

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2011  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## Remuneración por comunicación pública. Salas de fiestas.

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª

**FECHA:** 26-3-2010

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Civil)

**FUENTE:** Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Actualización: 25-11-2010.

**OTROS DATOS:** Recurso 214/2009

### SUMARIO:

*“... debe declararse probada la efectiva comunicación pública de fonogramas en las celebraciones o eventos contratados con la entidad demandada”.*

*“Es la propia parte demandada la que en su publicidad ofrece a los clientes la posibilidad de celebrar bodas y otros eventos en los cuatro salones de que dispone ...”.*

*“Es obvio que el denominado servicio de discoteca implica la comunicación pública de fonogramas y debe presumirse ... que si la demandada ofrece este servicio y lo mantiene en su oferta (hecho probado), efectivamente, se celebran eventos amenizados con música (hecho presumido) al existir entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”.*

*“También carece de relevancia que el servicio de discoteca sea prestado por terceros pues, en todo caso, es la propia demandada la que en su publicidad anuncia la celebración de banquetes bodas y otros eventos ofertando la posibilidad de disfrutar del baile del enlace en «nuestra» sala de fiestas”.*

*“En definitiva, ofreciendo la demandada la amenización musical como un servicio más de los eventos que organiza, es ella quien, en su caso, también realiza la comunicación pública de fonogramas con independencia de que pudiera valerse de un tercero para prestar materialmente ese servicio y del que obtiene un triple beneficio económico: en primer lugar, el precio por el servicio de discoteca; en segundo lugar, el vinculado a la contratación de la denominada barra libre, que carecería de sentido en este tipo de celebraciones sin música; y en tercer lugar, por la eventual pérdida de clientes con la correlativa disminución de eventos en caso de no ofrecer dicho servicio, en aquellos supuestos en que el cliente considerase imprescindible la amenización musical de la celebración”.*

**COMENTARIO:** La invención del fonógrafo marcó el inicio de un nuevo “intermediario” entre la composición musical y el público, porque permitió por primera vez el disfrute doméstico de las obras de música, sin necesidad de asistir al concierto o a la sala de baile. Con el tiempo la producción fonográfica se ha convertido en una empresa compleja y exigente de considerables inversiones, que implica el desarrollo de toda una actividad técnico-empresarial, a la cual viene a agregarse el desarrollo tecnológico, especialmente con el advenimiento de la tecnología digital, que ha permitido lograr mejoras sustanciales en la fidelidad del sonido, tanto en la grabación como en los soportes puestos a disposición del público, desde los antiguos discos llenos de “ruidos de superficie” hasta los actuales soportes digitales. La situación se complica todavía más con el surgimiento de las transmisiones digitales y la instauración de la “sociedad de la información”, lo que permite la descarga y el intercambio de archivos sonoros sin autorización ni pago de contraprestación alguna. La naturaleza jurídica del fonograma es motivo de arduas discusiones en doctrina, desde los que no vacilan en denominarlo “obra fonográfica”<sup>1</sup>, pasando por quienes lo consideran un bien intelectual desprovisto de las facultades de orden moral<sup>2</sup>, pero cuyos derechos son asimilados a los del autor<sup>3</sup>, hasta los que sostienen que lo protegido es la actividad industrial o técnico-empresarial y no la personal<sup>4</sup>. En cuanto a la comunicación al público del fonograma, que es lo resuelto por el fallo que se reseña, concretamente mediante la utilización de equipos de reproducción sonora, el artículo 12 de la Convención de Roma dispone que “cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración”. Dicho de otra manera: el productor fonográfico (o si corresponde, el intérprete o ejecutante), no puede prohibir la comunicación pública de su fonograma, en los términos mínimos convencionales, sino que, de acuerdo al sistema elegido por cada legislador nacional, tiene el derecho a recibir una contraprestación por ese uso de su fonograma. Es de hacer notar que el haber contemplado la Convención de Roma la fórmula de un derecho de remuneración y no de un derecho exclusivo, se debió a las diferentes tendencias afloradas en la Conferencia Diplomática, pero la solución convencional no impide que una legislación nacional opte por la fórmula de un derecho exclusivo de autorizar o prohibir. Nada distinto ocurre en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF/WPPT), cuyo artículo 15,1 dispone que “los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales”. © Ricardo Antequera Parilli, 2011.

---

<sup>1</sup> GRANDE, Carlos: *Los avances tecnológicos y las obras fonográficas*, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Madrid, 1991.

<sup>2</sup> EMERY, Miguel Angel: *Protección de los productores fonográficos en las legislaciones latinoamericanas*, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Madrid, 1991. Tomo I. pp. 462-463; JESSEN, Henry: *Los derechos conexos de artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión*, en el libro-memorias del Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Caracas, 1986. p. 178.

<sup>3</sup> VEGA VEGA, José Antonio: *Derecho de Autor*. Ed. Tecnos. Madrid, 1990. p. 171.

<sup>4</sup> LIPSZYC, Delia: *Derecho de autor y derechos conexos*. UNESCO/ CERLALC/ZAVALÍA. Buenos Aires, 1993, p. 394.

## TEXTO COMPLETO:

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 214/09, interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de julio de 2008 dictada en el juicio ordinario núm. 407/2007 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante la entidad "HOSTELERÍA BIM, S.L."; y como apeladas, la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y ARTISTAS E INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE), todas ellas representadas y defendidas por los profesionales antes relacionados.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la representación de ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y de ARTISTAS E INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) contra la entidad "HOSTELERÍA BIM, S.L.", en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaban:

"a) Se condene a la demandada a indemnizar a AGEDI y AIE los daños y perjuicios derivados de la ilícita remuneración pública de fonogramas, conforme resulte de aplicar las Tarifas Generales conjuntas de AGEDI y AIE para la comunicación pública de fonogramas, al menos desde el mes de Abril de 2002, inclusive, hasta la fecha de la sentencia, o subsidiariamente hasta la fecha de la demanda, y que a la fecha de la presentación de la misma, según los datos de que dispone esta parte, y sin perjuicio de lo que resulte en fase de prueba asciende a VEINTIDOS MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES EUROS

CON NOVENTA Y SEIS CÉNTIMOS DE EUROS (22.593,96 EUROS.-, IVA INCLUIDO), según el desglose que se acompaña como Documento nº 10.

b) Se condene a la demandada al pago de los intereses moratorios referidos en el Fundamento Jurídico I.VII.

c) Se condene a la demandada al pago de las costas originadas por el presente proceso de acuerdo con el Fundamento Jurídico II."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid dictó sentencia, con fecha 17 de julio de 2008, aclarada por auto de fecha 24 de octubre de 2008, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por la procuradora D<sup>a</sup> Silvia Urdiales González, en nombre y representación de la Asociación de Gestión De Derechos Intelectuales (AGEDI) y Artistas e Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad De Gestión De España (AIE) contra "HOSTELERÍA BIM, y, en su virtud, debo CONDENAR Y CONDENO a la demandada a abonar a las actoras la cantidad de 26.278,74 euros, IVA incluido más el interés legal de dicha suma desde la interposición de la demanda. Todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada.

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandada se interpuso recurso de apelación al que se opuso la parte actora. Admitido el recurso por el mencionado juzgado y tramitado en forma legal, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación y votación el día 25 de marzo de 2010.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

*PRIMERO.- La sentencia apelada estima la demanda formulada por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y ARTISTAS E INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) contra la mercantil "HOSTELERÍA BIM, S.L.", en la que, en esencia, estima probado que la demandada ha venido comunicando públicamente fonogramas en el local denominado "GRAN AVENIDA", sito en la calle Lima nº 1 de Fuenlabrada (Madrid), sin la debida autorización de AGEDI y sin abonar la remuneración equitativa y única a la demandantes, condenando a la demandada a abonar conforme a las tarifas de las demandantes en concepto de indemnización la cantidad de 26.278,74 euros por el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2002 y la fecha de la sentencia (17 de julio de 2008), aunque en realidad dicho importe corresponde al período reclamado por la demandante entre el 1 de abril de 2002 y el 31 de diciembre de 2007.*

*Frente a la sentencia se alza la parte demandada que interesa su revocación, negando la realización de actos de comunicación pública que, en su caso, se realizan por un tercero que presta el servicio de discoteca, rechazando, en todo caso, la aplicación de las tarifas generales de las demandantes porque no atiende al número de eventos realizados ni al número efectivo de asistentes a dichos eventos, ni tampoco se tiene en cuenta el carácter discontinuo de la actividad.*

*SEGUNDO.- En el primero de los motivos del recurso de apelación la parte demandada niega que en los salones de su titularidad se celebren bailes de boda o se lleven a cabo actos de comunicación pública en tanto que el servicio de discoteca se presta por otra sociedad que explota el local destinado a tal fin en el mismo inmueble en que están los salones.*

*La sala comparte la valoración de la prueba efectuada por el juzgador en tanto que debe declararse probada la efectiva comunicación pública de fonogramas en las celebraciones o eventos contratados con la entidad demandada.*

*Es la propia parte demandada la que en su publicidad ofrece a los clientes la posibilidad de celebrar bodas y otros eventos en los cuatro salones de que dispone, situados en la calle Lima nº 1 de Fuenlabrada, con una capacidad de hasta 100, 200, 200 y 300 comensales, contando cada uno de ellos con su propia sala de fiestas o discoteca (documento nº 9 de la demanda).*

*Es obvio que el denominado servicio de discoteca implica la comunicación pública de fonogramas y debe presumirse (artículo 386 del Código Civil) que si la demandada ofrece este servicio y lo mantiene en su oferta (hecho probado), efectivamente, se celebran eventos amenizados con música (hecho presumido) al existir entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.*

*También carece de relevancia que el servicio de discoteca sea prestado por terceros pues, en todo caso, es la propia demandada la que en su publicidad anuncia la celebración de banquetes bodas y otros eventos ofertando la posibilidad de disfrutar del baile del enlace en "nuestra" sala de fiestas. Es más, en el DVD promocional que se acompaña a la demanda, también como documento nº 9, se comprueba que se ofrece como propio el servicio de discoteca a la que se accede desde las propias instalaciones de la demandada (17, 19 y ss de la grabación).*

*En definitiva, ofreciendo la demandada la amenización musical como un servicio más de los eventos que organiza, es ella quien, en su caso, también realiza la comunicación pública de fonogramas con independencia de que pudiera valerse de un tercero para prestar materialmente ese servicio y del que obtiene un triple beneficio económico: en primer lugar, el precio por el servicio de discoteca; en segundo lugar, el vinculado a la contratación de la denominada barra libre, que carecería de sentido en este tipo de celebraciones sin*

música; y en tercer lugar, por la eventual pérdida de clientes con la correlativa disminución de eventos en caso de no ofrecer dicho servicio, en aquellos supuestos en que el cliente considerase imprescindible la amenización musical de la celebración.

En similar sentido se pronuncian las sentencias de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 6ª, de 19 abril de 2004; de la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 21 de abril de 2003 y de la sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 21 de febrero de 2005, incluso referida alguna de ella a supuestos en que la contratación de orquestas la efectúan directamente por los clientes para amenizar el acto, señalando esta última que: "Ha de considerarse que, conforme a reiterada jurisprudencia, la ejecución de obras musicales en actos sociales celebrados en establecimientos públicos constituye un acto de comunicación pública sujeto a autorización. El titular del establecimiento no es tan ajeno a la actuación musical como se pretende desde el momento en que, primero, la ejecución de la obra musical exige la adecuación del local, adoptando las medidas de insonorización, distribución, sonido, iluminación, necesarias para posibilitar aquella actuación; segundo, el grupo musical u orquesta de que se trate necesitan la asistencia de los medios técnicos y materiales (energía eléctrica, instalación de sonido...) con los que cuenta el establecimiento y de los que se valen para el desarrollo de su actuación; tercero, el hecho de que haya música genera un beneficio para el titular del local ya que suele generar la contratación de servicios accesorios como barra libre..., al proporcionar a los asistentes la oportunidad de prolongar su presencia en el local más allá del ágape. Es indiscutible, por tanto, que contratando, o permitiendo contratar orquestas, se obtiene un provecho económico, al beneficiarse la empresa de los derechos de propiedad intelectual de los autores de las composiciones musicales que se escuchan, con su anuencia expresa, en su establecimiento. Es el dato de que en el establecimiento haya banquetes con música lo que obliga a pagar los derechos de autor, resultando indiferente que la orquesta que los ameniza sea contratada por el propio establecimiento público o por los particulares

que hacen la celebración, porque lo cierto es, como se ha dicho, que quien se beneficia económicamente de ello es el establecimiento, pues ese ambiente musical hace más atractiva la celebración. De ahí la obligación de pagar los derechos de autor por parte del establecimiento público".

Por último, este tribunal también ha señalado en sus sentencias de 14 de diciembre de 2006, 8 de mayo de 2008 y 13 de marzo de 2009, que si en las instalaciones del establecimiento "se producen ilícitos contra los derechos de propiedad intelectual y la demandada no sólo los consiente sino que los integra en su negocio, pues así los oferta, debe hacérsele responsable de ello", doctrina plenamente aplicable al supuesto enjuiciado.

En todo caso, la demandada se ha limitado a afirmar que el servicio de discoteca es prestado por una tercera sociedad que explota el local destinado a tal fin en el propio inmueble en el que están ubicados los salones de boda, todo ello en virtud de un acuerdo entre ambas sociedades, y pretende acreditarlo por medio de la testifical de don Florian, representante legal de la entidad "JOIMAR, S.L.", que también es miembro del consejo de administración de la entidad demandada.

Al margen de que ni siquiera se identificó en la contestación a la demanda a la sociedad que supuestamente explota la discoteca, lo cierto es que no existe prueba alguna, al margen de la citada testifical practicada en la persona de quien también es administrador de la entidad demandada -que por sí sola no resulta verosímil-, de que aquella sociedad sea titular de la explotación de la discoteca, ni de los supuestos acuerdos entre ambas sociedades, ni de que aquélla cuente con la autorización de AGEDI para la comunicación pública de fonogramas o de que pague cantidad alguna por dicha comunicación y ni siquiera se acredita que sea con dicha sociedad con la que los clientes contratan la amenización musical de los eventos que se celebran en los salones de la entidad demanda, lo que conduce al rechazo de los dos primeros motivos de apelación.

*TERCERO.- A través del segundo motivo del escrito de interposición del recurso de apelación la parte demandada discrepa de la aplicación de las tarifas generales de las demandantes como criterio para calcular la indemnización, en esencia, porque no atiende al número de eventos celebrados, ni al número de personas que efectivamente asisten a dichos eventos, sin que tampoco se tenga en cuenta que no todos los fines de semana de todos los meses del año se celebran eventos amenizados con música.*

*En definitiva, la parte demandada pone de manifiesto el carácter abusivo e inequitativo de las tarifas de las demandantes al fijar la remuneración equitativa en función del aforo con independencia del número de asistentes y al margen de que realmente se efectúen o no actos de comunicación pública de fonogramas.*

*Los artículos 108.4 y 116.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual imponen a 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, la obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, entre los cuales se efectuará el reparto de aquélla.*

*Por su parte el artículo 157.1 .b impone a las entidades de gestión, entre otras obligaciones, la de establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio.*

*Dichas tarifas generales, elaboradas unilateralmente por las entidades de gestión, deben ser comunicadas al Ministerio de Cultura (artículo 159.3 Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual), competencia que, conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional 196/1997 de 13 de noviembre de 1997, está atribuida a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas.*

*No cabe duda de la posibilidad de que la jurisdicción civil y, concretamente, los juzgados y tribunales de lo mercantil (artículo 86 ter 2.a de la Ley Orgánica del Poder Judicial) pueden*

*efectuar un control sobre el carácter equitativo de las tarifas generales, en realidad de la remuneración resultante de la aplicación de las tarifas, y no existe motivo alguno para sustraer de la jurisdicción civil ese examen cuando la remuneración equitativa se configura como la contraprestación de la comunicación pública que está obligado a pagar cualquier usuario de un fonograma publicado con fines comerciales o de una reproducción del mismo, a través de las entidades de gestión, a los productores de fonogramas y a los artistas intérpretes y ejecutantes.*

*El examen de equidad de las tarifas ha sido plena y expresamente reconocido por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sentencias de 18 de febrero y 7 de abril de 2009, señalando que: "la LPI no le atribuye (a la administración) facultades de aprobación de las tarifas, sino una mera facultad para la recepción de la comunicación (apartado tres) y con carácter general (apartado uno) una facultad genérica de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones y requisitos establecidos en la Ley, la cual implica un grado de tutela muy leve y no es suficiente, desde luego, para considerar trasladada en exclusividad a la Administración y a la jurisdicción contencioso-administrativa el examen de la equidad de las tarifas".*

*De igual forma las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 (recursos 3623/2000 y 681/2001), 10 de julio de 2008, 26 de enero de 2009 y 25 de marzo de 2009, efectúan un examen del carácter equitativo de la remuneración exigida conforme a la tarifa general por las correspondientes entidades de gestión (EGEDA, AISGE y AIE).*

*CUARTO.- Como se deduce del propio artículo 157 Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, con carácter general, la determinación de la remuneración por la autorización del uso del repertorio de las entidades de gestión (en este caso AGEDI) y por la utilización del repertorio de las mismas (en nuestro caso AGEDI y AIE) vendrá determinada por el acuerdo de las partes.*

*A falta de acuerdo las tarifas generales que las entidades de gestión están obligadas a*

*elaborar y a comunicar a la Administración no se imponen a los usuarios, los cuales podrán discutir judicialmente o, en su caso, por los cauces previstos para acudir a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, si la remuneración que se les exige conforme a la tarifa general es o no equitativa como imponen los artículos 108 y 116 Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, sin perjuicio de que el pago bajo reserva o la consignación de la cantidad exigida conforme a la tarifa permita entender concedida la correspondiente autorización (artículo 157.2 Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual).*

*Las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 6 de febrero de 2003 (SENA, asunto C-245/00, apartado 36) y de 14 de julio de 2005 (Lagardère, asunto 192/04, apartado 49), dada la falta de un concepto comunitario de remuneración equitativa, se refieren a la necesidad de prever criterios de la remuneración equitativa que permitan lograr un equilibrio adecuado entre el interés de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas a percibir una remuneración por la difusión de un fonograma determinado y el interés de los terceros para poder emitir dichos fonogramas en condiciones razonables, sin que exista motivo alguno, como indican las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero y 7 de abril de 2009, en relación a la primera de las sentencias citadas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para entender que los principios en que se inspiran las sentencias referidas en relación con la remuneración equitativa por alquiler de fonogramas contemplada en el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, no puedan ser tenidos en cuenta en otros casos de remuneraciones equitativas cuando sea necesario para alcanzar el debido equilibrio.*

*El propio Tribunal Supremo en sentencias de 15 de enero de 2008 (recursos 3623/2000 y 681/2001), 10 de julio de 2008 y 26 de enero de 2009, en litigios que enfrentaban a la*

*Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y distintos establecimientos hoteleros por las actividades de comunicación pública de obras audiovisuales, al retransmitir señales de entidades de radiodifusión, así como de las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en los correspondientes programas, a las diferentes habitaciones y apartamentos de los establecimientos explotados por las demandadas; y la sentencia de 25 de marzo de 2009 en relación a similar reclamación formulada por las entidades EGEDA, AISGE y AIE, rechazan el cálculo de la remuneración conforme al criterio de la mera disponibilidad, al señalar que: «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"».*

*En el supuesto de autos, la tarifa de las demandantes para exigir la remuneración equitativa y única de los artículos 108.4 y 116.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual por comunicación pública de fonogramas en bailes celebrados con motivo de bodas, banquetes, bautizos, comuniones y actos sociales de análoga naturaleza, se basa en parámetros de mera disponibilidad, concretamente del aforo.*

*La tarifa establece una cantidad fija por mes cuya cuantía varía en función de varios tramos según el aforo del local, con independencia del número de eventos mensuales en que se efectúe la comunicación pública de fonogramas, de modo que dentro del mismo tramo de aforo, deberá abonar la misma cantidad una entidad que celebre un evento amenizado con música que quien celebre 10 ó 100 eventos mensuales.*

*Este criterio de cuantificación de la remuneración equitativa, a falta de pacto, no puede ser acogido aun cuando se admitiera, lo que no consta en estas actuaciones, que si no se celebrara ningún evento con música, al no haber comunicación pública, tampoco se*

generaría la obligación de abonar la remuneración.

Como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero y 7 de abril de 2009, en principio, resulta más equitativo el criterio de efectividad de uso del repertorio, en la medida que sea posible su aplicación, que el criterio de disponibilidad (número de habitaciones o aforo en nuestro caso) o de cuantificación en función de los rendimientos de explotación de las empresas, indicando la primera que: "se impone la necesidad de fijar como uno de los criterios necesarios para garantizar la equidad en la fijación de la remuneración equitativa que las tarifas aplicadas se ajusten en lo posible al criterio de efectiva utilización del repertorio de la sociedad de gestión correspondiente".

Como la tarifa establecida unilateralmente por las entidades de gestión para determinar la remuneración no permite fijar una remuneración que sea equitativa debe modularse su aplicación sin que pueda sustituirse la cuantificación por el mero arbitrio judicial.

Las sentencias del Tribunal Supremo 15 de enero de 2008 (recursos 3623/2000 y 681/2001), 10 de julio de 2008, 26 de enero de 2009 y 25 de marzo de 2009, señalan 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". Añadiendo a continuación: "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" (énfasis añadido).

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2009 admite que el tribunal fiscalice el carácter equitativo de la remuneración cuyo pago se exige al usuario siendo obligada la ponderación del carácter equitativo de las tarifas generales como uno de los principios a los que debe ajustarse la fijación de las remuneraciones. En similar sentido la sentencia del Alto Tribunal de 7 de abril de 2009, ponderando en ambos casos la tarifa general de la correspondiente entidad de gestión, que no se consideró equitativa, introduciendo parámetros o criterios que aproximaban la fijación de la remuneración a la utilización efectiva y amplitud del repertorio, que permiten que su aplicación determine una remuneración equitativa partiendo de la mismas tarifas de la entidad de gestión afectada, en defecto de pacto, que siempre y en cualquier momento pueden alcanzar las partes.

En consecuencia, acreditada la comunicación pública de fonogramas en el local de la parte demandada, ha de fijarse en este litigio una retribución que responda a las exigencias de los artículos 108.4 y 116.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Con esa finalidad debe este tribunal, al amparo de lo previsto en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sentar las bases para su liquidación en fase de ejecución, teniendo en cuenta, como ya se ha expuesto que la 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.

Por ello y como ha hecho el propio Tribunal Supremo en supuestos análogos, debemos abordar la compleja y delicada tarea de introducir criterios de equidad en las tarifas de las propias demandantes para calcular en ejecución de sentencia la correspondiente remuneración equitativa, cualquier otra



*solución llevaría al absurdo de negar en esta resolución cualquier remuneración a las entidades de gestión no obstante su indiscutible derecho a percibirla.*

*Como decimos, para sentar esas bases partiremos de las previsiones de las tarifas de las demandantes, pero procurando aplicarlas de tal modo que la remuneración pueda resultar equitativa, para lo que ha de operarse del siguiente modo: 1º) la remuneración no se aplicará a razón de tanto alzado por mes sino por el número efectivo de banquetes de boda y eventos similares en los que se hayan realizado actos de comunicación pública de fonogramas entre el 1 de abril de 2002 y la fecha de la sentencia recaída en primera instancia (17 de julio de 2008) en el establecimiento "GRAN AVENIDA", sito en Fuenlabrada (Madrid), calle Lima nº 1. 2º) Se tomarán como referencia las escalas previstas en las tarifas AGEDI-AIE para utilización de fonogramas en bailes celebrados en este tipo de eventos eligiendo del tramo que aquéllas preveían por aforo aquél en el que pueda subsumirse el número comprobado de asistentes a cada uno de los acontecimientos antes delimitados. 3º) La cantidad a pagar por cada uno de los banquetes de boda y eventos similares en los que se hayan realizado actos de comunicación pública de fonogramas resultará de la división entre ocho (por ser ése, por término medio, el número mensual de sábados y domingos, fechas en las que se concentran las celebraciones de los banquetes por bodas y eventos similares, lo que supone un criterio razonable en el trance de tener que individualizar la remuneración) de la cifra alzada por mes establecida en la tarifa de AGEDI-AIE para el tramo que corresponda por número de asistentes.*

*Estas bases se traducirán a una cifra final que se obtendrá en fase de ejecución, sin que pueda rebasar, en aras al principio de congruencia, la cantidad de 26.278,74 euros por el período comprendido entre el 1 de abril de 2002 y el 31 de diciembre de 2007, sin perjuicio de los importes devengados con posterioridad hasta la fecha de la sentencia recaída en primera instancia (17 de julio de 2008).*

*Por último, conviene indicar, que la sala no aprecia insalvables dificultades de gestión para las entidades demandantes cuando otras entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, como la SGAE, utilizan criterios para cuantificar la remuneración correspondiente a los autores con base, precisamente, al número de eventos amenizados con música y de asistentes a los eventos realizados en el correspondiente establecimiento.*

*QUINTO.- Dado el carácter ilíquido de la condena, la suma que se determine en ejecución de sentencia solo devengará los intereses procesales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

*Aunque la jurisprudencia, superando planteamientos anteriores, ha desplazado, ante supuestos de parcial estimación de la demanda, el principio in illiquidis non fit mora por el de la restitución al acreedor del rendimiento que haya podido generar la suma adeudada desde que fue judicialmente reclamada (sentencias del Tribunal Supremo de 5 marzo 1992, 18 febrero 1994, 13 octubre 1997 y 15 de abril de 2005 ), lo cierto es que dicha doctrina no es aplicable al supuesto de autos, pues la demanda ni tan siquiera contenía una cuantificación definitiva de la deuda, sino una remisión a la aplicación de unas bases, con una mera cuantificación orientativa. Es más, todavía en esta apelación ha habido que introducir cambios significativos en el criterio de remuneración que significan que aún pende la liquidación de la remuneración correspondiente.*

*En estos casos, en que la deuda ni siquiera viene precisada en la demanda, no podemos eludir la regla in illiquidis non fit mora, debiendo reconducirse el devengo del interés a satisfacer por la parte demandada al de carácter procesal que contempla el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que éste opera, por ministerio de la ley y, por tanto, resultará aplicable de oficio, desde la resolución judicial que fije la cantidad adeudada.*

*En este mismo sentido se inclinó la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su reciente sentencia de*

18 de febrero de 2009 en la que se pronunció sobre una problemática similar.

*SEXTO.- En el tercero de los motivos del recurso de apelación se combate que la condena se extienda hasta la fecha de la sentencia dictada en primera instancia, sin embargo no se aprecian obstáculos para extender el pronunciamiento de la condena, tal y como se solicitaba con carácter principal en la demanda, al período comprendido entre su interposición y la fecha de la sentencia recaída en primera instancia, en la medida en que los actos de comunicación pública de fonogramas hayan proseguido durante la tramitación del proceso. Si no se hiciese así tan solo se otorgaría a las demandantes una tutela parcial de sus derechos, para cuya íntegra satisfacción se les obligaría, sin demasiado sentido, a acudir a un nuevo litigio que versaría sobre los mismos presupuestos que éste, beneficiándose entretanto el infractor renuente a respetar los derechos ajenos.*

*SÉPTIMO.- En materia de costas, la estimación parcial de la demanda determina que no se efectúe especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en primera instancia de conformidad con los artículos 394 y 397 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

*Por otra parte, al estimarse parcialmente el recurso de apelación formulado por la parte demandada, no procede condenar al pago de las costas originadas por el mismo a ninguno de los litigantes, todo ello en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

*Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,*

## **FALLO**

*En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:*

*1.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña María Jesús Gutiérrez Aceves en nombre y representación de la entidad "HOSTELERÍA BIM, S.L." contra la sentencia dictada con fecha 17 de julio de 2.008 por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid en los autos de juicio ordinario número 407/2007, del que este rollo*

*dimana y, en consecuencia, revocamos la citada resolución en el particular que condenó a la demandada a pagar a la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y ARTISTAS E INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) la cantidad de 26.278,74 euros, IVA incluido, más el interés legal de dicha cantidad desde la interposición de la demanda, con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada y, en su lugar:*

*a) Condenamos a la demandada "HOSTELERÍA BIM, S.L." a pagar a las demandantes la cantidad que se determine en ejecución de sentencia conforme a las siguientes bases:*

*1.- La remuneración se aplicará por el número efectivo de banquetes de boda y eventos similares en los que se hayan realizado actos de comunicación pública de fonogramas entre el 1 de abril de 2002 y la fecha de la sentencia recaída en primera instancia (17 de julio de 2008) en su establecimiento "GRAN AVENIDA", sito en Fuenlabrada (Madrid), calle Lima nº 1.*

*2.- Se tomarán como referencia las escalas previstas en las tarifas de AGEDI-AIE por la utilización de fonogramas en bailes celebrados en este tipo de eventos eligiendo del tramo que aquéllas preveían por aforo aquél en el que pueda subsumirse el número comprobado de asistentes a cada uno de los acontecimientos antes delimitados.*

*3.- La cantidad a pagar por cada uno de los banquetes de boda y eventos similares en los que se hayan realizado actos de comunicación pública de fonogramas resultará de la división entre ocho de la cifra alzada por mes establecida en la tarifa de AGEDI-AIE para el tramo que corresponda por número de asistentes.*

*4.- La suma resultante no podrá exceder de la cantidad de 26.278,74 euros por el período comprendido entre el 1 de abril de 2002 y el 31 de diciembre de 2007, sin perjuicio de los importes devengados con posterioridad hasta*

*la fecha de la sentencia recaída en primera instancia (17 de julio de 2008).*

*5.- La cantidad fijada en ejecución de sentencia devengará un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la resolución que fije la cantidad líquida adeudada.*

*b) No procede efectuar expresa imposición de las costas causadas en primera instancia.*

*2) No se efectúa especial pronunciamiento respecto de las costas procesales causadas con el recurso de apelación.*

*Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.*