

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2012
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Transmisión digital. Comunicación pública ilícita. Obra audiovisual.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª

FECHA: 13-10-2010

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

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

OTROS DATOS: Sentencia 447/2010

SUMARIO:

“... la actora (MONDOTROPO SL y don Luis Alberto) ejercita contra la entidad demandada, «Asociación Provincial de Empresarios de Hostelería de A Coruña», acciones destinadas a que la demandada cese en la vulneración de los derechos de propiedad intelectual con suspensión de la actividad de comunicación pública de la obra audiovisual «Programa Piloto El Camino Inglés» que tiene lugar a través de la página web alojada en el dominio www.corunahostelera.com ... Considera la actora que la demandada ha realizado ilícitamente actos de comunicación pública de la obra «Programa Piloto El Camino Inglés» a través de la página web alojada en el aquel dominio ...”.

[...]

“La actuación infractora que se imputa a la demandada es la comunicación pública de la obra a través de la página web alojada en el dominio www.corunahostelera.com ...”.

[...]

“... la demandada procedió a realizar actuaciones propias de la explotación económica de los derechos sobre la obra (divulgación de la obra en Internet -en la página web de la demandada-) sin estar legitimada para ello por cuanto que la titularidad sobre los derechos de explotación de tal obra residía en la demandante, al no existir prueba de que los hubiera transmitido a la demandada ...”.

“En consecuencia, se ha producido una vulneración de los derechos de MONDOTROPO SL a la explotación de su obra «Programa Piloto El Camino Inglés» por la divulgación de dicha obra a través de la página web alojada en el dominio www.corunahostelera.com ...”.

COMENTARIO: No hay dudas en que la transmisión de obras por medios digitales constituye una modalidad de comunicación pública, entendida como la difusión, por cualquier medio o procedimiento, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes. Ello aparece corroborado por el artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT), cuando dispone

que “sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11bis.1)i) y ii), 11ter, 1)ii), 14.1)ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”. Pero además, la transmisión digital implica la fijación del contenido, de forma efímera o temporal, en la página *web* a través de la cual se accede al contenido difundido, lo que constituye un almacenamiento electrónico, considerado una modalidad de reproducción, como lo aclara la “Declaración Concertada” al artículo 1.4 del TODA/WCT, cuando expresa que “el derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna”. Pero es más, aún antes haberse aprobado el referido tratado, la jurisprudencia se había pronunciado al respecto, como en la sentencia dictada por el Tribunal de Gran Instancia de París, cuando ante las transmisiones efectuadas a través de los Internet de archivos musicales desde las páginas *web* de la Ecole Centrale de Paris (ECP) y de la Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications (ENST), donde se dijo que “... quien memoriza sin autorización en su computadora personal conectada a Internet una obra protegida, la reproduce y propicia su utilización colectiva” y que “toda reproducción por digitalización de obras musicales protegidas por el derecho de autor susceptible de ponerse a disposición de personas conectadas a Internet requiere de la autorización expresa por parte del titular o del cesionario respectivo derecho”¹. Así las cosas, en el caso en comentarios pudo haberse violentado, tanto el derecho de comunicación pública, como también el derecho de reproducción sobre la obra transmitida sin el consentimiento de su titular. © Ricardo Antequera Parilli, 2012.

TEXTO COMPLETO:

En La Coruña, a trece de octubre de dos mil diez.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 000013 /2009, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000394 /2010, en los que aparece como parte demandada apelante impugnada, ASOCIACION DE EMPRESARIOS DE HOSTELERIA DE A CORUÑA, representado en ambas instancias por el Procurador de los tribunales, Sr./a. CARMEN MARIA MARTINEZ UZAL, asistido por el Letrado D. ELENA JULIA TALIN MARIÑO, y como parte demandante apelada impugnante, MONDOTROPO, S.L. y Luis Alberto representados en ambas instancias por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MAR

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, asistido por el Letrado D. RUBEN IGLESIAS POSSE sobre PROPIEDAD INTELECTUAL, siendo Magistrado/a Ponente el/la Ilmo./Ilma. D./Dª MARÍA DEL CARMEN MARTELO PÉREZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por EL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE A CORUÑA de fecha 15-2-10. Su parte dispositiva literalmente dice: "Que estimo parcialmente la demanda formulada por la Procuradora SRA. RODRÍGUEZ en nombre y representación de MONDOTROPO SL y DON Luis Alberto contra ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE EMPRESARIOS DE HOSTELERÍA DE A CORUÑA, y en consecuencia, declaro que la demandada ha infringido los derechos de explotación de MONDOTROPO SL. Sobre el PROGRAMA PILOTO EL CAMINO INGLÉS y la condeno a estar y pasar por esta declaración; al cese de la actividad infractora consistente en la divulgación de la obra a*

¹ Sentencia del 14-8-1996, disponible en www.foruminternet.org

través de la página web alojada en el dominio www.corunahostelera.com; a que pague a MONDOTROPO SL la cantidad de 6397 euros por los conceptos señalados en el fundamento tercero de la presente resolución, con absolucón de la demandada de los demás pedimentos deducidos en su contra".

SEGUNDO.- *Contra la referida resolución por la demandada se interpuso recurso de apelación y los demandantes recurso de impugnación, para ante la Audiencia Provincial que les fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los de la presente resolución.

PRIMERO.

Frente a la sentencia de instancia -que estima parcialmente la demanda presentada por la representación de MONDOTROPO S.L. y de don Luis Alberto contra la ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE EMPRESARIOS DE HOSTELERÍA DE A CORUÑA y declara que la demandada ha infringido los derechos de explotación de MONDOTROPO S.L. sobre la obra "Programa Piloto El Camino Inglés" y la condena a estar y pasar por esta declaración; al cese de la actividad infractora consistente en la divulgación de la obra a través de la página web alojada en el dominio www.corunahostelera.com; y a que pague a MONDOTRO S.L. la cantidad de 6.397 euros, absolviendo a la demandada de los demás pedimentos deducidos en su contra - plantea recurso de apelación la representación de la ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE EMPRESARIOS DE HOSTELERÍA DE A CORUÑA interesando la estimación íntegra del recurso planteado con revocación de la sentencia de instancia.

Fundamenta su recurso en las siguientes alegaciones: Que existió consentimiento tácito para la difusión y publicidad del programa piloto toda vez que en ningún momento previo a la demanda se manifestó postura contraria a la divulgación del programa piloto, ni se requirió a

la asociación para que cesase en la misma, ni se le presentó presupuesto alguno. Que la página web sólo tenía un link en el apartado de noticias al video alojado en otro dominio que no corresponde a la Asociación de Hosteleros de A Coruña. Que no procede responsabilizar a la asociación toda vez que el acta notarial sólo recoge una parte de la información pero no especifica cómo se procede a esa localización y si efectivamente es un contenido colgado en ese dominio o no. Que el propio representante de MONDOTROPO S.L. afirma en su declaración que visualizó el video en la página web de PERNAS Y CORREA y en la página caminoingles.com y no menciona en ningún momento la de la asociación. Que el programa piloto no tenía presupuesto porque era gratuito y que MONDOTROPO recibiría como contraprestación la publicidad de su empresa en la red. Que este programa piloto ha sido pactado como gratuito, ningún presupuesto se facilitó a la demandada. Que la factura - documento nº 2 de la demanda - se emite meses después de la entrega de la demo alrededor del mes de octubre y con dos meses de antelación a la reclamación judicial y a los únicos efectos de justificar la cuantía a reclamar. Que la sentencia de instancia incurre en error al señalar lo que indicó el representante legal de la demandada toda vez que de sus palabras y tono en que las realiza resulta que sólo se reafirma sobre la gratuidad de la demo. Que era una prueba del producto para que luego se contratase la totalidad del proyecto. Que se facilitan dos copias - si no fuese para divulgar el video llegaría con que fuese sólo una - y una en baja calidad para colgar en Internet. Que el motivo de que no se hablase de precio, ni de presupuesto era que MONDOTROPO iba a recibir como contraprestación la publicidad inherente a la referida difusión, publicidad que tiene un valor económico, algo que además fue solicitado expresamente desde MONDOTROPO. Que la cuantificación de la indemnización es errónea. Que la referencia a los presupuestos finales elaborados para la totalidad del proyecto no es comprensible, pues dichos presupuestos se vieron reducidos drásticamente a posteriori.

Que en la contestación se acredita que los trabajos realizados y facturados por KAIROS ascendieron a 18.142,40 euros, por concepto

de diez videos (documentos 3, 4 y 5), precio más reducido que motivó su elección para la realización del proyecto completo. Que si no se toma como referencia ese importe y se toma el de MONDOTROPO su presupuesto final presentado en el mes de octubre y aportado a los autos en la audiencia previa como documento nº 6 asciende a 24.000 euros aproximadamente. Que ha sido la asociación la que obtuvo los permisos y realizó la mayoría de las gestiones para poder acceder al Alcade, al Teniente de Alcade, a una modista y a un restaurante (reconocido por el Sr. Juan Luis representante legal de MONDOTROPO S.L.) imprescindibles para la grabación de la demo, gestiones que han de ser descontadas de la indemnización y gastos correspondientes. Que la factura es excesiva por superar con creces el criterio del 10% del presupuesto final.

Asimismo, la representación de MONDOTROPO y de don Luis Alberto impugnan dicha sentencia en lo relativo al pronunciamiento sobre la infracción del derecho moral correspondiente a don Luis Alberto, a la necesidad de indemnizar los daños morales sufridos por este y a la conveniencia de la publicación del contenido total de la sentencia en los medios de comunicación detallados en la demanda, interesando se dicte sentencia por la que, con revocación de la de instancia, se declare que el demandado ha infringido el derecho moral correspondiente a don Luis Alberto en relación a su obra "Programa Piloto El Camino Inglés" y se condene al demandado a satisfacer a don Luis Alberto una indemnización por daños morales en la cuantía que se estime oportuna y que debería ascender a la cantidad mínima de 3.000 euros y que se condene a la parte demandada a publicar a su costa el contenido total de la sentencia en dos diarios de máxima difusión a nivel nacional, dos diarios de máxima difusión de Galicia y en la revista especializada "Coruña Hostelera". Fundamenta su impugnación en las siguientes alegaciones: Que la sentencia incurre en error al considerar que los derechos morales de Luis Alberto corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre, en este caso, MODOTROPO S.L. y que a ella ha de dirigirse el codemandante para que se haga efectivo su derecho moral de autor, pues, el derecho moral

es un derecho personalísimo, es irrenunciable e inalienable, y como fin proteger a la persona del autor a través de su obra. Que las facultades contenidas en el derecho moral del autor (derecho de divulgación, derecho de reconocimiento de paternidad de la obra, derecho de respeto a la integridad de la obra, derecho de modificación y arrepentimiento, acceso al ejemplar único o raro, son personalísimos y requieren el ejercicio por su propio titular). Que el derecho moral no es transmisible inter vivos, ya que al estar integrado por facultades inherentes a la persona del autor, está fuera del patrimonio y del comercio de los hombres. Invoca los artículos 87 y 88 de la LPI. Que el Sr. Luis Alberto transmitió sus derechos de explotación a MONDOTROPO S.L. percibiendo en contraprestación por ello la remuneración pactada en su contrato con dicha sociedad, pero, el conjunto de derechos de explotación no incluye su derecho moral, por lo que no procede que el Sr. Luis Alberto se dirija a MONDOTROPO S.L. porque ésta no recibió la titularidad de derecho moral alguno. Que el acto realizado por la demandada supone una clara infracción de los derechos de divulgación y de paternidad de don Luis Alberto y genera de suyo la necesidad de conceder la indemnización mínima de 3.000 euros interesada por daños morales. Que las infracciones del derecho de divulgación y el derecho de paternidad de don Luis Alberto han generado una especial angustia y sufrimiento en él, al producirse bajo unas condiciones que agravan singularmente el daño moral padecido y perjudican su carrera.

SEGUNDO.

Para centrar lo que nos ocupa, procede señalar que la actora (MONDOTROPO SL y don Luis Alberto) ejercita contra la entidad demandada, "Asociación Provincial de Empresarios de Hostelería de A Coruña", acciones destinadas a que la demandada cese en la vulneración de los derechos de propiedad intelectual con suspensión de la actividad de comunicación pública de la obra audiovisual "Programa Piloto El Camino Inglés" que tiene lugar a través de la página web alojada en el dominio www.corunahostelera.com así como a que indemnice a MONDOTROPO SL por daños

patrimoniales y a don Luis Alberto por daños morales con publicación de la sentencia en prensa y en la revista especializada "Coruña Hostelera", con fundamento en que la demandada ha infringido los derechos de explotación de MONDOTROPO S.L. (productora) sobre la obra "Programa Piloto El Camino Inglés" y el derecho moral correspondiente a don Luis Alberto en relación a dicha obra en cuanto autor de la composición musical. Considera la actora que la demandada ha realizado ilícitamente actos de comunicación pública de la obra "Programa Piloto El Camino Inglés" a través de la página web alojada en el aquel dominio e invoca en la fundamentación jurídica de su demanda los artículos 4, 7, 14, 20.1 y 2, 43, 51, 86.1, 87, 93, 138, 139 y 140 del TRLPI en cuanto reguladores de su derecho y como fundamento de las concretas pretensiones de protección de sus derechos ejercitadas en el suplico de su demanda.

La demandada, frente a la demanda así planteada, fundamenta su oposición, de una parte, en que la demandante MONDOTROPO S.L. autorizó la difusión de la obra a través de Internet cediéndoles la obra audiovisual dada la escasa entidad del trabajo presentado y a que en definitiva dicho programa tenía por objeto dar a conocer a la demandada la calidad del trabajo y el punto de vista desde el cual afrontaría la elaboración de videos promocionales de 2 minutos cada uno que formarían parte de una campaña de promoción del Camino Inglés a través de la presentación de 10 municipios, 10 cocineros, 10 vinos, 10 diseñadores y 10 fotógrafos, y de otra, invoca que MONDOTROPO S.L. nunca mencionó al Sr. Luis Alberto y que su no inclusión provenía de la propia conducta de MONDOTROPO S.L. al omitir la autoría de la composición musical limitándose a mencionar a la productora. Asimismo invoca que por el programa piloto no se acordó remuneración alguna siendo entregado por la actora de manera gratuita y autorizando su difusión.

La sentencia se instancia estima parcialmente la demanda y declara que la demandada ha infringido los derechos de explotación de MONDOTROPO S.L. sobre la obra "Programa Piloto El Camino Inglés", estimando la petición

de cese de la actividad ilícita y la de indemnización a la actora en la suma de 6.397 euros con desestimación de la pretensión formulada en cuanto a don Luis Alberto relativa a la vulneración de su derecho moral y de la petición de publicación de la sentencia en los medios de comunicación.

Frente a la sentencia de instancia plantea recurso de apelación la parte demandada. Asimismo, la referida sentencia es impugnada por la actora en los términos señalados en el fundamento jurídico anterior.

Sentado lo que antecede, y antes de entrar a resolver, procede señalar que la solución del recurso planteado y de la impugnación pasa por precisar que la obra objeto de litigio es una obra audiovisual, tal y como alega la actora en la demanda (documento nº 1 de la demanda, pieza de imagen y música originales, en formato DVD, de una duración aproximada de cinco minutos y medio, de título "Programa Piloto El Camino Inglés") y se acepta por la demandada.

Al tratarse de una obra audiovisual está sometida a un régimen jurídico especial, esto es, el previsto en los artículos 86 a 94 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, con normas en cuanto a su autoría, a los contratos de producción y transformación por los que se ceden al productor los derechos patrimoniales sobre la obra audiovisual y las obras preexistentes utilizadas en su elaboración, a la remuneración correspondiente a los autores por la cesión de los derechos de explotación y al derecho moral (que sufre restricciones en este ámbito).

La razón de esta regulación especial se encuentra en las particularidades del proceso de creación de este tipo de obras, que son producto de una actividad empresarial llevada a cabo por el productor y en las que normalmente participan una multiplicidad de personas (el productor, el director-realizador, el guionista, el director de fotografía, el cámara, el montador.....), tal y como en el presente caso acontece.

Hechas las anteriores precisiones, y fijados los términos del debate en la alzada, pasamos a lo que resulta de lo actuado, con indicación de que la falta de prueba suficiente sobre algunos hechos, determina que buena parte del litigio haya de ser resuelto en su aspecto fáctico en base a los hechos admitidos por ambas partes, a los documentos aportados y a las declaraciones de las partes y testigos en el acto del juicio, así como en base a la aplicación de las reglas de la carga de la prueba respecto de aquellas cuestiones sobre las que no existe prueba suficiente.

Pues bien, de lo actuado resulta:

1. Que la demandada con el fin de fomentar el Camino Inglés a través de la presentación de 10 municipios, 10 cocineros, 10 vinos, 10 diseñadores y 10 fotógrafos decidió organizar una campaña de promoción mediante la publicación de 1 libro, 10 videos promocionales de 2 minutos cada uno y un documental de 50 minutos y la celebración de un evento en el Hotel Hesperia Finisterre de A Coruña y que para organizar la citada campaña contacta con la agencia "PERNAS Y CORREA" quien a su vez se pone en contacto con la actora (MONDOTROPO SL), tras lo cual se celebran reuniones y se acuerda que MONDOTROPO S.L. elabore un programa piloto, programa que realiza MONDOTROPO S.L., entregándose por ésta a la demandada dos copias del mismo sin que por parte de MONDOTROPO se haga precisión alguna ni sobre lo que se invoca en la demanda en cuanto a los derechos del autor de la composición musical ni sobre sus concretos derechos de explotación de la obra audiovisual, como productora, conforme a los contratos celebrados con don Luis Alberto y don Agapito en cuanto creadores de la obra objeto de litigio.

2. Que MONDOTROPO S.L. se dedica a la actividad de producción de obras audiovisuales y en el presente caso es la productora de la obra audiovisual "Programa Piloto El Camino Inglés".

3. Que a la demandante MONDOTROPO SL corresponden los derechos de explotación de dicha obra audiovisual.

4. Que tal obra fue concebida y ejecutada para que la demandada pudiese decidir si contrataba con la actora la realización del proyecto por el que se pretendía promocionar el Camino Inglés a través de la presentación de 10 municipios, 10 cocineros, 10 vinos, 10 diseñadores y 10 fotógrafos.

5. Que la demandada contacta con MONDOTROPO S.L. a través de la entidad "PERNAS Y CORREA".

6. Que a tenor de la documental obrante en autos los presupuestos de MONDOTROPO SL, aportados con la contestación a la demanda - documento nº 2 - y en la audiencia previa, son presupuestos de producción, presentados, en su momento, por MONDOTROPO SL a la demandada, en orden a la realización de los trabajos que en los mismos se detallan, y que conforme a los mismos, el cliente es "PERNAS Y CORREA", el director creativo es Agapito y el productor ejecutivo Juan Luis (representante legal de MONDOTROPO S.L.), es de destacar que en las bases de dichos presupuestos se detalla con toda precisión lo que está incluido y lo que está excluido, observándose que en todos los presupuestos presentados por MONDOTROPO S.L. va incluida la música original y derechos music (folios 124, 132, 140 y 167) sin hacer mención alguna al autor de la composición musical.

7. Que en la demanda planteada es donde por primera vez se indica que don Luis Alberto, es músico profesional por cuenta propia y que el mismo es el autor de la composición musical.

8. Que en la factura de fecha 20 de enero de 2009 (documento nº 2 de la demanda, de fecha posterior a los presupuestos anteriormente referidos) se detalla como concepto: Programa piloto "El Camino Inglés" 4.000 euros y Música para programa piloto "El Camino Inglés" 2.000 euros, ascendiendo el importe total a 6.000 euros más el IVA, suma en la que la actora cuantifica la indemnización que dice le corresponde percibir por daños patrimoniales.

9. La demandada divulga en su página web la obra audiovisual "Programa Piloto El Camino Inglés". La prueba obrante en autos acredita que así fue (acta notarial de fecha 18 de

febrero de 2009, en concreto, los folios 30 y 31) sin que ninguna otra prueba se haya practicado en orden a acreditar que no era la página web de la demandada o que se tratase de un simple enlace o link con otras páginas web, carga de la prueba que corresponde a quien lo invoca.

Que en autos no obra el contrato de producción ni la documental relativa a lo que invoca la actora de que los derechos de explotación sobre la obra en cuestión creada por don Agapito y don Luis Alberto fueron transmitidos por ambos autores a la aquí demandante MONDOTROPO SL, de manera exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de su actividad habitual, en virtud de los términos pactados en sus respectivos contratos. El referido contrato de producción es importante pues es en este contrato donde los autores se comprometen a la creación de la obra audiovisual y a la cesión al productor de sus derechos patrimoniales, mientras que el productor se obliga a poner los medios necesarios para la realización de la obra y a retribuir a los autores por la cesión de sus derechos de explotación.

Así las cosas, entramos en el estudio del recurso de apelación planteado por la Asociación Provincial de Empresarios de Hostelería de A Coruña.

Se alega por la recurrente que la obra en cuestión era gratuita y que existía un consentimiento tácito de la actora para su divulgación en Internet. El motivo se desestima.

La referida cuestión de si la obra audiovisual era gratuita, como sostiene la demandada o si debía mediar remuneración, como afirma la demandante, pues aunque en la demanda se habla de "encargo de una pieza de imagen y música originales" y se aporta una factura (documento nº 2 de la demanda) pocos detalles se dan sobre el extremo relativo a la remuneración de la obra y que la misma sea por el importe que figura en la referida factura, ahora bien lo cierto es que de las declaraciones vertidas por las partes en el acto del juicio, se desprende la remuneración toda vez que, a tenor de aquellas declaraciones, de no llegar a contratar la demandada con MONDOTROPO S.L. la realización de los videos promocionales,

la demandada tendría que abonar la obra de título "Programa Piloto El Camino Inglés", lo que no acontecería de celebrarse aquel contrato.

La tesis de la demandada (cesión gratuita de la obra ante la posibilidad de celebrar con la actora el contrato relativo al proyecto de promoción del Camino Inglés) no puede estimarse primero porque no resulta acreditado y segundo porque el hecho de celebrar ese posible contrato no prueba que la demandante, además de entregar a la demandada el soporte de la obra en cuestión, le transmitiera todos los derechos sobre la misma aunque la entidad del trabajo presentado fuese escasa, puesto que parece lógico, en principio, que una obra audiovisual de unos cinco minutos de duración, con todo lo que conlleva, sea objeto de retribución, máxime ante la posibilidad, como así aconteció, de que no se celebre con la demandada aquel contrato sobre los videos promocionales y documental, por lo que la falta de prueba sobre la realidad de dicha cesión ha de perjudicar a la parte demandada, por aplicación del art. 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, más aún, el que la obra audiovisual fuese creada "ex profeso" para ser entregada a la demandada, explicaría que lo entregado fue la obra audiovisual realizada, pero no la obra en sí misma ni los derechos de propiedad intelectual sobre tal obra, pues de ser así se estaría privando la propia actora de cualesquiera derechos sobre la misma y a mayores sin ningún tipo de contraprestación ni tan siquiera el pago de los costes de elaboración de la obra audiovisual, para entenderlo de ese modo sería necesario pacto expreso o algún acto concluyente inequívocamente significativo de tal cesión, lo que no se ha producido en el caso de autos, sobre todo si se tiene en cuenta las reticencias con que el ordenamiento jurídico ha contemplado siempre la posibilidad de una enajenación definitiva, perpetua y global de los derechos de autor, incluso si se reducen a su faceta patrimonial. Sabido es que los derechos de explotación sobre la obra corresponden en exclusiva a su autor (artículo 17 del TR de la LPI), y entre ellos se distinguen los de reproducción (artículo 18) y los de distribución (artículo 19) de los de comunicación pública (artículo 20), por lo que se puede otorgar y

obtener licencia para los unos y no para los otros, de forma que ha de estarse al alcance de lo verdaderamente cedido. No ha de olvidarse que la cesión en materia de propiedad intelectual ha de ceñirse al derecho concreto que se ceda y a la modalidad de explotación expresamente prevista (artículo 43 del TR de la LPI), quedando constreñida a ese marco.

La actuación infractora que se imputa a la demandada es la comunicación pública de la obra a través de la página web alojada en el dominio www.corunahostelera.com frente a ello invoca la recurrente que la página web sólo tenía un link, en el apartado de noticias, al video alojado en otro dominio que no corresponde a la Asociación de Hosteleros de A Coruña. Pues bien, si efectivamente se tratase de un simple link o enlace, en el sentido de que con su incorporación a la web de la demandada lo único que se posibilita al usuario es la oportunidad de abandonar aquella y entrar en otra, de manera que no se infringirían los derechos de explotación (art. 17 TRLPI) al no existir acto de distribución, reproducción, comunicación pública o transformación que haya sido llevado a cabo con dicha actuación, debería haber sido acreditado mas ninguna prueba obra en autos sobre lo así alegado por la demandada quedando en una mera alegación carente del correspondiente respaldo probatorio.

Lo entregado a la demandada por la actora fueron dos copias de la obra audiovisual "Programa Piloto El Camino Inglés" lo que es menos que los derechos de explotación sobre tal obra, y menos aún que la totalidad de los derechos de autor sobre la misma, que engloba no sólo los derechos patrimoniales sino también los morales.

Y recibidas las copias, la demandada procedió a realizar actuaciones propias de la explotación económica de los derechos sobre la obra (divulgación de la obra en Internet -en la página web de la demandada-) sin estar legitimada para ello por cuanto que la titularidad sobre los derechos de explotación de tal obra residía en la demandante, al no existir prueba de que los hubiera transmitido a la demandada, es decir, falta la prueba de la cesión a la demandada pues una cosa es la prueba de que se hayan

entregado dos copias de la obra audiovisual y otra cosa es la prueba de que la cesión de derechos sobre la obra se produjo.

En consecuencia, se ha producido una vulneración de los derechos de MONDOTROPO SL a la explotación de su obra "Programa Piloto El Camino Inglés" por la divulgación de dicha obra a través de la página web alojada en el dominio www.corunahostelera.com por lo que procede examinar qué consecuencias ha de tener tal actuación ilícita de la demandada a la vista de los pedimentos realizados en el suplico de la demanda en relación a la protección de los derechos de la demandante y a la reparación de la vulneración producida. Se invoca por la recurrente que la cuantificación de la indemnización fijada en la sentencia recurrida es errónea.

En este sentido, si se analizan los presupuestos de MONDOTROPO, obrantes en autos y de fecha anterior a la factura, se constata, como queda dicho, que la música va incluida en los mismos sin alusión alguna al autor de la composición musical.

Asimismo, partiendo de que en las negociaciones no se aludió al coste del programa piloto, ni al compositor musical, sino que lo único conocido por la demandada eran los distintos presupuestos, con sus partidas, expresándose lo que estaba incluido y lo que estaba excluido, lleva a que el importe plasmado en la factura y en el que cuantifica la indemnización que petitiona, en modo alguno puede entenderse se corresponda con lo ofertado a la demandada con anterioridad a la emisión de la misma, de ahí que en la solución de esta cuestión haya que estar, a lo que resulta de lo actuado, esto es, a los presupuestos realizados por la actora que sí eran conocidos por la demandada, y de todos los presupuestos, procede tomar en consideración el último que presentó la actora a la demandada por importe de 29.424 euros, al no apreciarse razón alguna para atender a aquellos otros presupuestos de mayor importe, siendo además que tanto el presupuesto más económico (el que tomamos en consideración) como los presupuestos de importe superior (111.528 euros, 90.249 euros, 73.869 euros)

tienen el mismo objeto (10 videos de 2 minutos cada uno y un documental de 50 minutos), todo ello, sin desconocer que, finalmente, el contrato en cuestión se realiza con otra productora (Audiovisual de Servicios Kairos S.L.) por un precio de 18.142,40 euros.

En atención a lo expuesto, lleva a considerar prudente y adecuado que la indemnización a MONDOTROPO lo sea por importe de tres mil ochocientos euros, suma que, entendemos, sería la que le correspondería exigir de haber autorizado la explotación de la obra audiovisual, conclusión a la que se llega, de una parte, tomando en consideración el último presupuesto, que la actora propuso a la demandada para la totalidad del proyecto, por importe de 29.424 euros, de otra, con la obra audiovisual, entregada por la actora a la demandada, de poco más de cinco minutos de duración y que dicha obra no era la definitiva, en tanto que aquellos presupuestos sí que se refieren a la obra definitiva y a la totalidad del proyecto (10 videos de 2 minutos cada uno y un documental de 50 minutos), y finalmente, a la vista del precio de la otra productora que resultó ser la adjudicataria, de ahí que proceda estimar el recurso planteado en este único extremo con revocación de la sentencia de instancia en el sentido de reducir a la suma de 3.800 euros el importe de la indemnización que la demandada debe abonar a la actora, que junto con el importe a que ascendieron los gastos notariales -397,08 euros- necesarios para acreditar la infracción de los derechos de explotación, hace un total de 4.197,08 euros.

TERCERO.

Impugnación de MONDOTROPO S.L. y de don Luis Alberto.

Se fundamenta la impugnación en que en cuanto a don Luis Alberto la pretensión está amparada en el art. 14 y 93 TRLPI (folio 6 de la demanda) donde se recoge el contenido y características del derecho moral de autor, correspondiendo a éste decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo o anónimamente, y exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra. El motivo se desestima.

Antes de resolver, es de hacer otra precisión, en cuanto que las obras audiovisuales, a las que se refiere el artículo 86 de la Ley de Propiedad Intelectual son las creaciones de dicha naturaleza y, por tanto, son "creaciones de autor"; considerándose autores, conforme al artículo 87, el director-realizador, los autores del argumento o guión y los autores de las composiciones musicales creadas "ad hoc". La mencionada enumeración de autores de la obra audiovisual que se contiene en el artículo 87 de la Ley de Propiedad Intelectual es un "numerus clausus" (en este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1995. Los autores lo son en los términos del artículo 7 de la propia Ley, lo que configura la obra audiovisual como una obra en colaboración. Por el contrario, no se consideran autores de la obra audiovisual ni al productor, ni los actores, ni los autores de las obras preexistentes utilizadas para la realización, de ahí que el productor, además de su derecho conexo originario sobre la grabación que contenga la obra, deba ser cesionario de los derechos de autor sobre la misma, así como de los derechos conexos, para poder explotarla lícitamente.

Por lo expuesto, la invocación que hace MONDOTROPO SL sobre que sus derechos lo eran de manera exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de su actividad habitual, en virtud de los términos pactados en sus respectivos contratos, sin que previamente, sobre tal extremo, haya precisado nada, determina que, tanto en el momento del acuerdo sobre la realización del programa piloto como en el de su entrega a la demandada, existiese base suficiente para presumir que han sido cedidos a la productora, conforme al artículo 88.1 de la Ley de Propiedad Intelectual "sin perjuicio de los derechos que corresponden a los autores, por el contrato de producción de la obra audiovisual se presumirán cedidos en exclusiva al productor, con las limitaciones establecidas en este título, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtítulo de la obra (es decir, todos los derechos del artículo 17 de la propia Ley "Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los

derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente ley").

En consecuencia, MONDOTROPO S.L., es el productor de la obra audiovisual en que consiste el "Programa Piloto El Camino Inglés", es quien tomó la responsabilidad de la ejecución, así se desprende de la documentación obrante en autos y de la propia exposición de hechos realizada en la demanda, en concreto en el hecho cuarto donde indica que le corresponden en exclusiva los derechos de explotación sobre la obra creada, con el alcance necesario para el ejercicio de su actividad habitual en virtud de los términos pactados en sus respectivos contratos - términos del contrato que como queda dicho eran conocidos por MONDOTROPO SL, por don Agapito y por don Luis Alberto que no por la aquí demandada que lo único que conoce de la demandante es su cualidad de "productora".

Pues bien, al no reputarse al productor autor de la obra audiovisual, en principio no tiene derechos sobre la misma, pero como su participación es imprescindible para la realización de la obra, la Ley de Propiedad Intelectual, en los artículos 88, 89 y 90.2, establece la presunción de cesión al productor de los derechos de explotación, dicha presunción del artículo 88.1 es "iuris tantum", y no impide otro tipo de acuerdos entre las partes; pero, en este caso, ninguna advertencia ni mención alguna se hizo al respecto por MONDOTROPO SL a la demandada por lo que difícilmente podía ésta conocer lo que ahora se invoca en la demanda sobre los derechos de don Luis Alberto, de ahí que en la solución de la cuestión planteada ha de estarse a la presunción del art. 88.1 de manera que los derechos de explotación de MONDOTROPO sobre la obra creada serían los previstos en dicho artículo (se presumirán cedidos en exclusiva al productor los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtítulo de la obra) por lo que, sobre este extremo, nada puede ser reprochado a la demandada, en especial el desconocimiento de la autoría de la música porque no se mencionó por MONDOTROPO en las conversaciones

mantenidas con la demandada y por no mencionar ni tan siquiera dicha autoría fue incorporada por la productora MONDOTROPO al programa piloto (documento nº 1 de la demanda), pero es que tampoco ninguna precisión realizó MONDOTROPO SL en cuanto a sus derechos de explotación sobre la obra sino que es en la demanda, cuando por primera vez invoca que sus derechos de explotación en exclusiva lo son en los términos pactados en los respectivos contratos con los autores de la obra objeto de litigio.

Sobre la base de lo así expuesto, la demandada recibió, de MONDOTROPO SL, las copias de la obra audiovisual "Programa Piloto El Camino Inglés" y es sobre esa base que se analizan los actos de la demandada y si de los mismos se infiere algún tipo de responsabilidad.

En este sentido, surgida la idea de promoción del Camino Inglés, la demandada contactó con la agencia PERNAS Y CORREA, siendo ésta la que contacta con MONDOTROPO SL, tras las conversaciones mantenidas, ésta última realiza el programa piloto, siendo entregadas dos copias de la obra a la demandada, sin precisar el coste pero sí que el mismo habría de ser abonado para el supuesto de que no se contratase con MONDOTROPO la realización del proyecto final (así resulta de los correos de PERNAS Y CORREA -agencia con la que la demandada había contactado para la organización de la campaña - y de la prueba practicada en el acto del juicio de la que también resulta que había que abonar el trabajo realizado si no se contrataba con MONDOTROPO el proyecto final).

Además de por todo lo dicho hasta ahora, es claro que MONDOTROPO SL no puede ceder ningún derecho de propiedad intelectual que no tenga, pues cualquier actuación en exceso merece el calificativo de infracción por ignorar los derechos que correspondan al autor de la misma y que, en el presente caso, a tenor del resultado de la prueba practicada, MONDOTROPO SL omitió desde un principio toda mención al autor de la composición musical (véanse los presupuestos o la propia copia de la obra aportada como documento nº 1 de la demanda). En definitiva, además de

todo lo que sobre este extremo queda dicho anteriormente, resta decir que la referida omisión del autor de la composición musical no se hubiese podido cometer sin la intervención de MONDOTROPO SL (es ésta la que realiza las copias y las entrega a la demandada y quien omite en las copias entregadas toda referencia al autor de la composición musical constando únicamente el logotipo "Mondotropo"), por lo que no cabe imputar a la demandada la referida omisión.

En lo que se refiere a la pretensión reiterada en la alzada "que se condene al demandado a publicar a su costa el contenido total de la sentencia en dos diarios de máxima difusión a nivel nacional, dos diarios de máxima difusión en Galicia y en la revista especializada "Coruña Hostelera" editada por el propio demandado" y que la sentencia de instancia desestima, con criterio que comparte la Sala, por no alegarse siquiera las razones de la necesidad de dicha publicación. La recurrente reitera dicha pretensión e invoca lo alegado en la instancia - que el acto realizado por la demandada supone una clara infracción de los derechos de divulgación y de paternidad de don Luis Alberto y genera de suyo la necesidad de conceder la indemnización mínima de 3.000 euros interesada por daños morales; que las infracciones del derecho de divulgación y el derecho de paternidad de don Luis Alberto han generado una especial angustia y sufrimiento en él, al producirse bajo unas condiciones que agravan singularmente el daño moral padecido y perjudican su carrera -. El motivo no puede prosperar.

Al respecto decir que el art. 138.1 TRLPI dispone que "El titular de los derechos reconocidos en esta Ley. .. también podrá instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor", ahora bien, frente a tal pretensión - sobre la publicación del contenido total de la sentencia en dos diarios de máxima difusión a nivel nacional, dos diarios de máxima difusión en Galicia y en la revista especializada "Coruña Hostelera" editada por el propio demandado - recordar, que no se ha constatado vulneración del derecho moral de autor por parte de la demandada quien ni conocía ni podía conocer al autor de la música

ni en ningún momento éste participó en las reuniones y conversaciones con la demandada sino que quien lo hizo fue en todo momento MONDOTROPO SL, sin que de la prueba practicada, resulte previsión alguna por parte de ésta última ni al momento de la entrega de las dos copias a la demandada ni cuando aporta los presupuestos, por lo que difícilmente se puede hacer responsable a la demandada por infracciones de derechos de don Luis Alberto cuando las mismas, de existir, no han sido provocadas por ella, todo ello sin olvidar que la pretensión carece de fundamentación alguna en la demanda principadora del procedimiento, lo que al ser advertido por la juzgadora, le lleva a indicar, con acierto, que en cuanto a dicha pretensión no se alegan siquiera las razones de la necesidad de dicha publicación, a lo que podemos añadir, que se trata de una acción independiente, que, en el caso que nos ocupa, carece de justificación, máxime teniendo en cuenta que los objetivos que la acción pretende son la reparación y el cese de la infracción, por lo que procede desestimar el motivo impugnatorio al faltar los requisitos para una publicación como la que se pide.

CUARTO.

La estimación parcial del recurso de apelación determina, en materia de costas, que no proceda efectuar expresa imposición de las causadas en la alzada, a tenor de la regla prevista en el núm. 2 del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y con expresa imposición de las causadas por la impugnación de la sentencia recurrida a la impugnante, de conformidad con el art. 398.1º de la LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la representación de la ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE EMPRESARIOS DE HOSTELERÍA DE A CORUÑA y con desestimación de la impugnación planteada por la representación de MONDOTROPO S.L. y don Luis Alberto, contra la sentencia de fecha 15 de febrero de

2010, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña, en autos de Juicio Ordinario núm. 13/2009, de los que el presente rollo dimana, debemos reducir a 4.197,08 euros la suma que la demandada debe abonar a MONDOTROPO S.L. por los conceptos señalados en el fundamento segundo de la presente resolución, manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida; todo ello sin hacer imposición de costas causadas en la alzada por la apelación y con imposición a la impugnante de las causadas por la impugnación.

Devuélvase el depósito constituido a la parte apelante.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por la parte impugnante.

Contra la presente no cabe recurso ordinario, pudiéndose en su caso interponer Recurso de Casación en los términos previstos en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su caso, se habrá de preparar mediante escrito presentado ante esta Sala dentro de los cinco días siguientes a su notificación conforme a lo dispuesto en el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de apelación civil, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- *Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario certifico.*