



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. Gimnasio.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª

**FECHA:** 31-3-2010

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Civil)

**FUENTE:** Texto digitalizado del fallo, cortesía de AISGE.

**OTROS DATOS:** Sentencia 199/2010. Recurso 150/2010.

### **SUMARIO:**

*“El examen de las actuaciones muestra que en el género de actividad como la realizada, clases colectivas de fitboxes, spinning, supertono, cardiobox, aerobio y similares, la música es una variable esencial para su realización, no solo por ser generalizada su utilización, sino incluso porque así se hace constar en la página web de la actora bajo el epígrafe «actividades dirigidas».”*

*“La ejecución de dichas actividades precisa de la música, no como un elemento accidental o secundario de la misma, sino como un elemento clave sin la cual no podría realizarlo, esta aseveración es consustancial a la actividad desarrollada y ninguno de los representantes de la demandada han negado esta circunstancia”.*

**COMENTARIO:** Como es definido por muchas legislaciones nacionales, se entiende por “*ámbito doméstico*” el marco de las reuniones familiares realizadas en la casa que sirve como sede natural del hogar, lo que no es, evidentemente, un gimnasio. En cualquier caso, la colocación de equipos reproductores de sonido, a través de los cuales se captan grabaciones musicales, no tiene fines altruistas (lo que de todas maneras no encuadraría en ninguna de las limitaciones previstas en las legislaciones nacionales), sino que es un elemento de distracción o esparcimiento para quienes asisten al establecimiento, a cambio de un precio. En consecuencia, esa comunicación pública, gratuita o no, genera a favor de los productores de fonogramas y de los artistas intérpretes o ejecutantes un derecho de remuneración, cuyo monto recaudan y distribuyen las respectivas entidades de gestión colectiva. Y es irrelevante si la ejecución de las grabaciones musicales se genera en el propio establecimiento o si son captadas de una emisión alámbrica o inalámbrica, abierta o por suscripción, ya que conforme al principio de la “*independencia de los derechos*”, cada modalidad de comunicación pública es independiente de las demás y cada una de ellas es hecho generador de la contraprestación correspondiente, pues una cosa es la transmisión que hace el emisor y otra la captación en un local público de la emisión transmitida y su contenido. © **Ricardo Antequera Parilli, 2011.**

## TEXTO COMPLETO:

*En Zaragoza, a treinta y uno de marzo de dos mil diez.*

VISTOS por esta Sección Quinta de la AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA, en grado de apelación, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO NÚMERO 844/2008, procedentes del JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 1 DE ZARAGOZA, a los que ha correspondido el ROLLO DE APELACIÓN NÚM. 150 de 2010, en los que aparece como parte apelante demandada IRON SALFER S.C., representada por la Procuradora Sra. Artazos Herce y asistida por el Letrado Sr. Laceras Sanmartín, y como apelados las demandantes ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y ARTISTAS, INTERPRETES Y EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE), representadas por el Procurador Sr. Pradilla Carreras y asistida por el Letrado Sr. Pajares Echeverría; siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. ALFONSO MARÍA MARTÍNEZ ARESO.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los de la sentencia apelada de fecha 6 de noviembre de 2009, cuyo FALLO es del tenor literal: "Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y ARTISTAS, INTERPRETES Y EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) contra IRON SALFER S.C., debo a abonar al actor por la comunicación pública de fonogramas sin autorización por la demandada en el Gimnasio IRON SALFER de Zaragoza, de septiembre de 2003 a la fecha de sentencia, conforme al art. 140 del TRLPI, la suma de 3.496,41 euros, más IVA, y sin hacer expresa condena en costas".

**SEGUNDO.-** Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación IRON SALFER S.C. se preparó contra la misma recurso de apelación, que solo fue interpuesto por el

*segundo de ellos, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.*

**TERCERO.-** Recibidos en esta Sección los autos y las grabaciones audiovisuales de los actos procesales de la audiencia previa y el acto del juicio y, una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado. Solicitada por la recurrente prueba documental, se denegó la misma. Firme tal decisión, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 22 de marzo de 2010.

**CUARTO.-** En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se opongan a los de la presente resolución y;

#### PRIMERO

Motivos del recurso.

Funda la recurrente su recurso en dos extremos: a) En mantener la excepción de defecto en el modo de proponer la demanda. Y b) en el error de hecho en la valoración de la prueba en los siguientes extremos: 1) No se ha acreditado la existencia de una comunicación ilícita de fonogramas. 2) Los elementos fácticos necesarios para el cálculo de la tarifa aplicable a la demandada no están, correctamente fijados. La demandada alega la inexistencia de la excepción denunciada, pues tanto en la demanda, como en la audiencia previa como en el acto del juicio se fijó con total claridad la deuda y los parámetros sobre los que se calculaba, si bien los mismos quedaban supeditados al resultado de la prueba que se practicara. Respecto al error en la valoración de la prueba concluye que existe comunicación ilícita pues el contrato de amenización realizado con Telefónica no incluye la utilización de fonogramas con carácter necesario a tenor del convenio celebrado entre la actora y ST Hilo que excluye este tipo de

actividades de la cesión de derechos de comunicación pública y que los datos fácticos necesarios para calcular la tarifa aplicable se han calculado sobre la base de prueba indirecta, trasponiendo a las de las actoras los datos de las tarifas que la demandada paga a la SGAE y respecto al tiempo de utilización de los fonograma con carácter necesario en que nunca había cuestionado este dato.

## SEGUNDO

*Defecto legal en el modo de proponer la sentencia.*

Cuestiona nuevamente la apelante la corrección formal de la demanda entablada reiterando la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda. La misma ya fue rechazada en la audiencia previa del juicio y, frente a la misma, se hizo constar tan solo la protesta cuando lo que procedía era la formulación del oportuno recurso de reposición y solo contra la resolución que lo resolviese, de estar disconforme con la misma, formular la oportuna protesta a los efectos de ulterior recurso de apelación. Por tanto, incluso por esta sola razón la excepción podría ser objeto de desestimación. Además, la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial ha declarado siguiendo al Tribunal Supremo que "el Alto Tribunal expone que "tiene declarado esta Sala, que los requisitos de la claridad y precisión en la demanda no tienen otra finalidad que la de que los Tribunales puedan decidir con certeza y seguridad sobre la reclamación interesada, única manera de que la decisión, en vez de nula, sea adecuada y congruente con el debate sostenido" (sentencia de 13 de octubre de 1919 ), y que: "Para cumplir con este requisito formal basta con que en la demanda se indique lo que se pide de modo y manera y con las características precisas para que el demandado pueda hacerse cargo de lo solicitado (sentencia de 4 de julio de 1924)". Igualmente tiene declarado esta Sala que: "Lo proclamado por estos preceptos (arts 524 y 533.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) no hay que entenderlo con el rigor formal de una literalidad gramatical en las

*peticiones de las demandas, proyectadas en sus suplicos, sino en el sentido de que éstas adecuadamente cohonestadas con las remisiones que en ellas se hagan en las pretensiones consignadas en su exposición fáctica, con manifestaciones en fundamentación jurídica, pongan de relieve lo en definitiva reclamado, ya que el Derecho lo que impone son posibilidades reales y efectivas de conocimiento indubitado de lo que se reclama y no especulaciones teóricas que no desvirtúen ese conocimiento" (sentencia de 28 de febrero de 1978 )" (sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 5 de diciembre de 2006 (PROV 2007, 45361) y, en el mismo sentido, la de 12 de enero del mismo año.*

*En el presente caso, la actora tanto en su demanda, como en la audiencia previa, como en el acto del juicio formula con claridad lo que reclama, tanto la suma objeto del petitum como las variables tomadas en cuenta para formular tal reclamación con referencia a las tarifas aplicables, tiempo en que se devengan los daños y datos de superficie del local, clase de actividad, etc. necesarias para el cálculo de la tarifa concreta en cada momento. El hecho de que tales datos fácticos y las cantidades resultantes de aplicación de la tarifa de las actoras sobre los mismos estén pendientes de la oportuna prueba en el proceso de los primeros, no hace menos claro el contenido de la reclamación, su fundamento, las cantidades pretendidas y su origen. Por ello, la excepción ha de ser rechazada en esta sede, al igual que lo fue en la instancia.*

## TERCERO

*Ilícita comunicación pública de fonogramas.*

Cuestiona la apelante la existencia de los actos de comunicación pública de fonogramas. Así, mantiene que en las clases colectivas realizadas en el gimnasio la música empleada para amenizarlas era la propia del hilo musical abonado por el Gimnasio y respecto al cual se pagaba una parte como tarifa de las actoras y de la SGAE y en ocasiones se pone música de uno de los socios, quien manifestó ser autor y

tener registradas determinadas obras musicales a su nombre en la SGAE y otras obras compuestas pero sin haber realizado dicho trámite.

*El examen de las actuaciones muestra que en el género de actividad como la realizada, clases colectivas de fitboxes, spinning, supertono, cardiobox, aerobio y similares, la música es una variable esencial para su realización, no solo por ser generalizada su utilización, sino incluso porque así se hace constar en la página web de la actora bajo el epígrafe "actividades dirigidas".*

*La ejecución de dichas actividades precisa de la música, no como un elemento accidental o secundario de la misma, sino como un elemento clave sin la cual no podría realizarlo, esta aseveración es consustancial a la actividad desarrollada y ninguno de los representantes de la demandada han negado esta circunstancia.*

*La demandada alega para justificar la legalidad de la comunicación pública realizada dos circunstancias: a) Que ella desempeña esa actividad con la amenización musical contratada con ST HILO, actualmente Telefónica Servicios de Música, con la que realiza o ameniza parte de las clases. b) Alega, pero no prueba, que uno de los socios es autor de una serie de obras musicales adaptadas a las características de las diversas actividades que se han ido realizando.*

*Respecto a la primera circunstancia, las actoras aportan en sede de audiencia previa y al amparo del art. 426.5 de la LEC, el convenio suscrito entre AGEDI y ST Hilo de fecha 19 de enero de 2001 en cuya cláusula cuarta B) se establece que "expresamente se excluye de este contrato -la autorización para el derecho de reproducción exclusivamente sonora-, quedándole prohibido, por tanto a ST HILO, la prestación del servicio de ambientación musical a locales públicos tales como salas de fiestas, discotecas, tablaos flamencos, salas de variedades y establecimientos de análoga naturaleza, en los que la utilización de fonogramas del repertorio administrado por*

*AGEDI tenga carácter de principal para la explotación del negocio, excepto que el servicio de ST HILO se utilice exclusivamente para la ambientación en áreas tales como la entrada, el guardarropa, los servicios, etc., y no, por tanto, para la explotación principal del negocio, así como a salones de bodas y cualquier otro tipo de establecimiento cuando la finalidad sea la celebración de bailes". Con arreglo a lo pactado entre el prestador del servicio de ambientación y la sociedad de gestión no cabe duda de que la actividad realizada por la demandada es una actividad de las excluidas, bien se considere por la propia definición de la demandada de sus actividades colectivas o dirigidas en las que en todas ellas considera que han de realizarse con música, bien considerando que tales actividades aun destinadas al cuidado y mejora de la salud y la apariencia de los usuarios de las mismas, no dejan de ser una forma de baile, actividad expresamente excluida de la cesión. Por tanto, la actividad de amenización necesaria para las actividades de la demandada, bien la realizase con el servicio prestado por Telefónica Servicios de Música, bien con otros sistemas de reproducción representaban una comunicación de las expresamente excluidas por el contrato y sobre las cuales la prestadora de servicios no podía realizar cesión alguna por no ser titulares de los mismos y, por tanto, nadie puede transmitir o ceder los derechos que los que no es titular. Estos servicios se realizaban desde enero de 2005 y si hemos de creer al legal representante de la actora que depuso en juicio, pues es la fecha desde la que consta se abonó este servicio. De otra parte, la demandada desde enero de 2007 realizaba pagos a la SGAE entre otros conceptos, si atendemos a los conceptos relacionados en los recibos girados bajo la clave "MO400488 MECÁNICA", que se corresponde en la tarifa de la SGAE con la ambientación de carácter necesario.*

*Sobre estos presupuestos fácticos ha de concluirse que la ambientación de carácter necesario realizada por la demandada no estaba cobijada, incluso aunque ella así pudiera creerlo, en el contrato celebrado con ST HILO.*

*De otra parte, alega uno de los socios de la demandada, aunque no lo prueba, que él es compositor, que tiene obras inscritas en el registro de la SGAE y otras no inscritas. Se trata de hechos cuyo sustento no tiene la más mínima base y que, ante tal sequia probatoria no pueden llevar a la Sala sino a no dar como acreditado el hecho invocado, sin entrar siquiera en la hipotética virtualidad extintiva invocada por la demandada del derecho de la entidad gestora de derechos colectivos.*

*Por tanto, no cabe duda de que la actividad realizada por la demandada es una comunicación de fonogramas no autorizada por el titular de los derechos de propiedad intelectual.*

#### **CUARTO**

*Importe de los daños y perjuicios.*

*Dado que la actora, con base en el art. 140 del TRLPI ( RCL 1996, 1382), optó como método de cálculo de la indemnización debida por la comunicación ilícita realizada por la demandada el de fijar los perjuicios con arreglo a la tarifa de la actora, resulta indispensable fijar os elementos fácticos para el cálculo de las tarifas.*

*Entre estos destacan dos, de una parte, el espacio físico en el que se celebran las actividades que son objeto de amenización necesaria y, de otra parte, el tiempo en que estas actividades se realizaron.*

*Así, el examen de la prueba practicada muestra que intentada prueba al efecto por las actoras para acreditar el espacio físico en el que se realizan dichas actividades objeto de amenización, no pudo obtenerse prueba directa al respecto. Así, entre la intentada cabe destacar el requerimiento a la demandada para que aportase un plano de las instalaciones; requerimiento que no fue cumplimentado por alegar la demandada que carecía del mismo. De otra parte, requerido, con carácter subsidiario el Ayuntamiento de Zaragoza para que presentará el plano de las instalaciones si obraba en su poder, tampoco fue objeto de*

*cumplimentación por no encontrarse indicios del bien demandado a su nombre en la base fiscal. Por tanto, no existe prueba directa de la superficie del local destinado a dichas prácticas.*

*Sin embargo, dado que la demandada desde el año 2007 abona a la SGAE la tarifa por ambientación de carácter necesario, esta le gira la tarifa mensual correspondiente a la más ínfima de las categorías, esto es, la correspondiente a los locales de "hasta 100 metros o fracción de superficie bruta". Por tanto, ha de suponerse que la demandada tiene una superficie de 100 metros o menos dedicada a estas actividades; de lo contrario, no debía abonar dicha cantidad que se le gira trimestralmente. Por ello, de forma indirecta puede concluirse que la superficie a la que ha de aplicarse la tarifa es la de 100 metros. Sin embargo, un examen de las tarifas de las actoras muestra que su clasificación no es similar a la de la SGAE, pues distingue como categoría más ínfima en cuanto al devengo de derechos la de "hasta 50 metros cuadrados", igualmente existe la de "51 a 100 metros cuadrados". Igualmente, los demandados manifestaron que la superficie dedicada a las actividades colectivas era inferior a 50 metros. Sin embargo, ante estas constancias probatorias, resulta a juicio de la Sala determinante que en su publicidad en la página web al referirse a las actividades dirigidas, manifiesta la demandada que algunas de ellas que se realizan al ritmo de la música (títboxe, step, supertono...) se practican en una sala de 100 metros cuadrados(folio 114 de la causa), este dato, que supone un claro reconocimiento de la demandada de la capacidad de su sala, puesto en relación con las tarifas abonadas a la SGAE, lleva a concluir, al margen de las manifestaciones de los socios, que la superficie dedicada a la realización de actividades con amenización necesaria es de 100 metros, por tanto, ha de aplicarse la correspondiente categoría de la tarifa, con desestimación de recurso en este extremo.*

*Finalmente, las actoras reclaman los daños y perjuicios de los 5 últimos años, obviando un hecho relevante, la carga de la prueba de la*

*comunicación ilícita corresponde a las estas, y no han intentado una prueba al efecto para acreditar la antigüedad en la infracción denunciada. Así, la demandada abona a la SGAE una cantidad desde principios del año 2007 en concepto de tarifa por amenización necesaria, atendiendo a la declaración de la demandada y a los recibos aportados; de otra parte, data de enero de 2005 la antigüedad del contrato con ST Hilo, ahora Telefónica de Servicios Musicales, y en juicio por su legal representante manifestó que las clases colectivas eran amenizadas en parte con el hilo musical. A la vista de lo anterior, ha de estimarse que atendiendo al dato del reconocimiento por la demandada de la comunicación pública realizada de forma ilícita, ha de concluirse que la fecha de inicio de tal violación de los derechos gestionados por las actoras arranca de enero de 2007 y a tales fechas habrá de retrocederse la fecha inicial de comienzo de los perjuicios, que han de reputarse continuos hasta sentencia, dada la prueba documental aportada por la propia demandada, recibos de pago a la SGAE, pues no puede presumirse sin duda alguna que por la sola celebración de un contrato de amenización secundaria por cable, tal actividad ilícita de amenización necesaria exista desde entonces, mientras que el pago a la SGAE por este tipo de amenización, supone un claro reconocimiento por la demandada del ejercicio de actividades que precisan la comunicación ilícita denunciada.*

*Lo anterior determina la estimación parcial del recurso y la fijación de un importe de los daños con arreglo a los datos acreditados de 1.667,26 euros.*

## **QUINTO**

*Costas procesales.*

*Las costas de esta alzada se rigen por el art. 398 LEC y las de primera instancia por el art. 394 LEC, por lo que, dada la estimación parcial del recurso, no procede hacer especial declaración sobre las costas de la apelación. VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.*

## **FALLO**

*Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por IRON SALFER S.C. contra la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2009 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil Número 1 en los autos número 844/2008 debemos revocar y revocamos la misma en el sentido de que debemos condenar y condenamos a la demandada a abonar a las actoras, por la comunicación pública de fonogramas sin autorización por la demandada en el Gimnasio IRON SALFER de Zaragoza, de enero de 2007 a la fecha de sentencia, conforme al art. 140 del TRLPI, la suma de 1.667,26 euros, más IVA, sin especial declaración sobre las costas ni en la instancia ni en la apelación.*

*Procédase a la devolución del depósito constituido para preparar el recurso, dada la parcial estimación del mismo.*

*Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.*

*Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.*