

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

Comunicación pública. Habitaciones de hotel. Obras audiovisuales.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Tribunal Supremo, Sala de lo Civil

FECHA: 15-1-2008

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en <http://www.paraprofesionales.com>

SUMARIO:

“El litigio del que trae causa el presente recurso de casación fue promovido por la ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES, la cual, sobre la base de que la demandada, BALNEARIO DE PUENTE VIESGO, S.A., venía realizando actividades de comunicación pública de obras audiovisuales, al retransmitir por cable a las diferentes habitaciones y apartamentos del establecimiento hotelero explotado por la misma señales de entidades de radiodifusión, así como de las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en los correspondientes programas -todo ello sin autorización de la actora y sin haber abonado el preceptivo canon-, reclamaba la suspensión de dichas actividades de retransmisión, la expresa prohibición de reanudar tales actividades en tanto no fuese autorizado por la actora, y el pago de la indemnización por la realización de las mismas, en el modo en que se determinase en ejecución de sentencia”.

[...]

“... la parte recurrente ha incorporado voluntariamente a su negocio ese elemento de propiedad intelectual ajeno, cuya incorporación hace más atractivo su hotel, provoca una mayor clientela y la obtención de mayores beneficios en la explotación de la industria”.

“El importe de la explotación de ese bien ajeno ha de ser valorado como un componente de su industria; deberá decidir si le compensa o no incorporarlo desde la perspectiva empresarial. Si no le interesa no usará o no contratará, pero lo que no puede desde la perspectiva del Estado de Derecho es no pagar el uso de un derecho ajeno, como tampoco puede negarse porque piensa que la tarifa es abusiva, si entiende esto último, no contrate o no use o intente negociar”.

COMENTARIO: La consideración como acto de comunicación pública de la obra reservado al derecho exclusivo del autor de autorizarla o prohibirla, realizada mediante la recepción de emisiones de radio o televisión, alámbricas o inalámbricas, en los hoteles u otros lugares de hospedaje, ha sido la constante abrumadoramente mayoritaria en la jurisprudencia comparada, incluso desde hace ya varias décadas, por ejemplo, cuando el Tribunal de Apelaciones de Tel Aviv resolvió que la distribución a las habitaciones de un hotel de programas de radio o televisión constituía una nueva modalidad de ejecución pública; la Casación griega al fallar que las habitaciones de un hotel no eran locales privados

y, por tanto, la retransmisión por cable de programas -recibidos por cable o captados de una emisión-, implicaba una ejecución pública, privativa del autor¹; o la Corte Suprema de Nueva Gales del Sur, al señalar que la comunicación en habitaciones hoteleras no podía calificar como un hecho familiar o doméstico, porque *“al final era el cuarto de un motel, no la casa del huésped”*². La pretendida calificación como *“domicilio privado”* o *“ámbito doméstico”* de la habitación de un hotel, a los fines de evitarse la autorización previa de los titulares del derecho de autor y el pago de la remuneración correspondiente, es la defensa más sostenida por los hoteleros, pero el argumento ha sido constantemente desechado. Una cosa es que a los efectos del huésped y de su privacidad la habitación pueda calificarse como *“domicilio privado”*, y otra que el acto del hotelero mediante el cual pone a disposición del pasajero los dispositivos necesarios para que pueda captar emisiones contentivas de obras protegidas, se considere una excepción o limitación al derecho exclusivo de explotación. De la misma manera, es intrascendente que la recepción de la transmisión en la habitación sea posible porque el establecimiento retransmita a los cuartos la emisión de origen mediante un sistema interno de cable o que esa captación se efectúe en forma inalámbrica, directamente de dicha emisión de origen, con la colocación de los aparatos receptores en las habitaciones. En el primer caso porque hay un acto de retransmisión de una emisión de origen (sea esta última alámbrica o inalámbrica), con lo cual la empresa hotelera se convierte en un *“distribuidor”* por cable de dicha emisión originaria, lo que entra en conflicto con el artículo 11 bis, 1, 2º del Convenio de Berna, por el cual *“los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar ... toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen”*; o con las disposiciones contenidas en las leyes nacionales por las cuales una de las modalidades del derecho exclusivo de comunicación al público se configura con la retransmisión, alámbrica o inalámbrica y por una entidad distinta de la de origen, de la obra inicialmente transmitida. Y en el segundo caso, de acuerdo al principio de la *“independencia de los derechos”*, por el cual cada forma de utilización es distinta a las demás y, por tanto, cada una de ellas genera el pago de una contraprestación, de suerte que una cosa es la transmisión que realiza el organismo de radiodifusión y otra la prestación del servicio que presta el hotelero a su cliente al instalar un aparato receptor en su habitación, servicio sin el cual el huésped no podría recibir tales emisiones³, lo que queda corroborado con la disposición contenida en el Convenio de Berna, cuando establece como derechos distintos al de radiodifusión (art. 11 bis, 1, 1º) y al de retransmisión (art. 11 bis, 1, 2º), el del autor a autorizar o no *“la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida”* (art. 11 bis, 1, 3º). © Ricardo Antequera Parilli, 2009.

TEXTO COMPLETO:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia Número 2 de los de Medio Cudeyo conoció el Juicio de Menor Cuantía 218/1997 seguido a instancia de la ENTIDAD DE GESTIÓN DE

DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES contra BALNEARIO DE PUENTE VIESGO, S.A. La demandante formuló demanda en fecha 17 de septiembre de 1997, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado que dicte sentencia *“por medio de la cual acuerde: a) la inmediata suspensión de las actividades de retransmisión de las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en las emisiones de televisión de terceras entidades de radiodifusión; b) la expresa prohibición de reanudar tales actividades en tanto no sea expresamente autorizada al menos por la actora; c) declarar el derecho de la demandante a ser indemnizada por la*

¹ Informe de la Comisión Jurídica y de Legislación de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores, CISAC. Washington, mayo de 1983. Documento CJL/83/652.

² Resumen y comentarios del fallo en VAVER, David: *Principles of Copyright (cases and materials)*. OMPI/PNUD. Ginebra, 2002, p. 99.

³ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: *“Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines”*. Ed. AISGE/REUS. Madrid, 2007, pp. 113-114.

demandada de acuerdo con las tarifas generales de la misma y conforme a su número de habitaciones y apartamentos ocupados durante el período durante el cual ha llevado a cabo la actividad ilícita en los términos que se determine en ejecución de sentencia; d) al pago de las costas del presente procedimiento; e) a estar y pasar por las anteriores declaraciones".

Admitida a trámite la demanda, en fecha 20 de octubre de 1997 la representación procesal de BALNEARIO DE PUENTE VIESGO, S.A., contestó a la misma, suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, que se dictase sentencia "por la que se desestime íntegramente dicha demanda y se absuelva a mi representada de las pretensiones contra ella deducidas, con expresa imposición de costas a la actora".

Con fecha 8 de abril de 1998 el Juzgado dictó sentencia cuyo fallo dice textualmente: "Que estimando la demanda interpuesta por LA ENTIDAD DE GESTION DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES contra la Entidad BALNEARIO DE PUENTE VIESGO SOCIEDAD ANÓNIMA acordar y acuerdo: a) la inmediata suspensión de las actividades de retransmisión de las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en las emisiones de televisión de terceras entidades de radiodifusión que está realizando la Entidad demandada; b) la expresa prohibición de reanudar tales actividades en tanto no sea autorizada, al menos, por la actora; c) declarar el derecho de la demandante de ser indemnizada por la demandada de acuerdo con las tarifas generales de la misma y conforme a su número de habitaciones y apartamentos ocupados durante el período durante el cual ha llevado a cabo la actividad ilícita, a partir de 1994, en los términos que se determine en ejecución de sentencia, con arreglo a lo explicitado en el Fundamento de Derecho Séptimo de esta Resolución; condenando a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones. Se imponen las costas a la parte demandada".

SEGUNDO. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de BALNEARIO DE PUENTE VIESGO, S.A. contra la sentencia

de primera instancia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección Primera), dictó sentencia en fecha 15 de febrero de 2000 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por BALNEARIO DE PUENTE VIESGO, S.A. contra la ya citada sentencia del Juzgado de Primera Instancia No. 2 de Medio Cudeyo, la que debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes, con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente".

TERCERO. Por la representación procesal de BALNEARIO DE PUENTE VIESGO, S.A., se presentó escrito de formalización del recurso de casación ante este Tribunal Supremo con apoyo procesal en tres motivos:

"Primero.-Al amparo del nº 3 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio al haberse infringido las normas que rigen los actos y garantías procesales y, en concreto, la establecida en el nº 2 del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

"Segundo.-Al amparo del nº 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 145 y 148 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de Abril de 1996, en su relación con los artículos 1709, 1717 y 1720 del Código Civil".

"Tercero.-Al amparo del nº 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 133 y 135 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de Abril de 1996, en su relación con los artículos 1101 y 1106 del Código Civil".

CUARTO. Por Auto de esta Sala de fecha de 20 de octubre de 2003 se admitió a trámite el recurso, y, evacuado el traslado conferido, por la representación procesal de la ENTIDAD DE GESTION DE LOS DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES, se presentó en fecha 19 de noviembre de 2003 escrito de impugnación del mismo.

QUINTO. Por el Pleno de la Sala se acordó señalar para la votación y fallo del presente recurso el día 19 de diciembre del año en curso, en el que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. CLEMENTE AUGER LINÁN

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El litigio del que trae causa el presente recurso de casación fue promovido por la ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES, la cual, sobre la base de que la demandada, BALNEARIO DE PUENTE VIESGO, S.A., venía realizando actividades de comunicación pública de obras audiovisuales, al retransmitir por cable a las diferentes habitaciones y apartamentos del establecimiento hotelero explotado por la misma señales de entidades de radiodifusión, así como de las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en los correspondientes programas -todo ello sin autorización de la actora y sin haber abonado el preceptivo canon-, reclamaba la suspensión de dichas actividades de retransmisión, la expresa prohibición de reanudar tales actividades en tanto no fuese autorizado por la actora, y el pago de la indemnización por la realización de las mismas, en el modo en que se determinase en ejecución de sentencia.

La parte demandada opuso, antes de entrar en la cuestión de fondo, la excepción de falta de legitimación activa ad processum y, entrando en la cuestión de fondo, alegó que la parte demandante debió acreditar qué productores son los que le tienen encomendada la gestión de sus obras o cuyos intereses protege y qué obras se han comunicado y en qué número y, por otra parte, que "la fijación unilateral por la propia Entidad actora del importe de los perjuicios que se dicen sufridos carece de todo valor pues, con igual infundada base, podría haberse concretado en la mitad, el doble, el triple, etc., de tal modo que resultaría siempre necesaria la oportuna prueba pericial".

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la excepción procesal planteada y, en relación al fondo el asunto, estimó la demanda al entender

que la actividad desarrollada por la demandada constituía comunicación pública de obras audiovisuales y, por tanto, susceptible de generar el derecho a percibir una indemnización por el uso ilícito de los derechos de los productores de obra audiovisual independientemente de los derechos que los autores de la misma obra puedan tener.

La Audiencia Provincial, desestimando el recurso de apelación, confirmó en todos sus extremos la Sentencia apelada y, en concreto, estableció que "la legitimación de la actora deriva de la ley, y es la ley la que configura el conjunto del sistema, y ha desechado, por la imposibilidad de realizarlo, el sistema del que es partidario el apelante: fijar los concretos titulares en nombre de quien actúa en cada caso la Sociedad Gestora", prosiguiendo con la afirmación de que, en relación con la cuestión relativa a la "comunicación pública", "en la contestación no se puso en entredicho la alegación actora de que la demandada hiciera una comunicación pública de las obras objeto de protección. No es objeto de debate, y por consiguiente en esta alzada no vamos a entrar siquiera en tal consideración", y argumentando que, en lo relativo a las tarifas supuestamente abusivas reclamadas por la actora, además de ser constitutivas de la contraprestación de un servicio voluntario e innecesario con un precio que debe ser evaluado por el usuario y, en su caso, negociado, "por otra parte no aporta el recurrente datos o elementos de cotejo o comparación para poder inferir que la contraprestación supone, en este caso, un abuso (...) el intento de los jueces de fijar por sí lo que consideren justo nos llevaría al subjetivismo judicial, a la desorientación, a la inseguridad y desde luego al trato desigual".

SEGUNDO. Los motivos primero y segundo, si bien fueron interpuestos a través de los ordinales 3º y 4º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respectivamente, se refieren a la falta de legitimación activa del demandante, por lo que, refiriéndose, respectivamente a las supuestas infracciones de los artículos 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de los artículos 145 y 148 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de Abril de 1996, en relación con los artículos 1.709, 1.717 y 1.720 del

Código Civil, van a ser analizados de forma conjunta para no incurrir en reiteraciones innecesarias.

Alega la parte recurrente que la encomienda de la gestión de los derechos de carácter patrimonial, si bien legítima a las Entidades de que se trata para ejercerlos y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales, ello no implica exoneración de la obligación de acreditar la efectiva existencia de aquella encomienda e indicar, al menos, en nombre de quien se actúa, lo cual no ha realizado la demandante. Añade que "la actuación en nombre de otro requiere que se haya encomendado la realización de una determinada gestión o conferido una facultad o poder de representación que permita entender que la obligación se contrae o el derecho se reclama en nombre del mandante o poderdante que es a quien, por consiguiente, ha de abonarse cuanto se reciba por el mandatario o apoderado".

Con carácter previo a la resolución de la cuestión planteada en los dos primeros motivos, ha de ponerse de manifiesto que, como es bien sabido, a raíz de la reciente Sentencia de esta Sala de Pleno de fecha 16 de abril de 2007 (Recurso 2454/1999), se ha unificado la doctrina jurisprudencial en relación a la correcta interpretación del art. 20.1 del TRLPI, a consecuencia del acogimiento de los criterios interpretativos sentados por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de fecha 7 de diciembre de 2006 (Cuestión Prejudicial C-306/05, SGAE/RAFAEL HOTELES), los cuales fueron: entender, en definitiva, que la captación por el titular de una explotación hotelera de señales de televisión de entidades de radiodifusión y su posterior distribución a los habitantes de un hotel constituye un acto de comunicación pública sobre el que se extiende la pretendida armonización de las normativas nacionales de protección de los derechos de autor prevista en el art. 3 de la directiva 2001/29 /CE del Reglamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001. Esta tesis acogida tanto por la Sentencia del TJCE como por esta Sala, fue establecida con ánimo de unificación, habida cuenta de la desigual respuesta que se venía dando a supuestos de

hecho parecidos, en los que las distintas Audiencias Provinciales entendían, en unos casos, que la difusión de la obra audiovisual a través de los televisores instalados en las habitaciones de los hoteles no constituía difusión pública a los efectos de la ley, al considerar las habitaciones hoteleras ámbitos estrictamente privados y que, por tanto, no fundamentaban la reclamación de indemnización por difusión ilícita pretendida por las entidades gestoras; y, en otros casos, como en el presente, que la difusión televisiva en el interior de las referidas habitaciones hoteleras debía ser considerada difusión pública y, por tanto, susceptible de ser indemnizada a los titulares de los derechos generados por dicha difusión. Dicha diferente concepción tuvo también su reflejo en la jurisprudencia de esta Sala, al mostrarse favorables a la primera postura las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2002 y de 10 de mayo de 2003 y a la segunda, las de 11 de marzo de 1996 y 31 de enero de 2003. Precisamente dicha diversidad de criterios dio lugar a que la mencionada sentencia de 10 de mayo de 2003 fuese de Pleno, con vocación de unificación, siendo que, por tanto, la postura de esta Sala fue -hasta la nueva sentencia de pleno de 16 de abril de 2007 -desfavorable a entender que la difusión a través de receptores de televisión no diera lugar a indemnización alguna a los titulares de derechos de propiedad intelectual por entenderse que dicha difusión se realizaba en el ámbito estrictamente privado.

La sentencia impugnada mantiene la tesis ahora corroborada por la última sentencia de pleno, por lo que, si bien la recurrente no ha planteado en casación -ni en primera instancia, aunque sí lo intentó, sin éxito por su extemporaneidad, en la apelación-la controversia sobre la consideración o no de difusión pública de la actividad desarrollada por la demandada, de haberlo hecho, habría encontrado la desestimación del recurso, ante la interpretación jurisprudencial mencionada contraria a la tesis más favorable para los establecimientos hoteleros.

En relación con la cuestión relativa a la falta de legitimación opuesta en ambos motivos, la Sentencia de Pleno de 16 de abril de 2007, ante la oposición de una excepción análoga,

planteada en términos casi idénticos a los de la ahora recurrente, estableció que "Por lo demás no existía problema al respecto -de la legitimación activa-porque la entidad actora -EGEDA-acreditó la autorización administrativa como Entidad de gestión (Ordenes Ministeriales de 29 de octubre de 1990, 28 de agosto de 1992, 20 de diciembre de 1993 y 6 de marzo de 1995) y aportó copia de los Estatutos de los que resulta su legitimación propia para actuar respecto de aquellos derechos cuya gestión "in genere" constituye el objeto de su actividad, lo que es suficiente "a prima facie", sin necesidad de acreditar las autorizaciones individuales de los titulares de los derechos de explotación, según viene entendiendo la doctrina jurisprudencial de esta Sala (SS., entre otras, 29 octubre 1999 -dos sentencias-, 18 octubre 2001, 24 septiembre Y 15 octubre 2002, 31 enero y 10 marzo 2003, 24 noviembre y 12 diciembre 2006)". Prosigue argumentando que "En primer lugar debe señalarse que la actora EGEDA actúa en representación de los productores de obras y grabaciones audiovisuales en consonancia con su objeto y fin primordial de gestión, representación protección y defensa de los intereses de los mismos, así como de sus derechohabientes, ante personas, sociedades y organizaciones públicas y privadas (art. 2.1 de los Estatutos) y "en especial, la gestión y protección de los derechos que les corresponden en ejercicio de: A) La distribución, transmisión, reproducción y comunicación pública de las obras y grabaciones audiovisuales; B) La transmisión y retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales, bien mediante la emisión de señal propia, bien mediante la captación de señales emitidas por terceros emisores y su posterior distribución a receptores individuales o colectivos mediante señal aérea o transmitida por cable y de forma simultánea o diferida" (art. 2.2. Estatutos). Dichos productores son titulares de derechos de propiedad intelectual, independientes de los correspondientes a los autores (arts. 3.3º ; 10.1, d) y 113 LPI 22/1987).

La consideración anterior conduce a dos apreciaciones relevantes: una, consistente en que el reconocimiento jurídico de la entidad de gestión crea una presunción "iuris tantum" de que tiene atribuida la representación de los

titulares de derechos para que se le autorizó (arts. 132, 135, 136.2 y 3, 137 y 138 LPI de 1987), de tal modo que quien pretenda que otra entidad tiene igual o similar representación debe probarla; y otra, no menos trascendente, consistente en que del contrato de 1 de julio de 1987 celebrado entre la S.G. A.E. y Al-Rima S.A. se deduce que se comprenden autores, y productores de fotogramas, pero no los productores audiovisuales, por lo que ni la SGAE tiene su representación, ni la demandada pagó cuota alguna relacionada con los mismos.

En segundo lugar se plantea el tema relativo a los autores de obras audiovisuales. Lo expuesto anteriormente hace innecesario más argumentación en relación con los productores de grabaciones audiovisuales, titulares de un derecho afín de propiedad intelectual que comprende el derecho de autorizar la comunicación pública (art. 113 LPI 1987). Por consiguiente no es preciso discurrir acerca de la fecha del contrato, anterior a la LPI 22/1987, la cual crea las entidades de gestión y reconoce el derecho de dichos productores. El problema se centra en los autores de las obras audiovisuales, y al respecto hay que distinguir entre autores de obras cinematográficas y de demás obras audiovisuales. La distinción es importante porque, según el art. 88.1, párrafo primero, de la LPI de 1987, por el contrato de producción de la obra audiovisual se presumirá cedido por los autores al productor el derecho a autorizar la comunicación pública, lo que supone una presunción legal "iuris tantum" que, conforme al art. 1250 CC (actualmente art. 385.1 LEC 2000), dispensa de toda prueba a los favorecidos por ella, y si bien puede destruirse por la prueba en contrario (art. 1251 CC, actualmente art. 385.3 LEC 2000), la demostración de la conclusión contraria corresponde a la demandada y no a la actora. La atribución de dicho derecho a los productores supone una titularidad "derivada" (S. 20 junio 2006), respecto de los autores ex art. 87 LPI, que, no cabe entender excluida, sin prueba adecuada al efecto, por el contenido genérico del contrato de 1 de julio de 1987. En cambio, no cabe mantener la misma solución respecto de las obras cinematográficas. Aunque es cierto, por un lado, que el art. 1º de la Ley 17/1966, de 31 de mayo (derogada por

la Ley 22/1987), atribuía el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación económica sobre la obra cinematográfica al productor o a sus cesionarios o causahabientes, y por consiguiente la autorización de la comunicación pública, sin perjuicio de los derechos de los autores previstos en el art. 4º de la propia Ley, y, también lo es por otro lado, que el contrato de 1 de julio de 1987, en el que se fundamenta la "ratio decidendi" de la sentencia recurrida, se refiere expresamente a las obras cinematográficas, sin embargo el régimen jurídico respecto de la titularidad "derivada" de los productores respecto de la comunicación pública en cuanto a las mismas es diferente del de las restantes obras audiovisuales porque el art. 88.1, párrafo segundo, LPI, no prevé la presunción de cesión, sino que exige la autorización expresa de los autores a los productores para la explotación mediante la comunicación pública a través de la radiodifusión, y en el caso sucede que tal autorización no se ha probado, por lo que no cabe dar el mismo trato a las obras cinematográficas que a las restantes audiovisuales".

Por tanto, reiterando lo manifestado en la sentencia cuyo fundamento se ha transcrito, así como la tesis mantenida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección Primera) dictada en apelación, no procede la estimación de la excepción de falta de legitimación activa de la demandante, puesto que la misma viene determinada por la ley (art. 150 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y art. 135 de la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual) y, habiéndose aportado junto con la demanda, certificado de los Estatutos de la EGEA y del Ministerio de Educación y Cultura (Subdirección General de Propiedad Intelectual) por el cual se EGEDA está autorizada por Orden Ministerial de 29 de octubre de 1990 (BOE 2-11-1990) para gestionar los derechos de propiedad intelectual de productores audiovisuales conforme a lo dispuesto en los artículos 132 de la Ley 22/1987 de 11 de noviembre y 142 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por RDLeg 1/1996 de 12 de abril, la legitimación activa de la actora queda sobradamente demostrada conforme a las

exigencias normativas vigentes, no siendo obligada la presentación de documentos adicionales que acrediten la existencia de un mandato concreto, dada su dificultad y el entorpecimiento que en el desarrollo de las labores de gestión de derechos, dicha exigencia comportaría, lo cual, sin duda, pesó en la decisión del legislador al conformar la legitimación activa de las Entidades Gestoras de la forma en que se reguló en la ley.

Ambos motivos, por tanto, deben ser desestimados.

TERCERO. El motivo tercero fue interpuesto al amparo del ordinal 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 133 y 135 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996, en su relación con los artículos 1101 y 1106 del Código Civil.

El recurrente argumenta que "mi representada se resiste a admitir que pueda ser condenada al pago de unas cantidades que, según cabe colegir de lo anterior, se basan en unas tarifas unilaterales, abusivas, contrarias a derecho y, por tanto, injustas".

A este respecto hay que partir de la regulación jurídica contenida en el artículo 157.1.b) del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDLeg 1/1996, de 12 de abril) - antes, artículo 152 el mismo texto legal- establece que "1. Las entidades de gestión están obligadas: (...) b) A establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa" mientras que el artículo 159.3 del TRLPI -antes art. 154.3 -regula que "Las entidades de gestión están obligadas a notificar al Ministerio de Cultura los nombramientos y ceses de sus administradores y apoderados, las tarifas generales y sus modificaciones, los contratos generales celebrados con asociaciones de usuarios y los concertados con organizaciones extranjeras de su misma clase, así como los documentos mencionados en el artículo 156 de esta Ley".

Así como de la Normativa sobre derechos de comunicación pública de los artistas, intérpretes o ejecutantes en la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril).

Artículo 108. Comunicación pública. 4 "El derecho a las remuneraciones equitativas y únicas a que se refieren los apartados 2 y 3 del presente artículo se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. La efectividad de los derechos a través de las respectivas entidades de gestión comprenderá la negociación con los usuarios, la determinación, recaudación y distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquéllos".

Normativa sobre derechos de comunicación pública de los productores de fonogramas en la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril).

Artículo 116. Comunicación pública. 2 "Los usuarios de un fonograma publicado con fines comerciales o de una reproducción de dicho fonograma que se utilice para cualquier forma de comunicación pública, tienen obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los productores de fonogramas y a los artistas intérpretes o ejecutantes, entre los cuales se efectuará el reparto de la misma. A falta de acuerdo entre ellos sobre dicho reparto, éste se realizará por partes iguales."

Normativa sobre derechos de comunicación pública de los productores de las obras audiovisuales en la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril).

Artículo 122. Comunicación Pública. 3 "El derecho a la remuneración equitativa y única a que se refiere el apartado anterior se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. La efectividad de éste derecho a través de las respectivas entidades de gestión comprenderá la negociación con los usuarios, la determinación, recaudación y distribución de la remuneración correspondiente, así como

cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquél.

Para la adecuada solución al motivo invocado parece procedente subrayar las razonables consideraciones contenidas en la sentencia recurrida de la Audiencia, que son las siguientes:

Estamos ante el disfrute de una obra del espíritu que, en el contexto sociocultural actual, no se comporta como un servicio de primera necesidad: puede prescindirse de ello, sin especiales consecuencias negativas para quien no recibe ese servicio.

En este sentido la libertad de contratar o no contratar, o la libertad para renunciar permanecen relativamente intactas. Incluso la libertad de negación y de forzar al prestador del servicio a obtener unas determinadas tarifas puede también entenderse salvadas.

En definitiva, la parte recurrente ha incorporado voluntariamente a su negocio ese elemento de propiedad intelectual ajeno, cuya incorporación hace más atractivo su hotel, provoca una mayor clientela y la obtención de mayores beneficios en la explotación de la industria.

El importe de la explotación de ese bien ajeno ha de ser valorado como un componente de su industria; deberá decidir si le compensa o no incorporarlo desde la perspectiva empresarial. Si no le interesa no usará o no contratará, pero lo que no puede desde la perspectiva del Estado de Derecho es no pagar el uso de un derecho ajeno, como tampoco puede negarse porque piensa que la tarifa es abusiva, si entiende esto último, no contrate o no use o intente negociar.

Por otra parte no aporta el recurrente datos o elementos de cotejo o comparación para poder inferir que la contraprestación supone, en este caso, un abuso; como tampoco justifica que extrajudicialmente haya intentado negociar con unas cantidades inferiores que considere justas y que pudieran servir para conocer el criterio del recurrente sobre este punto.

De todo lo expuesto, tanto las normas reguladoras aplicables como los razonamientos

de la sentencia recurrida, se deduce lo siguiente: el uso en cuestión que ha realizado el hotel sin autorización forzosamente determina una indemnización. El mismo uso autorizado es de suponer que casi siempre habrá determinado la cuantía indemnizatoria en virtud de mutuo acuerdo con la entidad gestora.

Pues bien, el precio de la comunicación pública procedente que ya se ha considerado como tal, ha de venir determinado por dos criterios: el pacto de la gestora, en este caso con el hotel demandado, o, fuera de este caso, como en realidad ocurre, con asociaciones de hoteles; y a falta de este pacto el precio vendrá fijado, en principio, por las tarifas que la gestora comunica simplemente al Ministerio de Cultura. Pero ello no quiere decir que las tarifas, sin más, hayan de prevalecer frente a una oposición de los obligados al pago, toda vez que la Ley exige que las mismas se atengan a criterios equitativos. La equidad acogida en el artículo 3.2 del Código Civil, requiere de una ponderación sumamente prudente y restrictiva (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1996). Como dijo la Sentencia de 15 de julio de 1985 el párrafo 2 del artículo 3 del Código Civil veda el uso exclusivo de la equidad en la fundamentación de las resoluciones, a menos que así esté rigurosamente autorizado, no veda en modo alguno la equitativa ponderación con que se ha de hacer la aplicación de las normas, que es lo ocurrido en el caso concreto que nos ocupa (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1995). En igual sentido las Sentencias de 12 de junio de 1990, de 11 de octubre de 1988 y de 3 de noviembre de 1987.

La razonable aplicación de estos criterios lleva a la conclusión de que la estimación por parte de las sentencias de instancia del apartado c) del petitum de la demanda se ajusta a las prevenciones legales, por lo que procede la desestimación del motivo. Y esto es así porque los criterios equitativos no pueden estimarse como eludidos en cuanto que el petitum se articula de la forma siguiente: c) "declarar el derecho de la demandante a ser indemnizada por la demandada de acuerdo con las tarifas generales de la misma y conforme a su número de habitaciones y apartamentos ocupados durante el periodo durante el cual ha llevado a

cabo la actividad ilícita en los términos que se determine en ejecución de sentencia." Es decir, que la Sala tiene que considerar acertada la estimación de este petitum y tiene que rechazar la pretensión de la recurrente de su consideración del petitum como abusivo. No puede razonablemente considerarse abusiva la aplicación de las tarifas formuladas, a falta de acuerdo, cuando se reducen a la utilización real de la comunicación pública, por referirse a habitaciones y apartamentos "ocupados". Distinta consideración merecería la pretensión indemnizatoria a calcular sobre número de habitaciones y apartamentos "disponibles".

Y todo ello sin olvidar la insuperable dificultad probatoria sobre cuál fue realmente la programación televisiva de las cadenas captadas por los aparatos de televisión de cada habitación. Y es que la invocación a la equidad no puede implicar que la fijación de la indemnización debida quede simplemente al arbitrio del Juez. No es, en nuestro ordenamiento positivo, la equidad sino un criterio general en que deberá ponderarse la aplicación de las normas, pero sin que, tal elemento de interpretación y dulcificación del derecho por la ética --Sentencias de 9 de mayo de 1983 y 3 de noviembre de 1987 --pueda fundar, por sí sólo, una resolución judicial -- Sentencias de 3 de febrero y 10 de octubre de 1986, 18 de mayo de 1987 y 11 de octubre de 1988 --, ya que el propio precepto legal -- apartado 2 del artículo 3 del Código --, textualmente prohíbe que las resoluciones de los Tribunales "puedan descansar de manera exclusiva en ella (equidad), salvo cuando la Ley expresamente lo permita" (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1993). En parecidos términos las Sentencias de 6 de julio de 1993 y 14 de mayo de 1993. Se hace conveniente la anterior reflexión en cuanto que la legislación establecida para retribución de la comunicación pública en cuestión queda referida a tarifas aplicadas con criterios equitativos, lo que excluye la remisión a la fijación soberana del órgano jurisdiccional.

Cuestión distinta habría sido solicitar la casación de la sentencia en cuanto a la procedencia o no de acordar la indemnización en sí por ser indebida, atendiendo a que, hasta el momento del emplazamiento para

contestación a la demanda, la demandada no tuvo conocimiento de la reclamación contra ella dirigida, lo cual impediría estimar el punto c) de la demanda, como, en caso similar, estableció la Sentencia de esta Sala, mentada anteriormente, de fecha 16 de abril de 2007, en la que se razonaba que "procede estimar las peticiones contenidas en los apartados a) y b) del petitum de la demanda, sin que quepa acoger el del apartado c) porque por la parte demandada se ha alegado que no tuvo conocimiento de la solicitud de la entidad actora hasta el emplazamiento, sin que por la demandante se haya acreditado adecuadamente haber efectuado el requerimiento con anterioridad, por lo que no cabe afirmar que haya habido la actividad ilícita en que se funda la pretensión correspondiente". Como la parte recurrente no solicita la desestimación de la demanda, en cuanto a la falta de requerimiento por parte de la actora para el pago de la indemnización, sino por considerar abusivas las tarifas, aquietándose a la resolución adoptada en ambas instancias, en virtud del principio dispositivo, procede la íntegra confirmación de la sentencia.

Por todo ello, el tercer motivo ha de ser igualmente desestimado.

CUARTO.-En materia de costas procesales y en esta clase de recursos se seguirá la teoría del vencimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por lo que en el presente caso las mismas se impondrán a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Que debemos acordar lo siguiente:

1º No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil BALNEARIO DE PUENTE VIESGO, S.A. frente a la sentencia dictada por Audiencia Provincial de Cantabria (Sección Primera), de fecha 15 de febrero de 2000 .

2º Imponer las costas procesales de este recurso a dicha parte recurrente, con pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.