

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2013
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Comunicación pública. Sala de fiestas. Responsabilidad del propietario.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª

FECHA: 13-3-2009

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Id Cendoj: 28079370282009100060. Actualización: 22-7-2013.

OTROS DATOS: Recurso 226/2008. Sentencia 226/2008.

SUMARIO:

“La sentencia apelada estima la demanda deducida por la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) contra la mercantil «LA DEHESA DE ALBATROS, S.L.» en la que interesaba se declarase la infracción por parte de la demandada de los derechos de propiedad intelectual gestionados por la demandante como consecuencia de la comunicación pública de obras musicales en el local que explota bajo la denominación SALÓN DE BODAS GOLF LA DEHESA con motivo de las celebraciones de banquetes de boda, bautizos, bailes y eventos de análoga naturaleza, sin la previa autorización de la SGAE ...”.

[...]

“Es la demandada la que ofrece como un servicio más a sus clientes la posibilidad de amenizar el evento a través de lo que en su oferta denomina discoteca a un precio de 570 euros ..., siendo irrelevante si tal servicio lo presta directamente la demandada utilizando sus propios aparatos de música, a través de una orquesta o grupo que pudiera contratar al efecto la empresa u obligando a los clientes a su contratación si desean el servicio de música”.

[...]

“Ofreciendo la demandada como un servicio más de las celebraciones que pueden efectuarse en sus instalaciones la amenización musical, es ella quien, en su caso, también efectúa la comunicación pública de obras musicales con independencia de que se valga de un tercero para prestar materialmente ese servicio y del que obtiene, al menos un doble beneficio económico, al margen de la posible participación en el precio del servicio de música que no consta debidamente acreditado: en primer lugar, el vinculado a la contratación de la denominada barra libre, que carecería de sentido en este tipo de celebraciones sin música; y en segundo lugar, evita la pérdida

derivada de la disminución de la contratación de eventos que podría suponer no ofrecer dicho servicio, en aquellos casos en que el cliente considerase imprescindible la amenización musical de la celebración”.

COMENTARIO: Sobre la responsabilidad del establecimiento que se contrata para la celebración de bodas, banquetes y otros eventos de similar naturaleza, ya se han pronunciado los tribunales, tanto en relación al derecho exclusivo de comunicación al público de los autores, como respecto del derecho de remuneración de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas por la comunicación pública de las grabaciones sonoras. En cuanto a los autores, la Audiencia Provincial de Valencia, ante la demanda interpuesta por la entidad autoral SGAE expresó que “... la oferta de amenización musical como servicio opcional del local ... necesariamente lleva implícita la eventual utilización de dicho servicio por los clientes en el caso de banquetes sociales ... beneficiándose por tanto de los derechos de propiedad intelectual que, respecto de las composiciones musicales, gestiona la SGAE, por lo que ha de concluirse la correlativa obligación de pago de las tarifas que corresponden según el uso y características del local”¹. Y en relación a los artistas y productores, la Audiencia Provincial de Madrid dijo que “el responsable de la comunicación pública no solo es el autor directo de la actividad ilícita, sino también cualquiera que facilite el acceso al público a esa comunicación. Resulta irrelevante que la apelante preste los servicios complementarios a través de sus propios recursos o contratándolos con tercero”². Es más, algunas legislaciones de países latinoamericanos extienden esa responsabilidad a las personas naturales que ostentan la propiedad o dirigen las operaciones del local, cuando disponen, por ejemplo, que “el propietario o conductor o representante encargado o responsable de las actividades de los establecimientos donde se realicen actos de comunicación pública que utilicen obras, interpretaciones o producciones protegidas por la presente ley, responderán solidariamente con el organizador del acto por las violaciones a los derechos respectivos que tengan efecto en dichos locales o empresas, sin perjuicio de las responsabilidades penales que correspondan” u otra fórmula equivalente. © Ricardo Antequera Parilli, 2013.

TEXTO COMPLETO:

En Madrid, a trece de marzo de dos mil nueve.

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 número de rollo 226/08, interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de octubre de 2007 dictada en el juicio ordinario 29/06 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante, la demandada “LA DEHESA DE ALBATROS, S.L.”; y

como apelada, la actora SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE), ambos representados y defendidos por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la representación de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) contra la mercantil “LA DEHESA DE ALBATROS, S.L.”, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba lo siguiente:

“A) Se declare: Que la parte demandada viene co-

1 Sentencia de la Sección 9ª (4-11-2005).

2 Sentencia de la Sección 28ª (13-5-2011)

publicando públicamente obras musicales en el local que explota denominado SALON DE BODAS GOLF LA DEHESA, sin haber obtenido para ello la previa autorización de la SGAE, infringiéndose así los derechos gestionados por dicha entidad.

B) Y se condene a la parte demandada:

1- A estar y pasar por la anterior declaración.

2- A que cese de inmediato la referida comunicación pública, en tanto no proceda a obtener la preceptiva autorización de la SGAE, acordándose el precinto de los aparatos utilizados en la misma.

3- A que satisfaga a mi mandante en concepto de indemnización, conforme a lo establecido en el artículo 140 del TRLPI, por la comunicación pública de obras llevadas a cabo sin autorización en el establecimiento denominado SALON DE BODAS GOLF LA DEHESA, cuya cuantía deberá ser concretada en fase probatoria o subsidiariamente en ejecución de sentencia a tenor de los datos que proporcione la demandada a través de la exhibición de los libros contables o mediante los medios que se reputen pertinentes por el Juzgado, sobre los que aplicar las tarifas generales de la SGAE aportadas, y al menos por el periodo comprendido entre junio de 2004 a octubre de 2004, ambos inclusive.

4- Y pago de los intereses legales devengados y las costas que se generen en el presente procedimiento”.

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid dictó sentencia, con fecha 11 de octubre de 2007, cuyo fallo era el siguiente: “Que estimando la demanda formulada por la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) contra LA DEHESA DE ALBATROS, S.L., y declarando -como declaro- que la demandada ha venido realizando comunicación pública de obras musicales del repertorio gestionado por la actora sin autorización de ésta condeno a la misma a cesar en dicha actividad con prohibición de reanudarla así como a indemni-

zar a las demandantes en la suma de MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS EUROS CON SETENTA CENTIMOS más el I.V.A. correspondiente y el interés legal de dicha suma desde la fecha de la interposición de la demanda. Todo ello sin efectuar especial pronunciamiento en relación con las costas originadas en el proceso”.

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 demandante. 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 8 de mayo de 2008.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada estima la demanda deducida por la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) contra la mercantil “LA DEHESA DE ALBATROS, S.L.” en la que interesaba se declarase la infracción por parte de la demandada de los derechos de propiedad intelectual gestionados por la demandante como consecuencia de la comunicación pública de obras musicales en el local que explota bajo la denominación SALÓN DE BODAS GOLF LA DEHESA con motivo de las celebraciones de banquetes de boda, bautizos, bailes y eventos de análoga naturaleza, sin la previa autorización de la SGAE, así como la condena a la demandada a cesar en la referida comunicación pública en tanto en cuanto no procediera a obtener la previa autorización de la demandante; y a abonar la correspondiente indemnización conforme a las tarifas generales durante el período comprendido entre junio y octubre de 2004, y cuya cuantía se fijó durante el proceso en la cantidad de 1.862,70 euros, más IVA.

Frente a la sentencia se alza la parte demandada que insiste en la falta de legitimación activa y pasiva de las partes, alegando además que la demandada no efectúa comunicación pública de obras musicales al prestarse el servicio de discoteca en los eventos que así lo requieren los clientes a través de don José, contratado al efecto por aquéllos. En todo caso, niega que exista comunicación pública por tratarse de actos que se celebran en un ámbito estrictamente privado y, por último, discrepa de la cuantificación de la indemnización y de la aplicación del IVA.

SEGUNDO.- *La cuestión de la legitimación de las entidades de gestión conferida por el artículo 150 Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y antes por el artículo 135 de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987, ha sido analizada en numerosas sentencias del Tribunal Supremo con relación a la legitimación de dichas entidades en supuestos de defensa de los derechos de comunicación que requieren una autorización global (sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1999, recursos 262/1998 y 969/1997; 24 de septiembre de 2002, 15 de octubre de 2002 y 10 de mayo de 2003, entre otras).*

Concretamente la sentencia de 10 de mayo de 2002, señala con precisión que “Del articulado de la Ley resulta que los autores pueden hacer valer directamente sus derechos ya que la actuación necesaria a través de una entidad de gestión solo es exigida en los supuestos de los artículos 3.2 y 25.7 de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la Propiedad intelectual (artículos 25.7 y 90.7 del texto Refundido de 1996), derechos entre los que no se incluyen aquellos a que se refiere esta litis; no obstante esa libertad de gestión, la experiencia demuestra que los titulares de estos derechos no gestionan directamente los derivados de la comunicación pública de fonogramas por medios mecánicos y de transmisión pública mediante aparatos de televisión en establecimientos abiertos al público, sin duda por la imposibilidad de llevar a cabo en adecuado control de la

ejecución de esos actos de comunicación, habida cuenta de los numerosos establecimientos en que los mismos se llevan a cabo”. A continuación dicha sentencia, siguiendo las de 29 de octubre de 1999, señala que “Cuando el artículo 135 de la Ley de Propiedad Intelectual, redacción de 1987, establece que “las entidades de gestión una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales”, debe entenderse partiendo de lo antes dicho, que la expresión “derechos confiados a su gestión” puesta en relación con la de “en los términos que resulten de sus estatutos”, se refiere a aquellos derechos cuya gestión “in genere” constituye, de acuerdo con los estatutos, el objeto de actuación de la entidad de gestión, no a los concretos derechos individuales que, mediante contratos con los titulares de los mismos o acuerdos con otras organizaciones de idéntica finalidad, les hayan sido encomendados para su gestión; se atribuye así a la SGAE legitimación para la defensa en juicio de los derechos a que se extiende su actividad; entender, como hace la sentencia recurrida, que es necesaria la acreditación documental, al amparo del artículo 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la relación contractual establecida entre la SGAE con cada uno de los titulares del derecho de comunicación pública o de los acuerdos con otras entidades de idéntica función gestora, hace ineficaz, respecto de esta modalidad de derechos de autor, el sistema de protección establecido en la Ley, al no alcanzar la así dispensada los caracteres de real, concreta y efectiva que el texto legal propugna, resultando defraudados los intereses generales en la protección de la propiedad intelectual que justifica la concesión de autorización administrativa a las entidades de gestión (artículo 133.1 c) de la Ley de 1987”).

Finalmente, la resolución analizada concluye que el artículo 135 de la ley de 1987, actualmente 150, atribuye una legitimación que denomina presunta, a las entidades de gestión de los derechos de autor “... para cuando se trata de la defensa de los derechos de comunicación que requieren una autoriza-

ción global”.

En definitiva, la legitimación extraordinaria, propia y de carácter legal del artículo 150 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, atribuye legitimación a las entidades de gestión respecto de los derechos de ejercicio necesariamente colectivo o para aquellos que requieren una autorización global.

No cabe duda, pues, que la legitimación de la actora al amparo del artículo 150 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, sólo requiere la aportación de sus estatutos y la preceptiva certificación acreditativa de la autorización administrativa otorgada por el Ministerio de Cultura, cuestión que como tal no es discutida en este pleito.

Dicho lo anterior, la actora acompañó a la demanda copia de sus estatutos, contemplando el artículo 5 como el fin principal de la entidad la protección del autor y demás derechohabientes en el ejercicio y mediante la gestión eficaz, entre otros, de los derechos de comunicación pública de obras musicales (documento nº 2 de la demanda). Además, se aportó la oportuna certificación acreditativa de que la SGAE fue autorizada para actuar como entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual en virtud de Orden del Ministerio de Cultura de 1 de junio de 1988, publicada en el BOE el siguiente día 4 (documento nº 3 de la demanda), por lo que la demandante dio cumplimiento a los requisitos exigidos por el artículo 150 Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, lo que determina el reconocimiento de la legitimación de la parte actora.

También introduce la parte demandada a propósito de la legitimación activa una cuestión que nada tiene que ver con la misma cual es la falta de prueba sobre qué obras musicales se han comunicado en el local y a qué autores pertenecen y, en último término si tienen cedidos los derechos a la SGAE. En definitiva, se niega que en las celebraciones que tienen lugar en sus locales se comuniquen obras protegidas cuyos derechos de autor sean gestionados por al SGAE.

Como ya ha mantenido este tribunal en su sentencia de 21 de febrero de 2008, en atención a “la enorme cantidad de obras musicales, españolas e incluso extranjeras, cuyos derechos de autor son gestionados en España por la SGAE, no encontramos razones, dadas las circunstancias de este caso (especialmente la relativa al tipo de música que se emplea para este tipo de actividades) y a falta de indicios de lo contrario, para poner en entredicho que las comunicadas en el local del demandado correspondieran al repertorio de ésta. Además, el demandado ni tan siquiera ha insinuado, ni mucho menos ha aportado al respecto un principio de prueba, de que las obras pudieran corresponderse con la denominada música libre (los modelos de dominio público y de licencias generales -General Public License-, como son, por ejemplo, las licencias “creative commons”, algunas de las cuales incluyen la cláusula “copyleft”) a la que puede accederse merced a la expansión de internet, lo que hubiese podido permitir poner en cuestión el razonamiento precedente”.

TERCERO.- Admitida la legitimación de la demandante, debe analizarse la falta de legitimación pasiva, también invocada como excepción por la parte demandada con fundamento en que no es ella quien presta el servicio de música en los eventos que se celebran en sus instalaciones sino que lo efectúa don José cuando los clientes se lo piden directamente.

La sentencia de primera instancia tras rechazar la alegada excepción de falta de legitimación pasiva porque la demandada explota el local a título de arrendamiento, lo que trae a colación la sentencia a la vista de una de las alegaciones efectuadas en la contestación a la demanda bajo la rúbrica de la citada excepción, analiza con toda corrección la cuestión realmente opuesta por la parte demanda como parte del fondo del asunto pues indebidamente se plantea como una excepción procesal lo que pertenece al fondo de la cuestión litigiosa.

Aunque es cierto que la amenización musical de las bodas las efectúa don José, dicha circunstancia no

priva de legitimación a la demandada.

Es la demandada la que ofrece como un servicio más a sus clientes la posibilidad de amenizar el evento a través de lo que en su oferta denomina discoteca a un precio de 570 euros (documento nº 11 de la demanda y concretamente el folio 60 de los autos y documento aportados en la audiencia previa, folio 117), siendo irrelevante si tal servicio lo presta directamente la demandada utilizando sus propios aparatos de música, a través de una orquesta o grupo que pudiera contratar al efecto la empresa u obligando a los clientes a su contratación si desean el servicio de música.

La sala comparte y hace suya la valoración de la prueba efectuada en la sentencia apelada, destacando que la propia gerente de la demandada, doña Angustia, reconoció como de su puño y letra las anotaciones relativas a la música manuscritas en el documento nº 11 de la demanda.

Ofreciendo la demandada como un servicio más de las celebraciones que pueden efectuarse en sus instalaciones la amenización musical, es ella quien, en su caso, también efectúa la comunicación pública de obras musicales con independencia de que se valga de un tercero para prestar materialmente ese servicio y del que obtiene, al menos un doble beneficio económico, al margen de la posible participación en el precio del servicio de música que no costa debidamente acreditado: en primer lugar, el vinculado a la contratación de la denominada barra libre, que carecería de sentido en este tipo de celebraciones sin música; y en segundo lugar, evita la pérdida derivada de la disminución de la contratación de eventos que podría suponer no ofrecer dicho servicio, en aquéllos casos 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 Ali-

cante 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”.

Basta la atenta lectura del pasaje transcrito para concluir que lo decisivo para atribuir la infracción a la demandada en la sentencia referida no es tanto la adecuación del local sino el aprovechamiento

económico y la integración del servicio de música en la oferta de la empresa con independencia de quién lo preste materialmente.

Por último, este tribunal también ha señalado en sus sentencias de 14 de diciembre de 2006 y 8 de mayo de 2008 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 hacersele responsable de ello”, doctrina plenamente aplicable al supuesto enjuiciado.

CUARTO.- La parte demandada rechaza que la comunicación de obras musicales en sus instalaciones, aunque estuvieran protegidas y gestionadas por la SAGE, implique un acto de comunicación pública del artículo 20 TRLPI, al considerar que las bodas o banquetes que se celebran están sujetos a acceso restringido, dado que sólo asisten los invitados por los organizadores del acto, por lo que se desarrollan en un ámbito estrictamente doméstico y sin que los aparatos utilizados estén integrados en una red de difusión.

No se comparte la tesis de la demandada que en apoyo de su interpretación sólo logra citar una sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sanlúcar la Mayor que de su transcripción parcial más parece deducirse que se desestimó la demanda por falta de prueba de que la música con la que se amenizaban los eventos fuera gestionada por la SGAE que en aplicación de la excepción ahora invocada.

Centrándonos en el supuesto objeto de autos, con relación a la comunicación de obras musicales en celebraciones de boda o banquetes en establecimiento público, este tribunal ya ha manifestado con anterioridad en sus sentencias de 14 de diciembre de 2006 y 8 de mayo de 2008 que: “La ejecución musical en directo ante un público destinatario, que puede serlo el que concurre a un banquete de bodas, bautizos, banquetes y eventos sociales similares, supone un acto de comunicación pública de la obra musical susceptible de inclusión en el artículo

20 de la LPI. También supone una modalidad de comunicación pública de obras musicales la que se realiza mediante la instalación al efecto de equipos de reproducción musical (permanentes o móviles) en dichos eventos”.

Efectivamente, el artículo 20.1 Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual entiende por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.

Sólo se excluye del concepto de comunicación pública cuando la comunicación se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.

No cabe confundir el ámbito doméstico (de domus, casa: relativo a la casa u hogar) con el familiar que es más amplio (relativo a la familia), sin que la celebración de una boda, con carácter general, pueda identificarse con un acto estrictamente familiar, menos doméstico, en tanto que ha adquirido un dimensión social, incluyéndose entre los invitados un círculo más o menos amplio de amistades de los contrayentes y de sus progenitores. Las ya citadas sentencias de este tribunal de 14 de diciembre de 2006 y 8 de mayo de 2008 indican que los banquetes de boda, con independencia de su significado intrínseco, “se han convertido más en actos sociales que en estrictamente familiares. Por lo que puede afirmarse que cuando allí se está poniendo música existe en realidad una comunicación pública de obras protegidas por la propiedad intelectual ante una pluralidad de personas, en los términos del artículo 20 del TR de la Ley de Propiedad Intelectual”.

QUINTO.- Acreditada la infracción, el artículo 138 Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual permite al actor exigir la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, habiendo optado el demandante por el criterio de la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación, tal y como lo contemplaba el artículo 140 del mismo texto legal en la redacción vigente aplicable

al supuesto enjuiciado por razones temporales.

Acotada la infracción al período que media entre junio y octubre de 2004, la actora cuantificó la indemnización en el acto del juicio en la cantidad de 1.862,70 euros más IVA, importe que acoge la sentencia apelada en base a los razonamientos que constan en la misma y que el tribunal comparte, salvo lo que luego se dirá respecto del IVA.

Esto es, a falta de otra prueba que, efectivamente, estaba al alcance de la demandada aportar (artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), debe estimarse acreditada una concurrencia aproximada por evento de 150 euros, lo que se deduce del importe de las facturas aportadas en la prueba de exhibición de libros y del dato del precio medio del menú por persona, sobre 90 euros, que consta en el documento nº 11 de la demanda, sin que resulte verosímil que todos los eventos celebrados durante el período reclamado se desarrollaran sin amenización musical lo que choca con las máximas de experiencia que, precisamente, conducen a afirmar lo contrario y si no consta si todos los eventos facturados son bodas y si los mismos fueron o no amenizados con música estaba en mano de la parte demandada acreditar las concretas circunstancias de cada uno de los eventos facturados mediante la aportación de la documentación oportuna, lo que no tuvo a bien efectuar la parte demandada, lo que es muy legítimo, pero ahora debe acarrear con las consecuencias de su conducta procesal. Además, la parte demandante desplegó una diligente actividad probatoria interesando la exhibición de las facturas expedidas por don José a los clientes de la demandada -no a la demandada- (13, 50, y ss y 21, 28 y ss de la grabación del acto de la audiencia previa) y aquél, que mantiene obvios intereses comunes con ésta, no aportó las facturas requeridas y manifestó que no había facturado a la demandada que no era lo que se le había requerido a instancias de la parte actora, por lo que la apelante no puede reprochar a la actora que no solicitara lo que expresamente pidió como medio de prueba.

Por último, la apelante rechaza la obligación del

pago del IVA sobre la cantidad fijada como indemnización, a cuyo pago fue condenada la demandada por razones de congruencia al no haberse opuesto al gravamen. La demandada apelante rechaza la sujeción de la indemnización al citado impuesto porque entiende que la condena al pago del IVA es lo que infringe el principio de congruencia al no haberse incluido entre la bases de la indemnización establecidas en la demanda.

La sala entiende que debe ser acogido en este particular el recurso de apelación, si bien la cuestión no es tanto si el abono del IVA fue o no solicitado por la parte actora con su demanda pues la cantidad reclamada estará o no gravada con el citado impuesto con independencia de que la parte actora lo solicitara o no en su demanda y la demandada deberá abonarlo en caso de estar sujeta a dicho impuesto aun cuando esta resolución no se pronuncie sobre ello por tratarse del cumplimiento de obligaciones fiscales que las partes deberán observar si la indemnización está sujeta al impuesto, sin que corresponda a la jurisdicción civil decidir sobre esta cuestión por ser de carácter fiscal y si alguna de las partes no está de acuerdo con la decisión que en su momento pudiera adoptar la administración tributaria aquélla sólo sería revisable por la jurisdicción contencioso-administrativa.

En consecuencia, no procede condenar a la demandada al pago del IVA, sin perjuicio del estricto cumplimiento de las obligaciones fiscales si hubiere lugar a ello.

En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2008 señala que “No corresponde a esta orden jurisdiccional civil resolver los debates sobre la procedencia del impuesto, sujeto pasivo, base imponible y tipo aplicable (SS. 31 de mayo de 2006 EDJ 2006/80828, 13 de julio y 7 de noviembre de 2007, entre las más recientes), como no cabe pretender que interprete exclusivamente preceptos de orden fiscal (SS. 13 de noviembre de 2006 EDJ 2006/306293 y 26 de noviembre de 2007), y si bien puede adoptar decisiones en algunos aspectos (cuando se trata de cuestión accesoria -SS. 27 de

octubre de 2005; 31 de mayo EDJ 2006/80813, 12 de julio y 29 de septiembre de 2006; 6 de marzo EDJ 2007/13409 y 7 de noviembre de 2007 -; o aplicación de cláusula contractual en la que el comprador asume el pago del IVA -S. 27 de enero de 1996 EDJ 1996/148 -), tal posibilidad no cabe extenderla a temas complejos como el que se suscita.”

SEXTO.- La estimación parcial del recurso interpuesto por la parte demandada determina que no proceda condenar al pago de las costas originadas con 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 representación de la mercantil “LA DEHESA DE ALBATROS, S.L.” contra la sentencia dictada el 11 de octubre de 2007 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, en el juicio ordinario nº 29/2006 del que este rollo dimana y, en consecuencia, revocamos dicha resolución exclusivamente en el particular que condenaba a la parte demandada al pago del IVA correspondiente a la indemnización, extremo que se deja sin efecto, sin perjuicio del cumplimiento por la partes de sus obligaciones de carácter fiscal si hubiere lugar a ello, confirmando en lo demás la sentencia.

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.