

## Remuneración por comunicación pública. Sala de fiestas. Co-responsabilidad del propietario.

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

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

**FECHA:** 13-5-2011

**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: 28079370282011100159. Actualización: 18-1-2013.

**OTROS DATOS:** Recurso 409/2010. Sentencia 163/2011.

### SUMARIO:

*“Las entidades de gestión demandantes, ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (en adelante, AGEDI) y de ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (en adelante, AIE), ejercitaron contra LOS CINCO PINOS, S.L. acciones derivadas de la remuneración equitativa y única reconocida a los productores fonográficos y a los artistas, intérpretes o ejecutantes ... por la realización de actos de comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos en el establecimiento que explota la demandada, dedicada a la actividad de hostelería y restauración, y en el que se celebran bodas, banquetes, reuniones de empresa y actos de análoga naturaleza”.*

[...]

*“... de la prueba practicada resultó acreditado que la demandada realiza una actividad de hostelería ofertando -entre otros bienes y servicios-, la celebración de comidas o cenas para bodas y fiestas con numerosos invitados, disponiendo de salones con distinto aforo y ofertando a los organizadores del evento la posibilidad de contratar el servicio de amenización de baile, posterior a la restauración”.*

[...]

*“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”.*

**COMENTARIO:** Sobre la responsabilidad solidaria del establecimiento que se contrata para la celebración de bodas, banquetes y otros eventos de similar naturaleza, ya se han pronunciado los tribunales con relación al

derecho de comunicación al público de los autores. Así, la misma Audiencia Provincial de Madrid, con motivo de la demanda interpuesta por la entidad autoral SGAE contra un salón que se contrataba para fiestas, dijo que *“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 ...”*<sup>1</sup> y también la Audiencia Provincial de Valencia, cuando 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”*<sup>2</sup>. 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 mayo de dos mil once.*

*VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Gregorio Plaza González, D. Alberto Arribas Hernández y D. Pedro María Gómez Sánchez, los presentes autos de juicio ordinario sustanciados con el núm. 361/07 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Seis de Madrid, pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandada la Sentencia que dictó el Juzgado el día veinticinco de junio de dos mil nueve.*

*Han comparecido en esta alzada las demandantes ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE), representadas por el Procurador de los Tribunales D. Alfonso Blanco*

*Fernández y asistidas del Letrado D. Antonio López Sánchez, así como la demandada LOS CINCO PINOS, S.L, representada por el Procurador de los Tribunales D. Álvaro Arana Moro y asistida del Letrado D. José Luis González Roncero.*

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** *La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: “FALLO: Que estimando íntegramente la demanda formulada a instancia de ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y de ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE), representadas por el Procurador Sr. Blanco Fernández y asistidas del Letrado D. Antonio López Sánchez; contra la mercantil LOS CINCO PINOS, S.L., representada por el Procurador Sr. Arana Moro y asistida del Letrado D. José Luis González Roncero debo: 1.- condenar a la demandada a pagar a las actoras las cantidades devengadas en concepto de remuneración equitativa por la comunicación pública de fonogramas o reproducciones de los mismos, realizados en el establecimiento denominado “salones Restaurante Los Cinco Pinos” sito en la Avenida de Aragón, nº 370 de Madrid, de acuerdo con las tarifas generales de*

1 Sentencia de la Sección 28ª (13-3-2009).

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

AGEDI y AIE, desde el 1.1.2003 hasta el 16.4.2007 -fecha de interposición de la demanda-, por importe de dieciocho mil trescientos sesenta y siete euros con cincuenta y dos céntimos (18.367,52.-); 2.- condenar a la demandada a pagar a las actoras, desde el 16.4.2007 y hasta la efectiva suscripción del contrato regulador de la obligación de pago de la remuneración equitativa y única que corresponde a los intérpretes, artistas o ejecutantes y a los productores de fonogramas de acuerdo con los párrafos 4º y 6º del art. 108 TRLPI y párrafos 2º y 3º del art. 116 TRLPI, la cantidad que resulte de aplicar las tarifas generales establecidas y comunicadas por AIE y AGEDI al Ministerio de Cultura vigentes para cada periodo objeto de reclamación y consistentes en la cantidad mensual correspondiente al aforo o capacidad máxima del establecimiento “salones restaurante Los Cinco Pinos” (más IVA), multiplicada por el número de meses o fracción transcurridos desde la fecha de interposición de la demanda; 3.- condenar a la demandada a abonar a las actoras los intereses legales de la cantidad señalada en el pronunciamiento 1º de este fallo, desde la interposición de la demanda y; 4.- con imposición de las costas a la parte demandada.”

**SEGUNDO.** Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día doce de mayo de dos mil once.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Gregorio Plaza González.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Las entidades de gestión demandantes, ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (en adelante, AGEDI) y de ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (en adelante, AIE), ejercitaron contra LOS CINCO PINOS, S.L.

acciones derivadas de la remuneración equitativa y única reconocida a los productores fonográficos y a los artistas, intérpretes o ejecutantes en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI por la realización de actos de comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos en el establecimiento que explota la demandada, dedicada a la actividad de hostelería y restauración, y en el que se celebran bodas, banquetes, reuniones de empresa y actos de análoga naturaleza.

La sociedad demandada contestó a la demanda interpuesta alegando que no había dado en su establecimiento baile alguno y, como mucho, entre cinco o diez bodas al año, pero sin servicio de discoteca, y que constituían un uso abusivo los criterios tarifarios impuestos.

La Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil se pronunció sobre ambos extremos, considerando que de la prueba practicada resultó acreditado que la demandada realiza una actividad de hostelería ofertando -entre otros bienes y servicios-, la celebración de comidas o cenas para bodas y fiestas con numerosos invitados, disponiendo de salones con distinto aforo y ofertando a los organizadores del evento la posibilidad de contratar el servicio de amenización de baile, posterior a la restauración. En cuanto a las tarifas se refiere, entiende la resolución dictada en la primera instancia que su determinación en función del aforo del local resulta ajustada a los arts. 108 y 116 TRLPI y que la demandada no ha acreditado que, atendiendo a las especiales características del establecimiento o a las circunstancias de la explotación la aplicación de las tarifas por aforo, suponga una vulneración de la equidad exigida legalmente.

**SEGUNDO.** Frente a la Sentencia dictada se alza el recurso alegando en primer lugar error en la apreciación de la prueba, ya que considera la apelante que ha acreditado documentalmente que no se produjeron las comunicaciones públicas afirmadas por la actora.

Alega la apelante que los documentos aportados

*con la contestación a la demanda confirmaban que no se efectuaron actos de comunicación pública, tratándose de facturas auténticas que no fueron impugnadas, que muestran que no se prestó ningún servicio de discoteca, mientras que la sentencia declara que es de cargo de la demandada acreditar la ausencia de contratación de tales servicios, cuando la prueba de la realización de actos de comunicación pública corresponde a la parte actora.*

*Por lo que se refiere a las tarifas, no se han tenido en cuenta las concretas circunstancias de explotación, tales como la ocupación, los días en que las fiestas se celebraron, personas que acudieron a las celebraciones o fechas en las que el local se encuentra cerrado.*

*Por último, se incluye en la condena el pago del IVA, lo que resulta indebido atendiendo al carácter resarcitorio de las cantidades reclamadas.*

*Centran las demandantes su oposición al recurso de apelación en dos aspectos: La valoración de la prueba en relación a la existencia de actos de comunicación pública y la aplicación del IVA, sin referirse a la equitatividad de la remuneración. Ciertamente el recurso no es un modelo en el orden de exposición de los motivos en que se funda la apelación (denominada alegación única, en la que luego se incluyen diversas cuestiones) pero, como destaca la sentencia, el carácter abusivo y no equitativo de la remuneración fue una de las cuestiones controvertidas en la primera instancia y la discrepancia sobre el criterio que sostiene la sentencia se reproduce al referirse a las tarifas.*

*En relación a la realización de actos de comunicación pública, sostienen las apeladas que en el local que explota la apelante se celebran bodas y eventos similares y que en el establecimiento existe un sistema de emisión de música, lo que reconoce la propia contestación a la demanda. Además, la apelante publicita la amenización de bodas mediante servicio de discoteca a cambio de un precio, sin que los documentos aportados en la contestación desvirtúen la conclusión a la que llega*

*la sentencia recurrida, puesto que, como señala la misma, dichos servicios pudieron ser facturados por separado, aportándose por otra parte algunas facturas que no pueden ser consideradas como tales sino como simples tickets.*

*Por cuanto se refiere al devengo de IVA cita diversas resoluciones que consideran que las cantidades a percibir por las entidades de gestión devengan IVA, bien en cuanto se trata de remuneraciones por el uso de fonogramas conforme a los arts. 108 y 116 TRLPI o bien se consideren indemnizaciones conforme a lo dispuesto en el art. 140 TRLPI.*

**TERCERO.** *Si bien la demandada negó cualquier acto de comunicación pública en el establecimiento que explota, lo que pretendía justificar con las facturas correspondientes a la realización de diversos eventos (ff. 161 a 196, documentos 1 a 39 de la contestación), lo cierto es que en dicha contestación a la demanda (f. 148, pg. 3) se reconocía que en los salones del Restaurante Los Cinco Pinos se celebran cumpleaños, bautizos, comuniones, bodas, etc. y que a los clientes se les ofrece, si así lo desean, la amenización de su comida, cena o reunión con música en directo o mediante medios de reproducción mecánica (tocadiscos, CD, etc.). Se reconoce también la publicidad que figura en los documentos acompañados a la demanda (ff. 106 a 118). En la misma destaca la capacidad de los salones (hasta 300 comensales), la oferta de otros servicios, como “baile con música de discoteca en el salón” (f. 107) al finalizar el banquete o “baile con discoteca móvil” (f. 111) y cenas especiales, como la “Gala especial San Valentín”, con orquesta y discoteca (f. 117 vuelto).*

*Hemos de destacar que los elementos publicitarios expuestos no solo permiten acreditar la oferta de servicios, sino la efectiva prestación de los mismos, como ocurre con la mencionada Gala de San Valentín.*

*Por otra parte de la oferta se desprende la realización de actos de comunicación pública conforme a los criterios presuntivos derivados del art. 386 LEC,*

*resultando plenamente correcta la valoración de la prueba efectuada en la resolución recurrida. Como ya señalamos en nuestra Sentencia de 4 de noviembre de 2010, quien ostenta la disponibilidad probatoria en relación a los servicios efectivamente prestados es la parte demandada, que en el caso de las bodas tiene perfecto conocimiento de las personas con las que contrata y, en su caso, puede interesar su declaración para comprobar los servicios efectivamente prestados. Sin embargo la demandada no desvirtuó la presunción que se deriva de lo expuesto (art. 386.2 LEC) y para ello resulta insuficiente la mera presentación de facturas de distintos eventos, puesto que pueden figurar por separado esos servicios, facturarse globalmente, o prestarse a través de tercero.*

*Se entiende por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra. Para ello basta la mera posibilidad de acceso, resultando indiferente además que sea simultáneo o sucesivo. Entre los supuestos de comunicación pública se incluye cualquier tipo de emisión o transmisión de la obra en lugar accesible al público y mediante cualquier instrumento idóneo. 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.*

*Por otro lado el derecho de comunicación pública subsiste mientras el objeto sobre el que recaiga sea susceptible de utilización lucrativa, y la utilización como servicio complementario en el caso que nos ocupa forma parte de la actividad empresarial.*

*Como señaló la STJUE de 7 de diciembre de 2006 el carácter privado o público del lugar en que se produce la comunicación no tiene relevancia alguna. El derecho de comunicar al público quedaría manifiestamente desprovisto de contenido si no abarcara también las comunicaciones efectuadas en lugares privados. Aplicando dicha doctrina, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de*

*2009 consideró que las habitaciones de los hoteles no tienen carácter “estrictamente doméstico”, criterio extensible a los banquetes de bodas o reuniones y celebraciones contratadas en el establecimiento.*

*El motivo en el que se funda el recurso debe ser rechazado.*

**CUARTO.** *Por cuanto se refiere al carácter equitativo de la remuneración hemos de reiterar el criterio que venía manteniendo la Sala al respecto, sustentado en anteriores resoluciones (entre otras, sentencia de 7 de octubre de 2010).*

*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 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 juzgados y 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).*

*Como se deduce del propio artículo 157 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 y por la utilización del repertorio de las mismas 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 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 Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual).*

*Las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 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 (ff. 120 a 126).*

*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 quien celebre diez o cien eventos mensuales.*

*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”.*

*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 utilizaremos los mismos criterios ya expuestos en anteriores resoluciones, y 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 un 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 en el periodo objeto de la reclamación 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 aquéllas preveían por aforo aquél 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 ése, por término medio, el número mensual de viernes y sábados, 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 reclamada.*

*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.** Por cuanto se refiere al devengo del IVA, como señalamos en nuestra Sentencia de 13 de marzo de 2009, se trata esta cuestión 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 la misma 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 incluir en la condena a la demandada el pago del IVA en relación a las cantidades que deba abonar en concepto de remuneración equitativa, 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, 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 accesoria - 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.”

**SEXTO.** 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 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 pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de febrero de 2009.

**SÉPTIMO.** 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.

## FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1) Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por LOS CINCO PINOS, S.L. contra la sentencia dictada con fecha veinticinco de junio de 2.009 por el Juzgado de lo Mercantil núm.

*Seis de Madrid en los autos de juicio ordinario número 361/2007, del que este rollo dimana y, en consecuencia, revocamos la citada resolución íntegramente estimatoria de la pretensión y, en su lugar, estimando parcialmente la demanda:*

*a) Condenamos a la demandada LOS CINCO PINOS, S.L. a pagar a las demandantes la cantidad que se determine en ejecución de sentencia conforme a las siguientes bases: 1.- La remuneración se aplicará por el número efectivo de banquetes de boda, comuniones, reuniones de empresa y eventos similares organizados por la demandada en los que se hayan realizado actos de comunicación pública de fonogramas en el periodo objeto de la reclamación. 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 aquéllas preveían por aforo aquél en el que pueda subsumirse el número comprobado de asistentes a cada uno de los acontecimientos antes delimitados. 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. 4.- La suma resultante no podrá exceder de la cantidad reclamada en la demanda en el periodo respectivo. 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.*

*b) No procede efectuar expresa imposición de las costas causadas en primera instancia.*

*2) No se efectúa especial pronunciamiento respecto de las costas procesales causadas con el recurso de apelación.*

*Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.*

*Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.*

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