de "Mensajes de los oyentes", en el que se da lectura a mensajes que remiten sobre diversos temas deportivos los oyentes.

(3).- Se ha denotar que SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL afirma que es la conjunción de tales elementos, y su secuencia temporal a lo largo del programa lo que conforma el formato protegible mediante los derechos de propiedad intelectual. No la invoca en cambio, aisladamente, respecto de los títulos o denominaciones de cada espacio del programa.

(4).- Además, por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL se manifiesta que existe otro derecho de propiedad intelectual infringido, consistente en la forma de los anuncios radiados durante el que era su "CARRUSEL DEPORTIVO", llevados a término fundamentalmente por JOSÉ DOMINGO CASTAÑO SOLAR.

En tal sentido considera SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL que elementos como la entrada del anuncio, a pie de algún suceso deportivo de interés, el empleo de cancioncillas por el relator, el uso de coletillas de palabras o expresiones características, y la participación de otros colaboradores a modo de coro, integran la forma del anuncio susceptible de protección.

(5).- Juicio de comparación. Se indica por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL que el actual programa TIEMPO DE JUEGO, emitido en la RADIO POPULAR (COPE) SA, es una copia servil del formato, y por tanto un plagio, que corresponde originalmente a su CARRUSEL DEPORTIVO, en la forma en la que antes de agosto de 2010 venía siendo emitido por aquella actora.



Madrid

915353444

Administración  
de Justicia

Lo cierto es que RADIO POPULAR (COPE) SA, FRANCISCO GONZÁLEZ GONZÁLEZ y JOSÉ DOMINGO CASTAÑO SOLAR, en su informe de oposición a las medidas cautelares, no han negado siquiera que exista una enorme similitud entre el programa ahora realizado en RADIO POPULAR (COPE) SA, y el anterior de SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL. Y es un hecho directamente apreciable la práctica identidad entre un programa y otro, en cuanto a la forma de desarrollarse el mismo.

(6).- Valoración jurídica. Partiendo de la gran similitud de ambos programas a comparar, debe señalarse que como prestaciones de empresarios actuantes en el mercado de radiofonía están, en principio, sometidas al principio de libre imitación de las prestaciones e iniciativas ajenas en el mercado, al disponer el art. 11.1 Ley de Competencia Desleal (LCD) que "*la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre*".

La única salvedad a ello se recoge en el ult. incs. de dicho art. 11.1 LCD, al reseñar, como excepción a la libre imitabilidad, "*salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido en la ley*". Dichos derechos de exclusiva son los que confieren ciertas leyes sobre creaciones que atribuyen a su titular la facultad de excluir en el mercado el uso del objeto sobre tal creación por cualquier tercero. Ello ocurre con la Ley de Patentes, sobre creaciones de aplicación industrial, o con la Ley de Marcas, sobre signos distintivos de productos o servicios. En este caso, por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL se invoca el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), tal cual se señaló en los hechos.

Por ello, SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL sólo tendría derecho a impedir a RADIO POPULAR (COPE) SA, FRANCISCO GONZÁLEZ GONZÁLEZ y JOSÉ DOMINGO CASTAÑO SOLAR el uso del formato si se entiende que está protegido por tales derechos de propiedad intelectual, ya que de contrario caería en el principio de libre imitabilidad de prestaciones en el mercado.

(7).- Para gozar de la señalada protección, el formato del programa radiofónico de SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL tiene que reunir los requisitos exigibles para que una creación del ingenio humano se eleve a la categoría de propiedad intelectual.

En tal sentido dispone el art. 1 TRLPI que "*la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación*", sobre la determinación del acto generador del derecho de exclusiva, la creación, y la persona originariamente titular del mismo. En cuanto a su objeto, de forma descriptiva señala el art. 10.1 TRLPI que "*son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: a).- los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza, b).- Las composiciones musicales, con o sin letra; c).- Las obras dramáticas y dramático-*



Madrid

915353444



*musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales; d).- Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales; e).- Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas (...)."*

Del conjunto de tal descripción, la doctrina jurídica extrae de un modo pacífico los requisitos exigibles a una creación humana para obtener la protección de la propiedad intelectual: (i).- exteriorización de la obra bajo una forma determinada, para no amparar las meras ideas, (ii).- creatividad, como labor propia del ingenio humano, consistente en el traslado de una idea mental a una forma del mundo real; esto es, v. gr., el trasunto de la idea de una trama de hechos, a la concreta novela donde se plasma, y bajo la concreta forma ligüística plasmada, y (iii).- originalidad, de modo que pueda predicarse con carácter general que la forma de la creación es distinta y específica respecto de otras creaciones producidas en el mismo ámbito de creación humana, bien por que las supere, bien por que sea especial respecto de ellas.

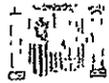
El requisito de la creatividad ha sido matizado por la jurisprudencia del TS, en el sentido de exigir una cierta elevación creativa de lo producido (*SsTS de 30 de enero de 1996*, sobre un folleto de montaje con instrucciones para mamparas de baño, o *de 13 de mayo de 2002*, sobre un anuncio por palabras con una oferta de empleo). Es una exigencia más bien destinada a excluir la poderosa protección exclusiva de la propiedad intelectual sobre producciones de muy escaso valor intelectual.

(8).- Trasladando tal doctrina a los formatos de programas, generalmente televisivos, existe una cierta controversia doctrinal. Se entiende que aquellos formatos o esquemas susceptibles de innovar sobre programas de concursos televisivos, contenidos especiales (v. gr., programas de cocina, adiestramiento de animales, variedades, debates o espectáculos) pueden gozar de la consideración de obra protegible por la propiedad intelectual, pero se ha venido denegando tal carácter por la doctrina de los formatos de programas destinados a transmitir informaciones.

En el uso habitual del tráfico jurídico, para identificar y perfilar con exactitud tal esquema de programa protegible, se suele fijar sobre los denominados "*paper format*", documento de muy reducida extensión que establece los elementos esenciales del programa a desarrollar, y "*tv. program format*", identificado popularmente como "la biblia", por su extensión y prolijidad en los detalles del formato, sobre prácticamente todos los aspectos del desarrollo del programa, como sintonías, luces, colores de fondo, disposición del público, escenario, tipo de presentador...

El formato invocado por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL carece de tal documentación, lo que sin ser determinante en definitiva para predicar si existe o no propiedad intelectual en el esquema que era de *CARRUSEL DEPORTIVO*, supone un cierto indicio, al no poderse comprobar que existiese un concreto acto de creación por un autor o grupo de ellos, con o sin cesión posterior de derechos a SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL, ni que se

915353444

Administración  
de Justicia

perfilase de modo fijo en tal documento todo el esquema del programa, en la manera en que es afirmada por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL.

Por otra parte, es evidente que el *CARRUSEL DEPORTIVO* no podía tener en origen, ni en largo tiempo, ciertos espacios que conforman su formato, según alegación de SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL, como por ejemplo "Mensajes de los oyentes", dada la naturaleza técnica de tal forma de comunicación. Esa variación del esquema, por lo demás falto de determinación documental, lleva a crear serias dudas sobre el requisito de exteriorización formal para gozar de la protección de la propiedad intelectual, ya que la fijaza de tal forma externa es un elemento de reconocibilidad de la obra misma. Ese reconocimiento es mas dificultoso cuando no existe una forma inmutable en el tiempo, sino que va integrando nuevos elementos.

(9).- Retomando la idea anterior, se ha venido negando por la doctrina que sean protegibles por esta vía de la propiedad intelectual formatos de programa destinados a la transmisión de noticias, ya que su contenido es la traslación narrativa de un hecho noticioso de la realidad, disponible en sí mismo a una generalidad de personas o al conjunto de la sociedad. Por ello, si existiese un derecho de propiedad intelectual habría de recaer en la manera de exponer la noticia, pero sobre ello existe un muy escaso margen de creatividad y originalidad, ya que el contenido le viene dado, e incluso la forma delimitada.

Ello se aprecia con el simple y directo examen, v. gr., de los denominados telediaros, en televisión, o programas de información general, en la radio, donde siempre se sigue un esquema aproximadamente igual (noticia de portada, información nacional, información internacional, sucesos, sociedad, deportes y la predicción del tiempo, con un locutor principal y algunos secundarios según la sección, y con sintonías o anuncios para separar una sección de otra).

En el caso del relato o retransmisión de hechos noticiosos de proyección pública y social, por su naturaleza misma de conocimiento público y de existencia de los hechos a relatar anterior e independiente del suceso contado al programa, lo relevante no es un formato original, según la doctrina, sino elementos como la aportación personalísima del profesional que lo relata, en la manera y talante en que lo hace, es decir, su forma personal de hacer, la condición de los comentaristas concurrentes (exjugadores o exentrenadores de tal o cual equipo) o tan colaterales como la orientación política, en informativos generales, o afinidad deportiva a un club determinado, en deportivos, que inspire la línea editorial del programa o la cadena.

Es decir, el valor añadido a la prestación de retransmitir un hecho público y noticioso no está en el formato del programa con que se haga, y por ello no merecería protección alguna que le confiera una posición de exclusiva (vd. *STS de 20 de febrero de 1992*, sobre conflicto entre "*Gulas del Románico en Zamora*"), sino en elementos accesorios al propio programa, como los apuntados antes. Y según la doctrina, a tales elementos, la personalidad del locutor, su manera personal de hacer, o la línea editorial del programa, son a los que se adscriben los oyentes o televidentes, a modo de clientela, y no a un mero formato del programa en sí, dada la comunidad de contenidos entre toda esa clase de programas.



Madrid

915353444



Por tanto, debe plantearse si el escaso valor electivo para el público que añade a la prestación el formato del programa no merece una protección tan fuerte y severa jurídicamente como la dispensada por la propiedad intelectual.

(10).- De hecho, puede comprobarse que sin llegar a la identidad, existe una cierta similitud y parecido entre todos los programas radiados, de distintas cadenas, destinados a dar cuenta de la jornada deportiva de la tarde del fin de semana. Todos ellos, en más o en menos, reúnen algunos o muchos de los elementos invocados para su formato por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL, como un locutor principal, más serio, acompañado de uno o varios locutores secundarios con intervenciones más amenizantes, efectos de sonido con deformación de voces, llamadas sonoras para denotar la consecución de goles, anuncios realizados en directo por el propio equipo que hace el programa, la elección de un partido de atención preferente, que de hecho suele ser el mismo en todas las cadenas,...

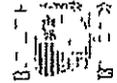
Se puede decir, con gran prudencia, que existe una manera tipo de llevar a cabo esta clase de programa, y la elección por el oyente de uno u otro depende más bien de elementos diversos del formato, como ya se apuntó antes. Esto es, la distintividad básica del programa para el público no está en su formato, sino en otros elementos, y el formato apenas puede tener alguna originalidad o creatividad sobre esa manera tipo de llevar a término la tarea de dar cuenta de la jornada futbolística, por lo que, de nuevo, difícilmente puede ser objeto de propiedad intelectual.

(12).- Debe recordarse que la prestación esencial de *TIEMPO DE JUEGO*, como lo era la del anterior *CARRUSEL DEPORTIVO*, es la transmisión de los eventos deportivos, como hechos noticiosos, lo que es demandado por los oyentes, y no ciertos elementos característicos según SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL integrantes del formato, como la emisión de anuncios en directo. El anuncio se emite por que el programa goza de audiencia, y esa audiencia acude al programa para la recepción de las noticias deportivas. Dichos anuncios no son más que la explotación económica de un programa con más o menos éxito, y los empresarios que se anuncian eligen uno u otro programa para efectuar su publicidad según la aceptación del programa por el público.

Lo que no puede hacerse es tratar de integrar con la prestación del programa, la retransmisión de la noticia deportiva, un elemento accesorio de explotación económica, como son los anuncios y su forma, para tratar de conformar como un todo unitario el formato. Su valor ha de buscarse, predominantemente en los elementos que integran la prestación, sin aunarlo a los anuncios.

(13).- Por otra parte, aunque se es consciente que la alegación de SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL sobre la concreción del formato de su *CARRUSEL DEPORTIVO* pasa por invocar la conjunción de tales elementos, lo cierto es que algunos de ellos no parecen tener demasiada entidad ni valor en sí mismos como para, al integrarse en la estructura que es el formato, contribuir decisivamente a otorgar al conjunto resultante ningún con carácter creativo y original, y menos hasta el punto de que reclame por ello ser obra de propiedad intelectual.

915353444

Administración  
de Justicia

Y así, está absolutamente generalizada en la práctica, ya radiofónica ya televisiva, la emisión de anuncios realizados en directo por el locutor o presentador de un programa, sin que exista un corte con emisión de una cuña pregrabada. Otro tanto ocurre con la existencia de espacios de interrelación con los espectadores, con invitación a que estos se manifiesten a través de mensajes cortos de telefonía. O el uso de un sonido como el del código "morse", cuya apropiación exclusiva difícilmente puede ser hecha para un formato radiofónico.

(14).- En ningún caso es prueba de la existencia de propiedad intelectual sobre el formato, como sostiene SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL el hecho de que en los contratos que en su día ligaron a FRANCISCO GONZÁLEZ GONZÁLEZ y JOSÉ DOMINGO CASTAÑO SOLAR con aquella, se ceda a la misma cualquier derecho de propiedad intelectual generado por las retransmisiones de tales locutores.

De entrada, esa afirmación es incoherente con el planteamiento jurídico de la propia SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL, que señala su propiedad sobre el formato, creado según ella de modo muy anterior a la incorporación de FRANCISCO GONZÁLEZ GONZÁLEZ y JOSÉ DOMINGO CASTAÑO SOLAR a dicha cadena, por lo que la reseña sobre cesión de derechos no puede estar referida al formato mismo, que es lo aquí invocado por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL.

Lógicamente, dicha reseña se refiere a la posible reutilización en otros medios de partes del programa ya grabadas realizada por tales locutores con anterioridad. Es decir, una cadena de radio distinta de SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL no podría al día siguiente difundir parte del programa del domingo anterior realizado por aquellos, sin el consentimiento de la propia SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL. Pero ello no se refiere al formato, sino al propio programa individual y concreto, de cada fin de semana, ya transmitido.

(15).- Ello reconduce a la circunstancia de que sea muy difícil, con carácter cautelar, esto es, en un momento tan temprano en el proceso, aún falto de fase completa de alegaciones y prueba, poder predicar con una cierta seguridad que el formato del programa señalado por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL goce de protección exclusiva por la propiedad intelectual, y por ende, pueda oponerse a un plagio.

No es tanto que quepa predicarse, en este momento cautelar, tan precipitado, que tales formatos carecen de entidad para ser objeto de propiedad intelectual, como que dadas las especiales dudas doctrinales y jurisprudenciales, no pueda realizarse un pronóstico de prosperabilidad de la pretensión de SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL, que integrase el *fumus boni iuris* exigido para acordar la medida.

(16).- Formato de anuncios. Además, SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL invoca derechos de propiedad intelectual, de modo independiente y separado, sobre los anuncios que en directo son radiados en TIEMPO DE JUEGO, principalmente por JOSÉ DOMINGO CASTAÑO SOLAR.



Madrid

915353444

Administración  
de Justicia

De entrada, aún cuando pueda bajo los requisitos apuntados en el ap. (7) de este RJ predicarse la propiedad intelectual sobre creaciones de finalidad publicitaria, dicha titularidad correspondería a su autor, o a los cesionarios del mismo, art. 1 TRLPI. Existe una controversia acerca de si JOSÉ DOMINGO CASTAÑO SOLAR, principalmente, decide cómo anunciará determinado producto o servicio, o si le viene dado lo que ha de decir por los publicistas, lo que fijaría en todo caso la titularidad sobre el posible derecho de propiedad intelectual, aquí no aclarado.

En todo caso, se entiende que lo impetrado por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL es de nuevo el formato sobre la manera de desarrollar los anuncios, sean cuales sean los productos anunciados. Como se aprecia, lo característico de tales anuncios es no estar pregrabados, sino que se realizan en directo, aprovechando para ello algún hito informativo (un gol, un penalti...), con empleo en la alocución de rimas y cancioncillas pegadizas. Como se aprecia, de nuevo, resulta harto dificultoso, al menos cautelarmente, predicar que tales elementos fijaran un formato de anuncio propiedad de SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL, para excluir su uso por otros sujetos, máxime cuando es notoriamente conocido el talante espacialísimo, atribuible a su personalidad, a su subjetividad en la manera hacer, con el que JOSÉ DOMINGO CASTAÑO SOLAR ejecuta tales anuncios.

#### CUARTO.- Costas.

El art. 736 LEC establece que la costas se decidirán en el incidente de medidas cautelares de acuerdo con las normas generales de los art. 394 y ss. LEC, para esta materia, que acogen el principio del vencimiento procesal objetivo como criterio de imposición de las costas.

En este supuesto, se ha de apreciar la especial concurrencia de dudas de hecho y de Derecho, frente a la evidencia de que por RADIO POPULAR (COPE) SA, se está prácticamente reproduciendo el programa anteriormente transmitido por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL, lo que comprensiblemente, por su alarma, puede motivar el recurso a la vía judicial, en fase cautelar, y especialmente cuando queda por examinar casi por completo la acción de competencia desleal. Ello determina que no deban imponerse las costas.

En virtud de lo expuesto dicto la siguiente

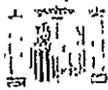
#### PARTE DISPOSITIVA

Debo desestimar y desestimo íntegramente la petición de medidas cautelares realizada por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN (SER) SL, de suspensión o cesación provisional en el programa de TIEMPO DE JUEGO de RADIO POPULAR (COPE) SA, de la temporada 2010/2011, de determinado formato o secciones fijas, así como de la suspensión de explotación de anuncios publicitarios o de su grabación en la página web de la demandada, así como el depósito de ingresos obtenidos por el programa *TIEMPO DE JUEGO*, deducidas



Madrid

915353444



Administración  
de Justicia

todas ellas frente a RADIO POPULAR (COPE) SA, FRANCISCO GONZÁLEZ GONZÁLEZ y JOSÉ DOMINGO CASTAÑO SOLAR.

Debo declarar y declaro que no procede condena en costas para ninguna de las partes litigantes en la presente pieza de medidas cautelares.

Notifíquese la presente resolución a los interesados, previniéndoles que contra ella cabe recurso de apelación, sin efecto suspensivo, dentro de los 5 días siguiente a su notificación.

Así por este mi auto, que dicto, mando y firmo.

***Diligencia.-** Seguidamente pasa a notificarse la presente resolución a las partes, por medio de sus procuradores, quedando la pieza a la espera de la prestación, en su caso, de la caución requerida, de lo que como Secretario de Justicia, DOY FE.*



Madrid