



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 36 MADRID

CAPITAN MAYA 66-5,

26120

N.I.S.: 28078 1 0126276 /2007

Procedimiento: 2ª MEDIDAS CAUTELARES RESCISO 2007 - PROMEXICACIÓN

De D/ra. AUDIOVISUAL SPORT, S.L.

Procurador/a Sr/a. ARGONERO VAZQUEZ GUILLEN

Contra D/ra. MEDIAPRODUCCION, S.L.

Procurador/a Sr/a. CONSUELO RODRIGUEZ ORCON

ILUSTRE COLEGIO DE PROCURADORES DE MADRID

9 OCT 2007

9 OCT 2007

CEDULA DE NOTIFICACION

D. MIGUEL ANAYA DEL OLMO, hace saber que en los autos de referencia, se ha dictado la resolución que copiada literalmente es como sigue:

AUTO

En Madrid a ocho de octubre de dos mil siete visto el estado que mantiene este Juicio, procede dictar la presente resolución en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador Sr. Vázquez Guillen en nombre y representación de AVS solicito la adopción de la medida cautelar que consta en su escrito y que se considera reproducida en la presente.

SEGUNDO.- Por providencia de 26 de septiembre de 2007 se cito a las partes a vista el día 5 de octubre de 2007 a las 10.00 horas.

Siendo el día y hora señalado, abierto el acto la parte actora se afirmo en la medida solicitada. La parte demandada se opuso en base a las alegaciones que constan en el correspondiente soporte informático. Recibido el pleito a prueba la parte demandante propuso prueba documental, la parte demandada propuso prueba documental, admitidos los medios de prueba propuestos quedaron los autos en poder del proveyente para resolver.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se opone el demandado a la medida cautelar solicitada alegando litispendencia respecto a la primera medida cautelar solicitada por el actor al ser el petitum idéntico y no haberse producido hechos nuevos que motiven un cambio respecto de la parte dispositiva del auto de 29 de agosto de 2007.

Ha de recordarse que respecto de la litispendencia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones el TS. En cuanto a su finalidad ha sido puesto de manifiesto en múltiples Sentencias (14 de noviembre de 1998 EDJ 1998/23093 entre



Madrid



Administración de Justicia

otras) que la excepción de litispendencia trata de evitar que sobre una misma controversia, sometida al órgano judicial con anterioridad, se produzca otro litigio posterior con posibilidad de establecer resoluciones judiciales que resulten contradictorias, conforme reiterada y conocida doctrina jurisprudencial, actuando como institución jurídica preventiva y de tutela de la cosa juzgada (SS. 25 noviembre 1993 EDJ 1993/10682 y 8 julio 1994 EDJ 1994/5875 . En igual sentido Sentencia de 28 de marzo de 1999). Igualmente cabe apreciar la excepción cuando el pleito anterior interfiere o prejuzga el segundo, ante la posibilidad de dos fallos que no puedan concurrir en armonía decisoria, al resultar interdependientes. (SS. 17 mayo 1975, 22 junio 1987 EDJ 1987/4952, 25 noviembre 1993, 27 octubre 1995 EDJ 1995/6662 y 23 marzo 1996 EDJ 1996/1466).

En el caso que nos ocupa la excepción de litispendencia debe ser rechazada al no existir identidad entre el primero de los pedimentos de la primera medida cautelar (prohibir a Mediapro cualquier acto de disposición y explotación de los derechos audiovisuales cedidos a AVS en concreto de los clubes Real Racing Club SAD, Athletic Club , Real Zaragoza, Valencia, Villareal, Levante y Sevilla y los de la segunda medida solicitada que se extiende al Real Madrid, Real Club Deportivo Mallorca, Barcelona, Valladolid Unión Deportiva Almería, Real Betis Balompié, Real Club Recreativo de Huelva, Atlético Osasuna, Atlético de Madrid, Real Club Deportivo Espanyol de Barcelona Real Club Deportivo de la Coruña y Getafe Club de Fútbol, es evidente que la presente medida difiere en cuanto al objeto de los clubes sobre los que se solicita la medida.

Respecto a la alegación de que no cabe apreciar hechos nuevos para la adopción de la medida, la misma debe ser rechazada al existir hechos nuevos no tenidos en cuenta por el juzgador a la hora de dictar el auto de fecha 29 de agosto de 2007, como son la primera ampliación de la demanda no tenida en cuenta al ser el mes de agosto inhábil para la tramitación de dicha ampliación y la segunda y tercera ampliación a la demanda interpuestas con posterioridad, sino también los contenidos en el escrito de contestación a la demanda y la reconvencción interpuesta por el demandado. A lo que hay que añadir el hecho no controvertido, al ser público y notorio , de la difusión en régimen abierto de partidos de fútbol por el canal de televisión La Sexta en régimen abierto al margen del acuerdo de 24 de julio de 2006, sobre cuyo cumplimiento o resolución basan las partes el pleito principal. En consecuencia debe desestimarse la excepción alegada y entrar al conocimiento de los requisitos que deben observarse para que la medida cautelar solicitada pueda prosperar.

SEGUNDO.- Las medidas cautelares son un mecanismo para asegurar la efectividad de la tutela impetrada en el proceso principal -de declaración- del que forman parte indisociable y en función del cual existen, y no un mecanismo de tutela sumaria, autónomo y, de algún modo, sustitutivo de aquél. Como se ha dicho con acierto, las medidas cautelares no están pensadas "en vez" del proceso



Madrid

de declaración ni, por ende, para obtener lo mismo que en él, sino para asegurar, en tanto aquél se sustancia, que si la sentencia que en definitiva recaiga, es finalmente favorable al peticionario, podrá ser cumplida o ejecutada (en sentido amplio) una vez que se dicte. Su función, pues, no radica en otorgar una tutela rápida y provisional sino, exclusivamente, impedir que la conducta del sujeto pasivo mientras se sustancia el proceso de declaración pueda dificultar o imposibilitar la efectividad -en rigor, el cumplimiento o ejecución- de la eventual sentencia condenatoria. Aparece así claro que en puridad técnica no se puede pedir y obtener a través de la tutela cautelar las mismas restricciones, impedimentos y desapoderamientos con que podrá gravarse al sujeto pasivo tras la sentencia estimatoria o, dicho de otro modo, lo mismo que obtendría con la ejecución de la sentencia condenatoria postulada; entonces no se aseguraría la ejecución futura sino que se estaría adelantando la ejecución sin el preceptivo título ejecutivo. Así lo dice, expresamente, el art. 726.1, 1.ª LEC: «1. El tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características: 1.ª Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendency del proceso correspondiente...». La tutela cautelar no puede decidir, ni de iure ni de facto la controversia que separa a las partes.

Tres son los requisitos que debe deben cumplirse para la adopción de la medida cautelar solicitada, la apariencia de buen derecho el periculum in mora y la prestación de caución. respecto al segundo de ellos la resolución de la AP de Madrid de 31 de diciembre de 2005 afirma: "la necesidad impuesta por el artículo 726.1 de la LEC de que el actor justifique ante el Tribunal la existencia del periculum in mora, no puede interpretarse como necesidad de que se aporte una prueba cierta y demostrativa de que los demandados van a procurar la frustración de la ejecución del procedimiento judicial, sino que debe ser interpretada de una forma más flexible y abierta, pues no en vano la ley emplea el término "justificar", que implica un grado menor de certeza que el de probar o acreditar. Como afirma el Auto de la AP de Valladolid de 28.06.2002, "se trata de que el solicitante evidencie la concurrencia de una situación de riesgo durante la pendency del proceso, por la que razonablemente pudiera quedar amenazada la efectividad de una futura Sentencia condenatoria, de modo que el Juez no debe exigir la existencia de un peligro concreto de insolvencia, que resultaría de hecho difícil o imposible de acreditar en generar, sino un cierto riesgo futuro y meramente previsible racionalmente".

Y la resolución de la AP de Madrid de 26 de abril de 2005 afirma en cuanto al primero de los requisitos, la apariencia de buen derecho " En cuanto --al menos, en buena técnica-- preordenadas a asegurar en el futuro la efectividad del fallo interesado a través de la demanda

rectora del proceso principal, que se quiere favorable para el solicitante de las medidas, presupuesto toral de éstas es que aparezca indiciado, siquiera sea de forma semiplena, que el derecho afirmado en el juicio por el peticionario de la tutela cautelar goza de alguna probabilidad de ser finalmente acogida. Las S.S.A.P. de Barcelona, Secc. 15.ª, de 24 de mayo de 1990 y de 30 de abril de 1991, se refieren, respectivamente, a la «probabilidad cualificada de triunfo de la pretensión de fondo», y a la «razonable perspectiva de éxito».

Como se cuida de precisar el A.A.P. de Barcelona, Secc. 13.ª, de 7 de octubre de 1992 (Pte.: Ilmo. Sr. Ferrer Mora), esta apariencia de buen derecho «no puede confundirse con la razón última que permita sancionarlo, ya que la medida cautelar no ha de requerir un estudio minucioso y detallado de todos y cada uno de los elementos exigibles para decidir en último término acerca de la pretensión de la demanda, a menos de correr el riesgo de prejuzgar o anticipar el fallo...».

El solicitante debe proporcionar al órgano jurisdiccional elementos bastantes de los que resulte, al menos prima facie, la «verosímil existencia del derecho alegado», sin perjuicio de relegar al proceso principal la demostración cumplida de su realidad. Para cohonestar la exigencia de celeridad --y consecuente eficacia-- con evitación de potenciales abusos, se requiere algo más que la mera alegación del derecho, suficiente, en cambio, para iniciar el proceso de declaración; y algo menos que la certeza rigurosa, necesaria, empero, para la sentencia definitiva. En este sentido, la S.A.P. de Vizcaya, de 12 de mayo de 1994 refiere la necesidad de «una justificación de que se ostenta una apariencia de derecho, un "fumus boni iuris", que permita dar crédito inicialmente a la pretensión de aseguramiento...».

El art. 728, apdo. 2 obliga al solicitante a «presentar 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. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios».

La intensidad del acreditamiento ha de ser proporcionada a la índole, características y, en especial, al alcance de las medidas solicitadas. En todo caso, su límite superior ha de situarse, so pena de desvirtuar la utilidad y función del instituto, en el punto en que pueda presumirse vehementemente que la pretensión principal del pleito será acogida en la sentencia que le ponga fin, reservando la determinación del derecho con mayor grado de certidumbre al proceso principal.

El acuerdo de 24 de julio de 2006, cuyo cumplimiento exige AVS en la demanda principal y cuya resolución solicita Mediapro en la demanda reconventional es del tenor siguiente: " La cesión en exclusiva, con facultad de cesión en exclusiva o no a terceros por parte de MP A AVS de los Derechos Audiovisuales de Liga y Copa de los Clubes que se relacionan en el expositivo segundo en los términos previstos en la cláusula segunda. 2.- La cesión en



exclusiva con facultad de cesión o no a operadores de televisión en los términos que se recogen en la cláusula tercera por AVS a MP del derecho a comercializar un partido de Liga de Primera División y cuatro partidos de Liga de Segunda División por jornada en abierto, en directo o en diferido a partir del las doce de la noche del día que concluya la jornada de Liga, resúmenes de cada jornada para comercializar en una televisión nacional, generalista y a las televisiones autonómica públicas para España Andorra con facultad de cesión en exclusiva a terceros para su comercialización fuera de España y Andorra para su difusión por la televisión de los derechos de retransmisión de los partidos y de los resúmenes de la competición de Liga de Primera y Segunda División así como la Copa de SM El Rey en ambos casos durante las temporadas 2006/07 a 2008/09 y sucesivas"

De la extensa prueba documental aportada, e imputándose ambas partes el incumplimiento recíproco del contrato o acuerdo de 24 de julio de 2006 resulta evidente, que sin entrar al estudio de la cuestión principal que es el objeto de la demanda y reconvenición, que en virtud del mencionado acuerdo, VS en la actualidad explota los derechos de retransmisión audiovisual de los partidos de fútbol de la liga española y que cedió a MP la comercialización en abierto de un partido de primera división por jornada y cuatro de segunda división y que a su vez MP mediante contrato con la cadena de televisión La Sexta ofrece la difusión de dichos partidos en régimen abierto, siendo público y notorio que MP al menos se excede de dicho acuerdo, véase la retransmisión de los partidos de los partidos de la tercera jornada retransmitidos relativos a los Club Murcia Atlético de Madrid, Sevilla y Recreativo de Huelva, Villareal, documentos n° 17 aportado por AVS etc. ello genera una apariencia de buen derecho, máxime cuando dicha conducta se ha mantenido durante las siete primeras jornadas de Liga que se han disputado, lo que motiva a pensar que dicha situación se prolongara al menos hasta que el pleito principal se resuelva, razón esta que impone la adopción de la medida lo que conlleva el mantenimiento del status quo existente antes del comienzo de la Liga, ya que como afirma el art° 1256 del CC. "La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de los contratantes"

La parte demandada ofreció en el acto de la vista un acuerdo transaccional rechazado por la parte solicitante por las razones expuestas en el acto de la vista y que constan en el soporte audiovisual, acuerdo por otra parte, totalmente extemporáneo.

TERCERO.- La parte solicitante de la medida ofrece la caución de 1.000.000 euros (un millón de euros) a dicha cantidad se opondrá la demandada solicitando que le sea impuesta caso de acordarse la medida una caución de 2.500.000.000 de euros (dos mil quinientos millones de euros), existe por tanto una sustancial diferencia entre ambas peticiones que debe ser resuelta en atención a criterios de ponderación teniendo en consideración las peticiones económicas de la demandante que ascienden conjuntamente a la suma aproximada de 293.454.780 euros (



doscientos noventa y tres millones cuatrocientos cincuenta y cuatro mil setecientos ochenta euros).

En la LEC 1/2000 la caución reviste una doble caracterización. El ofrecimiento de esta garantía constituye requisito sine qua non de la regularidad de la solicitud, como evidencia el art. 732, apdo. 3: «en el escrito de petición habrá de ofrecerse la prestación de caución, especificando de que tipo o tipos se ofrece constituir la y con justificación del importe que se propone». Y es, también y sobre todo, presupuesto de su concesión, como se desprende de la concluyente dicción del art. 728, apdo. 3: «Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado».

A su vez, se configura como condición de la efectividad de las medidas acordadas al disponer el art. 737, párrafo primero, que «La prestación de caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada».

No se trata, empero, de un presupuesto absolutamente independiente, sino complementario de los otros dos ya examinados. Su solo ofrecimiento no excusa la acreditación de la apariencia de buen derecho ni la justificación de la necesidad de las medidas para posibilitar la efectividad de la resolución concretamente postulada en el proceso principal. En todo caso, consideramos que el principal criterio rector en la fijación de la garantía por el órgano jurisdiccional ha de ser el montante probable a que puedan ascender los perjuicios que las medidas puedan infligir al sujeto pasivo, poniéndose al cuidado de aquél la fijación de una garantía conveniente y proporcionada. Así resulta, expresamente, del art. 737, párrafo segundo: «El tribunal decidirá, mediante providencia, sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la caución». En este sentido el auto de la AP DE MADRID de 20 de enero de 2006 ya mencionado.

Por lo expresado es procedente según establece el artº 735.2 de la LEC es procedente condicionar la efectividad de la medida cautelar interesada a que en el plazo de veinte días se preste caución por Audiovisual Sport SL mediante Aval Bancario o en cualquier forma admitida en derecho a disposición de este Juzgado, por la cuantía de 50.000.000 EUROS (cincuenta millones de euros)

CUARTO.- Las costas se impondrán a Mediaproducción SL conforme a lo previsto en el artº 736 en relación con el artº 394 LEC.

En virtud de lo expuesto:

PARTE DISPOSITIVA

Que estimando la solicitud del procurador Sr. Vázquez Guillen en nombra y representación de AVS debo acordar y acuerdo la adopción de la siguiente medida:

Prohibir a Mediapro, para la temporada futbolística 2007/08 cualquier acto de disposición y explotación de los derechos audiovisuales cedidos a AVS en concreto de los clubes Real Racing Club SAD Athletic Club, Real Zaragoza, Valencia, Villarreal, Levante y Sevilla o de los restantes Clubes que pertenezcan legítimamente a AVS (Real Madrid Club de Fútbol, Real Club Deportivo Mallorca SAD, Fútbol Club Barcelona, Real Valladolid Club de Fútbol SAD, Unión Deportiva Almería SAD, Real Betis Balompié SAD, Real Club Recreativo de Huelva SAD, Club Atlético Osasuna, Club Athletic de Madrid SAD, Real Club Deportivo Espanyol de Barcelona SAD, Real Club Deportivo de La Coruña SAD y Getafe Club de Fútbol SAD), así como que se prohíba a Mediapro cualquier acto de perturbación del pacífico goce y disfrute de tales derechos audiovisuales, a salvo la utilización legítima de los mismos que pueda producirse dentro del marco jurídico del Acuerdo 24 de julio de 2006.

La efectividad de la medida queda condicionada a que en el plazo de veinte días a contar desde la notificación del presente, Audiovisual Sport SL preste caución de 50.000.000.-euros (cincuenta millones) mediante aval bancario o en cualquier otra forma admitida en derecho.

Se condena en costas a Mediaproducción SL.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación. para ante la Audiencia Provincial de Madrid en el plazo de cinco días y en la forma prevista en el artº 457 LEC

Así lo acuerda manda y firma la Iltra. Sra. Magistrado-Juez de este Juzgado de lo que yo, el Secretario Judicial, doy fe.

Y para que sirva de notificación en forma a la Procuradora Dª CONSUELO RODRIGUEZ CHACON (COL. 144) en nombre y representación de AUDIOVISUAL SPORT, S.L., extiendo y firmo la presente en MADRID a ocho de octubre de dos mil siete .

