

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

Pruebas. Comunicación pública. Sala de fiestas. Presunción de uso. Carga de la prueba.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª

FECHA: 30-3-2009

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: 28079370282009100071. Actualización: 27-5-2014.

OTROS DATOS: Recurso 178/2008. Sentencia 77/2009.

SUMARIO:

“Las entidades «ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI)» y «ARTISTAS E INTÉRPRETES O EJECUTANTES (AIE)» interpusieron demanda de juicio ordinario contra la entidad «PABLO RESTAURANTES, S.A.» ... ejercitando acciones declarativa, cesatoria e indemnizatoria por la actividad de comunicación pública de fonogramas que alegaban se desarrollaba, sin su autorización, en los locales de la demandada mediante discoteca móvil, con ocasión de la celebración de bodas, banquetes y otras reuniones similares”.

[...]

“Para que la aplicación de la presunción judicial esté bien realizada no es necesario que la conclusión alcanzada por el Juez «a quo» fuera la única posible, sino que la misma haya sido alcanzada de un manera ajustada a las reglas de la lógica”.

[...]

“... el enlace entre los hechos admitidos y probados (el ofrecimiento de discoteca móvil en la publicidad de la demandada y la realización por ésta de nuevas inversiones para adquirir nuevas discotecas móviles) y el hecho deducido (la comunicación pública de fonogramas en los locales de la demandada) se ajusta de modo riguroso a los criterios de la lógica. Existe, pues, un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre los hechos-base y el hecho deducido ...”

[...]

“La actora no circunscribió su reclamación a la comunicación pública de fonogramas en bodas, sino en cualesquiera eventos que se celebraran en los locales de la demandada en que se

realizara dicha comunicación pública. En el juicio quedó probado que el ofrecimiento del servicio de discotecas móviles se realizaba por la demandada no solamente para bodas sino también para cualesquiera eventos que se celebraran en su establecimiento”.

“A un alegato de la naturaleza del efectuado por la recurrente (que pese a tratarse de una empresa que dispone de amplias instalaciones destinadas a la celebración de bodas, comuniones, comidas de empresa, etc, no se han celebrado apenas eventos de dicha naturaleza) le resulta de aplicación, en lo relativo a la distribución de la carga de la prueba, el criterio jurisprudencial de la «normalidad», criterio con arreglo al cual aquellos acontecimientos que se desarrollan cotidianamente con arreglo a patrones homólogos no deben ser sometidos a exigencias de prueba rigurosa y sí, en cambio, aquellos otros hechos que, por distanciarse del curso ordinario del acontecer de las cosas, se nos aparecen como anómalos, infrecuentes o atípicos ... Debería probarse, por tanto, la falta de celebración de este tipo de eventos durante varios meses al año, de modo que la falta de una prueba adecuada de tal extremo debería perjudicar a la demandada, que es quien alega una circunstancia tan anómala como la indicada.

TEXTO COMPLETO:

En Madrid, a 30 de marzo de 2009.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados D. Rafael Sarazá Jimena, D. Enrique García García y D. Alberto Arribas Hernández, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 178/08, interpuesto contra la sentencia de fecha 9 de julio de 2007 dictada en el proceso núm. 561/05 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid.

Han sido partes en el primer recurso, como apelantes las entidades “ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI)” y “ARTISTAS E INTÉRPRETES O EJECUTANTES (AIE)”, representadas por la Procuradora Dña. Silvia Urdiales González y defendidas por los Letrados D. Francisco Muñoz Carreño y D. Esteban Muñoz Villanos, siendo apelada la entidad “PABLO RESTAURANTES, S.A.”, representada por la Procuradora D^a Mercedes Marín Iribarren y defendida por el Letrado D. Antonio Díaz Jiménez, y en el segundo recurso, como apelante “PABLO RESTAURANTES, S.A.” y como apeladas las entidades “ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE

DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI)” y “ARTISTAS E INTÉRPRETES O EJECUTANTES (AIE)”.

Es magistrado ponente D. Rafael Sarazá Jimena, que expresa el parecer del tribunal

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 1 de diciembre de 2005 por la representación de las entidades “ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI)” y “ARTISTAS E INTÉRPRETES O EJECUTANTES (AIE)” contra la entidad “PABLO RESTAURANTES, S.A.”, 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: “dicte en su día Sentencia en la que, estimando íntegramente la demanda: 1º - Declare el derecho de los productores fonográficos a autorizar o prohibir los actos de comunicación pública de fonogramas publicados comercialmente, así como el derecho de los productores fonográficos y de los artistas intérpretes o ejecutantes a obtener una remuneración equitativa y única por los actos de comunicación al público de dichos fonogramas. 2º - Declare que la parte

demandada ha venido comunicando públicamente fonogramas en los salones “EUROPA”, sito en la ciudad de San Sebastián de los Reyes (Madrid), Carretera de Burgos, Km. 18. 3º.- Declare que dicha comunicación pública la viene realizando la demandada sin contar con la autorización de AGEDI, y sin abonar la remuneración antes señalada a AIE y AGEDI, conforme se establece en la Ley de Propiedad Intelectual. 4º.- Condene a la demandada a cesar la comunicación pública de fonogramas en los salones “EUROPA”, con prohibición expresa de reanudar dicha actividad en tanto no cuente con la preceptiva autorización de AGEDI. 5º.- Condene a la demandada a abonar a AGEDI y AIE la cantidad que resulte de aplicar las Tarifas Generales conjuntas de AGEDI y AIE para la comunicación pública de fonogramas desde Diciembre de 2.002 hasta la fecha de la Sentencia, o subsidiariamente hasta la fecha de la demanda, que a la fecha de presentación de la misma, según los datos de que dispone esta parte, y sin perjuicio de lo que resulte en fase de prueba, asciende a 10.655,79 .-, como indemnización por la actividad ilícita en los salones “EUROPA”, DESDE Diciembre de 2.002 hasta Octubre de 2.005, ambos inclusive. Todo ello, sin perjuicio de las cantidades que resulten aplicables en caso de que la demandada haya desarrollado la actividad ilícita con anterioridad a la fecha indicada en la demanda (Diciembre de 2.002). 6º.- Se condene a PABLO RESTAURANTES, S.A. a abonar los intereses legales de las cantidades reclamadas desde la presentación de esta demanda hasta el efectivo pago de la misma. 7º.- Se condene a PABLO RESTAURANTES, S.A. al pago de las costas del procedimiento.”

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid dictó sentencia, con fecha 9 de julio de 2007, cuyo fallo era el siguiente: “ Que, estimando parcialmente la demanda formulada por ASOCIACION DE GESTION DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) Y ARTISTAS E INTERPRETES O EJECUTANTES (AIE) contra PABLO RESTAURANTES, S.A., y, declarando -como declaro- que la demandada ha venido

realizando comunicación pública de fonogramas, sin autorización de las actoras, en los salones EUROPA de San Sebastián de los Reyes (Madrid), condeno a la misma a cesar en dicha actividad con prohibición de reanudarla así como a indemnizar a las demandantes en la suma de SEIS MIL SEISCIENTOS VEINTUNUEVE EUROS CON SETENTA Y SEIS CENTIMOS, y el interés legal desde la interposición de la demanda respecto de los devengos anteriores a ella. 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 las representaciones de las entidades “ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI)” y “ARTISTAS E INTÉRPRETES O EJECUTANTES (AIE)”, de una parte, y de la entidad “PABLO RESTAURANTES, S.A.”, de otra, se interpusieron sendos recursos de apelación que, admitidos por el mencionado Juzgado y tramitados en legal forma han 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, siendo señalada la deliberación, votación y fallo del recurso el día 26 de marzo de 2009.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las entidades “ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI)” y “ARTISTAS E INTÉRPRETES O EJECUTANTES (AIE)” interpusieron demanda de juicio ordinario contra la entidad “PABLO RESTAURANTES, S.A.” (en lo sucesivo, PABLO RESTAURANTES) ejercitando acciones declarativa, cesatoria e indemnizatoria por la actividad de comunicación pública de fonogramas que alegaban se desarrollaba, sin su autorización, en los locales de la demandada mediante discoteca móvil, con ocasión de la celebración de bodas, banquetes y

otras reuniones similares.

La sentencia estimó parcialmente la demanda, declarando la realización por la demandada de la actividad ilícita de comunicación pública de fonogramas sin autorización de las actrices, condenándola a cesar en dicha actividad con prohibición de reanudarla y asimismo a indemnizar a las actrices en 6.629,76 euros y sus intereses desde la interposición de la demanda respecto de las cantidades devengadas antes de dicho momento.

Contra esta sentencia se alzan tanto las actrices como la demandada en sus recursos.

SEGUNDO.- Comenzaremos analizando el recurso interpuesto por la entidad demandada, PABLO RESTAURANTES.

El primer motivo del recurso se refiere a la incorrecta aplicación de las presunciones reguladas en el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De acuerdo con la recurrente, se ha acudido indebidamente a este medio de prueba puesto que no fue expresamente invocado por la parte actora, y además se ha aplicado de forma incorrecta puesto que no existe el enlace preciso y directo entre el hecho base y el hecho presumido.

El motivo de recurso no se admite. Como manifiestan las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2000 “la presunción “hominis”, o judicial, consiste en la apreciación a los efectos del proceso de la certeza de un hecho controvertido a partir de otro hecho admitido o probado, cuando entre ambos se da un enlace preciso y directo (inferencia) según las reglas del criterio humano”. Se trata, por tanto, no de un concreto medio probatorio (como pudieran ser el interrogatorio de parte o de testigos o las pruebas documentales o periciales) sino de un mecanismo deductivo que se aplica sobre hechos que resulten admitidos o acreditados en virtud de otros medios probatorios. Consiste en la consideración como cierto de un hecho no directamente probado, por inferirse razonablemente de otro hecho admitido o directamente probado. Es evidente que la deducción

que comporta las presunciones exige que el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado, (Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1986), y que sea perfectamente claro. El hecho deducido ha de derivarse del admitido o probado de modo lógico, natural y razonable.

Por tanto, se trata de un mecanismo deductivo que, como tal, no necesita ser objeto de expresa invocación por la parte a quien favorece en el momento de proponer las pruebas. Ello no supone indefensión alguna para la parte perjudicada por la aplicación de la misma, puesto que siendo evidente que los hechos relevantes puedan quedar fijados, cuando no son admitidos, por una prueba directa o por una presunción, puede practicar cuantas pruebas y realizar cuantas alegaciones considere necesarias para desvirtuar tanto el hecho base como el mecanismo presuntivo.

Respecto al modo concreto en que la sentencia apelada ha aplicado el mecanismo presuntivo, la sala considera que lo ha sido de un modo impecable en el fundamento 2º de la sentencia, a la que esta sala se remite. El recurso tergiversa claramente los términos de la sentencia, puesto que se centra en uno solo de los varios argumentos que en la misma se contienen para justificar el resultado presuntivo alcanzado, que es contundente y no resulta en absoluto desvirtuado por el recurso.

Para que la aplicación de la presunción judicial esté bien realizada no es necesario que la conclusión alcanzada por el Juez “a quo” fuera la única posible, sino que la misma haya sido alcanzada de un manera ajustada a las reglas de la lógica. La Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1996 declara que: “La Sentencia de 23 de febrero de 1987, haciendo alusión a la de 11 de junio de 1984, señala que si bien se encuentra en la esencia de la presunción que el enlace preciso y directo que relega el hecho-base en el hecho consecuencia se ajuste a las reglas del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante verdadera presunción, sino

ante los “*facta concludentia*”, que efectivamente han de ser concluyentes o inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho-base diversos hechos consecuencia”.

En parecidos términos la Sentencia de 1 de abril de 2002 declara que: “Dicho medio de prueba se basa en tres datos: la afirmación base, que está constituida por el hecho demostrado y probado; la afirmación presumida, que es el hecho que se trata de deducir y el nexo entre ambas afirmaciones, que está constituido por las reglas del criterio humano, de las de la sana crítica de las utilizadas para la valoración y apreciación de otros medios de prueba, como ha señalado la sentencia de este Tribunal de 4 de mayo de 1998”.

En el caso de autos, la cuestión está más cerca de los “*facta concludentia*” que de la presunción propiamente dicha. Y, en todo caso, el enlace entre los hechos admitidos y probados (el ofrecimiento de discoteca móvil en la publicidad de la demandada y la realización por ésta de nuevas inversiones para adquirir nuevas discotecas móviles) y el hecho deducido (la comunicación pública de fonogramas en los locales de la demandada) se ajusta de modo riguroso a los criterios de la lógica. Existe, pues, un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre los hechos-base y el hecho deducido, por lo que este motivo de recurso ha de ser desestimado.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso ha de ser también desestimado, puesto que la recurrente ni siquiera ataca con argumentos concretos las razones esgrimidas en la sentencia para considerar que el testimonio de D. Esteban no desvirtúa las conclusiones fácticas alcanzadas en tal sentencia, sino que se limita a mostrar su desacuerdo con la valoración probatoria hecha en la sentencia por razones que poco tienen que ver con las que han servido al Juez “a quo” para no tomar en consideración tal testimonio.

Además de las razones expuestas en la sentencia, los otros hechos acreditados, que sirvieron al Juez

“a quo” para aplicar el mecanismo presuntivo, desvirtúan también las conclusiones probatorias que la demandada pretende sacar de dicho testimonio.

CUARTO.- El tercer motivo del recurso incide en la “ausencia de prueba sobre las obras que supuestamente han sido objeto de comunicación pública”.

También esta cuestión se encuentra perfectamente resuelta en el primer fundamento de la sentencia apelada, por lo que la sala se remite a tales razonamientos para desestimar el motivo del recurso.

En todo caso, en línea con lo declarado por esta sala en sentencias de 21 de febrero de 2008 y 13 de marzo de 2006, consideramos que en atención a la enorme cantidad de derechos sobre obras musicales, o sobre fonogramas como es el caso de autos, que son gestionados en España por las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, no hay 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 de la demandada correspondieran al repertorio de las demandantes. Además, la demandada 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.

QUINTO.- El último motivo del recurso interpuesto por PABLO RESTAURANTES se refiere al periodo respecto del cual debe dicha demandada abonar la indemnización correspondiente por la comunicación pública de fonogramas sin la correspondiente autorización.

Se alega en primer lugar que se ha incluido indebidamente la totalidad del año 2005, cuando de las pruebas documentales y de interrogatorio de parte celebradas resultaría que el periodo a tener en cuenta sólo debería comenzar el 28 de septiembre de 2005.

La sala considera que las mismas razones que concurren para considerar falta de apoyo probatorio la comunicación pública de fonogramas en los años anteriores a 2005, y que llevan a la sentencia apelada a desestimar la reclamación correspondiente a esos años, concurren respecto de los meses anteriores a septiembre de 2005. La única prueba obrante en autos permite considerar probada la comunicación pública de fonogramas en el establecimiento de la demandada a partir de septiembre de 2005, pero no con anterioridad a dicha fecha, sin que por el legal representante de la demandada se admitiera haber realizado tal conducta ilícita desde el principio del año 2005. Es cierto que concurren circunstancias que permiten sospechar que tal actividad pudo venirse desarrollando con anterioridad, puesto que la demandada ha negado haber realizado la conducta ilícita en momento alguno, habiéndose visto que ello no era cierto, pero no basta con meras sospechas. La ausencia de prueba suficiente que permita afirmar que la comunicación pública de fonogramas se vino realizando desde una fecha determinada anterior a septiembre de 2005 debe llevar a estimar en este punto el recurso de la demandada.

En segundo lugar, se alega que no se han celebrado bodas en varios meses, por lo que sólo estaría a abonar la indemnización (fijada en base a la tarifa, que se calcula por mensualidades) los meses en que se hubiera celebrado alguna boda.

Dicho motivo del recurso debe ser desestimado. La actora no circunscribió su reclamación a la comunicación pública de fonogramas en bodas, sino en cualesquiera eventos que se celebraran en los locales de la demandada en que se realizara dicha comunicación pública. En el juicio quedó probado que el ofrecimiento del servicio de discotecas móviles

se realizaba por la demandada no solamente para bodas sino también para cualesquiera eventos que se celebraran en su establecimiento.

A un alegato de la naturaleza del efectuado por la recurrente (que pese a tratarse de una empresa que dispone de amplias instalaciones destinadas a la celebración de bodas, comuniones, comidas de empresa, etc, no se han celebrado apenas eventos de dicha naturaleza) le resulta de aplicación, en lo relativo a la distribución de la carga de la prueba, el criterio jurisprudencial de la “normalidad”, criterio con arreglo al cual aquellos acontecimientos que se desarrollan cotidianamente con arreglo a patrones homólogos no deben ser sometidos a exigencias de prueba rigurosa y sí, en cambio, aquellos otros hechos que, por distanciarse del curso ordinario del acontecer de las cosas, se nos aparecen como anómalos, infrecuentes o atípicos (Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. de 13 de enero de 1951, 18 de octubre de 1966, 24 de abril de 1987 y 19 de julio de 1991 entre otras). Debería probarse, por tanto, la falta de celebración de este tipo de eventos durante varios meses al año, de modo que la falta de una prueba adecuada de tal extremo debería perjudicar a la demandada, que es quien alega una circunstancia tan anómala como la indicada.

La recurrente pretende probar dicho extremo con un “cuadro” en el que indica qué bodas ha celebrado. Evidentemente no se trata de prueba alguna sino de la mera alegación unilateral de la demandada, que carece de valor probatorio alguno, por lo que, conforme a la regla de distribución de la carga de la prueba a que se ha hecho referencia, ha de considerarse acreditado que todos los meses, desde septiembre de 2005, se celebraron eventos de dicha naturaleza.

SEXTO.- *Pasamos ahora a analizar los distintos motivos del recurso interpuesto por las demandantes.*

El primero de ellos se refiere a que la condena al pago de las tarifas se ha realizado únicamente hasta diciembre de 2006 por desconocerse las

tarifas correspondientes al año 2007.

La sala considera que el argumento empleado en la sentencia apelada para denegar el pago de la indemnización hasta la fecha de la sentencia de primera instancia no es atendible, puesto que las tarifas de las actoras se depositan anualmente en el Ministerio de Cultura, razón por la cual la indemnización puede fijarse en ejecución de sentencia sin necesidad de realizar una especial actividad probatoria. En línea con lo declarado por esta sala en anteriores ocasiones (sentencias de 19 de junio de 2007 y 24 de abril de 2008), en supuestos como el de autos procede condenar al infractor al pago de la indemnización por la comunicación ilícita de fonogramas en el periodo posterior a la interposición de la demanda, hasta sentencia (de hecho, la sentencia apelada lo hace con el periodo correspondiente del año 2005 y con el año 2006), calculándose en ejecución de sentencia, cuando no sea posible hacerlo en ésta, la parte correspondiente al periodo posterior a la interposición de la demanda conforme a los datos fácticos existentes en autos y en base a los cuales se ha fijado la cantidad a abonar por la demandada (en este caso, tramo de tarifa correspondiente entre 351 y 500 personas), aplicando las tarifas correspondientes a los sucesivos periodos transcurridos hasta la fecha de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil (en este caso, las del año 2007), liquidación que se realizará en ejecución de sentencia conforme a lo dispuesto en el art. 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por tanto, la indemnización queda fijada en 1.084,88 euros correspondientes a 2005 (septiembre-diciembre a 271,22 euros mensuales), 3.375,12 euros correspondientes a 2006 (281,26 euros mensuales) y la cantidad que resulte de aplicar al periodo enero-julio, ambos inclusive, de 2007 la tarifa mensual comunicada al Ministerio de Cultura para el año 2007 correspondiente al tramo de 351 a 500 personas, que se determinará en ejecución de sentencia.

SÉPTIMO. - *El segundo motivo de recurso esgrimido*

por las actoras hace referencia a la inaplicación del art. 11.2.4º de la Ley del IVA, puesto que pretenden las demandantes que en la sentencia se condene a la demandada a abonar el importe de la indemnización resultante de la aplicación de las tarifas incrementado en la cantidad correspondiente a dicho impuesto.

No nos encontramos ante un supuesto en el que, siendo indiscutido el devengo del IVA, se discute si el acreedor debe ser o no resarcido en su importe para ser completamente compensado de su quebranto económico (como ocurre, por ejemplo, en el caso de la repercusión del IVA en las tasaciones de costas o en las indemnizaciones solicitadas por empresas mercantiles por daños sufridos para cuya reparación han tenido que abonar determinados importes más su correspondiente IVA), en cuyo caso corresponde al tribunal civil dilucidar si la completa satisfacción del acreedor impone que sea resarcido también por el desembolso que realizó en concepto de IVA por ser cuestión atinente exclusivamente a las relaciones privadas entre las partes aunque el tribunal civil tenga que aplicar normas administrativas relativas a la repercusión entre particulares de tal impuesto o incluso resolver, a título prejudicial sobre cuestiones cuyo conocimiento esté atribuido a los tribunales contencioso-administrativo, por aplicación lo previsto en el art. 42.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Nos encontramos ante un supuesto en el que se pretende pura y simplemente que el tribunal civil decida si una determinada obligación de pago de una indemnización por comunicación pública de fonogramas sin autorización está o no sujeta al IVA, sobre la que existen serias incertidumbres, como resulta de los argumentos esgrimidos por las partes en sus respectivos escritos.

La sala considera que determinar si la cantidad reclamada estará o no gravada con el citado impuesto no es cuestión que deba ser resuelta en esta sentencia. La demandada deberá abonarlo en caso de estar sujeta la indemnización 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 aquella 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 por las partes de sus obligaciones fiscales si hubiere lugar a ello.

En este sentido la sentencia del tribunal Supremo de 16 de mayo de 1008 señala:

“No corresponde a este orden jurisdiccional civil resolver los debates sobre la procedencia del impuesto, sujeto pasivo, base imponible y tipo aplicable (SS. 31 de mayo de 2006, 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 y 26 de noviembre de 2007), y si bien puede adoptar decisiones en algunos aspectos (cuando se trata de cuestión accesorias -SS. 27 de octubre de 2005; 31 de mayo, 12 de julio y 29 de septiembre de 2006; 6 de marzo 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 -), tal posibilidad no cabe extenderla a temas complejos como el que se suscita.”

OCTAVO.- La estimación parcial de ambos recursos de apelación determina, en materia de costas, que: 1º) no proceda hacer expresa imposición de las derivadas de la primera instancia, según se establece en el núm. 2 del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no haberse estimado plenamente las pretensiones de ninguna de las partes y no observarse que ninguna de ellas haya litigado con temeridad, sin que por tanto proceda estimar la impugnación realizada por las actoras en su recurso de apelación respecto de la no imposición de costas en primera instancia; y 2º) no proceda efectuar expresa imposición de las derivadas de

esta alzada, a tenor de la regla prevista en el núm. 2 del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé que no se condenará en las costas del recurso a ninguno de los litigantes en caso de estimación total o parcial del mismo.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso.

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- Estimamos parcialmente los recursos de apelación interpuestos por la representación de “ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI)” y “ARTISTAS E INTÉRPRETES O EJECUTANTES (AIE)” y “PABLO RESTAURANTES, S.A.” contra la sentencia dictada el 9 de julio de 2007 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, en el juicio ordinario núm. 561/05 del que este rollo dimana.

2.- Revocamos la resolución recurrida en los extremos relativos a la condena al pago de las cantidades correspondientes a los meses inmediatamente anteriores a septiembre de 2005 y a la no condena al pago de las cantidades correspondientes a los meses de enero a julio de 2007, y en su lugar acordamos:

2.1.- Estimar parcialmente la demanda interpuesta por “ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI)” y “ARTISTAS E INTÉRPRETES O EJECUTANTES (AIE)” contra “PABLO RESTAURANTES, S.A.”.

2.2.- Declarar que “PABLO RESTAURANTES, S.A.” ha venido realizando comunicación pública de fonogramas, sin autorización de “ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI)” y “ARTISTAS E INTÉRPRETES O EJECUTANTES (AIE)”, en los salones Europa de San Sebastián de los Reyes (Madrid).

2.3.- Condenar a “PABLO RESTAURANTES,

S.A.” a cesar en dicha actividad, con prohibici3n de reanudarla, y a indemnizar a “ASOCIACI3N DE GESTI3N DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI)” y “ARTISTAS E INTÉRPRETES O EJECUTANTES (AIE)” en las cantidades de CUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA euros (4.460 euros) por el periodo correspondiente a septiembre de 2005 a diciembre de 2006 y la cantidad que resulte de aplicar al periodo enero-julio, ambos inclusive, de 2007 la tarifa mensual comunicada al Ministerio de Cultura para el a3o 2007 correspondiente al tramo de 351 a 500 personas, que se determinará en ejecuci3n de sentencia.

2.4.- No hacer expresa imposici3n de costas de la primera instancia

3.- No hacemos expresa imposici3n de las costas derivadas del recurso de apelaci3n.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos Se3ores y Magistrados integrantes de este Tribunal.

PUBLICACI3N.- 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.