

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2008
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Comunicación pública. Obras musicales. “Creative commons”.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª

FECHA: 21-3-2007

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en www.derecho-internet.org

OTROS DATOS: Sentencia 111/07

SUMARIO:

“En relación con la doctrina jurisprudencial sobre la carga de la prueba, la jurisprudencia viene declarando que al actor le corresponde la carga de probar la realidad de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda mientras que al demandado le incumbe la carga de probar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos constitutivos”.

“Esta declaración, que sería la normal deducción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, encuentra su matización en el caso de la propiedad intelectual, cuando de las entidades de gestión se trata, dado que a ellas se les encomienda la reclamación de la efectividad de los derechos cuya gestión se les ha transmitido, con relación a dos extremos que se viene considerando dimanar del principio de inexigibilidad de prueba imposible o diabólica, a saber, la titularidad del repertorio de la entidad y la comunicación del mismo cuando está acreditada la posesión por el supuesto infractor del instrumental útil para ello”.

“Así se afirma que cuando se acredita la existencia en un establecimiento donde es o puede ser habitual el uso de música como complemento o elemento necesario al servicio que lucrativamente se presta u ofrece al público, del aparataje apropiado a la reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales y musicales, surge la presunción de que se está produciendo la comunicación pública ya que sólo cabe racionalmente deducir que tales aparatos serán utilizados de forma habitual y frecuente en el establecimiento, dado que sólo en tal uso tienen su justificación, tanto en lo que hace a su ubicación como a su inversión económica que necesariamente ha de estar ordenada a su uso cuando, por el tipo de establecimiento de que se trata, según norma que aporta la experiencia, que se utilizan para este tipo de comunicaciones. Particularmente conocida es la abundante jurisprudencia sobre la posesión en establecimientos abiertos al público de televisiones y radios que, afirma la doctrina jurisprudencial, genera una presunción iuris tantum de utilización de los mismos de forma habitual con la consiguiente efectiva posibilidad de ejecución de actos de comunicación pública de obras gestionadas por la SGAE y objeto de propiedad intelectual ...”.

“Es cierto que también se trata de presunciones iuris tantum que por tanto admiten prueba en contrario y que en todo caso, estas deducciones han de venir matizadas por los hechos tal cual queden acreditados, teniendo en cuenta en su formación, los criterios de normalidad, flexibilidad y facilidad probatoria”.

[...]

“... ninguna prueba aporta la demandada sobre el hecho esencial de su defensa, es decir, sobre tipo de música que comunica. Se limita a formular una afirmación carente de todo tipo de prueba, de manera que, más allá de que resulte cuestionable una transmutación del principio de prueba, incluso huyendo del mismo, de lo que no cabe ninguna duda es que quien tenía la facilidad probatoria en relación al tipo de música comunicada era la propia comunicante, sólo fuera por su proximidad a la fuente de la prueba”.

COMENTARIO: De acuerdo a la propia naturaleza de las cosas, incluso conforme a la regla *“res ipsa loquitur”* y/o a las *“máximas de experiencia”*, es evidente que en los locales públicos donde se comunican por cualquier medio obras musicales (o de cualquier otro género, como las audiovisuales), en el repertorio utilizado hay *“de todo un poco”*, es decir, creaciones de diversos estilos, titulares y/o nacionalidades, sin que pueda presumirse que todas ellas (y no solamente algunas), han sido licenciadas bajo la modalidad de *“creative commons”*. Por ello, corresponde al usuario desvirtuar esas presunciones, en el caso concreto, demostrando que la totalidad del repertorio que utiliza se encuentra amparado por una licencia de *“uso libre”*, otorgado por cada uno de los titulares de derechos. Del fallo que se reseña surge además la premisa fundamental por la cual, estando legitimadas las entidades de gestión colectiva para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales, se presume, salvo prueba en contrario, que los derechos ejercidos les han sido encomendados, directa o indirectamente, por sus respectivos titulares, de manera que el usuario sólo puede fundar su oposición al cobro de las remuneraciones correspondientes, en la falta de representación de la actora, en la autorización del titular del derecho exclusivo o en el pago de la remuneración correspondiente; © **Ricardo Antequera Parilli, 2008.**

TEXTO COMPLETO:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil No. 1 de los de Alicante, en los referidos autos tramitados con el núm. 172/05, se dictó sentencia con fecha 10 de julio de 2006, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *“Que estimando la demanda interpuesta por la entidad Sociedad General de Autores y Editores contra Bowling Sur S.A., debo declarar que la mercantil demandada ha venido haciendo uso sin autorización del repertorio gestionado por la SGAE para amenización de su local denominado Bowling Vistahermosa en el periodo comprendido entre noviembre de 2002 a noviembre de 2004 y debo condenar y condeno a la demandada a:*

1º Estar y pasar por esta declaración;

2º Al cese de la comunicación pública de obras de dicho repertorio, con suspensión inmediata de la misma y prohibición de reanudarla hasta obtener autorización;

3º A la remoción de los aparatos utilizados en la comunicación pública de esas obras que sean separables del local y al precinto de los que no lo sean, y

4º A abonar a la actora la cantidad de veintidós mil setecientos cincuenta euros con treinta y cinco céntimos (22.750,35 €) más los intereses legales desde la interpelación judicial y las costas.”.

SEGUNDO.- *Contra dicha Sentencia se preparó recurso de apelación por la parte arriba referenciada; y tras tenerlo por preparado, presentaron el escrito de interposición del recurso, del que se dio traslado a las demás partes, presentándose los correspondientes escritos de oposición. Seguidamente, tras emplazar a las partes, se elevaron los autos a este Tribunal con fecha 24 de noviembre de 2006 donde fue formado el Rollo número 502/M-143/06, en el que, tras denegar por resolución de este Tribunal de fecha 12 de febrero de 2007 la propuesta de prueba documental formulada por la parte apelante, se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 21 de marzo de 2007, en el que tuvo lugar.*

TERCERO.- *En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.*

VISTO, siendo Ponente el Ilmo Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Se demanda por la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) a la mercantil Bowling Sur S.A., sociedad titular de un establecimiento público denominado Bowling Vistahermosa, sito en el Centro Comercial Vistahermosa de Alicante y dedicado tanto al juego de bolos como de otras actividades recreativas, prestando servicio de bar y restauración, el pago de 22.750,35 € por la utilización en dicho local para su amenización, del repertorio de obras musicales, en su aspecto tanto auditivo como visual mediante la proyección en una pluralidad de monitores de los videoclips correspondientes a la música con que se ameniza el local, cuyos derechos de explotación titularidad de sus autores -art 17 LPI - gestiona SGAE por cuenta e interés de los mismos -art 147 LPI -, fundamentando por tanto la demanda en la infracción del derecho de comunicación pública -art 20 LPI - por la comunicación en el citado local de aquellas obras sin licencia o autorización, promoviendo junto a la reclamación económica, el cese de dicha comunicación hasta tanto se solicite y obtenga la correspondiente licencia.*

La sentencia de instancia estima la pretensión y condena a la mercantil demandada por infracción de los derechos de autor y en su virtud, impone el pago de la cantidad reclamada, el cese de la comunicación pública hasta la obtención de autorización, y la remoción y en su caso precinto, de los aparatos utilizados para la comunicación pública, sentencia frente a la que se alza la parte demandada solicitando su revocación al entender: a) que SGAE carece de legitimación por ser una entidad inconstitucionalidad, promoviendo el planteamiento por este Tribunal de la correspondiente cuestión ante el Tribunal Constitucional en relación al artículo 108-4 y 151-5 ambos de la Ley de Propiedad Intelectual ; b) que se ha vulnerado el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con relación al artículo 150 de la LPI y; c) que las tarifas que sirven para fijar la indemnización de que se trata son arbitrarias, fijadas unilateralmente y abusivas, siendo nulo el contrato.

Frente a tales argumentos, por la parte apelada se plantea su conformidad con la resolución recurrida cuya confirmación promueve, oponiéndose al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad dado que viene referida a normas ajenas al planteamiento decisorio de este procedimiento.

SEGUNDO.- *Dando en primer lugar respuesta a la petición de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad que en el recurso la mercantil apelante precisa y matiza en relación con la aplicabilidad del artículo 151-5 sobre el derecho de voto de los socios (alegación tercera del escrito de apelación) y en relación al artículo 108-4 sobre gestión colectiva obligatoria del derecho a la comunicación pública (alegación cuarta), preceptos ambos de la Ley de Propiedad Intelectual, hemos de oponernos a la asunción por el Tribunal del planteamiento de inconstitucionalidad efectuado ya que el juicio que sobre la relevancia de estos preceptos que nos corresponde efectuar como elemento intelectual previo al planteamiento judicial de una cuestión de inconstitucionalidad - ATC 172/2004, de 11 de mayo -, juicio que ha sido definido por el Órgano Constitucional como "el esquema argumental dirigido a probar que el*

fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada (por todos, ATC 93/1999, de 13 de abril, F. 3 y las resoluciones allí mencionadas)» (ATC 21/2001, de 31 de enero, F. 1).. " lo que, sigue afirmando la citada resolución "...constituye una de las condiciones esenciales de toda cuestión de inconstitucionalidad, por cuanto, en la medida que garantiza una interrelación necesaria (STC 28/1997, de 13 de febrero, F. 3) entre el fallo del proceso a quo y la validez de la norma cuestionada, asegura la realización efectiva del antedicho control concreto de la constitucionalidad de la Ley." -ATC 361/2004, de 21 septiembre -, decíamos, el juicio de relevancia así entendido de análisis de la relación entre la norma cuestionada y la decisión judicial del litigio que nos ocupa ha de ser necesariamente negativo ya que, por lo que hace al artículo 151-5 LPI, estamos ante un precepto proyectado al funcionamiento interno de las entidades gestoras, definidor del contenido de los estatutos de estas entidades y, dentro de ellas, de la diversidad de atribución de los derechos políticos del socio en atención a criterios dimanantes de las particularidades y naturaleza de las propias entidades gestoras, particularidad resaltada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de marzo de 2000 , en la que, además de negar "...sin más la aplicabilidad a su funcionamiento de la normativa sobre las sociedades anónimas, prototipo de las sociedades de capital, y menos todavía si la aplicación de un precepto concreto de la LSA parece pugnar con los propios estatutos de la SGAE...", afirma que la SGAE es una entidad "...dotada de carácter oficial y exclusivo (art. 1 de sus Estatutos) y con una serie de fines esenciales (art. 2 de los mismos Estatutos), de suerte que el predominio del interés general sobre el particular resultaba innegable. De aquí que el cambio de sistema para el cómputo de los derechos...deba igualmente considerarse como algo perteneciente al interés general de los autores y no al particular...".

Reconocida por tanto el Tribunal Supremo la razón discriminatoria de los derechos políticos en aras a la defensa de un interés superior y general al particular (dice la STS 18 de diciembre de 2001 que la "legitimación le está atribuida a la entidad SGAE...encuentra apoyo

legal de tipo genérico tanto en el artículo 24 de la Constitución, al referirse a los derechos e intereses legítimos, como en el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contempla los intereses individuales y los colectivos... así como el específico 135 y Estatuto de la SGAE"), sin que por ello pueda equipararse el funcionamiento de estas entidades a las sociedades en los términos que, las leyes que las regulan, prevén, el argumento sustantivo de la cuestión queda desvirtuada, si bien tal conclusión debe abundarse con la razón más propia del juicio de relevancia que antes referíamos dado que, en todo caso, la hipotética inconstitucionalidad de la norma en nada afecta al proceso que nos ocupa donde lo que se dilucida como cuestión no es otra cosa que la vulneración de los derechos de autor en base a una demanda iniciada por el gestor de los mismos en base a la atribución -art 150 LPI - de la legitimación extraordinaria de que se trata, legitimidad que tanta doctrina judicial, ya asentada, ha generado en su entorno para reconocerla y que, por ser de todos conocida resulta aquí de innecesaria mención.

En este sentido, lapidaria resulta sin duda el reconocimiento por el apelante -folio 302- de que no se está manifestando sobre "...la constitucionalidad o no del sistema de gestión colectiva de derechos, sino sobre si el ejercicio del derecho de gestión colectiva puede llevarse a cabo mediante entidades con las características formales jurídicas como la de la actora.". Lapidaria porque siendo así, como de hecho es, estamos ante una cuestión que en absoluto tiene que ver con el proceso que nos ocupa. Aquí, así lo debemos reiterar, dilucidamos exclusivamente sobre si los derechos de autor se han o no infringido. El suplico de la demanda y el fallo de la sentencia que se impugna, contienen respectivamente la petición y la respuesta a esa cuestión y no a otra.

Y tampoco supera el filtro del juicio de relevancia el artículo 108-4 LPI por cuanto que en nada afecta ese precepto a la decisión de este procedimiento. Los derechos que se dilucidan, ya lo hemos dicho, son los de autor y no los de intérpretes y ejecutantes que son, con relación al derecho a la comunicación

pública de éstos, a los que se refiere el artículo 108 Ley de Propiedad Intelectual . Se promueve por tanto una cuestión de inconstitucionalidad sobre precepto que en nada ha de afectar al fallo de esta Sentencia, dado que ni siquiera, sino fuera por la cuestión a la que aludimos, se habría mencionado entre los preceptos base o accesorios en su caso vulnerados por el demandado.

En cualquier caso, la afirmación sobre la obligatoriedad para el autor de la pertenencia a una entidad gestora para la efectividad de sus derechos, no deja de ser una afirmación carente de realidad jurídica visto el tenor del artículo 17 LPI. De hecho, vienen señalando la jurisprudencia que el autor tiene derecho de gestión individual lo que explica que la vinculación del autor con la entidad se efectúe a través de un contrato de gestión -art 153 LPI-, dependiente de la voluntad del autor, que carecería de sentido si la gestión colectiva deviniera por ley obligatoria.

Así, las Sentencias del TS de 29 de octubre de 1999 (núms. 880/1999 y 881/1999) reconocen que cualquier autor puede hacer valer directamente sus derechos salvo en determinados supuestos previstos en la ley, en concreto, respecto de los derechos de necesaria gestión colectiva, ajenos a esta resolución como por ejemplo ocurre en los supuestos de compensación equitativa por copia privada del artículo 25-8 LPI. No puede por tanto hablarse que la defensa de los derechos de propiedad intelectual los asume con exclusividad la Sociedad General de Autores de España, no sólo porque cabe gestión individual, sino además porque están autorizadas ya otras entidades de gestión que defienden intereses distintos de los singulares y específicos de los autores, configurándose como entidades de gestión colectiva que garantizan sus propios intereses con independencia y compatibilidad como la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y de artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE). En conclusión, ni obligatoriedad ni monopolio.

En conclusión, ni por la inaplicación del precepto al caso que nos ocupa, ni por su

carencia de razones de trascendencia constitucional, procede considerar la formulación de la cuestión propuesta por el apelante.

TERCERA. - *La segunda de las cuestiones que se plantean, y que sin duda está más cerca del litigio constituido, es la relativa a la prueba de los hechos o de la vulneración de los derechos de autor gestionados por SGAE. Los argumentos del apelante para sustentar la infracción del principio de carga de la prueba del artículo 217 Ley de Enjuiciamiento Civil es que la prueba practicada a instancia de la actora resulta insuficiente, que la inversión de la carga de la prueba prevista en el artículo 150 LPI, como excepción al 217 LEC, debe ser interpretado en sentido restrictivo, siendo así que en el caso la presunción está contrarrestada por la prueba presentada por la demandada, y que ese principio no debe ser aplicado respecto de tres concretos hechos, el uso de música de carácter necesario y la superficie del local y el tipo de música que utiliza el local dado que en la actualidad proliferan las licencias Copyleft y Creative Comons.*

El motivo ha de ser desestimado. Para el adecuado seguimiento del razonamiento que nos lleva a tal conclusión, indicaremos que el esquema que seguiremos será el siguiente: definir las afirmaciones que en demanda y contestación, respecto de los hechos, hace cada una de las partes; recordaremos las reglas generales que en esta materia viene estableciendo la jurisprudencia en relación a los principios que en materia de carga probatoria resulta de la interpretación de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para concluir con el análisis del resultado de la prueba practicada a instancia de cada una de las partes que valoraremos en relación a las reglas preestablecidas a partir de la interpretación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a la Ley de Propiedad Intelectual.

Pues bien, y comenzando por la concreción de los hechos que constituyen el sustrato fáctico de cada una de las partes, es de recordar que la actora afirma que en el local que gestiona la mercantil demandada, se comunican públicamente obras cuyos derechos gestiona SGAE, tanto de naturaleza auditiva –obras

musicales- como audiovisuales -videoclips musicales-, formando parte del paisaje propio de la actividad del local, en el que no sólo se desarrollan actividades recreativas, sino también de hostelería como bar de copas y restauración, sirviendo igualmente de local para celebraciones varias, establecimiento que tiene aproximadamente 500 m2 y 20 aparatos de televisión y 24 pistas de bolos.

La demandada, niega sin embargo que se comuniquen públicamente obras propias del repertorio de SGAE, afirmando por el contrario que la música que comunica pertenece sólo de autores integrados en la corriente de Copyleft y Creative Commons. Además, niega el dato ofrecido por la actora sobre la superficie del local y el número de televisiones instalados.

Hasta aquí las alegaciones de cada parte.

En relación con la doctrina jurisprudencial sobre la carga de la prueba, la jurisprudencia viene declarando que al actor le corresponde la carga de probar la realidad de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda mientras que al demandado le incumbe la carga de probar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos constitutivos.

Esta declaración, que sería la normal deducción del artículo 217 Ley de Enjuiciamiento Civil, encuentra su matización en el caso de la propiedad intelectual, cuando de las entidades de gestión se trata, dado que a ellas se les encomienda la reclamación de la efectividad de los derechos cuya gestión se les ha transmitido, con relación a dos extremos que se viene considerando dimanar del principio de inexigibilidad de prueba imposible o diabólica, a saber, la titularidad del repertorio de la entidad y la comunicación del mismo cuando está acreditada la posesión por el supuesto infractor del instrumental útil para ello.

Así se afirma que cuando se acredita la existencia en un establecimiento donde es o puede ser habitual el uso de música como complemento o elemento necesario al servicio que lucrativamente se presta u ofrece al

público, del aparataje apropiado a la reproducción y comunicación pública de obras audio visuales y musicales, surge la presunción de que se está produciendo la comunicación pública ya que sólo cabe racionalmente deducir que tales aparatos serán utilizados de forma habitual y frecuente en el establecimiento, dado que sólo en tal uso tienen su justificación, tanto en lo que hace a su ubicación como a su inversión económica que necesariamente ha de estar ordenada a su uso cuando, por el tipo de establecimiento de que se trata, según norma que aporta la experiencia, que se utilizan para este tipo de comunicaciones. Particularmente conocida es la abundante jurisprudencia sobre la posesión en establecimientos abiertos al público de televisiones y radios que, afirma la doctrina jurisprudencial, genera una presunción iuris tantum de utilización de los mismos de forma habitual con la consiguiente efectiva posibilidad de ejecución de actos de comunicación pública de obras gestionadas por la SGAE y objeto de propiedad intelectual (en este sentido sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 20ª de 5 de mayo de 1993, de la Sección 21ª de 25 de junio de 2002 y de la Sección 13ª de 29 de octubre de 2004; de la Audiencia Provincial de Orense Sección 2ª de 23 de diciembre de 2003 y de la Audiencia Provincial de Pontevedra Sección 3ª de 14 de mayo de 2003).

Es cierto que también se trata de presunciones iuris tantum que por tanto admiten prueba en contrario y que en todo caso, estas deducciones han de venir matizadas por los hechos tal cual queden acreditados, teniendo en cuenta en su formación, los criterios de normalidad, flexibilidad y facilidad probatoria.

CUARTA.- *En el caso, y por lo que hace a la prueba practicada, por la demandada, el propio representante de la mercantil demandada -el letrado defensor- reconoce en el acto del juicio 1) que el local está amenizado musicalmente; 2) que en el establecimiento hay instalados veinte televisores; 3) que dicho local está aperturado en esas condiciones desde el día 9 de octubre de 2002; 4) que la música que se comunica y los vídeos que se proyectan están fuera del circuito comercial ordinario, perteneciendo a las licencias Copyleft y*

Creative Commons no obstante lo cual; 5) y a pesar de las concretas instrucciones de la directiva de la mercantil, es factible que en alguna ocasión puede haberse comunicado música y su correspondiente obra visual perteneciente al ámbito comercial ordinario.

Dos testigos aporta la actora. De un lado al apoderado de SGAE en la zona de Alicante que afirma que conoce el local, que lo frecuenta, que está amenizado, que identifica la música y los videoclips como comerciales (describe que se trata de música de baile, reggeton y música actual), y que es él quien requiere al establecimiento, a través de dos empleadas del mismo, para que regularicen la comunicación de tales obras sin éxito en su gestión.

De otro lado, comparece el detective cuyo informe obra en autos, persona que acude al establecimiento, que afirma que el local está amenizado con música que describe como actual y variada, que la música que oye le resulta conocida y de la que llega a identificar en su visita al local un tema conocido como Gasolina que está probado documentalmente en autos, pertenece al catálogo de SGAE.

La mercantil actora afirma sin embargo que estos testigos, por su relación con la entidad gestora, son cuestionables, obviando sin embargo que en los hechos esenciales coinciden con lo reconocido por el propio representante de la demandada. En cualquier caso, ninguna prueba aporta la demandada sobre el hecho esencial de su defensa, es decir, sobre tipo de música que comunica. Se limita a formular una afirmación carente de todo tipo de prueba, de manera que, más allá de que resulte cuestionable una transmutación del principio de prueba, incluso huyendo del mismo, de lo que no cabe ninguna duda es que quien tenía la facilidad probatoria en relación al tipo de música comunicada era la propia comunicante, sólo fuera por su proximidad a la fuente de la prueba.

Afirmó el representante de la demandada en el Juicio oral que la mercantil había dado instrucciones precisas sobre el tipo de música a comunicar. No se aportan. Se afirma que la totalidad, salvo error, de la música comunicada

durante dos años, es ajena al repertorio de SGAE. Nada prueba, porque medio alguno se propone a este fin, que tenga en su poder soportes, que serían sin duda numerosos, con ese tipo de música. Ningún testigo -que necesariamente debía ser empleado actual o pasado- propone para demostrar que esas obras y no otras eran las comunicadas, y que aquellas y no otras, eran las instrucciones que tenían.

Esta carencia probatoria se denuncia sin que ello implique imponer a la demandada la carga de la prueba que se rechaza respecto de la entidad gestora. Se trata de una exigencia que parte de configurar un sistema de prueba que permita a cada litigante, con los instrumentos a su alcance, formar el convencimiento judicial sobre los hechos en un conflicto en el que las presunciones, por razones de experiencia ya aludidas, representan una parte relevante en la definición fáctica del presupuesto legal. Así en el caso tenemos que está probada la amenización musical en un establecimiento que no sólo es de recreativos sino también de copas y restauración en el que, por tanto, la música constituye un elemento de atracción al público y, a partir de determinadas horas y en determinadas actividades, imprescindible a la oferta que realiza.

Está fuera de toda duda que la música además, no se comunica aislada sino acompañada del correspondiente videoclip, lo que supone una elaboración compleja en el acto de la realización y, desde luego de la comunicación, mucho más próxima al mercado ordinario que al alternativo. Y tenemos probada la comunicación de música que está en el repertorio de SGAE.

No podemos concluir por tanto, que el uso del repertorio de SGAE sea un hecho puntual, excepcional y erróneo en la normal actividad comunicativa del establecimiento cuando, frente a aquellas probanzas, ninguna prueba se aporta sobre que el repertorio básico, esencial y predominante del establecimiento es el alternativo a las licencias ordinarias del mercado. Esta falta de prueba, y no una sólo consideración presuntiva, es la que hace válida la presunción de la generalización de la difusión de las obras de los autores cuyos

derechos gestiona SGAE pues si está con plenitud acreditada la existencia y utilización en el local de aparatos reproductores de música y monitores de televisión, estamos en el caso de afirmar con razonabilidad, ante la falta de prueba en contrario, que se está produciendo la comunicación de obras de aquellos autores cuyos derechos masivamente son gestionados en España por SGAE, lo que hace normal utilización de sus obras cuando son estas las que predominan en el mercado más popular de la música.

Debe, en definitiva, concluirse que queda suficientemente justificada la comunicación pública, a través de tales aparatos, en el local de la demandada, de obras de autores cuyos derechos gestiona la Sociedad actora.

QUINTA.- Siendo aquella conclusión acorde a la doctrina jurisprudencial, la calificación de arbitrarias de las tarifas que sirven para fijar la indemnización reclamada, aduciéndose nulidad de la obligación contractual, constituye un último argumento que tampoco puede tener favorable acogida, sólo fuera recordando el reconocimiento expreso del Tribunal Supremo al percibo de los derechos correspondientes conforme a las tarifas generales de la SGAE en diversas resoluciones (así SSTS de fechas, ambas, 19 de julio de 1993).

Más concretamente, la Sentencia de 18 de diciembre de 2001, con referencia a una de las señaladas, afirma que "La sentencia de 19 de julio de 1993 declara que los derechos reclamados, en cuanto vencidos y no satisfechos a la actora, significan los daños y perjuicios que se reclaman en la demanda y tratándose de derechos tarifarios cabe determinar su cuantía en ejecución de sentencia, según las tarifas generales de la demandante, que resulten aplicables a los supuestos de las específicas infracciones en que haya incurrido el demandado.". Siendo así, resulta evidente que la impugnación de las tarifas resulta infundada ya que en efecto, está fijadas unilateralmente si bien ello lo es en uso de una de las facultades legales tribuidas por el artículo 157-1-b) LPI , tarifas que además son comunicadas al órgano administrativo competente -art 159 LPI -.

En el mismo motivo se impugna la calificación de la modalidad de amenización, que se califica de necesaria por SGAE para fijar el montante indemnizatorio, afirmando que en realidad es secundario. La prueba practicada demuestra sin embargo que el local en básicamente un establecimiento de naturaleza musical en que el que combina como elemento de atracción al público un multi-servicio de recreativos, juegos, bar, copas y restauración en un ambiente dominado por la música de género actual.

Tampoco tiene base alguna la referencia la nulidad contractual ya que en el caso, lo que se litiga es por la falta de licencia, es decir, de relación contractual en virtud de la cual el establecimiento de la demandada pudiera hacer uso del repertorio musical que gestiona. Por lo demás, se trata de una contratación (la necesaria para la autorización del uso del repertorio) en la que no hay una situación de igualdad entre las partes, ya que de lo que se trata es de configurar un sistema de cobro por el uso de derechos de ajena titularidad, el de los autores sobre sus obras, que constituye en objeto predeterminado para esta modalidad contractual, que no permite ni en cuanto a ese objeto ni en cuanto a las tarifas, que como se señaló, están legalmente atribuidas en su fijación a la entidad gestoras de los derechos de propiedad intelectual, negociación para su adaptación a la conformación de la libre voluntad de las partes.

Finalmente, y aun cuando el argumento se esgrime por el apelante en otra de sus alegaciones, pero que resulta relevante en la conformación de las tarifas aplicadas, cabe señalar que, en cuanto al número de televisiones, está expresamente reconocido por el representante de la mercantil demandada y, en cuanto a la cabida o superficie del local, que es dato cuya prueba, por razón del principio de facilidad probatoria –art 217-6 LEC - le correspondía al demandado que pudo aportar el dato de manera fehaciente como elemento desvirtuador del hecho afirmado por el actor. No se hizo y esa falta de prueba le perjudica, confirmando ante las circunstancias acreditadas sobre servicios y en particular, el número de pistas de bolos de que dispone -24-

en lo que sólo constituye uno de los servicios que presta, el dato aportado por el actor.

SEXTO. - *En cuanto a las costas procesales de esta alzada, y habiéndose desestimado el recurso de apelación, no cabe sino imponerlas expresamente a la parte apelante conforme a lo prevenido en los artículos 394 y 398 Ley de Enjuiciamiento Civil*

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación entablado por la parte demandada, la mercantil

Bowling Sur S.A., representada por el Procurador D. José Luis Córdoba Almela contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de los de Alicante el día 10 de julio de 2006, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución; y con expresa imposición de las costas procesales de esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.