

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2010  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## **Responsabilidad extra-contractual. Responsabilidad del anunciante. Sincronización de obra musical.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Audiencia Provincial de León, Sección 1ª

**FECHA:** 10-3-2008

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Civil)

**FUENTE:** Texto del fallo a través del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Actualización: 10-10-2010.

**OTROS DATOS:** Recurso 332/2006. Sentencia 77/2008.

### **SUMARIO:**

*“... ha quedado acreditado que la obra [musical] insertada en el anuncio divulgado a instancia de [la demandada] Caja España forma parte del repertorio protegido por la SGAE<sup>1</sup>...”*

[...]

*“En virtud del contrato suscrito, la agencia se encargó tanto de la conformación de la obra publicitaria en su conjunto, con empleo de material musical, interpretación..., pero también del diseño de estrategia publicitaria y, en general, la entrega de un producto publicitario final para la demandada que, por aplicación del artículo 23 de la LGP<sup>2</sup>, como anunciante, adquirió los derechos de explotación de las creaciones publicitarias. Y sobre la base de los derechos así adquiridos, la demandada recibió la grabación audiovisual y contrató su difusión publicitaria con diversos medios de comunicación; concretamente, televisivos”.*

[...]

*“En el caso que nos ocupa la demandada encarga la creación del anuncio y, por ello, tiene el derecho de controlar su desarrollo y comprobar el resultado final, paga su precio y hace suyos los derechos de explotación y, finalmente, lo divulga. Este control de principio a fin requiere una supervisión a la que no puede ser ajena la demandada; resulta*

<sup>1</sup> Sociedad General de Autores y Editores (nota del compilador).

<sup>2</sup> Ley General de Publicidad. “Artículo 23. Las creaciones publicitarias podrán gozar de los derechos de propiedad industrial o intelectual cuando reúnan los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presumirán, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al anunciante o agencia, en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo” (nota del compilador).

*inverosímil que no se le diera a conocer el proyecto inicial y mucho menos que no examinara el resultado antes de emitirlo en los medios de comunicación. Pero resulta más sorprendente que se manifieste ignorancia en relación con la obra musical sincronizada cuando en el presupuesto que aceptó no se hace ni la más mínima referencia a la composición musical o a su coste, cuando es evidente que el anuncio incorporaba una sintonía musical. Y, sin embargo, la demandada no da importancia a tales omisiones y no toma la elemental precaución de preguntar y pedir información sobre la obra musical, antes de difundir el anuncio. Dada la entidad patrimonial de la demandada se supone que cuenta con importantes equipos de asesoramiento, entre los que tendrán relevancia los que se refieran a su propia imagen ante el público y sus clientes, con lo que la realización de campañas publicitarias ni es algo que resulte novedoso para ella ni es una actividad de la que se desentienda o se pueda desatender”.*

**COMENTARIO:** Los anuncios publicitarios son generalmente realizados por encargo, pero cualquier cláusula contractual entre el comitente y el comisionado por la cual aquél quede relevado de responsabilidad en el caso de violaciones a derechos de terceros (por ejemplo, mediante la sincronización no autorizada de una obra preexistente), solamente surte efecto entre las partes y no puede oponerse al autor de la obra usada sin su autorización. En ese sentido, una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (17-11-2005), declaró que “... la vinculación de la comitente con la agencia de publicidad va más allá del mero encargo, siendo razonable que participara, cuando menos dando su visto bueno, en la conformación de la idea”. Otra cosa es que el anunciante pueda accionar contra la agencia publicitaria en razón de los daños y perjuicios sufridos por las violaciones cometidas por esta última al realizar la obra creada por encargo. © Ricardo Antequera Parilli, 2010.

## **TEXTO COMPLETO:**

**VISTOS** ante el Tribunal de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de León el recurso de apelación arriba indicado, en el que han sido partes de una como apelante SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE), representada por el Procurador Mera Muñoz siendo Letrado Ramón Mera Muñoz; de otra como apelada CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD representada por la Procuradora Pérez Fernández siendo Letrado Rafael Gutiérrez Olivares, actuando como Ponente el ILMO. SR. D. RICARDO RODRÍGUEZ LÓPEZ.

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 12 de junio de 2006 se dictó por el Juzgado de 1ª Instancia nº 8 y Mercantil de León Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: FALLO.- Que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la entidad CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, CAJA DE

AHORROS Y MONTE DE PIEDAD frente a las pretensiones deducidas por la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES debo absolver y absuelvo a la entidad CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD; todo ello con expresa imposición de costas causadas a la entidad SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES.

**SEGUNDO.-** Contra la mencionada Sentencia se interpuso por la parte apelante recurso de apelación al que se opuso la parte apelada y elevadas las actuaciones a esta Sala de la Audiencia y personadas las partes se señaló día para deliberación y fallo.

### **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Motivos del recurso.

El recurso se limita a proclamar que la demandada tiene la condición de productor y que, por lo tanto, la sentencia impugnada yerra al desestimar la demanda por carecer la demandada de tal condición. Y añade que, en

*cualquier caso, la acción no se sustenta sobre la condición de productora de la demandada, sino sobre el perjuicio causado a la titular de los derechos de propiedad intelectual sobre la obra empleada en el anuncio divulgado por cuenta de la demandada.*

*La parte recurrida se limita a abundar en los argumentos expresados en la sentencia acerca de la falta de legitimación pasiva e insiste en que no se ha acreditado que el anuncio de Caja España al que se alude en la demanda contuviera la obra cuya protección pretende la demandante al reclamar indemnización por los perjuicios derivados de su inserción en un anuncio publicitario sin autorización del titular de los derechos sobre la obra.*

*El artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su apartado 4, establece: "La sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el art. 461. La sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado".*

*Por lo tanto, y aunque en la contestación a la demanda se plantean diversas causas de oposición a la demanda, nos limitaremos a considerar las que se invocan el escrito de oposición al recurso de apelación.*

## **SEGUNDO.- Congruencia.**

*En el hecho segundo de la demanda se dice que Caja España "procedió a la inclusión o sincronización de una obra musical protegida". El hecho tercero se introduce con lo que sería más bien un fundamento de derecho: "Para que la incorporación o reproducción (sincronización) de una obra musical en una obra cinematográfica sea lícita, el productor debe solicitar y obtener previamente... la correspondiente autorización...". Y, seguidamente, dice: "En el caso que nos ocupa, cuando... SGAE ... tuvo conocimiento de la utilización de la obra musical CON ESTA CANCIÓN en el spot publicitario mencionado, se puso en contacto con CAJA ESPAÑA para*

*comunicarle que había detectado la utilización de dicha obra musical en un spot publicitario de CAJA ESPAÑA en varias cadenas de televisión sin la preceptiva autorización...". En el hecho cuarto se dice que "Los hechos narrados atentan contra los derechos patrimoniales que gestiona mi mandante y, en concreto, a la explotación en forma de sincronización... de la obra CON ESTA CANCIÓN en el spot publicitario de CAJA ESPAÑA...".*

*En la sentencia recurrida, con invocación del artículo 22 de la Ley 4/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante LGP), se afirma que CAJA ESPAÑA suscribió un contrato de creación publicitaria, y que aunque es quien se beneficia con la emisión del anuncio y podría ser responsable por infracción de los derechos de propiedad intelectual que otros hubieran podido cometer (culpa "in eligendo" del productor), no lo puede ser como productora, al carecer de tal condición.*

*El criterio sustentado en la sentencia recurrida es en exceso riguroso, porque se atiene a parte de lo que en la demanda se cita, omitiendo otros hechos que también se invocan con la demanda y que también integran la causa de pedir, entendida como fundamento fáctico de la acción ejercitada.*

*Como se ha indicado al hacer cita de frases contenidas en la demanda, es cierto que, en ocasiones, la demandante se refiere a la demandada como productora, y que se le reprocha la inserción de una obra musical ajena sin autorización del titular de sus derechos de explotación. Pero también se recogen otras en las que el reproche a Caja España surge de la difusión del anuncio en los medios de comunicación, como cuando dice: "En el caso que nos ocupa, cuando... SGAE ... tuvo conocimiento de la utilización de la obra musical CON ESTA CANCIÓN en el spot publicitario mencionado, se puso en contacto con CAJA ESPAÑA para comunicarle que había detectado la utilización de dicha obra musical en un spot publicitario de CAJA ESPAÑA en varias cadenas de televisión sin la preceptiva autorización...". O como cuando dice: "Los hechos narrados atentan contra los derechos patrimoniales que gestiona mi*

*mandante y, en concreto, a la explotación en forma de sincronización... de la obra CON ESTA CANCIÓN en el spot publicitario de CAJA ESPAÑA...". En la primera de las frases se deja claro que el reproche a Caja España es por la difusión del anuncio, no porque dicha entidad tuviera a su disposición un soporte digital que contuviera la obra musical indicada, y en la segunda frase se vincula la vulneración de los derechos patrimoniales que gestiona la demandante por la explotación del anuncio, no por su mera confección.*

*Si la demandante se hubiera fundado en una acción cualificada por la particular intervención de la demandada en la reproducción de la obra protegida, o si la legitimación pasiva se derivara de una específica previsión legal que atribuyera una acción concreta contra unos infractores diferenciados y legalmente definidos, acoger la pretensión de la demandante sobre la base de otra acción no ejercitada, o fundándola en un supuesto de responsabilidad no alegado, podría suponer incongruencia (artículo 218 de la LEC). Pero el demandante alega, como hechos, la utilización y difusión por parte de la demandada de un anuncio en el que reproduce una obra musical del repertorio protegido por la SGAE. Y aunque en algún apartado de la demanda se hace referencia a la inclusión o sincronización de la obra musical, lo cierto es que también se alude a la explotación y difusión de la obra musical por parte la demandada. Y conforme dispone el artículo 15 de Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 abril 1996, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 22/1987, de 11 noviembre, que regulariza, aclara y armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante LPI), corresponde al autor el derecho exclusivo de explotación de su obra y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización. Y la citada Ley no distingue en relación con la persona del infractor: productor, autor, distribuidor, difusor, emisor... El citado precepto se limita a atribuir legitimación pasiva al infractor. No tiene sentido, por lo tanto, atribuir relevancia jurídica a determinar si el demandado es o no es productor, porque lo*

*jurídicamente relevante es determinar si es o no es infractor de los derechos reconocidos por la LPI. Así pues, el titular de los derechos reconocidos en la LPI, por sí o través de la entidad que gestione sus derechos, puede ejercitar acción para reclamar indemnización por daños materiales y morales causados, frente al infractor (sea quien sea y cualquiera que sea su participación en la infracción), conforme dispone el artículo 138 de la LPI.*

*Hemos de articular el cauce de congruencia de esta sentencia partiendo de que la demandada adquirió los derechos sobre el anuncio que encargó y que lo divulgó. Se delimitaría, por lo tanto, el objeto del contencioso con los hechos alegados en la demanda y a partir de un único título de imputación de responsabilidad (la infracción de los derechos de autor).*

**TERCERO.-** Aunque al contestarse la demanda sí se cuestionó la legitimación activa, en el escrito de oposición al recurso no se insiste en ella. No obstante, ha quedado acreditado que la obra insertada en el anuncio divulgado a instancia de Caja España forma parte del repertorio protegido por la SGAE: documental aportada con la demanda y declaración como testigo de quien adquirió los derechos de explotación de la obra por contrato de edición.

*Y, como indica, el artículo 10.1, apartado b), las composiciones musicales, con o sin letra, son objeto de propiedad intelectual.*

*Se trata de analizar si la demandada ha infringido ese derecho que invoca la demandante.*

**1.- Hechos y responsabilidad imputada a la demandada.**

*En la sentencia recurrida se dice que la demandada suscribió un contrato de creación publicitaria definido en el artículo 22 de la Ley 34/1988, de 11 noviembre 1988, General de Publicidad (en adelante, LGP). Lo cierto es que el contrato suscrito no es de creación publicitaria sino un contrato de publicidad. En la citada Ley se regulan cuatro modalidades contractuales: contrato de publicidad (artículos 15 a 18), contrato de difusión publicitaria*

(artículos 19 a 21), contrato de creación publicitaria (artículos 22 y 23) y contrato de patrocinio (artículo 24).

En el presente caso no sólo se encargó la creación publicitaria, entendida como diseño, proyecto o definición del contenido del anuncio encargado, sino también su efectiva realización. Por lo tanto, estamos ante un contrato mixto de publicidad, previsto en el artículo 15 de la LGP, y de creación publicitaria, previsto en los artículos 22 y 23 de la citada Ley.

Según el artículo 15 LGP: "Contrato de publicidad es aquel por el que un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma". En este caso, además de la creación publicitaria se encargó la realización del anuncio. Pero, como se indica en el párrafo segundo del artículo 15, cuando la agencia realice creaciones publicitarias, se aplicarán las normas del contrato de creación publicitaria.

Y en el artículo 22 se define el contrato de creación publicitaria: "Contrato de creación publicitaria es aquel por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga en favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario".

En virtud del contrato suscrito, la agencia se encargó tanto de la conformación de la obra publicitaria en su conjunto, con empleo de material musical, interpretación..., pero también del diseño de estrategia publicitaria y, en general, la entrega de un producto publicitario final para la demandada que, por aplicación del artículo 23 de la LGP, como anunciante, adquirió los derechos de explotación de las creaciones publicitarias.

Y sobre la base de los derechos así adquiridos, la demandada recibió la grabación audiovisual y contrató su difusión publicitaria con diversos medios de comunicación; concretamente, televisivos. Así lo reconoció el empleado de Caja España que declaró en el acto del juicio,

quien sostuvo que esta entidad no intervino en la realización del "spot" publicitario, y que se limitó a encargarlo y a contratar su difusión como anunciante.

A partir de los precitados hechos, jurídicamente calificados, hemos de analizar la responsabilidad que puede corresponder a Caja España por la divulgación del anuncio y su utilización en interés propio, y si de sus actos se infiere algún tipo de responsabilidad.

Ya en la sentencia, "obiter dicta", se alude a una eventual responsabilidad de la demanda "in eligendo", y esa apreciación es compartida por este Tribunal, ya que si la demandada adquiere los derechos de explotación de las creaciones publicitarias (artículo 23 de la LGP), ha de responder de las consecuencias de su utilización, ya que pasa a ser titular de los derechos sobre la obra y, en este sentido, podríamos incluso entender que, cuando en la demanda se afirma que la demandada insertó la obra musical protegida por la demandante, se hace implícita referencia a la sucesión de la demandante en la posición de la agencia autora del anuncio al adquirir de ella los derechos de explotación de la creación publicitaria.

En cualquier caso, quien explota una obra ha de asumir las consecuencias del daño que de la divulgación se pueda derivar, incluso al margen de consideraciones culpabilísticas, porque el artículo 138 de la LPI hace responsable al infractor de los derechos de propiedad intelectual, con lo que la mera infracción de los derechos, con el consiguiente perjuicio por el empleo de obra ajena, determina la legitimación pasiva de quien la divulga o reproduce, ya sea directamente o por su inserción o utilización en otra obra diferente (en este caso el anuncio encargado por la demandada).

En el sentido expuesto se pronuncia la sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 17 de noviembre de 2005:

"V... es la comitente del spot publicitario, anunciando a través de él su producto A..., en el que la canción sincronizada desempeña un

papel esencial. Por la naturaleza del audiograma, que es un anuncio de un producto suyo, la vinculación de la comitente con la agencia de publicidad va más allá del mero encargo, siendo razonable que participara, cuando menos dando su visto bueno, en la conformación de la idea. Al mismo tiempo, consta reconocido por T... que quien pagó directamente al autor de la obra musical sincronizada en el anuncio «A... ¿Y si las cosas soñaran una vida mejor?», fue la propia V..., lo que pone en evidencia de que debía conocer que inicialmente se había tratado de recabar la licencia correspondiente para sincronizar en el spot la canción «I...» de Ar..., y que al denegarse la licencia, se optó por encargar una música ad hoc. En esta situación, era conocedora del riesgo de infracción de los derechos de los actores que finalmente se actualizó, y debía haber asumido una diligencia mayor para evitarlo. Es por ello por lo que deviene igualmente responsable que T..., de satisfacer la indemnización por daño material y por daño moral, pues la omisión del deber de diligencia que le era exigible impidió que evitara la infracción y con ello el daño que la infracción reportó para el autor y para la cesionaria de los derechos patrimoniales, en los términos expuestos en el fundamento jurídico anterior.

Es responsable solidario junto con T... de satisfacer esta indemnización, pues ambos han contribuido a que se materializara la infracción denunciada, sin que pueda llegar a escindirse o dividirse el daño en función de la participación de uno u otro agente causantes de dicho daño".

En el mismo sentido la sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 11 de febrero de 2004: "De otro lado, también cabe predicar la legitimación pasiva de la recurrente, pese a que su afirmada condición de distribuidora del videograma (y no productora del mismo) le eximiría, a su juicio, de la responsabilidad que se le reclama".

También consideramos que surge una responsabilidad "in eligendo", como indica la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 17 de febrero de 1992: "Suerte distinta, por el contrario, merece la

apelación principal deducida por el actor quien, respetando la cuantificación de los daños morales fijada por el Juzgado, solicita que la condena sea también emitida contra la «Caja ...»; pretensión que creemos debe de ser acogida, aun teniendo en cuenta que la «Caja ...» hoy apelada no actuó a sabiendas o maliciosamente, ni estuvo desde luego movida por un ánimo indigno lo cual le libra, evidentemente, de todo reproche de orden moral, pero no de la responsabilidad jurídica que el demandante le reclama en este orden jurisdiccional civil, que debe declararse en esta resolución, sin perjuicio de las repeticiones que, llegado el caso, como efecto entre deudores solidarios, pueda realizar la Caja contra el autor del plagio que la primera, sin que conociera que no se trataba de una obra original, patrocinó, editó y presentó a los medios de comunicación, distribuyéndolo luego gratuitamente por lo que, aunque no obtuvo ningún beneficio económico directo, al tiempo que realizaba un acto de fomento cultural con motivo de su XXV aniversario, llevó a cabo una irreprochable pero existente campaña de autopromoción que no por ser lícita deja de ser evidente; por lo que la citada Caja se benefició también de la expresada publicación, infringiendo al editar la monografía, el derecho del actor a ser reconocido como el autor de la obra, en los términos del art. 14 de la Ley especial, al tiempo que desconoció su derecho exclusivo a publicar y explotar su obra, que el actor tenía debidamente registrada; aunque tal cosa no la hiciera deliberada o dolosamente, sino a título de culpa, siquiera en concepto de culpa in eligendo, por lo que debe darse lugar a la apelación principal, sin perjuicio de las acciones que la Caja pueda ejercitar contra su codemandado quien, por así tenerlo dispuesto el art. 65 de la Ley de Propiedad Intelectual, tiene la obligación de responder ante aquella de la autoría y originalidad de la obra, pero sin que tal cosa pueda servir para exonerar ahora de responsabilidad a la repetida apelada, que debe responder solidariamente con su codemandado ante el autor demandante, con más razón cuando buena parte de la doctrina viene entendiendo que la nueva Ley de Propiedad Intelectual tras reconocer los derechos de explotación y los morales, los protege en los arts. 123 y siguientes frente a las lesiones efectuadas por terceros, sin tener

*en cuenta la intencionalidad de vulnerar, usurpar o invadir la esfera exclusiva del titular, por lo que, en coherencia con el alcance de la Ley, pasan a estar legitimados pasivamente todos aquellos que usurpan los derechos de explotación, morales o mixtos, reservados al autor, sin que se deban tener en cuenta criterios de culpa, ni se precise intención de lesionar los derechos absolutos proclamados en la Ley, siempre que se haya producido un daño moral o un perjuicio económico".*

*La precitada sentencia se recoge de modo extenso por su similitud con este caso, al menos en el punto de partida: entidad financiera que encarga la confección de un anuncio y lo divulga.*

*Pero también ha de responder por responsabilidad "in vigilando", ya que la empresa que encarga el anuncio tiene un lógico y elemental derecho de control sobre la obra, que se recoge en el artículo 12 de la LGP: el anuncio no sólo es un instrumento relevante para captar clientela sino, además, refleja la imagen que la anunciante quiere que se ofrezca al público al que se dirige.*

*Así, la sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 27 de febrero de 2003, ha dicho:*

*"Por ello, aunque no conste que ejecutara materialmente el spot (respecto del encarte ya se prevé en el contrato tal forma de publicidad), es apreciable la negligencia por insuficiente ejercicio de control desde el momento en que, colaborando a su producción (y no es creíble que renunciara al visto bueno del producto publicitario), se abstuvo de cerciorarse de la existencia de las autorizaciones precisas en salvaguarda de derechos de exclusiva ajenos, diligencia exigible a quien es responsable, como anunciante, del producto o vehículo publicitario que, como señala la sentencia reseñada, es medio creador de riesgo.*

*La misma conclusión se alcanza desde la perspectiva del artículo 1903 del Código Civil, dada la incidencia de la presunción de culpa in eligendo o vigilando en la creación del riesgo y que se impone por un actuar no ajustado a las circunstancias del caso concreto, en que hay*

*ausencia de justificación, a efectos de exoneración, de haber actuado con toda prudencia, diligencia y extrema atención para evitar la causación de daños y perjuicios; lo que presupone la adopción desde el principio de las garantías y medios precisos y eficaces para preveer y eludir situaciones como las que son objeto del pleito.*

*La concurrencia de varios sujetos en la infracción determina una solidaridad pasiva impropia conforme reiterada doctrina jurisprudencial, por lo que la condena tendrá este carácter, sin perjuicio de las acciones internas de repetición que procedan".*

*En el caso que nos ocupa la demandada encarga la creación del anuncio y, por ello, tiene el derecho de controlar su desarrollo y comprobar el resultado final, paga su precio y hace suyos los derechos de explotación y, finalmente, lo divulga. Este control de principio a fin requiere una supervisión a la que no puede ser ajena la demandada; resulta inverosímil que no se le diera a conocer el proyecto inicial y mucho menos que no examinara el resultado antes de emitirlo en los medios de comunicación. Pero resulta más sorprendente que se manifieste ignorancia en relación con la obra musical sincronizada cuando en el presupuesto que aceptó no se hace ni la más mínima referencia a la composición musical o a su coste, cuando es evidente que el anuncio incorporaba una sintonía musical. Y, sin embargo, la demandada no da importancia a tales omisiones y no toma la elemental precaución de preguntar y pedir información sobre la obra musical, antes de difundir el anuncio. Dada la entidad patrimonial de la demandada se supone que cuenta con importantes equipos de asesoramiento, entre los que tendrán relevancia los que se refieran a su propia imagen ante el público y sus clientes, con lo que la realización de campañas publicitarias ni es algo que resulte novedoso para ella ni es una actividad de la que se desentienda o se pueda desatender.*

*2.- Prueba de la utilización de la obra musical "CON ESTA CANCIÓN" en el anuncio encargado y divulgado por la demandada.*

*La demandante aporta un informe pericial en el que se indica que la obra musical que, con una duración de 19 segundos, es incorporada al anuncio se corresponde con la partitura musical de la obra musical "CON ESTA CANCIÓN", compuesta por Franco y Bartolomé.*

*La demandada pone en cuestión tal afirmación, y lo hace sobre la base de que el perito no examinó el anuncio sino la grabación que se le pasó por parte de la demandante. En el acto del juicio, el perito informó que no recordaba si se le pasó la grabación audiovisual o sólo una grabación sonora. Y, sobre la base de esa indeterminación y ante la carencia del contenido audiovisual del anuncio, la demandada afirma que la demandante no acredita que la obra musical insertada en el anuncio se corresponda con la obra musical indicada.*

*Está acreditado que D. Abelardo, que emitió informe a instancia de la SGAE, escuchó una grabación que se le facilitó por personal de la citada entidad. Poner en duda que se correspondía con el anuncio sólo nos ofrece dos opciones: error por parte de quien hizo la grabación que se entregó al perito para emitir su informe, o conducta maliciosa. Como ésta última no se ha insinuado ni parece verosímil, sólo el error podría justificar la postura de la demandada. Ahora bien, el error tampoco se puede presumir, porque si el personal de la SGAE grabó el anuncio no fue de manera improvisada, sino a instancia del editor de la obra musical, como así se puso de manifiesto por parte del representante legal de Ediciones Quiroga, S.L., que declaró como testigo, con lo que la grabación fue buscada de propósito y con seria y firme intención de conseguirla a partir del anuncio divulgado a instancia de la demandada. El editor incluso concretó que fueron los propios autores los que comunicaron al editor que el anuncio publicitario de Caja España incorporaba la obra "CON ESTA CANCIÓN". En determinadas ocasiones y bajo determinadas circunstancias cabe imaginar un posible error, pero no cuando, ante una denuncia del editor, la entidad que gestiona la explotación de los derechos indaga ex profeso sobre un anuncio de Caja España en el que se incorpora una determinada obra de su*

*repertorio. Por lo tanto, podemos afirmar que la obra que examinó el perito se corresponde con la emitida en televisión.*

*Esta valoración aparece reforzada por las normas sobre carga de la prueba contenidas en el artículo 217 de la LEC, que incorpora como novedad (legal, que no jurisprudencial) el apartado 7, en el que establece: "7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".*

*La demandante no tiene ni ha tenido vinculación alguna con el anuncio publicitario, ni tiene poder de disposición alguna en relación con él. Por lo tanto, la única forma de acceder a él es la grabación del anuncio cuando está siendo emitido. Así fue, por lo tanto, como se tuvo que realizar la grabación que se entregó al perito para su examen. Y aunque pudo haberse aportado, lo cierto es que esa grabación por personal de la demandante podría haber sido igualmente cuestionado por la demandada que, sin embargo, sí pudo haber aportado al proceso la obra que sirvió de base para la difusión del anuncio y, con ello, despejar todas las dudas.*

*Conforme dispone el artículo 23 de la LGP, el anunciante, salvo pacto en contrario, adquiere los derechos de explotación, por lo que el anuncio confeccionado está a su disposición. La agencia de publicidad pierde todos los derechos sobre él, salvo que se utilice total o parcialmente en la realización de otras obras nuevas y apartadas de la finalidad originaria para el que fue creado, o para aprovechar sus ideas creativas en la realización de otras obras.*

*Pero es que el empleado de Caja España que declaró en representación de la entidad, dejó claro que una vez recibido el producto publicitario fue la entidad demandada la que contrató, por su cuenta, la difusión del anuncio, entregando el soporte preciso para reproducirlo. Puede decirse, por lo tanto, que la demandada tuvo en su poder la grabación divulgada por el medio televisivo, y es titular de los derechos de explotación del anuncio, por lo que puede exigir a la agencia que le facilite una*



*copia, si es que no la tiene en su poder: según certificación del Director Gerente Comercial del Ente Público RTVE, sólo mantienen el soporte publicitario durante seis meses, lo que nos permite suponer que fuera devuelto a quien lo entregó (Caja España). Y si la demandada no dispone de la grabación, tiene evidente facilidad para conseguirla porque es titular de los derechos de explotación del producto publicitario.*

*Es obvio que la demandante ha de acreditar los hechos en los que sustenta la demanda, pero es claro mandato legal que la carga de la prueba ha de pesar sobre quien dispone de ella o puede acceder a su obtención más fácilmente. En este caso es la demandada quien dispone o puede disponer de la grabación. Con su aportación podría haber justificado su impugnación del informe pericial presentado con la demanda. Pero, en lugar de aportar el soporte en el que se recoge el anuncio, se limita a cuestionar el informe pericial presentado de contrario y, sobre la base de su propia inactividad, niega la utilización de la obra musical del repertorio de la SGAE.*

*Quien declaró como representante legal de la demandada, reconoció la autenticidad de las cartas remitidas con membrete de Caja España, aportadas como documentos nº 14, 16 y 19 de la demanda. En la primera de ellas se contesta a la demandante diciendo: "En estos momentos estamos recopilando la información necesaria para poder ofrecerles una contestación, que esperamos enviarles en próximas fechas". Y en la segunda se responde: "... les manifestamos que el citado spot publicitario de Caja España no precisa autorización, dado que su letra y música no pertenecen a ninguna obra musical anterior, sin perjuicio del parecido parcial que pudiera existir con la obra que nos mencionan". En la tercera carta dicen:*

*"No obstante deseáramos mantener una entrevista con Vds. para tratar el asunto en cuestión.*

*De las citadas misivas entrevemos que con la primera de ellas se anuncia la realización de comprobaciones, y con la segunda de ellas ya*

*se reconoce un "parecido parcial". Y si realmente la música del anuncio no fue obtenida a partir de la obra musical "CON ESTA CANCIÓN" no se entiende por qué la demandante solicita una entrevista con la demandante.*

*El reconocimiento del parecido lo sostuvo en el acto del juicio quien declaró en representación de CAJA ESPAÑA, que aludió a parecido en los "acordes" y puso más hincapié en el texto para aludir a diferencias. Pues bien, se protege tanto la música como su texto (ambas creaciones), y, aunque sólo se hiciera uso de la parte musical de la obra, se comete igualmente infracción de los derechos de propiedad intelectual, pues la música, considerada de manera autónoma, forma parte de la creación protegida.*

*Cuando se realiza un anuncio, el texto suele ir asociado al mensaje publicitario, que muy raramente guarda relación con el texto de la obra musical que se utiliza cuando ésta no ha sido compuesta de propósito para el anuncio. Utilizar la música de una canción es suficiente para considerar infringidos los derechos reconocidos por la LPI.*

*Quien declaró por Caja España, que suponemos lego en materia musical, advirtió el parecido de la obra, e incluso se reconoció en una de las cartas remitidas por la demandada. Por su parte, el perito que informó a instancia de la demandante afirmó que existía identidad entre la partitura y la música de la grabación que se le facilitó. Todo ello, unido a la inexistencia en autos de la grabación -a disposición de la demandada o con posibilidad de obtenerla-, nos lleva a considerar acreditado que la obra musical incorporada al anuncio de Caja España coincide con la obra "CON ESTA CANCIÓN", protegida por la SGAE. Si se analiza el presupuesto presentado por la demandada, no se hace alusión alguna a compositor o composición musical, y las dos únicas partidas referidas a música son: "Sonido. Estudios" y "Arreglista".*

*Es decir, no sólo no se alude a compositor sino que la única intervención creativa en la tarea musical debió de ser el arreglo de la obra musical por parte del arreglista, lo que pone de*

manifiesto que sólo se produjeron retoques de una obra musical previa. Esta valoración, además, se corresponde con el hecho de que la demandada se ha escudado más en omisiones o indeterminaciones de la demandante que una activa participación probatoria que, como se ha indicado, le incumbe (apartado 7 del artículo 217 de la LEC).

#### **CUARTO.- Indemnización.**

La demandante pretende acreditar la realidad del daño sobre la base de la certificación de Ediciones Quiroga, S.L. (documento 20 de la demanda). Y aunque quien expide tal certificación es el titular de los derechos de explotación de la obra, no deja de ser un testigo cuya declaración acogemos, sobre todo porque explicó el porqué del citado coste con expresa referencia, además, a la suma percibida por la sincronización de una obra en un anuncio, indicando, incluso, la empresa que fue autorizada para la inserción de una obra de "repertorio antiguo" (así la definió el testigo).

Ahora bien, aunque el testimonio citado pueda servirnos para acreditar el coste de la autorización para llevar a cabo la sincronización, debemos reducir la suma reclamada porque no consta que la divulgación del anuncio fuera más allá de la fecha misma que se indica en el informe de D. Abelardo ni su ámbito territorial de difusión, y tampoco consta que se reprodujera la letra de la obra (sólo consta la música) y la duración de la reproducción fue de tan sólo 19 segundos. Por lo tanto, hemos de reducir en un 60% el importe de la indemnización, ante la inexistencia de datos que nos permitan considerar que la actividad publicitaria desarrollada hubiera resultado relevante. El importe de la indemnización ha de efectuarse según tres criterios de valoración: circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión de la obra. Al no revelarse una especial difusión de la obra, procede aplicar la reducción indicada, con aplicación de lo dispuesto por el artículo 1.103 del Código Civil: no estamos ante un contrato entre partes, pero como para la valoración la parte actora opta por lo que hubiera percibido

en caso de autorización (sería fruto de un pacto), se produce una evidente analogía.

Se reclaman 13.044 euros que, por lo tanto, han de ser reducidos a 7.826,4 euros. Esta cantidad ha de ser incrementada con el 16% de IVA, sin que se haya producido prescripción alguna del impuesto (prescripción que alega la parte recurrida en su escrito de contestación a la demanda). Al respecto, y para evitar reiteraciones, nos remitimos a lo indicado en la sentencia de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 21 de diciembre de 2006: "... y ello sin perjuicio de que dicha sociedad no está obligada a ingresar el IVA recaudado antes de la presentación de la demanda sino que al existir un procedimiento judicial, podrán tanto el usuario, desgravarse como la SGAE ingresar mediante una declaración liquidatoria en la que se rectifique la realizada al haberse reconocido la cantidad judicialmente en un momento posterior a la declaración, estando por ello incluido en el concepto de indemnización de daños y perjuicios el IVA derivado legalmente de la cantidad reclamada." También condena al pago del IVA la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2ª, en Sentencia de 19 de mayo de 2003 (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón.) al estimar el recurso de apelación formulado por la SGAE relativo a tal cuestión; y también se contiene pronunciamiento de condena en la misma línea en un supuesto de reproducción de obra sin contrato, similar al enjuiciado, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, de 23 de julio de 2003 (JUR 2004, 46909) (Ponente: Villimar San Salvador, María Esther.) y más adelante en la de la propia Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, de 21 de junio de 2005 (Ponente: Barcala Fernández de Palencia, Ildefonso Jerónimo.). Debe, en consecuencia, rechazarse este motivo de recurso".

En el mismo sentido, y en relación específica con la prescripción, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de fecha 24 de abril de 2007: "En cuanto a la alegación de la posible prescripción de la cuota del IVA correspondiente a los años 1998 a 2001, hay que advertir que la misma se refiere a la prescripción ante la Administración

*recaudatoria y con respecto a cuotas ya devengadas y no reclamadas oportunamente pero no a una situación como la presente en la que el hecho imponible es la determinación de la cantidad a abonar a través de la correspondiente resolución judicial".*

*Por lo tanto, como es esta sentencia la que determina y fija la indemnización, la prescripción no puede operar sino desde que se genera.*

**QUINTO.-** Costas.

*Conforme dispone el artículo 398 de la LEC, en su apartado 2, en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.*

*Y en cuanto a las costas de la primera instancia será de aplicación lo dispuesto por el artículo 394 de la LEC, conforme dispone el artículo 317 del mismo texto legal. Al ser parcial la estimación cada parte asumirá sus propias costas.*

*VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación*

**FALLAMOS**

*Se ESTIMA EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Rafael Mera Muñoz, en nombre y representación de SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE), contra la sentencia de fecha 12 de junio de 2006, dictada en los autos 631/2005 del Juzgado de Primera Instancia número OCHO de LEÓN, y, en su*

*consecuencia, la REVOCAMOS y, en su lugar, acordamos estimar EN PARTE la demanda presentada y CONDENAR a CAJA ESPAÑA, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, a pagar a Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) la suma de SIETE MIL OCHOCIENTOS VEINTISÉIS euros y CUARENTA céntimos (7.826,4 €) y el 16% de IVA, y el interés legal de dicha suma, incrementado en dos puntos, desde esta sentencia hasta el completo pago.*

*Cada parte asumirá las costas causadas a su instancia, tanto las de la primera instancia como las de esta alzada.*

*Dése cumplimiento, al notificar esta resolución, a lo dispuesto en el art. 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, con certificación de lo resuelto, para su notificación y ejecución, de todo lo cual deberá acusar el oportuno recibo.*

*Así por esta nuestra Sentencia, juzgando en apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.*

*PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el día de la fecha por el Ilmo. SR. Magistrado Ponente constituido en audiencia pública. Doy fe*

*PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.*

*DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.*