

CONSIDERACIONES SOBRE LOS DERECHOS AUDIOVISUALES ASOCIADOS A LAS COMPETICIONES DEPORTIVAS

Remarks on the audiovisual rights related to sporting competitions

SEBASTIÁN RIVERO SILVA¹

RESUMEN: El presente trabajo plantea una aproximación sintética a la cuestión de los derechos de explotación audiovisuales asociados a las competiciones deportivas y más concretamente, a la naturaleza de “derechos conexos” atribuidos por la jurisprudencia a las grabaciones de los partidos de fútbol español. De igual forma, se plantea la situación actual y problemas legales consustanciales a la piratería de este material audiovisual. En este afán, se tratan cuestiones de plena actualidad como puede ser el reciente auto de fecha 13 de febrero de 2024, emitido por el Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Barcelona, en el seno de las Diligencias Preliminares 27/2024-F o los numerosos expedientes sancionadores abiertos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a raíz de la alta conflictividad en relación con los antedichos derechos de explotación audiovisuales.

PALABRAS CLAVE: Derechos audiovisuales, fútbol, competiciones deportivas, derechos conexos, propiedad intelectual.

ABSTRACT: This paper presents a synthetic approach to the issue of audiovisual exploitation rights associated with sports competitions and, more specifically, to the nature of "related rights" attributed by case law to the recordings of Spanish soccer matches. Likewise, the current situation and legal problems related to the piracy of this audiovisual material are discussed. In this effort, we deal with current issues such as the recent Judicial Order dated February 13, 2024, issued by the Commercial Court No. 8 of Barcelona, within the Preliminary Proceedings 27/2024-F or the numerous sanctioning proceedings opened by the National Commission of Markets and Competition because of the high conflict in relation to the aforementioned audiovisual exploitation rights.

KEYWORDS: Audiovisual rights, soccer, sports competitions, related rights, intellectual property.

SUMARIO: I. La naturaleza jurídica de los derechos asociados a competiciones deportivas. II. El caso particular de las competiciones deportivas en España. III. Sobre el problema de la piratería de las grabaciones de las competiciones de fútbol en España. IV. Conclusiones. Bibliografía.

¹ Exasesor de la Misión Permanente de España ante las Naciones Unidas, actualmente abogado ejerciente (Rivero & Gustafson Abogados), miembro del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid. Profesor de Derecho Mercantil en la UEMC Business School, de la Universidad Europea Miguel de Cervantes y en ESERP Business & Law School, de la Universidad Rey Juan Carlos. srsilva@riverogustafson.com

I. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS ASOCIADOS A COMPETICIONES DEPORTIVAS

La cuestión de los derechos asociados a la explotación económica de competiciones deportivas y en particular, de partidos de fútbol, ha sido históricamente debatida en el seno de diferentes jurisdicciones. De una parte, encontramos la postura del Tribunal Europeo de Justicia, en tanto que niega que, a un partido de fútbol, se le pueda asociar el carácter de activo de propiedad intelectual, a los efectos de la Information Society Directive 2001/29/EC, del Parlamento Europeo. Así, lo refiere dicho tribunal mediante las resoluciones relativas a las causas denominadas *Football Association Premier League v QC Leisure*, caso n.º C-403/08 (2011) y *Karen Murphy v Media Protection Services Limited*, caso n.º C-429/08 (2011).

De otra parte, jurisdicciones como la española, han venido reconociendo el carácter artístico, innovador y distintivo del fútbol como un elemento que merece protección como activo de propiedad intelectual y así lo reconoce nuestro Tribunal Supremo (2022) en la Sentencia n.º 546/2022, que se expresa en los siguientes términos, a saber:

“(…) en este punto la Sala coincide con la tesis del Fiscal y la Liga de Fútbol Profesional- son verdaderas prestaciones que han de gozar de la tutela jurídica que dispensan los derechos de la propiedad intelectual”.

“Tal grabación audiovisual, aun no teniendo por objeto creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del artículo 86 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (art. 120.1 de dicho texto), genera para su productor unos derechos ‘afines’, con naturaleza de derechos de exclusiva de naturaleza exclusivamente patrimonial”.

Y, de otra parte, encontramos otras jurisdicciones cuyas normas de propiedad intelectual, al no requerir una excesiva originalidad o inventiva, tal y como es el caso de Reino Unido, han asimilado las competiciones deportivas a obras dramáticas o de teatro, confiriendo así pleno derecho de propiedad intelectual y lo que en derecho anglosajón se denomina como “copyright” (Elam, 2015).

Salvando posturas *ad hoc*, derivadas de particularidades legislativas, como la de Reino Unido, lo cierto es que el Tribunal Supremo de España y el Tribunal Europeo de Justicia, con evidentes diferencias doctrinales, asimilan los derechos asociados a la grabación de competiciones deportivas, a los derechos que puede tener una discográfica sobre un álbum musical de su repertorio. Esto es, no derechos “de autor”, sino “conexos” o “afines”. Por lo tanto, no estaríamos ante una obra que generase derechos de autor, al amparo del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, sino ante un contenido audiovisual que genera derechos afines, al amparo al amparo del Convenio de Roma, sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

Habida cuenta de lo desfasado del Convenio de Roma, circunstancia que ha sido puesto de relevancia por un sector de la doctrina (Ruijsenaars, 2018), dicho tratado debe ser interpretado, en lo que respecta a las competiciones deportivas, conjuntamente con

otros textos internacionales de referencia en la materia, tal y como el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (En adelante, el “WPPT”) o el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (en adelante, el “Tratado de Beijing”).

En este mismo sentido, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2016) define los derechos conexos o afines como aquellos que tienen por objeto “proteger los intereses legales de determinadas personas y entidades jurídicas que contribuyen a la puesta a disposición del público de obras o que hayan producido objetos que, aunque no se consideren obras en virtud de los sistemas de derecho de autor de todos los países, contengan suficiente creatividad y capacidad técnica y organizativa para merecer la concesión de un derecho de propiedad que se asimile al derecho de autor”.

El alcance de los derechos conexos, en contraposición a la clara y delimitada extensión de los derechos de autor, ha sido una cuestión muy debatida por la academia (Díaz y García Conlledo, 1990) y en cierta medida, mantiene hoy día una naturaleza casuística. Por el contrario, es pacífico que, siendo que los derechos de autor se componen de (a) derechos patrimoniales o de explotación económica y (b) derechos morales, o asociados intrínsecamente al autor e indelegables, los derechos conexos carecen de componente moral, por cuanto no existe un autor capaz de reclamar paternidad o de sentirse ofendido por una desconfiguración de la obra.

Siendo pacífico pues que las competiciones deportivas merecen la protección que la Ley otorga a los derechos conexos y habida cuenta de que el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, no contempla previsiones específicas para los derechos conexos o afines, se presenta imperativo una revisión de los antedichos tratados internacionales que configuran la protección de éstos. En este sentido, de un estudio conjunto de los arts. 6 a 12 del Tratado de Beijing y de los Arts. 11 a 14 del WPPT, podemos afirmar que los derechos afines, de naturaleza exclusivamente económica, de los titulares de las grabaciones – muy particularmente, aunque no de forma exclusiva, para su retransmisión en directo - de competiciones deportivas se concretan en los que siguen, a saber: (a) fijación, (b) copia, (c) reproducción, (d) distribución, (e) comunicación al público y (f) cesión.

De este modo, la explotación económica, inclusive por *streaming* y en diferido de las competiciones deportivas por parte de los titulares de derechos conexos afectos a las mismas pasará necesariamente por gran parte o todas las antedichas facultades. En este contexto, algunos autores han venido estudiando el denominado “derecho de arena” (Chaves y Vanegas, 2022), en referencia al derecho de los organizadores de competiciones deportivas para fijar y comerciar con las grabaciones de las mismas, inclusive retransmisión en directo. Si bien se trata de una mera re-formulación de lo que veníamos a referir anteriormente.

Merece la pena comentar que, en este mismo sentido, la Audiencia Nacional (2015), mediante la sentencia n.º 303/2015 pone de manifiesto que los derechos de afines no se extienden al comentario radiofónico de éstos. Por virtud de la antedicha resolución judicial, se avaló la negativa de las emisoras españolas de radio a abonar un canon de “emisión radiofónica” que el titular de los derechos pretendía cobrar por primera vez de forma sorpresiva.

Una vez hemos vislumbrado la naturaleza y composición de derechos asociados a la comercialización de competiciones deportivas, resulta de especial importancia una reflexión que consisten en no confundir el continente con el contenido. En este sentido, pese a que la grabación de una competición deportiva no sea en sí misma un activo que genere derechos de autor, dicha grabación se compone de forma efectiva y evidente de diversos activos tanto de propiedad intelectual como industrial. Es por esto que los diferentes clubes deportivos, de cara a la explotación de los derechos de las correspondientes grabaciones de las competiciones, deberán tener en cuenta que cualesquiera actuaciones en directo, marcas registradas de patrocinadores e incluso derechos de imagen de los futbolistas podrán ser grabadas y comercializadas. Así, esta circunstancia deberá reflejarse en los contratos bajo los cuales se produzcan tales actividades, durante cada competición.

II. EL CASO PARTICULAR DE LAS COMPETICIONES DEPORTIVAS EN ESPAÑA

Si las precedentes páginas se extendían sobre la naturaleza jurídica de los derechos asociados a las grabaciones de las competiciones deportivas, las que siguen a continuación se extienden sobre la difícil cuestión de dilucidar quién es el titular de dichos derechos y qué retribución debe percibir por las mismas. Muy particularmente, nos extendemos sobre la casuística de las competiciones deportivas futbolísticas en España.

Conviene traer a colación la reflexión de páginas precedentes sobre el continente y el contenido: pese a lo que pudiera parecer, el continente no es – o por lo menos no tiene por qué ser - titularidad de todos aquellos titulares del contenido. O lo que es lo mismo, el patrocinador que incluye hasta la extenuación la marca de su producto en un partido Real Madrid vs. Barcelona F.C., no es el titular de la grabación de dicho partido. Por el contrario, es quien graba dicho partido – el club de fútbol local -, el que ostenta la condición análoga a la de productor fonográfico y por consiguiente, ostenta los derechos afines sobre la grabación de dicha competición (Margoni, 2016).

En España, al amparo del denominado “principio de libertad contractual”, previsto en el art. 1255 del Código Civil, establece que está permitido todo negocio que no sea contrario a la moral, ley ni orden público. Y bajo este contexto, hasta el año 2016, los distintos clubes de fútbol españoles vinieron explotando de forma individual las diferentes grabaciones (muy particularmente en directo, mediante retransmisión) de las competiciones deportivas que se grababan en sus respectivos estadios de fútbol, todo ello, al amparo de la protección otorgada como derecho “conexo” o “afín” dictaminado por la jurisdicción española, según las resoluciones a las que antes nos hemos referido.

Este periodo, que podemos denominar, con motivo de lo que más adelante se dirá, como “pre-intervencionista”, estuvo marcado por diversos conflictos entre los distintos clubes de fútbol, las grandes corporaciones de entretenimiento nacionales y diferentes cadenas de televisión de España, acabando gran parte de ellos siendo objeto de investigación y sanción por parte de la Comisión Nacional del Mercado y de la

Competencia Español (CNMC). A efectos ejemplificativos, merece referir los siguientes expedientes, a saber:

- De una parte, la aún denominada Comisión Nacional de la Competencia (2011), mediante la resolución del expediente n.º S/0153/09, puso de relieve que los grandes tenedores de derechos sobre las grabaciones, por haberlas adquirido a los clubes, forzaban a comprar paquetes con servicios adicionales a televisiones nacionales y regionales que quisieran los derechos sobre uno o varios partidos.
- De otra parte, la Audiencia Nacional (2016) mediante Sentencia bajo n.º de registro general 04851/2013, en relación con la resolución del expediente n.º S/0421/12 de la CNMC, puso de manifiesto la existencia de conductas que podrían calificarse como presiones – con distinta relevancia jurídica -, contra los clubes de fútbol para la venta a los grandes operadores de contenidos en unas condiciones determinadas, beneficiosas para éstos últimos.
- Y de otra parte, el Tribunal Supremo (2016), mediante n.º 4618/2016, en relación con la resolución del expediente n.º S/0006/07 de la CNMC, puso de manifiesto, la existencia de distintas conductas, que se llegaron a calificar como cartelísticas – con distinta relevancia jurídica -, entre grandes operadores y distintos clubes de fútbol, al objeto de repartirse el mercado de los derechos sobre las competiciones deportivas y abusar de una posición de dominio conjunta sobre el mismo.

En este contexto de gran conflictividad, que algunos autores han venido denominando incluso como la “guerra del fútbol”, (Calderón, Recasens, & Nevado, 2017), el Gobierno decide introducir el concepto de centralización en la comercialización de los derechos asociados a las grabaciones y muy especialmente, retransmisiones en directo de las competiciones deportivas. Nace así el Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional, con evidente vocación pacificadora. Según el primer artículo de dicha norma, el ámbito de aplicación se extiende a las siguientes competiciones: “Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División, a la Copa de S.M. el Rey, a la Supercopa de España y al resto de competiciones de ámbito estatal, tanto masculinas como femeninas, organizadas por la Real Federación Española de Fútbol”.

De este modo, a partir de la temporada 2016/2017, los derechos de retransmisión en directo y en diferido de las distintas competiciones, siendo titularidad de cada uno de los clubes que procedan a la grabación en su condición análoga de “productor fonográfico” al amparo del Convenio de Roma, deberán ser forzosamente cedidas al organizador de la respectiva competición, quien tendrá obligación de comercialización en unas condiciones muy concretas, a saber:

“mediante un procedimiento público, transparente, competitivo y sin discriminación de licitadores, basado en criterios objetivos entre los que deberán figurar, principalmente, la rentabilidad económica de la oferta, el interés deportivo de la competición, y el crecimiento y el valor futuro de los derechos audiovisuales que pueda aportar el adjudicatario”

Queda en todo caso a salvo los canales de TV de los distintos clubes de fútbol, que podrán seguir retransmitiendo en directo y en diferido las competiciones, siempre que dichos canales estuvieren dedicados en exclusiva a dicha labor. Por ejemplo, el caso de Real Betis TV, dedicado a promocionar el club Real Betis Balompié en exclusiva, sin que existan otro tipo de contenidos. De este modo, salvo esta excepción, los clubes pierden el amparo ofrecido por el art. 1255 del Código Civil antes referido, por cuanto la Ley ya no permite, en términos generales, la libre comercialización de los derechos sobre las grabaciones de los partidos. En este mismo contexto, con clara intención en evitar discriminaciones entre clubes y nueva conflictividad, se fija en esta nueva norma reglas específicas de distribución de beneficio entre los clubes, que deberá respetar el organizador de la competición y nuevo cesionario forzoso.

Sobre esta nueva norma, la CNMC (2014) se pronuncia mediante el informe referenciado como IPN/CNMC/0001/14. En éste, se indica que, si bien el nuevo modelo puede presentar ventajas frente al pasado modelo, existen todavía recomendaciones no implementadas, como pudieran ser (a) no requerir informe vinculante de la CNMC para evitar dilatar los procedimientos sancionadoras de ésta mediante recurso contencioso administrativo, (b) fijar criterios objetivos verificables para el reparto de beneficios entre los clubes y (c) crear incentivos a los propios clubes, para una mejor competencia entre ellos

Sin perjuicio de lo anterior, y con independencia del periodo “pre” o “post” intervencionista a los que nos hemos venido refiriendo anteriormente, ha sido voluntad del legislador español, a través del Art. 19.3 de Ley Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, que “el derecho de emisión en exclusiva no puede limitar el derecho a la información de los ciudadanos”, concretado posteriormente en que los titulares de los derechos en exclusiva “deben permitir a los restantes prestadores la emisión de un breve resumen informativo en condiciones razonables, objetivas y no discriminatorias”. Sobre este particular conviene traer a colación la resolución de la CNMC (2016) CFT/DTSA/012/15/ATRESMEDIA/MEDIASET. Mediante esta resolución se viene a fijar el derecho de los no titulares en exclusiva a emitir un resumen de 90 segundos de cada partido, alcanzando dicho derecho un lapso temporal no superior a 24 horas tras la finalización del partido en cuestión.

III. SOBRE EL PROBLEMA DE LA PIRATERÍA DE LAS GRABACIONES DE LAS COMPETICIONES DE FÚTBOL EN ESPAÑA

Más allá de la obviedad y es que tanto la retransmisión en directo como la explotación en diferido alcanzan los derechos afines constatados por el Tribunal Supremo en la ya citada sentencia n.º 546/2022, permite a su titular (a) impedir dicha retransmisión, (b) comerciar dicha retransmisión y (c) perseguir judicialmente a todo aquel que proceda al quebranto de los derechos afines que ostenta sobre las grabaciones deportivas, a saber: fijación, copia, reproducción, distribución, comunicación al público, alquiler y cesión.

En este último contexto, apartado (c), encontramos un gran problema, de naturaleza mixta, asociado a la idiosincrasia española. De una parte, el fútbol se configura como

elemento nacional integrador, en el cual todo ciudadano tiene “un equipo” con un evidente y sólido sentimiento de pertenencia (Llopis-Goig, 2013), al igual que ocurre con otras naciones, como la Argentina (Gil, 2000). De otra parte, en este mismo contexto de sentimiento de pertenencia y de configuración nacional, es uso común – más en una economía monopolizada por el sector terciario - que los bares emitan sin permiso del titular de los derechos, diversos partidos de fútbol cuya radiotransmisión está restringida. (Abad, 1998).

Ahora bien, existen distintos tipos de “piratería” que pueden implicar quebranto de los derechos afines relativos a las grabaciones de competiciones deportivas. Merece comentar el reciente auto de fecha 13 de febrero de 2024, emitido por el Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Barcelona (2024), en el seno de las diligencias preliminares 27/2024-F. Se trata de un procedimiento judicial tasado en el Art. 256 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por virtud del cual la Justicia sienta un precedente de gran importancia: Las operadoras de internet deberán facilitar la información relativa a las direcciones de IP que facilitan el denominado “cardsharing”. Esta es una modalidad de piratería que implica la ilegal puesta a disposición del público de una conexión legítima, esto es “compartir la tarjeta”. Esta controvertida resolución fue posteriormente matizada por el mismo el mismo Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Barcelona (2024), indicando que se facilitarían datos tendentes a la identificación de los sistemas y los titulares de éstos, que permiten el “cardsharing”, pero no de usuarios finales. El denominado “cardsharing” es el sistema por excelencia para el ilegal visionado de fútbol en locales abiertos al público.

Mediante esta matización, mantiene la jurisdicción española una postura proteccionista con respecto al usuario final del contenido pirateado. Una postura que choca frontalmente con la de otros sistemas jurídicos, como ocurre en la jurisdicción norteamericana, en la cual, los usuarios finales reciben normalmente notificaciones del titular de los derechos del contenido pirateado, exigiendo el pago de una compensación para evitar una denuncia o demanda (Manta, 2010). Esto ocurre precisamente porque, conforme a normativa norteamericana, las operadoras están obligadas a dar los datos asociados a las direcciones IP de los usuarios finales, aquello que niega la jurisdicción española.

En puridad, el contenido pirateado no puede generar un daño real y efectivo, salvo que exista audiencia para el mismo, por lo que en función de la implicación del consumidor final y las tareas más o menos complicadas que haya efectuado el consumidor para obtener ilegal acceso al mismo, se entiende como razonable la postura norteamericana. Ahora bien, en España mediante el antedicho precedente, se mantiene la persecución hacia el titular del sistema que permite el pirateo, guardando silencio, por lo general, en relación con el rol usuario final en cuanto al acceso y disfrute del contenido pirateado, aunque dicha conducta fuere claramente ilícita. A mayores, en nuestra jurisdicción se prevé de forma genérica exención de responsabilidad del prestador de servicios de internet en perjuicio del “autor del quebranto” (Plantada, 2006). Ahora bien, no ocurre lo mismo, por ejemplo, en cuanto a los usuarios de redes P2P, en tanto que colaboradores activos de la conducta ilícita, por compartir de forma consciente los archivos – en este caso partidos de fútbol -, alojados en su propio ordenador (Castello Pastor, 2016).

Indicábamos en páginas anteriores que los derechos “afines” de las grabaciones de competiciones deportivas se extienden no únicamente a retransmisión en directo, que puede verse afectada de forma directa por los “cardsharers” y es el principal problema de los titulares de derechos. Además, se puede ver afectada por el acceso ilegítimo a las grabaciones de partidos pasados. Esta última modalidad es sin duda la más complicada de cubrir. En términos jurídicos, la jurisdicción española diferencia dos tipos de conductas en cuanto al ilegal acceso a contenidos pirateados “con” o “sin” alojamiento en el hosting de aquella web que permita el acceso.

Sobre páginas web que alojen las grabaciones de competiciones deportivas, la cuestión es evidente, por cuanto dicha conducta equivale a una ilegítima comunicación al público, en claro quebranto de los derechos afines reconocidos. En este sentido, las plataformas generalistas de alojamiento de vídeos, tales como Youtube, Facebook o Vimeo cuentan con sistemas tanto automáticos como de revisión humana para eliminar cualquier contenido que quebrante derechos de autor o afines. (Berkowitz, 2021) De igual modo, páginas web privadas que anuncian directamente el alojamiento de contenidos sujetos a propiedad intelectual son regularmente desindexadas de buscadores tipo Google o bloqueadas por el prestador de servicios de internet a petición del titular de los derechos. Estas páginas pueden alojar directamente los contenidos o utilizar algún sistema de almacenamiento como *Mega* (anteriormente, *Megaupload*) (Moreno Muñoz, 2012).

En relación con la segunda aproximación a la cuestión, esto es “sin alojamiento” debemos primeramente tratar el precedente por excelencia de aplicación en toda la Unión Europea, el caso C-466/12, seguido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2014). Por medio de dicha resolución, se indica que facilitar meras direcciones URL, sin alojamiento de ningún tipo de contenido, no supone un acto ilegítimo de “comunicación al público” siempre que el público sea el mismo al que pretende llegar el titular original de los derechos, en este caso afines.

La antedicha sentencia del Caso C-466/12 no se extiende con el detalle deseado sobre qué ocurre con los enlaces a contenidos no autorizados y que se encuentran restringidos por el titular de los derechos (De la Iglesia, 2014). En este contexto, tendríamos que esperar dos años más, para conocer la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2016), en relación con el caso C – 160/15, cuyo análisis expresamente se centra sobre los enlaces a contenidos ilegales y ha sido debidamente estudiado por la doctrina (Aparicio Vaquero, 2017). Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea asocia la ilicitud de la conducta de “puesta a disposición” de enlaces a contenidos ilegales, por considerarlo como “comunicación pública”, derecho expresamente reservado al titular de la obra, a dos circunstancias clave: (a) El lucro que en la puesta a disposición de las URL con destino al contenido protegido y (b) El conocimiento o razonable posición de conocimiento con respecto a lo ilegal del contenido al que enlaza la URL.

De este modo, encontramos en España decenas de páginas web que, de forma gratuita, facilitan URLs de servicios de hosting que conducen a partidos ya grabados. La coartada es doble: El titular de la web se lucra con publicidad, no con la puesta a disposición de URLs, que es “gratuita” para el usuario, así como el citado titular no es

quien sube las URLs, sino que permite a usuarios anónimos subir los enlaces. Dichos enlaces cuentan con una “página previa”, a su vez con más publicidad, siendo éste el negocio del usuario que sube el enlace URL, la publicidad de la “página previa”.

Es decir, la jugada de la piratería mediante disposición de URLs consiste en que puedo ver un partido Real Betis Balompié – Sevilla F.C., mediante una URL a un servidor de hosting, con servidores generalmente radicados en países no colaboradores con las autoridades de la Unión Europea. Para acceder a dicha URL, entro en un dominio de internet, que, por lo general, nunca será “.es”, estando el dominio registrado mediante algún servicio extranjero igualmente no colaborador. Una vez en la página, ésta me mostrará publicidad y “popups”, pero nunca me cobrará como tal por el acceso al enlace URL. El enlace URL me llevará a una “previa” con publicidad, esta publicidad es la que rentabiliza el usuario anónimo que ha subido el partido al servicio de hosting extracomunitario y finalmente, tras saltar la “previa”, puedo acceder al servicio hosting que aloja el partido y contiene a su vez más publicidad, esta vez en beneficio del propio servicio de hosting que es quien cobra al usuario anónimo por el espacio de almacenamiento.

De esta forma, se pretende justificar que “no hay lucro” por cuanto ni el servicio web de almacenamiento de URLs ni el usuario que sube la URL al servicio de almacenamiento cobran por acceder a la URL (se lucran en cambio de la publicidad asociada a la URL), al tiempo que, en los términos y condiciones de los servicios web de almacenamiento de URLs, se descarga de responsabilidad en el usuario que “sube” una URL al sistema, siendo éste último el responsable de que ésta URL no permita el acceso a un contenido que infrinja derechos de propiedad intelectual, sea cual fuere su naturaleza.

IV. CONCLUSIONES

Las grabaciones de las competiciones de fútbol, en sus distintas modalidades (retransmisión en directo por canal cerrado, grabado, por *streaming...* etc.), han encontrado diverso y variopinto acomodo en las distintas jurisdicciones nacionales, en el caso de España, mediante la protección de los denominados “derechos conexos”. Esta circunstancia ha servido de base jurídica para ejecutar negocios jurídicos de todo tipo entre los titulares de dichos derechos, sean quienes fueren, y aquellos que desean, previo pago al titular, la comercialización de estos al público.

Por su especial incidencia en la idiosincrasia nacional, en España la antedicha comercialización ha generado una serie de problemas jurídicos denominados como la “guerra del fútbol”, particularmente en el sector del derecho de la competencia. En este sentido, la salomónica solución gubernamental de centralizar forzosamente la comercialización en el organizador de las competiciones y no en los respectivos titulares de los estadios en los que se celebran éstas, parece haber reducido la antedicha litigiosidad. Sin perjuicio de lo cual, no parece que haya generado una mayor protección frente a la piratería de dichos contenidos, ni puede verse justificada en algún tipo de justicia o solidaridad en el reparto de beneficios entre los distintos equipos.

Pese al esfuerzo en los Tribunales de los nuevos titulares forzosos de estos derechos conexos, esto es, los organizadores de las competiciones sujetas al Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, no parece que la jurisdicción española vaya a abandonar la postura proteccionista frente al usuario final del contenido pirateado, manteniendo así la perspectiva de persecución limitada a aquel que, conscientemente y con ánimo de lucro, permita al usuario final acceder a los contenidos sujetos a la protección propia de los derechos conexos.

Bajo este paradigma jurisprudencial se presentan serias dudas sobre cómo será posible a futuro la protección de los derechos conexos de las grabaciones deportivas en un país en el que (a) es de uso común la visualización de partidos de fútbol en espacios públicos y en el que (b) los Juzgados y Tribunales no acaban de lanzarse a perseguir a los usuarios finales, tal y como ocurre en otras jurisdicciones. Tal vez sea conveniente que, en aras de mayor claridad con todos los involucrados, la jurisdicción española plantease lo obvio: que la visualización del fútbol, más si es en compañía y acompañado de refrigerios, es un bien cultural a proteger, incardinado en la sociedad de nuestro país y consecuentemente, de muy difícil limitación legal o judicial.

JURISPRUDENCIA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (Gran Sala), Sentencia sobre el caso Football Association Premier League v QC Leisure, n.º C-403/08 de fecha 4/10/2011.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (Gran Sala) Sentencia sobre el caso Karen Murphy v Media Protection Services Limited, n.º C-429/08. (2009, 23 de abril), de fecha 4/10/2011.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), Sentencia sobre el caso Svensson y otros v. Retriever Sverige AB, n.º C-466/12, de fecha 13/02/2014.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), Sentencia sobre el caso GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV y otros, n.º C-160/15, de fecha 8/11/2016.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera), Sentencia n.º 2292/2016, de fecha 25/10/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 546/2022 de fecha 02/06/2022. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Sexta), Sentencia n.º registro general 04851/2013 de fecha 14/04/2016. Ponente: Excmo. Sra. D^a. Berta Santillán Pedrosa.

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Octava), Sentencia 303/2015 de fecha 28/01/2015. Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Luis Ruiz Piñero.

Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Barcelona (2024) Auto de fecha 13 de febrero de 2024, Diligencias Preliminares 27/2024-F.

Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Barcelona (2024) Auto de fecha 27 de marzo de 2024, Diligencias Preliminares 27/2024-F.

BIBLIOGRAFÍA

Abad, L. C. (1998). Cultura alimentaria y deporte: comensalía y fútbol. *Deporte y Calidad de Vida*.(4), pp. 71-84.

Aparicio Vaquero, J. P. (2017). Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de septiembre de 2016, asunto c-160/15, gs Media bv vs. Sanoma Media Netherlands bv, Playboy Enterprises International Inc. y Britt Geertruida Dekker.

Bercowitz, A. E. (2021). Are YouTube and Facebook canceling classical musicians? The harmful effects of automated copyright enforcement on social media platforms. *Notes*, 78(2), pp. 177-202.

Calderón, F. A., Recasens, A. A., & Nevado, A. C. (2017). La guerra del fútbol: Regulación, adquisición y explotación de los derechos para las retransmisiones televisivas del fútbol en España, desde la llegada de la tv privada hasta hoy. *Derecom*, (22), 1.

Castello Pastor, J. J. (2016). La responsabilidad indirecta de los prestadores de servicios de la sociedad de la información e intermediarios a la luz del artículo 138. II de la Ley de Propiedad Intelectual (Indirect liability of ISPs and intermediaries in light of article 138. II of the Spanish Intellectual Property Law). *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, ISSN, pp. 1139-7179.

Chaves, I. V., & Vanegas, C. A. V. (2022). De los eSports y la propiedad intelectual a los Derechos sobre las emisiones en Internet: el caso de la Fórmula 1. Retos: nuevas tendencias en educación física, deporte y recreación, (46), pp. 852-863.

De la Iglesia, A. (2014) Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Svensson: Sobre la Naturaleza Jurídica de las Obras Protegidas por Derechos de Autor. *Actualidad Jurídica* (1578-956X), (37).

Díaz y García Conlledo, M. (1990). Los derechos de autor y conexos: Su protección penal, cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, pp. 803-858.

Elam, V. (2015). Sporting events as dramatic works in the UK copyright system. *ESLJ*, 13, 1.

Gil, G. J. (2000). Monopolio televisivo y 'gerenciamiento': el fútbol como mercancía. *Revista digital Educación Física y Deportes*, 5, p. 26.

Llopis-Goig, R. (2013). Identificación con clubes y cultura futbolística en España. Una aproximación sociológica. *RICYDE. Revista Internacional de Ciencias del Deporte*, 9(33), pp. 236-251.

Manta, I. D. (2010). The puzzle of criminal sanctions for intellectual property infringement. *Harv. JL & Tech.*, 24, 469.

Margoni, T. (2016). The protection of sports events in the EU: Property, intellectual property, unfair competition and special forms of protection. *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 47(4), pp. 386-417.

Moreno Muñoz, M. (2012). Propiedad intelectual, seguridad y control de las comunicaciones en Internet. Impacto sociocultural del fenómeno Megaupload. *Gaceta de Antropología*, 22(2).

Plantada, R. X. (2006). La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, (2), 0.

Ruijsenaars, H. (2024). A WIPO broadcasters' treaty: The final decision is long overdue. *European Intellectual Property Review* 46(2), pp. 89-101.