

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

## **Pruebas. Carga de la prueba. Comunicación pública de fonogramas. Servicio de discoteca. Presunción de uso.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

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

**FECHA:** 14-5-2010

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Civil)

**FUENTE:** Texto del fallo a través del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Id Cendoj: 28079370282010100117.  
Actualización: 16-6-2012.

**OTROS DATOS:** Recurso 342/2009. Sentencia 128/2010.

### **SUMARIO:**

*“La presente litis trae causa de la demanda formulada por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual que constan en el encabezamiento de la presente resolución por la que, en esencia, interesaban la condena de la mercantil demandada al pago del importe correspondiente a la remuneración por comunicación pública de fonogramas en el local «SALONES AL ANDALUS» ...”.*

[...]

*“La sentencia de primera instancia desestimó los pedimentos de las actoras al considerar que no había resultado acreditada la realización de actos de comunicación pública de fonogramas en el local explotado por la mercantil demandada”.*

[...]

*“... no compartimos la valoración de la prueba efectuada por el juez de primera instancia, en tanto entendemos que aquella ofrece base suficiente para considerar acreditada la efectiva realización de actos de comunicación pública en el local regentado por la apelada”.*

*“Sustentamos tal apreciación en el hecho de que en su página web la propia demandada ofertase, formando parte de la publicidad relativa a la organización de eventos en su local, el servicio de discoteca móvil con disc-jockey. Como ya hemos señalado en precedentes resoluciones ..., es obvio que el servicio de discoteca implica la comunicación pública de fonogramas, pudiéndose presumir ... que si la demandada ofrece este servicio y lo mantiene en su publicidad (hecho probado), efectivamente se celebran en su local*

*eventos amenizados con música (hecho presumido), al existir entre ambos extremos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”.*

## **TEXTO COMPLETO:**

*En Madrid, a 14 de mayo de 2010.*

*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 D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. Pedro María Gómez Sánchez, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 342/09, los autos del procedimiento nº 43/2009, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, el cual fue promovido por ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) contra RESTAURANTE AL ANDALUS, S.L..*

*Han actuado en representación y defensa, por la apelante, ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE), el procurador D. Alfonso Blanco Fernández y el letrado D. Antonio López Sánchez, y por la apelada RESTAURANTE AL ANDALUS, S.L., el procurador D. Ángel Martín Gutiérrez y la letrada D<sup>a</sup> Ana Zapata Vígara.*

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 20 de enero de 2009 por la representación de ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) contra RESTAURANTE AL ANDALUS, S.L., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, solicitaba que se dictase sentencia en la que* 1º *Se condene a RESTAURANTE AL ANDALUS, S.L. a pagar a AGEDI y AIE las*

*cantidades devengadas por la comunicación pública de fonogramas o reproducciones de los mismos realizados en el establecimiento denominado "SALONES AL ANDALUS" sito en C/ Pozo de las Nieves 26 28850 Torrejón de Ardoz ( Madrid), de acuerdo con las Tarifas Generales de AGEDI y AIE desde mayo de 2002 hasta la fecha de interposición de la presente demanda, y que hasta el 31 de diciembre de 2008, según los datos de que dispone esta parte, y sin perjuicio de lo que resulte en fase de prueba, asciende a VEINTIÚN MIL NOVECIENTOS CINCO EUROS Y SESENTA Y CUATRO CÉNTIMOS DE EURO (21.905,64 euros) más IVA según el desglose que consta en el Hecho Cuarto de esta demanda. 2º Se condene a la demandada RESTAURANTE AL ANDALUS, S.L. a pagar a AGEDI y AIE, desde la fecha de interposición de la presente demanda y hasta la efectiva suscripción del contrato regulador de la obligación de pago de la remuneración equitativa y única que corresponde a los artistas, intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas de acuerdo con los párrafos 4 y 6 del art. 108 TRLPI y párrafos 2 y 3 del art. 116 TRPLI, la cantidad resultante de aplicar las Tarifas Generales establecidas y comunicadas por AIE y AGEDI al Ministerio de Cultura vigentes para cada periodo objeto de reclamación y consistentes en la cantidad mensual correspondiente al aforo o capacidad máxima del establecimiento "SALONES AL ANDALUS" (más IVA.) multiplicada por el número de meses o fracción transcurridos desde la fecha de interposición de la presente demanda. 3º Se condene a RESTAURANTE AL ANDALUS, S.L. a abonar los intereses legales de las cantidades recogidas en el apartado 1º y 2º del presente suplico desde las fechas de sus respectivos devengos mensuales o, subsidiariamente, desde la fecha de la presente demanda respecto de la cantidad recogida en el apartado 1º del presente Suplico. 4º Se condene a RESTAURANTE AL ANDALUS, S.L. al pago de las costas causadas a mis representadas*

ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) por el presente procedimiento".

**SEGUNDO.-** Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid dictó sentencia, con fecha 12 de junio de 2009, cuyo fallo es el siguiente: "Con desestimación de la demanda promovida por Asociación de Gestión de derechos Intelectuales (AGEDI) y Artistas intérpretes o ejecutantes sociedad de gestión (AIE) representados por el procurador Sr. Blanco Fernández y asistido por el letrado Sr. López Sánchez contra Restaurante Al Andalus S.L. representado por el procurador Sra. Zapata Vigara y asistido por el letrado Sr. Martín Gutiérrez, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO al demandado de las pretensiones ejercitadas en la presente litis. En materia de costas, procede su imposición a la actora".

**TERCERO.-** Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, con oposición de RESTAURANTE AL ANDALUS, S.L., 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 trámites de los de su clase.

La deliberación, votación y fallo del asunto se realizó con fecha 13 de mayo de 2010.

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

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Galgo Peco, que expresa el parecer del tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La presente litis trae causa de la demanda formulada por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual que constan en el encabezamiento de la presente resolución por la que, en esencia, interesaban la condena de la mercantil demandada al pago del importe correspondiente a la remuneración por comunicación pública de fonogramas en el local "SALONES AL ANDALUS", de conformidad con las tarifas comunicadas por las demandantes al Ministerio de Industria, en el periodo comprendido entre el mes de enero de 2002 y la fecha de interposición de la demanda (20 de enero de 2009), más el importe devengado por el mismo concepto con posterioridad y hasta la fecha en que se suscribiese el contrato regulador de la obligación de pago por parte de la demandada de la remuneración equitativa y única que corresponde a los artistas, intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas de acuerdo con los artículos 108.4 y 6 y 116.2 y 3 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, así como los intereses legales devengados por dichos importes desde las fechas de sus respectivos devengos mensuales o, subsidiariamente, los devengados por el primero de los importes señalados desde la fecha de interposición de la demanda.

La sentencia de primera instancia desestimó los pedimentos de las actoras al considerar que no había resultado acreditada la realización de actos de comunicación pública de fonogramas en el local explotado por la mercantil demandada.

Frente a dicha sentencia se alzan las entidades actoras, quienes interesan su revocación con fundamento en la errónea valoración de la prueba efectuada por el juez a quo.

**SEGUNDO.-** Antes de entrar en el examen del motivo de impugnación formulado por las apelantes, se imponen determinadas precisiones en relación con el alegato de la apelada defendiendo que el ámbito de

actuación de la sala, en lo referente a sus facultades revisoras de la actividad probatoria desplegada en la primera instancia, se encuentra limitado a lo que podríamos denominar un control de razonabilidad de la valoración efectuada por juez a quo.

La sala no comparte la concepción extremadamente restrictiva de la apelada, toda vez que, como tenemos declarado, entre otras, en sentencias de 10 de julio y 19 de septiembre de 2008, 18 de diciembre de 2009 y 30 de abril de 2010, el recurso de apelación es un recurso ordinario, no extraordinario, por lo que no cabe reducir la labor del tribunal ad quem en la valoración de la prueba a la corrección de aquellos extremos manifiesta y flagrantemente irrazonables, ilógicos, erróneos o equivocados de la sentencia apelada, ya que esto último supondría desvirtuar, por limitarlo excesivamente, el sentido del recurso de apelación y la función del tribunal de segunda instancia, ante el que se produce una devolución plena de la causa (artículo 456.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), si bien constreñida por los términos en que se produce el debate en la alzada (art. 465.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), máxime cuando se graban y pueden visionarse por el tribunal los actos orales desarrollados ante el juez.

Sentado lo anterior, debemos añadir que no compartimos la valoración de la prueba efectuada por el juez de primera instancia, en tanto entendemos que aquella ofrece base suficiente para considerar acreditada la efectiva realización de actos de comunicación pública en el local regentado por la apelada.

Sustentamos tal apreciación en el hecho de que en su página web la propia demandada ofertase, formando parte de la publicidad relativa a la organización de eventos en su local, el servicio de discoteca móvil con disc-jockey. Como ya hemos señalado en precedentes resoluciones (sentencias de 16 de octubre de 2009, 22 y 26 de marzo de 2010, por citar sólo las más recientes), es obvio que el servicio de discoteca implica la comunicación pública de fonogramas, pudiéndose presumir (artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

que si la demandada ofrece este servicio y lo mantiene en su publicidad (hecho probado), efectivamente se celebran en su local eventos amenizados con música (hecho presumido), al existir entre ambos extremos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Frente a ello no cabe argüir, como hace la demandada y se recoge en la sentencia impugnada, que la página web fue creada en febrero de 2006 y que se actualizó por última vez en el mes de mayo del mismo año, como datos que vendrían a avalar el alegato de que la inclusión de la publicidad a que hemos hecho referencia no tendría otro alcance que el meramente prospectivo, a fin de comprobar la viabilidad de una nueva línea de negocio, que nunca llegó a materializarse, circunstancia esta por la que se dejó de actualizar la página web. En este caso la operatividad del mecanismo presuntivo aparece obstaculizada por la falta de la necesaria conexión entre el hecho base del que se parte (falta de actualización de la página web) y el hecho que del mismo pretende deducirse, esto es, la no realización de eventos amenizados con el servicio de discoteca. Por lo demás, contradice dicho alegato el hecho de que en la comunicación que el administrador de la mercantil demandada remitió a AGEDI en fecha 12 de enero de 2008 (documento nº 15 de la demanda, obrante al folio 224, respecto del cual la demandada no formuló objeción alguna) en contestación al envío de la factura correspondiente a los derechos de comunicación pública del mes de noviembre de 2007, se indicase que desde hacía más de cuatro años ya no "contaban" con discoteca móvil, lo que constituye un reconocimiento explícito de que con anterioridad a ese periodo (y, por tanto, dentro del que es objeto de reclamación en la demanda, que se retrotrae al año 2002) se prestaba el servicio en cuestión, resultando difícilmente asumible, con tales antecedentes y a la vista de la actuación ulterior de la demandada al publicitar el servicio de referencia en internet, la falta de continuidad en el ofrecimiento del mismo durante todo el periodo intermedio.

No contradice la apreciación de la sala el hecho, destacado en la sentencia, de que en la

*documental aportada por la demandada no se reflejen facturas por "importes ajustados a una celebración de esas características, si tenemos en cuenta que el servicio de disc jockey importaba 500 euros aproximadamente, y que la mayoría de las facturas no superan los 1.000 euros aproximadamente", ante la falta de especificación en dicha documental de los conceptos a los que responden las facturas que en ella aparecen relacionadas, teniendo en cuenta, además, que dicho dato no resultaría determinante, habida cuenta que en muchas ocasiones este tipo de servicios se presta por medio de terceros que facturan directamente a los clientes del establecimiento, lo cual, por otra parte, no constituiría per se un óbice para afirmar la responsabilidad de quien, integrándolo en su negocio, regenta el local donde tienen lugar los actos de comunicación pública inherentes a tal servicio (así nos hemos pronunciado, entre otras, en sentencias de 14 de diciembre de 2006, 8 de mayo de 2008, 13 de marzo y 16 de octubre de 2009, y 22 de marzo de 2010).*

*Finalmente, coincidimos con el juez de primera instancia en que la parte actora tenía a mano otros medios probatorios además de los que aportó para acreditar los hechos en los que funda su reclamación. Lo que hay que juzgar, sin embargo, no es este dato, sino el de la suficiencia de la prueba efectivamente aportada.*

**TERCERO.-** *La comunicación pública de fonogramas en el local explotado por la demandada determina el derecho de los productores y de los artistas intérpretes o ejecutantes a percibir una retribución equitativa y única por dicha comunicación pública de conformidad con los artículos 108.4 y 116.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de necesaria gestión colectiva.*

*Esta sala, con apoyo en la jurisprudencia más reciente (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero (en realidad, 18 de febrero, siendo la fecha reseñada la de deliberación) y 7 de abril de 2009), se ha pronunciado reiteradamente (sentencias de 19 de junio de 2009 y las ya citadas de 16 de octubre de ese*

*mismo año y 22 de marzo de 2010) a favor de la fiscalización por los tribunales civiles del carácter equitativo de la remuneración exigida con arreglo a sus tarifas generales por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, la parte demandada no ha planteado en el caso que nos ocupa debate sobre este punto, manifestando por el contrario en su escrito de contestación que nada tenía que objetar a las tarifas generales aplicadas por las actoras para el cálculo de la remuneración, por lo que el principio de congruencia que rige en el proceso civil impide a este tribunal suscitar ninguna polémica al respecto.*

*En consecuencia, procede estimar la pretensión de las entidades actoras referida a la reclamación de la remuneración equitativa y única que corresponde tanto a los artistas ejecutantes o intérpretes como a los productores por la comunicación pública de fonogramas por el periodo comprendido entre el mes de enero de 2002 y el de diciembre de 2008, cuantificada, según los cálculos reflejados en la demanda y no impugnados de contrario, en 21.905,64 EUROS más el IVA correspondiente.*

**CUARTO.-** *En supuestos como el presente no se descubre obstáculo alguno, en sede de teoría general, para extender la condena al período comprendido entre la fecha de interposición de la demanda y la de la sentencia, pues, de no hacerse así, tan sólo se otorgaría a la parte demandante una tutela parcial de sus derechos, para cuya íntegra satisfacción se le obligaría, sin demasiado sentido, a acudir a un nuevo litigio que versaría sobre los mismos presupuestos que el del pleito actual, beneficiándose entretanto el infractor renuente a respetar los derechos ajenos. Por el contrario, como señalábamos en sentencia de 19 de junio de 2009, entendemos que no cabe, al socaire del artículo 220 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, extender la condena al pago de la remuneración que nos ocupa hasta que se concluya un acuerdo con la parte demandada sobre esta materia, porque no estamos, strictu sensu, ante una prestación de devengo periódico, sino ante una*

remuneración que se devengará o no, en un futuro, en función de que sigan realizándose de modo efectivo actos de comunicación pública (sentencias de la Sala 1ª del TS de 10 de julio de 2008 - asunto de los receptores de televisión en las habitaciones de los hoteles- y la ya citada de 21 de enero de 2009 - relativa al derecho de remuneración de los artistas intérpretes o ejecutantes por actos de comunicación de grabaciones audiovisuales).

Con todo, en el presente caso concurre una circunstancia de especial significación a la hora de fijar los términos concretos en que procede acoger los pedimentos de las apelantes, toda vez que, según consta acreditado en autos, desde el 1 de febrero de 2009 la demandada no desarrolla actividad alguna en el local donde se considera probado que venían desarrollándose los actos de comunicación pública, al ser otro empresario el que explota el negocio. Así las cosas, tan solo cabe extender hasta dicha fecha la obligación de pago de la demandada.

**QUINTO.-** La condena de la demandada ha de hacerse extensiva al interés legal devengado por la cantidad cuyo pago se le impone en el apartado precedente desde la fecha de presentación de la demanda, por aplicación de los artículos 1.100 y 1.108 del Código Civil, sin que quepa acoger en este punto el pedimento de las actoras interesando la condena al pago de los intereses legales producidos desde la fecha de los respectivos devengos mensuales, por no encontrarnos en ninguno de los supuestos contemplados en el segundo párrafo del primero de los preceptos señalados.

**SEXTO.-** La estimación parcial del recurso de apelación determina, en materia de costas, los siguientes pronunciamientos: (i) no procede hacer expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las ocasionadas en primera instancia; y (ii) no procede efectuar expresa imposición de las causadas en esta alzada, todo ello de conformidad con lo establecido, respectivamente, en los artículos 394.2 y 398.2 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 representación procesal de ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) contra la sentencia dictada con fecha 12 de junio de 2009 por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid en los autos de juicio ordinario nº 43/2009, del que este rollo dimana.

2.- En consecuencia, revocar la citada resolución, dejándola sin efecto, acordando en su lugar estimar parcialmente la demanda formulada por ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) contra RESTAURANTE AL ANDALUS, S.L., con los siguientes pronunciamientos:

2.1. Condenamos a la demandada RESTAURANTE AL ANDALUS, S.L. a pagar a las demandantes la cantidad de VEINTIÚN MIL NOVECIENTOS CINCO EUROS CON SESENTA Y CUATRO CÉNTIMOS DE EURO, más el correspondiente IVA.

2.2. Condenamos a la demandada RESTAURANTE AL ANDALUS, S.L. a pagar a las demandantes la cantidad correspondiente a la remuneración equitativa y única que corresponde tanto a los artistas ejecutantes o intérpretes como a los productores de fonogramas por la comunicación pública de éstos producida en el mes de enero de 2009, que se calculará según la tarifa conjunta de AGEDI-AIE, más IVA.

2.3. Condenamos igualmente a la demandada a pagar el interés legal devengado por la cantidad indicada en el precedente apartado 2.1. desde la fecha de la interpelación judicial,

*incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución.*

*2.4. No se hace expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas causadas en primera instancia.*

*3. No se efectúa especial pronunciamiento respecto de las costas originadas en esta instancia.*

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

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