

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2009
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Derecho de alquiler. Carácter cultural del arrendador. Irrelevancia.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª

FECHA: 7-6-2007

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Texto del fallo a través del Portal del Consejo General del Poder Judicial de España, por <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>

OTROS DATOS: Sentencia 273/2007

SUMARIO:

“La catalogación de la asociación [...] como asociación cultural sin ánimo de lucro no obsta a la realización por la misma de actividades inspiradas en la obtención de beneficio pues una cosa es que la asociación como tal no pretenda la obtención de lucro y otra que desarrolle actividades encaminadas a la obtención de beneficios económicos bien que el beneficio se aplique a sufragar los gastos generados por las actividades deficitarias de la propia asociación o a nuevos proyectos. Y desde luego es indudable que el arrendamiento o alquiler de fonogramas es una actuación que persigue un beneficio económico con independencia de su consecución, que en el caso se obtuvo”.

COMENTARIO: Aunque a título de mero “principio mínimo” de protección, el Acuerdo sobre los ADPIC (art. 11) se refiere al “**arrendamiento comercial al público de los originales o copias de sus obras amparadas por el derecho de autor**” y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT, art. 7) al “**alquiler comercial al público del original o de los ejemplares de sus obras**” (y “*mutatis mutandis*” en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, por lo que se refiere a las interpretaciones o ejecuciones artísticas y a las producciones fonográficas), lo cierto es que las legislaciones nacionales en iberoamérica (y en el mismo sentido la Decisión 351 de la Comunidad Andina sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos), reconocen el derecho de alquiler sin ninguna connotación acerca de su carácter comercial o no, de manera que ese derecho puede oponerse a cualquier arrendador de los ejemplares que contienen la obra (o, en su caso, las interpretaciones o ejecuciones artísticas y fonogramas), sea una persona natural o una persona jurídica, tenga esta última un carácter cultural, benéfico o mercantil. En todo caso, la expresión “*comercial*” utilizada en los ADPIC, en el TODA/WCT y en el TOIEF/WWP es desafortunada por confusa, ya que podría interpretarse, equivocadamente, que el derecho exclusivo de autorizar o prohibir el arrendamiento solamente se aplica cuando el alquiler pueda calificarse como un “*acto de comercio*”, no obstante que tal no podría ser la interpretación correcta de la norma si el arrendamiento –acto de comercio o no-, atenta contra la explotación normal de la obra o causa un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular del derecho, principio de los “*usos honrados*” que figura en el ADPIC (art. 13) y en el TODA (art. 10), como también, por lo que se refiere a las interpretaciones o ejecuciones y fonogramas en el artículo 16 del TOIEF/WPPT, todo ello en concordancia con el artículo 9,2 del Convenio de Berna. © Ricardo Antequera Parilli, 2009.

TEXTO COMPLETO:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal No. 2 de los de dicha clase de Baracaldo, se dictó con fecha 8 de junio de 2.006 sentencia en la que se declaran expresamente probados los siguientes hechos: "Queda probado y así se declara que Juan Miguel , nacido el día 24-2-1965, con D.N.I. No. [...], sin antecedentes penales, quien en un período de tiempo no determinado, pero entre el mes de abril de 1.999 y el día 8 de mayo de 2001, en el establecimiento "Musika Soilik", sito en la C/ San Juan nº 22 de la localidad de Baracaldo, cuyo titular es la Asociación Cultural Hala Dzipo, de la que el acusado es tesorero, efectuó el alquiler al público de discos compactos en cantidad determinada, contra pago del usuario de una remuneración económica de 275 pts. (1,65 euros) por el alquiler de 1 cd y de 2.200 pts. (13,22 euros) por un bono de diez alquileres, sin contar con la autorización preceptiva de las compañías discográficas titulares, siendo estas "BMG Music Spain S.A.", "DRO East West S.A.", "EMI Music Spain S.A.", "SONY Music Entertainment S.a.", "UNIVERSAL Music Spain S.L." y "WARNER Music Spain S.A.", todas ellas englobadas en la Sociedad General de Autores y Editores (S.G.A.E.), causándoles perjuicios por los cuales reclaman." La parte dispositiva o Fallo de la indicada sentencia dice textualmente: "FALLO QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO A Juan Miguel como autor de un delito contra la propiedad intelectual del Aº 270 del CP a las siguientes penas: -PRISION DE SEIS MESES. INHABILITACION ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL MISMO TIEMPO. -MULTA DE 12 MESES Y CUOTA DIARIA DE SEIS EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del C.P., en caso de impago. En concepto de RESPONSABILIDAD CIVIL, deberá indemnizar a las entidades denunciadas en la cantidad de 16.088.49 euros, con imposición de las costas causadas. QUE DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO A Pedro del delito de que se le acusaba con declaración de oficio de las costas causadas."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de Juan Miguel en base a los motivos que en el correspondiente escrito se indican y que serán objeto del fondo del recurso.

TERCERO.- Elevados los Autos a esta Audiencia, se dió traslado de los mismos al Magistrado Ponente a los efectos de acordar sobre celebración de vista y, en su caso, sobre admisión de la prueba propuesta.

CUARTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista, quedaron los autos vistos para sentencia.

Se dan por reproducidos los Antecedentes de la sentencia apelada.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La representación procesal del acusado Juan Miguel, que es condenado en la sentencia de instancia como autor de un delito contra la propiedad intelectual del art. 270 CP, interpone recurso de apelación contra la resolución de instancia con la pretensión de que se revoque la resolución dictada y se dicte otra en su lugar que le absuelva del referido delito, con todos los pronunciamientos favorables, con base en los siguientes motivos: 1) Error de hecho en la valoración de la prueba sobre el título de imputación del condenado; 2) Error en la valoración de prueba respecto a la condición de fonoteca de "Musika Soilik"; 3) Error en la apreciación de hecho de la prueba respecto al concepto de alquiler o préstamo; 4) Error de hecho en la apreciación de prueba sobre la responsabilidad penal por la actividad que se llevaba a cabo en "Musika Soilik"; 5) Error en la valoración de prueba sobre el ánimo de lucro de la actividad; 6) Vulneración del principio de legalidad y aplicación errónea de los artículos 270 y 50 CP respecto a la pena aplicable; 7) Incongruencia entre los hechos probados y la cuantía de la responsabilidad civil.

SEGUNDO.- En el alegato contenido en el ordinal primero del recurso se aduce que la intervención del recurrente en la actividad de cesión a terceros de los fonogramas, que no se cuestiona, no se realizaba a título particular sino en su condición de administrador-tesorero de la asociación cultural "Hala Dzipo", titular del establecimiento "Musika Soilik", en razón del cargo que ostentaba en la Junta Directiva de la asociación.

En el histórico de la resolución impugnada se consigna que el establecimiento "Musika Soilik" pertenecía a la asociación cultural "Hala Dzipo" y que el recurrente desempeñaba el cargo de tesorero de la asociación, si bien se omite que su condición de responsable de Musika Soilik derivaba de su cargo de Tesorero, pero tal omisión carece de incidencia en la atribución de responsabilidad penal al recurrente por los hechos enjuiciados pues lo decisivo para determinar su responsabilidad por la cesión a terceros de fonogramas que se realizaba en "Musika soilik" no es si la atribución al mismo de la gestión del establecimiento derivaba de la condición de tesorero de la asociación o de otro diferente, sino que la conducta calificada como delito se llevaba a cabo en el ámbito concreto de la actuación que tenía encomendada, con su conocimiento y su intervención directa. Cuestión distinta es que la actuación del recurrente se realizara bajo la cobertura de la decisión del órgano rector de la asociación del que formaba parte el acusado y la responsabilidad en la que, en su caso, pudieran haber incidido otros de sus integrantes con base en el art. 31 CP, pero la eventual existencia de otros posibles responsables contra los que no se ha formulado acusación o bien no ha prosperado, no afecta a la del recurrente quien no está legitimado para cuestionar el pronunciamiento absolutorio contra el otro imputado, como tampoco respecto a la responsabilidad civil subsidiaria de la asociación que se reclamó en la instancia y desestima la resolución impugnada por no haber sido ésta parte en el proceso.

TERCERO.- En los ordinales segundo y tercero del escrito en los que, como ya se ha dicho, se invoca también error en la valoración de prueba, se aducen algunos argumentos que

guardan una manifiesta relación, lo que hace aconsejable su estudio conjunto.

Para apoyar la consideración de "fonoteca" que se atribuye en el recurso al establecimiento "Musika Soilik" que, en criterio de la sentencia apelada es un mero establecimiento comercial, se aduce que el Gobierno Vasco reconoció la docencia musical que llevaba a cabo la Asociación "Hala Dzipo" como Escuela de Música con enseñanza reglada, para el curso escolar 2002/2003 y que tal reconocimiento requiere la existencia de un local de 30 m. dedicado a fonoteca (art. 8.2 Decreto 289/1992).

Y como justificación de la exigencia abono de las tarifas que se exhibían en el establecimiento por la cesión del uso de los fonogramas se esgrime que las sumas que se cobraban tenían como destino la cobertura de los gastos de instalación de la fonoteca y del personal para su servicio que exigía el Gobierno Vasco y que no eran una contraprestación por la cesión del uso.

No obra en las actuaciones el expediente que se siguió para el reconocimiento de la Asociación "Hala Dzipo" como Escuela de Música y, por tanto, se desconocen las actuaciones que se llevaron a cabo con relación a las exigencias del local destinado a fonoteca, pero en todo caso la decisión adoptada por el Departamento correspondiente del Gobierno Vasco nada aporta respecto a la existencia de error en la valoración probatoria pues aquella decisión es de fecha muy posterior a la actuación enjuiciada, que tuvo lugar en el periodo comprendido entre Abril 1999 y Mayo 2001, a la incoación de la causa e, incluso, a la toma de declaración del imputado absuelto y del recurrente en calidad de imputados (f. 443 a 447 y 368 a 371) y es presumible que al tiempo de adoptarse aquella decisión hubiese cesado la actividad ilegal en el establecimiento "Musika soilik".

Por otro lado, la existencia en el local de una fonoteca", entendida como colección de soportes de sonido, palabra hablada, música u otros sonidos, e incluso de un local destinado a fonoteca, no es incompatible con la realización en el mismo de cesiones temporales de

grabaciones musicales a cambio de un precio, que es por lo que se sigue la causa. Y no esta de más indicar que la exigencia que se impone en el Decreto que se cita para el reconocimiento de la docencia musical como Escuela de Música es de biblioteca-fonoteca y nada se sabe sobre la colección de libros que se supone debería existir en el local de ubicación de "Musika Soilik" y que la exigencia de la instalación de que se trata se concibe como apoyo a la docencia y los títulos de las grabaciones que se relacionan en el inventario de existencias del local (f. 689 a 699 vto.) entre los que figuran "Sin compasión", "Fiesta en Ibiza 97", "Los más bailados", "House Clasic Vol. I", "Dance Clasic", "Calambre Tecno" (se citan los seis primeros del inventario), no guardan relación alguna con las enseñanzas musicales de instrumentos tales como la dulzaina, el pandero y la chalaparta que impartía la asociación "Hala Dzipo".

Para aseverar que las tarifas que se cobraban en "musika Soilik" por la cesión del uso de los fonogramas no eran a título de precio por alquiler, se afirma que su cuantía era la mitad del que podría considerarse como precio de mercado en la fecha de los hechos y que se destinaba al pago de los gastos fijos requeridos por el funcionamiento de la actividad de fonoteca (personal e instalaciones requeridos por el Gobierno Vasco para el desarrollo de la actividad).

En una actividad ilícita, como es el arrendamiento o alquiler de fonogramas sin autorización por precio, difícilmente pueden realizarse análisis comparativos de precios de mercado por la particular incidencia que tiene en el precio la ilicitud de la actividad, pero en todo caso el precio que se cobraba en Musika Soilik por la cesión de los CDs no difiere mucho de los que se consignan en las sentencias que cita el recurrente. Por lo demás, no es práctica excepcional en el mercado el cobro de precios inferiores a los medios con el fin de incrementar el número de transacciones y obtener así la misma o superior ganancia. Y fuera el precio que se cobraba por la cesión precio de mercado, como sostiene la sentencia apelada, conclusión que no desvirtúan los argumentos del recurrente, o inferior, como afirma el apelante, es claro que el precio

cobrado dejaba un margen de beneficios según reconoció el recurrente en la declaración que efectuó en sede de instrucción en la que cifró el margen mensual de beneficios de la actividad en 400.000 ptas mensuales durante el año 2000, dato que reseña la resolución impugnada. Y aún cuando el rendimiento económico de la actividad de cesión de discos fuera el que resulta de los parámetros que utiliza la defensa, que suponen unos ingresos de 314.000 ptas., existirían beneficios puesto que el coste de reemplazo suponía según el recurrente 15.000 Ptas. mensuales en el período de referencia y de dicho coste habría que deducir el importe que se obtenía por la reventa como usados de los CDs que se habían cedido previamente en alquiler y no es aceptable que se pretenda imputar el coste del arrendamiento del establecimiento y del personal que trabajaba en el mismo a los beneficios obtenidos por la cesión de los CDs invocando una exigencia impuesta por el ejercicio de la docencia en determinadas condiciones en la que entonces no se desarrollaba cuando, además, en el mismo local se realizaban otras actividades comerciales que atendían las mismas personas. Y un dato más que incide en la catalogación de la cesión como acto encaminado a la obtención de beneficio - arrendamiento o alquiler- al margen de que obtuviera o no beneficio, es el corto número de intercambios necesarios para amortizar el precio del CD, que se rebasaba con el dinero que se obtenía mediante diez cesiones.

CUARTO.- *La denuncia de error en la valoración de la prueba respecto al ánimo de lucro cuyo estudio se antepone por razones sistemáticas al que se denuncia en el mismo ordinal del recurso por afectar a la tipicidad de la conducta al igual que las que se han examinado en el precedente, se sustenta en que los rendimientos económicos de la cesión de uso de fotogramas no se repartían entre los miembros de la asociación "Hazi Dzipo", sino que se ingresaban en la caja de la asociación para hacer frente a los gastos que generaban sus actividades y siendo que la asociación carece de carácter lucrativo no puede apreciarse ánimo de lucro.*

La catalogación de la asociación "Hazi Dzipo" como asociación cultural sin ánimo de lucro no obsta a la realización por la misma de actividades inspiradas en la obtención de beneficio pues una cosa es que la asociación como tal no pretenda la obtención de lucro y otra que desarrolle actividades encaminadas a la obtención de beneficios económicos bien que el beneficio se aplique a sufragar los gastos generados por las actividades deficitarias de la propia asociación o a nuevos proyectos. Y desde luego es indudable que el arrendamiento o alquiler de fonogramas es una actuación que persigue un beneficio económico con independencia de su consecución, que en el caso se obtuvo.

QUINTO.- *En el motivo cuarto del recurso se sostiene que se han aportado a la causa elementos de prueba bastantes que demuestran que el recurrente obró en la creencia de que su proceder estaba amparado por la legalidad vigente, concretamente por el art. 37.2 LPI y, por tanto, que existió error en su proceder.*

Es oportuno recordar que la prueba de la existencia del error corresponde a quien la alega no siendo suficiente la manifestación del inculpado, quien además también debe de probar que el error es invencible.

En este sentido, la STS 27 Feb. 2003 dice que "La apreciación de error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto sino que precisa de otros elementos que le sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podrían considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de general conocimiento". Y en las SSTS 5 Mar y 7 Oct 1999, se dice que para excluir el error resulta suficiente que pueda racionalmente inferirse que el agente tenía conciencia de una alta probabilidad de ilicitud en su conducta y

que para apreciar la existencia de cualquier tipo de error jurídico en la conciencia del infractor son esenciales los siguientes elementos a) las condiciones psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la transcendencia jurídica de su obra; b) la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden de que sea conocido por el sujeto pasivo.

No sólo no obra dato alguno en las actuaciones distinto de la declaración del recurrente que asevere su afirmación de haber actuado en la creencia de obrar lícitamente, sino que los datos apuntan a lo contrario. Como pone de relieve la sentencia apelada el recurrente es un profesional de la música -ejerce la docencia como profesor en la asociación- cualificación por la que se le presume un conocimiento específico de la normativa referente a la explotación de obras musicales, recibió dos burofax de Afyve en distintas fechas en los que se le comunicaba la ilegalidad de su proceder y se le requería el cese de la actividad a los que no dio respuesta, y no resultan mínimamente convincente su explicación sobre el motivo de la ausencia de contestación a lo que se añade la tardía mención en la causa de la fonoteca como elemento de cobertura de la cesión del uso de los fonogramas.

Por tanto, no puede apreciarse la existencia del error que se alega.

SEXTO.- *Rechazada la existencia de error en la valoración probatoria y manteniéndose, en consecuencia, incólume el histórico de la sentencia apelada, la calificación jurídica de los hechos como constitutivos de un delito contra la propiedad intelectual, previsto y penado en el art. 270 CP, y la atribución de responsabilidad del referido delito al recurrente, en concepto de autor deben ser mantenidos pues en el establecimiento "Musik Soilik" que estaba a su cargo por su condición de tesorero de la asociación "Hala Dzipo" con su aquiescencia y participación personal se cedía el uso de fonogramas por precio -alquiler- actuación que es una de las modalidades de distribución (art. 19.1 LPI) sin autorización de los titulares de*

los derechos de distribución, con ánimo de lucro y en perjuicio de los cesionarios de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

SÉPTIMO.- En el ordinal sexto del recurso se denuncia infracción de los artículos 9.3 CE, 7 CP y aplicación de los arts. 270 y 50 CP.

El artículo 9.3 del al Constitución consagra el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables y en materia de legalidad ordinaria 2.2 CP determina que no. Será sancionado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista en legislación anterior a su perpetración

En el caso, los hechos por los que ha sido condenado el recurrente se cometieron en el periodo comprendido entre abril de 1999 y mayo de 2001 y durante tal periodo estaba vigente el art. 270 CP en su redacción originaria, que a efectos de penalidad es mas favorable que la contenida en la reforma operada por LO 15/2003 pues mientras la primera penaliza las conductas que tipifica con privación de libertad o la multa, la segunda preceptúa la imposición conjunta de ambas penas con el mismo arco de punición para la pena de multa que el establecido en la norma precedente.

Por tanto, en esta particular ha de darse la razón al recurrente, lamentando que no hubiera suscitado la cuestión en juicio.

Y atendida la pena establecida en el art. 270 CP en su redacción originaria, que es prisión de seis meses o multa de seis a veinticuatro meses, la no concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el periodo durante el que se desarrolló la actividad ilegal, más de dos años, se considera procedente la imposición de veinte meses de multa con la cuota diaria de seis euros, que es la que se fijó en la sentencia apelada, que se encuentra en el tramo inferior y próxima al mínimo previsto legalmente y resulta más que moderada para las circunstancias económicas que se conocen del recurrente, quien percibe un sueldo de la asociación "Hala Dzip" por la actividad laboral que desarrolla para la misma.

OCTAVO.- Por último se denuncia en el recurso incongruencia entre la declaración de hechos probados y la cuantía de la responsabilidad civil.

Los principios reguladores del contenido la responsabilidad civil por hechos constitutivos de infracción penal están recogidos en los arts 109 CP y en los artículos 110 a 115. Y del principio general establecido en el art. 109, que determina que la ejecución de un hecho descrito como delito o falta obliga a reparar los daños y perjuicios por el causados resulta con meridiana claridad que la obligación de reparación se constriñe a los causados por el hecho constitutivo de infracción penal.

En el histórico de la sentencia apelada se enmarca el alquiler de fonogramas en el periodo comprendido entre los meses de Abril de 1999 y Mayo de 2001. Sin embargo, en el cálculo del montante indemnizatorio se toma en consideración los alquileres realizados en la secuencia temporal precedente al mes de Abril de 1999 y por tanto no incluida en el marco de desarrollo de la actividad delictiva. Y como quiera que en vía penal únicamente procede la indemnización de los perjuicios causados por el delito, es claro que la cuantía indemnizatoria debe ajustarse a la que resulta de la aplicación de los parámetros tomados en consideración por la Juzgadora de instancia, no discutidos, al periodo de referencia, sin perjuicio del derecho de las cesionarias de los derechos de propiedad intelectual al percibo de la indemnización por los alquileres de fonogramas que se llevaron a cabo en el tiempo anterior, cuestión sobre a la que no compete pronunciarse a esta jurisdicción.

Y la suma indemnizatoria que corresponde para tal periodo, de acuerdo con los parámetros tomados en consideración por el Juez de instancia que no han sido cuestionados y que son de todo punto razonables, es de ocho mil cuarenta y cuatro euros y cuarenta y nueve céntimos (8.044,49).

NOVENO.- Dado que lo expuesto y razonado comporta la estimación parcial del recurso, en aplicación de lo dispuesto en los arts y 239 y 240 L.E.CR , se declaran de oficio las costas causadas en esta instancia.

En virtud de la potestad jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora SRA. BAJO AUZ en representación de D. Juan Miguel contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de lo Penal Nº 2 de Barakaldo en la causa Nº 69/06, seguida por los trámites de Procedimiento Abreviado con el Nº 65/03 por el Juzgado de Instrucción Nº 3 de Barakaldo, debemos revocar y revocamos la sentencia apelada en el sentido de imponer al acusado D. Juan Miguel la pena de veinte meses de multa con una cuota diaria de seis euros, que se abonará en un único pago o de forma fraccionada en el plazo máximo de tres meses desde la

notificación de la presente resolución sin necesidad de previo requerimiento, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación libertad por cada dos cuotas impugnadas y fijar la cuantía de la responsabilidad civil en la suma de de ocho mil cuarenta y cuatro euros y cuarenta y nueve céntimos (8.044,49), confirmándola en sus restantes pronunciamientos y, declarando de oficio las devengadas en esta instancia.

Devuélvase los autos originales al Juzgado del que proceden, con testimonio de esta sentencia, para su conocimiento y cumplimiento.

Así por esta, nuestra sentencia, cuya certificación se unirá al rollo, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.