

Remuneración por comunicación pública. Salas de fiestas. Presunción de uso.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª

FECHA: 2-7-2010

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: 28079370282010100167. Actualización: 10-8-2013.

OTROS DATOS: Recurso 405/2009. Sentencia 161/2010.

SUMARIO:

“La presente litis trae causa de la demanda formulada por la 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 equitativa y única ... a favor de los productores y artistas intérpretes o ejecutantes, de conformidad con las tarifas generales únicas de las demandantes, por la comunicación pública de fonogramas en el establecimiento «CAPILLA REAL» ...”.

[...]

“... la demandada, a través de la página web www.capillareal.com, ofertaba, formando parte de la publicidad relativa a la organización de eventos en su local, el servicio de amenización musical con «discos», expresión que nos remonta a tiempos pretéritos, pero de significación inequívoca en el sentido de referirse a la reproducción de música previamente registrada en un soporte que permite almacenarla. Ello, a su vez, ofrece base suficiente para considerar acreditada la efectiva realización de actos de comunicación pública de fonogramas en el local regentado por la apelada”.

“... si la demandada ofrece el servicio y lo mantiene en su publicidad (hecho probado), efectivamente se celebran en su local eventos amenizados de ese forma, que entraña la comunicación pública de fonogramas (hecho presumido), al existir entre ambos extremos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. A estos efectos, resulta irrelevante el que la demandada ponga también a disposición de su clientela el servicio de amenización con música en directo a cargo de uno de sus empleados, aspecto en el que no entramos aquí, pues no nos encontramos ante situaciones excluyentes. Por otra parte, no se aprecia motivo para considerar que la modificación del contenido de la oferta publicitada en la web www.capillareal.es

(al pasarse de ofrecer «amenización musical con discos», como se hacía en www.capillareal.com, a ofrecer simplemente «amenización musical») entrañase un verdadero cambio de la situación preexistente, no mereciendo en este punto ninguna consideración el alegato de que el específico requerimiento de servicio de discoteca que en alguna ocasión pudiera producirse se satisfaría desviando a la clientela a otros locales cercanos que prestan ese servicio con los que así se tendría acordado (el representante legal de la demandada, al ser interrogado, llega incluso a aludir a la entrega de tickets para acceder a esos otros locales), a la vista de los antecedentes ya expuestos y de la circunstancia de no haber resultado tal extremo probado, a pesar de que no se descubra ninguna dificultad especial para ello (aportando los tickets en cuestión o llamando a alguno de los representantes de esos otros locales para que testificase, por ejemplo)”.

TEXTO COMPLETO:

En Madrid, a 2 de julio 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. Alberto Arribas Hernández, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 405/09, los autos del procedimiento nº 273/2007, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 4 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 SALONES BRASERO, S.A.

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), la procuradora D^a Silvia Urdiales González y el letrado D. Francisco Muñoz Carreño, y por la apelada SALONES BRASERO, S.A., la procuradora D^a María del Rosario Fernández Molleda y el letrado D. Eugenio Baz Pereira.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con

fecha 21 de mayo de 2007 por la representación de ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) contra SALONES BRASERO, S.A., 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 “a) Se condene a la demandada a indemnizar a AGEDI y AIE los daños y perjuicios derivados de la ilícita comunicación pública de fonogramas, conforme resulte de aplicar las Tarifas Generales conjuntas de AGEDI y AIE para la comunicación pública de fonogramas, desde al menos el mes de mayo de 2002, inclusive, hasta la fecha de la sentencia, o subsidiariamente hasta la fecha de presentación de esta demanda, y que a la fecha de presentación de esta demanda, según los datos de que dispone esta parte, y sin perjuicio de lo que resulte en fase de prueba, asciende a DIECIOCHO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS EUROS CON CINCUENTA Y DOS CÉNTIMOS DE EURO (18.456,52 €, IVA INCLUIDO), según el desglose que ya se ha acompañado como Documento número ONCE. b) Se condene a la demandada al pago de los intereses moratorios referidos en el Fundamento Jurídico I.VII. c) Se condene a la demandada al pago de las costas originadas por el presente proceso de acuerdo con el Fundamento Jurídico II”.

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil

nº 4 de Madrid dictó sentencia, con fecha 6 de marzo de 2009, cuyo fallo es el siguiente: “Que desestimando totalmente la demanda presentada por la Procuradora Doña Silvia Urdiales González, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES y ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN de ESPAÑA contra SALONES BRASERO, S.A. representado por la Procuradora Doña María del Rosario Fernández Molleda, que ha dado lugar a los presentes autos de Juicio ordinario número 273/2007, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO al citado demandado de las peticiones de la demanda, imponiendo a la parte demandante solidariamente el pago de las costas procesales”.

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 SALONES BRASERO, S.A., 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 1 de julio 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 la 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 equitativa y única establecida en los artículos 108.4 y 116.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual a favor de los productores y artistas intérpretes o ejecutantes, de conformidad con las tarifas generales únicas de las demandantes, por la comunicación pública de fonogramas en el establecimiento “CAPILLA REAL”, que la demandada explota en la calle Constitución, 67 de la localidad de Fuenlabrada, en el periodo comprendido entre el mes de mayo de 2002 y la fecha de la sentencia, o, subsidiariamente la de interposición de la demanda, más el interés previsto en el artículo 1.108 del Código Civil.

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 regentado 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, en relación con la indebida aplicación e interpretación de los artículos 217 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEGUNDO.- Coincidimos con el juez de primera instancia en que el documento acompañado con la demanda como 9 ter resulta un elemento clave para la resolución de la controversia planteada, aunque discrepamos de la valoración que del mismo hace negándole toda valía como sustento de las pretensiones actoras. De la lectura de la resolución recurrida se desprende que el sentenciador de primera instancia basa su juicio en que el documento en cuestión, consistente en la impresión de ciertos contenidos de la web www.capillareal.com, no fue reconocido por la demandada, quien lo impugnó expresamente, habiendo quedado acreditado que el sitio de internet que emplea esta parte en su actividad negocial, en calidad de titular del dominio, es www.capillareal.es, a lo que añade el juzgador que comprobó (no explicita cómo) que

el sitio de Internet desde el que se dice descargado el documento en cuestión (www.capillareal.com) no existía al tiempo de redacción de la sentencia, por una parte, y, por otra, que el documento aportado adolece de ciertas deficiencias “como la falta de la dirección al pie del mismo y que no se acompaña de fecha de impresión, ni tampoco se aporta ninguna prueba de la fecha en que se imprimió”.

Resulta, sin embargo, que la dirección de internet y la indicación de la fecha de impresión que el juzgador de primera instancia echa en falta sí aparecen impresas al pie de algunos de los elementos integrantes del documento conjunto identificado como 9 ter del escrito de demanda que contienen menciones relevantes a efectos de resolución de la controversia suscitada, en concreto los obrantes a los folios 167 y 168 (que parecen formar parte del mismo documento, al tratarse de la “página 1 de 2” y de la “página 2 de 2”, respectivamente) rezan a su pie: “<http://www.capillareal.com/condiciones.htm>” y “15/06/2006”. En cuanto a la atribución de su autoría a la demandada, se aprecian una serie de datos que llevan a una conclusión contraria a la sostenida por el juez a quo en sentido favorable a la postura de aquella, quien la niega. Arguye esta parte que nada tiene que ver con la dirección de internet www.capillareal.com, ya que la web con la que opera está registrada bajo el código de país “.es”, www.capillareal.es. Ahora bien, de la consulta WHOIS (medio usualmente utilizado para poder identificar el propietario de un nombre de dominio o una dirección IP en internet) en relación con la dirección www.capillareal.es aportada por la parte actora en el trámite de la audiencia previa (obrante al folio 264 de las actuaciones, cuyo contenido no fue cuestionado por la demandada, como se ha podido apreciar por el visionado del acta audiovisual), se desprende que este último dominio fue creado el 8 de agosto de 2006, siendo francamente difícil encontrar otra razón distinta de la identidad de autoría y la participación en la misma de la demandada que explique la coincidencia literal del contenido incorporado al texto descargado de la web www.capillareal.com el 15 de junio de 2006 (documento 9 ter de la demandante) con el

publicitado en la otra dirección www.capillareal.com. es creada, por lo dicho, el 8 de agosto de 2006, esto es, con posterioridad, cuya titularidad asume expresamente la demandada; y todo ello con independencia de la ulterior suerte del primero de los dominios indicados (que pudiese determinar, por ejemplo, su inexistencia al tiempo en que el juez de primera instancia dictó sentencia).

Debemos señalar que cuando hablamos de coincidencia literal hablamos de coincidencia absoluta, con una sola excepción: mientras que en el texto descargado de la web registrada bajo el código “.com” se oferta “amenización musical con discos 400 € (documento 9 ter de la demanda obrante al folio 167 de las actuaciones), en el que se publicita en la web registrada bajo el código “.es” (documental aportada por la parte actora en el trámite de audiencia previa, al folio 265 de las actuaciones) lo que se oferta es “amenización musical 400 €”.

Cuanto antecede nos lleva a considerar probado que la demandada, a través de la página web www.capillareal.com, ofertaba, formando parte de la publicidad relativa a la organización de eventos en su local, el servicio de amenización musical con “discos”, expresión que nos remonta a tiempos pretéritos, pero de significación inequívoca en el sentido de referirse a la reproducción de música previamente registrada en un soporte que permite almacenarla. Ello, a su vez, ofrece base suficiente para considerar acreditada la efectiva realización de actos de comunicación pública de fonogramas en el local regentado por la apelada.

En este sentido, como ya hemos señalado en precedentes resoluciones (sentencias de 16 de octubre de 2009, 22 y 26 de marzo y 14 de mayo de 2010, por citar sólo las más recientes), cabe presumir (artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que si la demandada ofrece el servicio y lo mantiene en su publicidad (hecho probado), efectivamente se celebran en su local eventos amenizados de ese forma, que entraña la comunicación pública de fonogramas (hecho presumido), al existir entre

ambos extremos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. A estos efectos, resulta irrelevante el que la demandada ponga también a disposición de su clientela el servicio de amenización con música en directo a cargo de uno de sus empleados, aspecto en el que no entramos aquí, pues no nos encontramos ante situaciones excluyentes. Por otra parte, no se aprecia motivo para considerar que la modificación del contenido de la oferta publicitada en la web www.capillareal.com, es (al pasarse de ofrecer “amenización musical con discos”, como se hacía en www.capillareal.com, a ofrecer simplemente “amenización musical”) entrañase un verdadero cambio de la situación preexistente, no mereciendo en este punto ninguna consideración el alegato de que el específico requerimiento de servicio de discoteca que en alguna ocasión pudiera producirse se satisfaría desviando a la clientela a otros locales cercanos que prestan ese servicio con los que así se tendría acordado (el representante legal de la demandada, al ser interrogado, llega incluso a aludir a la entrega de tickets para acceder a esos otros locales), a la vista de los antecedentes ya expuestos y de la circunstancia de no haber resultado tal extremo probado, a pesar de que no se descubra ninguna dificultad especial para ello (aportando los tickets en cuestión o llamando a alguno de los representantes de esos otros locales para que testificase, por ejemplo).

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, entre otras en 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. En el supuesto que nos ocupa la parte demandada suscita expresamente la cuestión en su escrito de contestación, al tachar las tarifas en cuya aplicación se fundamentan los pedimentos de la demanda de abusivas y no ajustadas a la realidad de la actividad desarrollada por esta parte (al señalar que sería escaso el número de banquetes que se pudieran organizar con servicio de baile, debido a las características del establecimiento y a que la celebración de tal tipo de eventos está limitada a determinadas épocas del año), considerando, por el contrario, que lo procedente sería que el importe de la remuneración se fijase en función de los derechos efectivamente utilizados. Lo que sigue es, en gran medida, reproducción de la última de las sentencias más arriba indicadas, la de 22 de marzo de 2010, por cuanto refleja el criterio de la sala (que viene a abonar en definitiva el planteamiento de la parte demandada en este punto), y da solución a las diferentes cuestiones de índole jurídico que, en este marco, se suscitan en el presente procedimiento.

Los artículos 108.4 y 116.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual imponen a los usuarios de un fonograma publicado con fines comerciales, o de una reproducción de dicho fonograma que se utilice para cualquier forma de comunicación pública, la obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, entre los cuales se efectuará el reparto de aquélla.

Por su parte el artículo 157.1.b impone a las entidades de gestión, entre otras obligaciones, la de establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio.

Dichas tarifas generales, elaboradas unilateralmente por las entidades de gestión, deben ser comunicadas al Ministerio de Cultura

(artículo 159.3 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual), competencia que, conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional 196/1997 de 13 de noviembre de 1997, está atribuida a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas.

No cabe duda de la posibilidad de que la jurisdicción civil y, concretamente, los tribunales de lo mercantil (artículo 86 ter 2.a de la Ley Orgánica del Poder Judicial) pueden efectuar un control sobre el carácter equitativo de las tarifas generales, en realidad de la remuneración resultante de la aplicación de las tarifas, y no existe motivo alguno para sustraer de la jurisdicción civil ese examen cuando la remuneración equitativa se configura como la contraprestación de la comunicación pública que está obligado a pagar cualquier usuario de un fonograma publicado con fines comerciales o de una reproducción del mismo, a través de las entidades de gestión, a los productores de fonogramas y a los artistas intérpretes y ejecutantes.

El examen de equidad de las tarifas ha sido plena y expresamente reconocido por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sentencias de 18 de febrero y 7 de abril de 2009, señalando que: "... la LPI no le atribuye (a la Administración) facultades de aprobación de las tarifas, sino una mera facultad para la recepción de la comunicación (apartado tres) y con carácter general (apartado uno) una facultad genérica de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones y requisitos establecidos en la Ley, la cual implica un grado de tutela muy leve y no es suficiente, desde luego, para considerar trasladada en exclusividad a la Administración y a la jurisdicción contencioso-administrativa el examen de la equidad de las tarifas".

De igual forma las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 (recursos 3623/2000 y 681/2001), 10 de julio de 2008, 26 de enero de 2009 y 25 de marzo de 2009, efectúan un examen del carácter equitativo de la remuneración exigida conforme a la tarifa general por las correspondientes entidades de gestión (EGEDA,

AISGE y AIE).

CUARTO.- Como se deduce del propio artículo 157 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, con carácter general, la determinación de la remuneración por la autorización del uso del repertorio de las entidades de gestión (en este caso AGEDI) y por la utilización del repertorio de las mismas (en nuestro caso AGEDI y AIE) vendrá determinada por el acuerdo de las partes.

A falta de acuerdo las tarifas generales que las entidades de gestión están obligadas a elaborar y a comunicar a la Administración no se imponen a los usuarios, los cuales podrán discutir judicialmente o, en su caso, por los cauces previstos para acudir a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, si la remuneración que se les exige conforme a la tarifa general es o no equitativa como imponen los artículos 108 y 116 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, sin perjuicio de que el pago bajo reserva o la consignación de la cantidad exigida conforme a la tarifa permita entender concedida la correspondiente autorización (artículo 157.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual).

Las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea) de fecha 6 de febrero de 2003 (SENA, asunto C-245/00, apartado 36) y de 14 de julio de 2005 (Lagardère, asunto 192/04, apartado 49), dada la falta de un concepto comunitario de remuneración equitativa, se refieren a la necesidad de prever criterios de la remuneración equitativa que permitan lograr un equilibrio adecuado entre el interés de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas a percibir una remuneración por la difusión de un fonograma determinado y el interés de los terceros para poder emitir dichos fonogramas en condiciones razonables, sin que exista motivo alguno, como indican las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero y 7 de abril de 2009, en relación a la primera de las sentencias citadas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para entender que los

principios en que se inspiran las sentencias referidas en relación con la remuneración equitativa por alquiler de fonogramas contemplada en el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, no puedan ser tenidos en cuenta en otros casos de remuneraciones equitativas cuando sea necesario para alcanzar el debido equilibrio.

El propio Tribunal Supremo en sentencias de 15 de enero de 2008 (recursos 3623/2000 y 681/2001), 10 de julio de 2008 y 26 de enero de 2009, en litigios que enfrentaban a la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y distintos establecimientos hoteleros por las actividades de comunicación pública de obras audiovisuales, al retransmitir señales de entidades de radiodifusión, así como de las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en los correspondientes programas, a las diferentes habitaciones y apartamentos de los establecimientos explotados por las demandadas; y la sentencia de 25 de marzo de 2009, en relación a similar reclamación formulada por las entidades EGEDA, AISGE y AIE, rechazan el cálculo de la remuneración conforme al criterio de la mera disponibilidad, al señalar que: «no puede razonablemente considerarse abusiva la aplicación de las tarifas formuladas, a falta de acuerdo, cuando se reducen a la utilización real de la comunicación pública, por referirse a habitaciones y apartamentos “ocupados”. Distinta consideración merecería la pretensión indemnizatoria a calcular sobre número de habitaciones y apartamentos “disponibles”».

En el supuesto de autos, la tarifa de las demandantes para exigir la remuneración equitativa y única de los artículos 108.4 y 116.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual por comunicación pública de fonogramas en bailes celebrados con motivo de bodas, banquetes, bautizos, comuniones y actos sociales de análoga naturaleza, se basa en parámetros de mera disponibilidad, concretamente del aforo.

La tarifa establece una cantidad fija por mes cuya cuantía varía en función de varios tramos según el aforo del local, con independencia del número de eventos mensuales en que se efectúe la comunicación pública de fonogramas, de modo que dentro del mismo tramo de aforo, deberá abonar la misma cantidad una entidad que celebre un evento amenizado con música que la que celebre 10 ó 100 eventos mensuales.

Este criterio de cuantificación de la remuneración equitativa, a falta de pacto, no puede ser acogido.

Como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero y 7 de abril de 2009, en principio, resulta más equitativo el criterio de efectividad de uso del repertorio, en la medida que sea posible su aplicación, que el criterio de disponibilidad (número de habitaciones o aforo en nuestro caso) o de cuantificación en función de los rendimientos de explotación de las empresas, indicando la primera que: “se impone la necesidad de fijar como uno de los criterios necesarios para garantizar la equidad en la fijación de la remuneración equitativa que las tarifas aplicadas se ajusten en lo posible al criterio de efectiva utilización del repertorio de la sociedad de gestión correspondiente”.

Como la tarifa establecida unilateralmente por las entidades de gestión para determinar la remuneración no permite fijar una remuneración que sea equitativa, debe modularse su aplicación sin que pueda sustituirse la cuantificación por el mero arbitrio judicial.

Las sentencias del Tribunal Supremo 15 de enero de 2008 (recursos 3623/2000 y 681/2001), 10 de julio de 2008, 26 de enero de 2009 y 25 de marzo de 2009, señalan que: “la invocación a la equidad no puede implicar que la fijación de la indemnización debida quede simplemente al arbitrio del Juez. No es, en nuestro ordenamiento positivo, la equidad sino un criterio general en que deberá ponderarse la aplicación de las normas, pero sin que tal elemento de interpretación y dulcificación del derecho por la ética- Sentencias de 9 de mayo

de 1983 y 3 de noviembre de 1987 - pueda fundar, por sí sólo, una resolución judicial- Sentencias de 3 de febrero y 10 de octubre de 1986, 18 de mayo de 1987 y 11 de octubre de 1988 -, ya que el propio precepto legal -apartado 2 del artículo 3 del Código -, textualmente prohíbe que las resoluciones de los Tribunales “puedan descansar de manera exclusiva en ella (equidad), salvo cuando la Ley expresamente lo permita” (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1993). En parecidos términos las Sentencias de 6 de julio de 1993 y 14 de mayo de 1993 “. Añadiendo a continuación: “Se hace conveniente la anterior reflexión en cuanto que la legislación establecida para retribución de la comunicación pública en cuestión queda referida a tarifas aplicadas con criterios equitativos, lo que excluye la remisión a la fijación soberana del órgano jurisdiccional” (énfasis añadido).

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2009 admite que el tribunal fiscalice el carácter equitativo de la remuneración cuyo pago se exige al usuario siendo obligada la ponderación del carácter equitativo de las tarifas generales como uno de los principios a los que debe ajustarse la fijación de las remuneraciones.

En similar sentido la sentencia del Alto Tribunal de 7 de abril de 2009, ponderando en ambos casos la tarifa general de la correspondiente entidad de gestión, que no se consideró equitativa, introduciendo parámetros o criterios que aproximaban la fijación de la remuneración a la utilización efectiva y amplitud del repertorio, que permiten que su aplicación determine una remuneración equitativa partiendo de la mismas tarifas de la entidad de gestión afectada, en defecto de pacto, que siempre y en cualquier momento pueden alcanzar las partes.

En consecuencia, acreditada la comunicación pública de fonogramas en el local de la parte demandada, ha de fijarse en este litigio una retribución que responda a las exigencias de los artículos 108.4 y 116.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Con esa finalidad debe este tribunal, al amparo de lo previsto en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sentar las bases para su liquidación en fase de ejecución, teniendo en cuenta, como ya se ha expuesto, que la retribución de la comunicación pública en cuestión queda referida a tarifas aplicadas con criterios equitativos, lo que excluye la remisión a la fijación soberana del órgano jurisdiccional.

Por ello, y como ha hecho el propio Tribunal Supremo en supuestos análogos, debemos abordar la compleja y delicada tarea de introducir criterios de equidad en las tarifas de las propias demandantes para calcular en ejecución de sentencia la correspondiente remuneración equitativa. Cualquier otra solución llevaría al absurdo de negar en esta resolución cualquier remuneración a las entidades de gestión no obstante su indiscutible derecho a percibirla.

Como decimos, para sentar esas bases partiremos de las previsiones de las tarifas de las demandantes, pero procurando aplicarlas de tal modo que la remuneración pueda resultar equitativa, para lo que ha de operarse del siguiente modo: 1º) la remuneración no se aplicará a razón de tanto alzado por mes sino por el número efectivo de banquetes de boda y eventos similares en los que se hayan realizado actos de comunicación pública de fonogramas entre el 1 de mayo de 2002 y la fecha de la sentencia recaída en primera instancia (6 de marzo de 2009) en el establecimiento “CAPILLA REAL”, sito en Fuenlabrada, calle Constitución 67. 2º) Se tomarán como referencia las escalas previstas en las tarifas AGEDI-AIE para utilización de fonogramas en bailes celebrados en este tipo de eventos eligiendo del tramo que aquellas preveían por aforo aquel en el que pueda subsumirse el número comprobado de asistentes a cada uno de los acontecimientos antes delimitados. 3º) La cantidad a pagar por cada uno de los banquetes de boda y eventos similares en los que se hayan realizado actos de comunicación pública de fonogramas resultará de la división entre ocho (por ser ese, por término medio, el número mensual de sábados

y domingos, fechas en las que se concentran las celebraciones de los banquetes por bodas y eventos similares, lo que supone un criterio razonable en el trance de tener que individualizar la remuneración) de la cifra alzada por mes establecida en la tarifa de AGEDI-AIE para el tramo que corresponda por número de asistentes.

Estas bases se traducirán a una cifra final que se obtendrá en fase de ejecución, sin que pueda rebasar, en aras al principio de congruencia, la cantidad de 18.456,52 euros por el período comprendido entre el 1 de mayo de 2002 y la fecha de presentación de la demanda (21 de mayo de 2007), sin perjuicio de los importes devengados con posterioridad hasta la fecha de la sentencia recaída en primera instancia (6 de marzo de 2009). En este sentido, cabe señalar que no se aprecian obstáculos para extender el pronunciamiento de la condena, tal y como se solicitaba con carácter principal en la demanda, al período comprendido entre su interposición y la fecha de la sentencia recaída en primera instancia, en la medida en que los actos de comunicación pública de fonogramas hayan proseguido durante la tramitación del proceso.

Si no se hiciese así tan solo se otorgaría a las demandantes una tutela parcial de sus derechos, para cuya íntegra satisfacción se les obligaría, sin demasiado sentido, a acudir a un nuevo litigio que versaría sobre los mismos presupuestos que éste, beneficiándose entretanto el infractor renuente a respetar los derechos ajenos.

Por último, conviene indicar, que la sala no aprecia insalvables dificultades de gestión para las entidades demandantes cuando otras entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, como la SGAE, utilizan criterios para cuantificar la remuneración correspondiente a los autores con base, precisamente, al número de eventos amenizados con música y de asistentes a los eventos realizados en el correspondiente establecimiento.

QUINTO.- *Dado el carácter ilíquido de la condena, la suma que se determine en ejecución de sentencia*

solo devengará los intereses procesales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Aunque la jurisprudencia, superando planteamientos anteriores, ha desplazado, ante supuestos de parcial estimación de la demanda, el principio in illiquidis non fit mora por el de la restitución al acreedor del rendimiento que haya podido generar la suma adeudada desde que fue judicialmente reclamada (sentencias del Tribunal Supremo de 5 marzo 1992, 18 febrero 1994, 13 octubre 1997 y 15 de abril de 2005), lo cierto es que dicha doctrina no es aplicable al supuesto de autos, pues la demanda ni tan siquiera contenía una cuantificación definitiva de la deuda, sino una remisión a la aplicación de unas bases, con una mera cuantificación orientativa. Es más, todavía en esta apelación ha habido que introducir cambios significativos en el criterio de remuneración que significan que aún pende la liquidación de la remuneración correspondiente.

En estos casos no podemos eludir la regla in illiquidis non fit mora, debiendo reconducirse el devengo del interés a satisfacer por la parte demandada al de carácter procesal que contempla el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que éste opera, por ministerio de la ley y, por tanto, resultará aplicable de oficio, desde la resolución judicial que fije la cantidad adeudada.

En este mismo sentido se inclinó la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 18 de febrero de 2009, en la que se pronunció sobre una problemática similar.

SEXTO.- *En materia de costas, la estimación parcial de la demanda determina que no se efectúe especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en primera instancia de conformidad con los artículos 394 y 397 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

Por otra parte, al estimarse parcialmente el recurso de apelación formulado por la parte demandada, no procede condenar al pago de las costas originadas por 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 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 6 de marzo de 2009 por el Juzgado de lo Mercantil nº4 de Madrid en los autos de juicio ordinario nº 273/2007, 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 SALONES BRASERO, S.A., con los siguientes pronunciamientos:

2.1. Condenamos a la demandada SALONES BRASERO, S.A. a pagar a las demandantes la cantidad que se determine en ejecución de sentencia conforme a las siguientes bases:

2.1.1.- La remuneración se aplicará por el número efectivo de banquetes de boda y eventos similares en los que se hayan realizado actos de comunicación pública de fonogramas entre el 1 de mayo de 2002 y la fecha de la sentencia recaída en primera instancia (6 de marzo de 2009) en su establecimiento "CAPILLA REAL", sito en Fuenlabrada, calle Constitución 67.

2.1.2.- Se tomarán como referencia las escalas

previstas en las tarifas de AGEDI-AIE por la utilización de fonogramas en bailes celebrados en este tipo de eventos eligiendo del tramo que aquellas preveían por aforo aquel en el que pueda subsumirse el número comprobado de asistentes a cada uno de los acontecimientos antes delimitados.

2.1.3.- La cantidad a pagar por cada uno de los banquetes de boda y eventos similares en los que se hayan realizado actos de comunicación pública de fonogramas resultará de la división entre ocho de la cifra alzada por mes establecida en la tarifa de AGEDI-AIE para el tramo que corresponda por número de asistentes.

2.1.4.- La suma resultante no podrá exceder de la cantidad de 18.456,52 euros por el período comprendido entre el 1 de mayo de 2002 y la fecha de presentación de la demanda (21 de mayo de 2007), sin perjuicio de los importes devengados con posterioridad hasta la fecha de la sentencia recaída en primera instancia (6 de marzo de 2009).

2.1.5.- La cantidad fijada en ejecución de sentencia devengará un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la resolución que fije la cantidad líquida adeudada.

2.2.- No procede efectuar expresa imposición de las costas causadas en primera instancia.

3.- 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.