



www.civil-mercantil.com

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sentencia 220/2015, de 24 de julio de 2015

Sección 28.^a

Rec. n.º 429/2013

SUMARIO:

Propiedad intelectual. Remuneración por comunicación pública. Descarga de fonogramas ofertada como servicio por compañía de telefonía. Contenidos alojados por un tercero. Falta de litisconsorcio pasivo necesario. Negociaciones previas. Remuneración equitativa. No existen dos sujetos titulares del acto de comunicación pública de puesta a disposición de los fonogramas, sino tan solo uno, la compañía de telefonía móvil, quien actúa frente a los usuarios finales como única entidad ofertante del servicio de descargas de tales fonogramas. La relación interna, empresarial, que ligue a tal compañía con un tercero, para que aquella pueda disponer de los fonogramas para su posterior ofrecimiento público por ella, es ajena a los contornos legales del acto de comunicación pública y a la descripción típico legal de tal acto en art. 20.2.i) TRLPI, el cual resulta solo imputable a la repetida compañía. La infracción de derecho de tercero, respecto de los que no se cuenta con vínculo jurídico previo, se asimila a las relaciones propias de la responsabilidad civil extracontractual, que generan un débito solidario, respecto del cual, dada su naturaleza y estructura, no es posible contemplar una cotitularidad indivisible, y por ende, en Derecho procesal, el litisconsorcio pasivo necesario. La existencia de pactos internos sobre quién deba asumir el pago de los derechos, no produce más que efectos relativos, interpartes del contrato, que no son oponibles en absoluto a los titulares o gestores de tales derechos. En todo caso, la compañía telefónica no puede favorecerse de la exención de responsabilidad de los meros operadores de redes o suministradores de acceso, del art. 14 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, como para trasladar su responsabilidad, ya que, no es un mero suministrador del servicio de telefonía, ni aun de enlace, al contenido de la web de alojamiento, sino que es ella misma, directamente, la ofertante de los contenidos.

PRECEPTOS:

Ley 1/2000 (LEC), art. 12.2.

RDLeg. 1/1996 (TRLPI), arts. 20, 108, 157.4, 163 y 164.

Ley 34/2002 (Servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico), art. 14.

PONENTE:

Don Francisco de Borja Villena Cortes.

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0007508

Recurso de Apelación 429/2013

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 03 de Madrid



www.civil-mercantil.com

Autos de Procedimiento Ordinario 913/2009

Apelante: XFERA MOVILES, S.A.

PROCURADOR D./Dña. LUCIA AGULLA LANZA

Apelado: ARTISTAS E INTERPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTION DE ESPAÑA

PROCURADOR D./Dña. ROCIO BLANCO MARTINEZ

SENTENCIA

En Madrid, a veinticuatro de julio de dos mil quince

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. Pedro María Gómez Sánchez y D. Francisco de Borja Villena Cortes, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 429/2013, interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de noviembre de 2011, dictada en el juicio ordinario núm. 913/2009 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, la entidad XFERA MOVILES, S.A. y

como apelada, ARTISTAS E INTERPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTION DE ESPAÑA, todos ellos representados y defendidos por los profesionales antes reseñados.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Las presentes actuaciones se iniciaron mediante demanda formulada por la representación de ARTISTAS E INTERPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTION DE ESPAÑA. contra la compañía XFERA MOVILES, S.A. en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho en que mantenía su pretensión solicitaba:

"...dicte en su día Sentencia mediante la que, estimando íntegramente la demanda:

Declare el derecho de mi mandante a determinar y percibir de la demandada la remuneración establecida en el artículo 108.3 en relación con el artículo 108.6 TRLPI , correspondiente a los artistas intérpretes o ejecutantes, devengada por los actos de comunicación pública de actuaciones musicales fijadas en fonogramas, en su modalidad de puesta a disposición, realizados por dicha mercantil desde el día 28 de julio de 2006 y hasta el día en que la demandada deje de realizar tales actos de explotación o, de continuar en su realización, hasta la fecha en que gane firmeza la Sentencia que ponga término al presente proceso.



www.civil-mercantil.com

Condene a la demandada a hacer efectiva a AIE la remuneración que corresponde a los artistas intérpretes o ejecutantes musicales, por actos de puesta a disposición de actuaciones fijadas en fonogramas realizados por dicha mercantil desde el día 28 de julio de 2006 y hasta el día en que la demandada deje de realizar tales actos de explotación o, de continuar en su realización, hasta la fecha en que gane firmeza la Sentencia que ponga término al presente proceso; remuneración cuyo importe deberá establecerse mediante la aplicación de la tarifa general establecida y comunicada por AIE al Ministerio de Educación y Cultura.

Condene a la demandada al pago de los intereses legales devengados desde la fecha en que, de conformidad con lo solicitado en el apartado b) anterior, debió hacer efectiva la remuneración y hasta la fecha de Sentencia, incrementado el mismo en dos puntos a partir de ese momento, conforme determina el artículo 576 LEC , hasta el pago efectivo de la misma, en sus respectivos casos.

Condene a la demandada al pago de las costas del presente procedimiento, si llega a formular oposición "

Segundo.

Tras seguirse el procedimiento por los trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid dictó sentencia, con fecha 14 de noviembre de 2011 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que estimando esencialmente la demanda planteada por el Procurador Don Alfonso Blanco Fernández en nombre y representación de AIE, contra Xfera Móviles, S.A., representada por Doña Lucía Agülla Lanza:

1).- Declaro el derecho de AIE a determinar y percibir de la demandada la remuneración establecida en el artículo 108.3 en relación con el artículo 108.6 TRLPI , correspondiente a los artistas intérpretes o ejecutantes, devengada por los actos de comunicación pública de actuaciones musicales fijadas en fonogramas, en su modalidad de puesta a disposición, realizados por dicha mercantil durante el periodo comprendido entre el día 29 de noviembre de 2007 y hasta el 31 de diciembre de 2010.

2).- Condeno a la demandada a hacer efectiva a AIE la remuneración correspondiente a los artistas intérpretes o ejecutantes musicales, por actos de puesta a disposición de actuaciones fijadas en fonogramas realizados por dicha mercantil desde el día 29 de noviembre de 2007 y hasta el día 31 de diciembre de 2010 cuyo importe asciende a 6.389,88.- euros, más Iva.

3).- Condeno a la demandada al pago de los intereses legales de las cantidades adeudadas al tiempo de la demanda, esto es de las cantidades reclamada en concepto de remuneración equitativa derivada de los actos de comunicaciones pública o puestas a disposición realizadas durante los años 2007 y 2008 que ascienden respectivamente a 298,99,. Euros y 1.995,76 euros, desde la fecha de interposición de la demanda hasta la fecha de la presente resolución, a partir de la cual y hasta su completo pago, la cantidad total reconocida a favor de la actora, que asciende a 6.389,88.- euros, devengará el interés legal incrementado en dos puntos.

Todo ello haciendo expresa imposición a la parte demandada de las costas causadas en el presente proceso".



www.civil-mercantil.com

Tercero.

Publicada y notificada dicha resolución a las partes, por la representación de la parte demandada se interpuso recurso de apelación al que se opuso la parte actora que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, 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 y votación para el fallo del asunto de realizó con fecha 23 de julio de 2015.

Cuarto.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de Borja Villena Cortes, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Proceso en la instancia.

Primero. *Pretensión inicial de la parte actora.*

Por parte de ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE se interpuso demanda de Juicio Ordinario frente a XFERA MÓVILES SA, en la que se deducían, sucintamente expuestas las siguientes pretensiones:

(i).- La declaración del derecho de ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE a percibir de XFERA MÓVILES SA la remuneración a la que se refieren los arts. 108.3 y 108.6 TRLPI , por actos de comunicación pública de actuaciones musicales fijadas en fonogramas, bajo la modalidad de puesta a disposición, realizada por ésta desde el día 28 de julio de 2006 y hasta el cese de tal actividad.

(ii).- Condena a la demandada a hacer efectiva dicha remuneración, cuyo importe deberá establecerse mediante aplicación de la tarifa general comunicada al Ministerio de Educación y Cultura.

(iii).- Se le condene al pago de los intereses legales devengados por tal cantidad.

(iv).- Se condene al pago de las costas procesales.

Segundo. *Fundamento fáctico.*

Dichas peticiones deducidas por ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE se fundamentan, en resumen, en la siguiente alegación fáctica:

(i).- ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA es una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual que correspondan a artistas intérpretes o ejecutantes, debidamente autorizada y reconocida en términos administrativos.

(ii).- XFERA MÓVILES SA actúa como operador en el mercado de telefonía móvil, bajo la marca Yoigo.

(iii).- XFERA MÓVILES SA comercializa para sus clientes melodías para sus teléfonos móviles, a través del servicio denominado "Sala de Música", ofreciendo la descarga de tales melodías, canciones...a cambio de un precio.



www.civil-mercantil.com

(iv).- A fin de hacer efectivo el derecho de remuneración por tales actos de comunicación pública, ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE se ha dirigido en varias ocasiones a XFERA MÓVILES SA, sin que se obtenga respuesta satisfactoria para ello.

Tercero. Oposición de la parte demandada.

En el litigio del que trae causa el presente recurso de apelación, por XFERA MÓVILES SA, en su contestación a la demanda, se instó la plena desestimación de la demanda, para lo que, en resumen sucinto, alegó que:

(i).- XFERA MÓVILES SA ofrece a sus clientes una conexión por medio del teléfono móvil a un porta Wap, como enlace a contenidos ofrecidos por una tercera entidad, Acquamedia, donde XFERA MÓVILES SA actúa como mero enlazador, y por tanto se ha de codemandar a Acquamedia, necesariamente.

(ii).- El servicio de "Sala de Música" no fue ofrecido por XFERA MÓVILES SA sino a partir del 29 de noviembre de 2007.

(iii).- ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE no puede reclamar remuneración alguna sin previa negociación entre las partes, la cual no ha existido.

(iv).- La remuneración instada por ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE no es equitativa.

Cuarto. Sentencia recurrida.

Por el Juzgado Mercantil Nº 3 de Madrid se dictó Sentencia en fecha de 14 de noviembre de 2011, en la que se estimó parcialmente la demanda formulada por ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE, para declarar el derecho de ésta a tal remuneración, fijar la fecha inicial de su devengo el día 29 de noviembre de 2007, y el término final el día 31 de diciembre de 2010, con una cuantía de 6.389,88 euros, más IVA, e imponer el pago de intereses legales y costas a XFERA MÓVILES SA.

Para ello, la Sentencia se basa para ello esencialmente en los siguientes fundamentos:

(i).- XFERA MÓVILES SA no se limita a realizar un mero servicio de enlazadora, sino que ofrece directamente contenidos a sus clientes y gestiona frente a ellos todos los actos de comunicación, sin perjuicio de que obtenga tales contenidos mediante un acuerdo privado con un suministrador de los mismos.

(ii).- Ha existido un efectivo intento de negociación por parte de ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE con XFERA MÓVILES SA, la cual rechazó en varias ocasiones.

(iii).- La tarifa general presentada por ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE para realizar la liquidación de los derechos de remuneración, ante la falta de colaboración de XFERA MÓVILES SA en el intento de negociación, no se ha revelado como inequitativa, de acuerdo con los parámetros usados para su fijación, tanto en lo relativo a la base de negocio aplicable, sólo la generada con la explotación de las interpretaciones fijadas en los fonogramas ofrecidos, como en su escala porcentual.

Objeto del recurso de apelación.



www.civil-mercantil.com

Quinto. Apelación.

XFERA MÓVILES SA interpone recurso frente a dicha Sentencia del Juzgado Mercantil Nº 3 de Madrid, en el que insta la total revocación de la misma y la desestimación de los pedimentos de su demanda.

Para ello, el recurso de apelación de XFERA MÓVILES SA se sustenta en los siguientes motivos:

(i).- Existe una falta de litisconsorcio pasivo necesario, ya que se ha debido traer al litigio a la entidad suministradora de contenidos, Acquamedia.

(ii).- No se ha procedido por ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE a la previa negociación con XFERA MÓVILES SA que vienen legalmente exigida en el art. 108.6 TRLPI , por lo que no pueden ser aplicadas directamente las tarifas generales.

(iii).- La tarifa que pretende aplicar ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE no se muestra en absoluto como equitativa, al no responder a los parámetros fijados jurisprudencialmente para ello, como atender a los rendimientos brutos, o no partir del efectivo repertorio protegido por dicha entidad de gestión, con exclusión de intérpretes o ejecutantes norteamericanos, ni establecer un procedimiento de reparto entre los beneficiarios.

(iv).- No pueden ser impuestos intereses legales, dada la indeterminación de la tarifa a aplicar para la liquidación del principal.

Sexto. Oposición al recurso.

Por ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE se presentó escrito de oposición al recurso de apelación formulado por la parte contraria, e instó la ratificación de la sentencia apelada, con imposición de costas de la alzada a la misma.

Falta de litisconsorcio pasivo necesario.

Séptimo. Formulación del motivo.

Indica XFERA MÓVILES SA que ella actúa como proveedora de acceso a datos, y como tal, suscribió un acuerdo contractual con Acquamedia Technologies SL, la cual es la verdadera suministradora de contenidos, acuerdo en el cuál se contenía un pacto en el que se establecía el deber de dicha suministradora de contenidos de satisfacer todos los derechos inherentes a la disponibilidad de tales contenidos. Por ello, sostiene XFERA MÓVILES SA, se ha realizado una errónea constitución de la relación jurídico-procesal, ya que tuvo que codemandarse necesariamente a Acquamedia Technologies SL para tramitar este procedimiento.

Noveno. Concepto jurisprudencial del litisconsorcio pasivo necesario.

Como punto de partida para analizar este motivo de recurso, se debe fijar adecuadamente el alcance de esta institución procesal. Al respecto señala la STS nº 266/2015, de 19 de mayo , FJ 3º, que "Como recordaba la Sala en la sentencia de 26 de noviembre de 2014, Rc. 1063/2013 , de conformidad con lo previsto en el artículo 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "cuando por razón de lo que sea objeto de juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa". Salvo algunos casos en que el litisconsorcio viene impuesto legalmente, lo más habitual es que el litisconsorcio provenga de la relación de derecho material



www.civil-mercantil.com

que se va a dirimir en el proceso, que es a lo que se refiere el precepto transcrito cuando habla de lo que sea objeto de juicio. En estos casos, el fundamento del litisconsorcio necesario hay que buscarlo en la inescindibilidad de ciertas relaciones jurídico materiales respecto de las cuales, independientemente de cual haya de ser el contenido de la sentencia estimando o desestimando la pretensión, aparece de modo previo la exigencia de que las afirmaciones en que se resuelve la legitimación han de hacerse frente a varias personas."

Décimo. Análisis fáctico.

De acuerdo con tal doctrina jurisprudencial, se ha de partir del examen de la relación jurídica material debatida en el proceso, para determinar si existe o no sobre la misma una cotitularidad inescindible de varios sujetos. A tal respecto se debe tener presente que:

(i).- Lo alegado por XFERA MÓVILES SA es la falta de litisconsorcio pasivo necesario, y no la falta de legitimación pasiva, por su parte, que habría dado lugar a otro examen de la cuestión alegada. Es decir, sostiene que Acuamedia Technologies SL debió ser traída al proceso junto con aquella, no en su lugar.

(ii).- XFERA MÓVILES SA en su recurso no combate la realidad de las conclusiones fácticas a las que llegó la Sentencia recurrida, sino su valoración, y tales conclusiones son:

(ii.1).- XFERA MÓVILES SA no se limita a facilitar en su página web un simple enlace a la página de un tercero, desde la cual los usuarios realizan las descargas.

(ii.2).- Por el contrario, por XFERA MÓVILES SA se informa a los usuarios directamente de los contenidos, fonogramas, que pueden descargar, de la forma de hacerlo y del precio, todo ello a través del servicio de telefonía móvil prestado por la propia XFERA MÓVILES SA.

(ii.3).- Es XFERA MÓVILES SA quien luego factura a sus clientes por las descargas efectuadas de los fonogramas.

(ii.4).- XFERA MÓVILES SA se reserva el derecho, frente a Acuamedia Technologies SL, de modificar la configuración de la web de aquella en la que se ofertan los contenidos, y reordenar estos como mejor le pareciere, así como la de bloquear la posibilidad de descarga ante riesgos de fraude.

(iii).- Finalmente, por XFERA MÓVILES SA se reitera en vía de recurso la existencia de un pacto en el contrato con Acuamedia Technologies SL, compañía a través de la cual XFERA MÓVILES SA se suministra de los contenidos, por el cual es esta la que debe responder de los derechos precisos para disponer de tales contenidos.

Undécimo. Valoración de la Sala.

Desde la estricta alegación articulada por XFERA MÓVILES SA, la de falta de litisconsorcio pasivo necesario, no puede ser asumido en absoluto su planteamiento, ya que:

(i).- No existe dos sujetos titulares del acto de comunicación pública de puesta a disposición de los fonogramas, sino tan sólo uno, XFERA MÓVILES SA, quien actúa frente a los usuarios finales como única entidad ofertante del servicio de descargas de tales fonogramas.

(ii).- La relación interna, empresarial, que ligue a XFERA MÓVILES SA con un tercero, Acuamedia Technologies SL, para que aquella pueda disponer de los fonogramas para su posterior ofrecimiento público por ella, es ajena a los contornos legales del acto de comunicación pública previsto en el art. 20 TRLPI, y a la descripción típico legal de tal acto en



www.civil-mercantil.com

art. 20.2.i) TRLPI , "puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija", el cual resulta solo imputable a XFERA MÓVILES SA.

(iii).- La infracción de derecho de tercero, respecto de los que no se cuenta con vínculo jurídico previo, se asimila a las relaciones propias de la responsabilidad civil extracontractual, que generan un débito solidario, respecto del cual, dada su naturaleza y estructura, no es posible contemplar una cotitularidad indivisible, y por ende, en Derecho procesal, el litisconsorcio pasivo necesario.

(iv).- La existencia de pactos internos entre XFERA MÓVILES SA y Acuamedia Tecnologías SL sobre quién deba asumir el pago de los derechos, no produce más que efectos relativos, interpartes del contrato, que no son oponibles en absoluto a los titulares o gestores de tales derechos.

Duodécimo.

En todo caso, baste señalarlo, XFERA MÓVILES SA no puede favorecerse de la exención de responsabilidad de los meros operadores de redes o suministradores de acceso, del art. 14 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico , como para trasladar su responsabilidad a Acuamedia Tecnologías SL, ya que, a tenor de las conclusiones fácticas de la Sentencia apelada, antes expuestas, no es un mero suministrador del servicio de telefonía, ni aun de enlace, al contenido de la web de Acuamedia Tecnologías SL, sino que es ella misma, directamente, la ofertante de los contenidos.

Existencia de previas negociaciones.

Decimotercero. Planteamiento del motivo.

XFERA MÓVILES SA rechaza la conclusión fáctica a la que llegó la Sentencia apelada, sobre el intento infructuoso de negociaciones previas con ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE, a fin de impedir la aplicación de las tarifas generales de tal entidad de gestión, de acuerdo con el art. 108.6 TRLPI .

Decimocuarto. Hechos probados.

Al respecto de esta cuestión, son hechos relevantes, de acuerdo con los supuestos de hecho de las normas de aplicación y las alegaciones de las partes, y han quedado acreditados por los medios que se dirá, los siguientes:

1º.- Por XFERA MÓVILES SA se puso en funcionamiento el servicio a sus clientes denominado "Sala de Música" en fecha de 29 de noviembre de 2007, con el fin de comercializar la descarga de música a cambio de un precio.

[Hecho fijado en la Sentencia distada en la instancia primera y no sometido a controversia en apelación, art. 281.3 LEC].

2º.- En fecha de 3 de diciembre de 2007 por ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE se dirigió comunicación a XFERA MÓVILES SA, del siguiente tenor: "es un hecho notorio e incuestionable que ustedes realizan, como parte integrante de su actividad, innumerables actos de puesta a disposición de fonogramas a través de los distintos servicios ofrecidos por su Compañía de tal forma que cualquier persona puede acceder a las fijaciones



www.civil-mercantil.com

de las actuaciones de artistas intérpretes o ejecutantes (...) y por ello, vienen ineludiblemente obligados al pago de la remuneración equitativa establecida en el citado art. 108.3 TRLPI (...) la cual se hace efectiva a través de esta AIE (...) En consecuencia, (...) para hacer efectivos los derechos de remuneración correspondientes a los artistas intérpretes o ejecutantes (art. 157.4 TRLPI), nos dirigimos a ustedes para iniciar las oportunas negociaciones que permitan regularizar la situación (...) quedamos a la espera de sus noticias sin perjuicio de ponernos desde este momento a su entera disposición (...)"

[vd. f. 127 y 128 de los autos, copia de la misiva, cuyo contenido y realidad no ha sido negado por XFERA MÓVILES SA].

3º.- Esa carta fue contestada por XFERA MÓVILES SA, declinando su responsabilidad, y remitiendo a ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE a Acuamedia Technologies SL. Frente a ello, por ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE se remite nueva carta en fecha de 17 de enero de 2008, en la que señala que "creemos que es notorio e incuestionable el hecho de ser la compañía YOIGO XFERA la que posibilita la realización de tales actividades de puesta a disposición a sus múltiples clientes y por tanto a quien incumbe directamente el cumplimiento de la obligación contenida en el art. 108.3 TRLPI . Ello al margen de aquellos acuerdos que YOIGO, como parte de su actividad empresarial, tenga establecidos con terceros. (...) Hemos de señalarles, no obstante, que la voluntad e intención de esta Entidad de Gestión es siempre, y como primera vía, el intento de solución amistosa (...) nuevamente nos volvemos a poner a su disposición para mantener una reunión (...)"

[f. 130 a 131 de los autos, copia de la carta].

4º.- En fecha de 20 de junio de 2008, por ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE se remitió a XFERA MÓVILES SA nueva comunicación, en la que señala: "lamentablemente, a pesar del tiempo transcurrido, ninguna respuesta satisfactoria hemos obtenido de Vds., (...) a pesar de ello, nuevamente les ofrecemos la posibilidad de regularizar la situación, (...) y alcanzar conjuntamente un acuerdo que permita hacer efectiva la remuneración (...). Dado el tiempo transcurrido, entenderemos que el transcurso de siete días, a contar desde la recepción de la presente, sin noticias por su parte, supone la negativa a dar cumplimiento de forma pactada a la obligación que les incumbe(...)"

[f. 132 de los autos, copia de la carta remitida, con los acuses de recibo del servicio de correos].

Decimoquinta. Valoración jurídica de la Sala.

Debe dejarse sentado que el recurso de apelación de XFERA MÓVILES SA plantea esta cuestión con un contenido meramente fáctico, sobre la existencia de tales negociaciones, para su reflejo luego en el juicio de equidad de la tarifa, según tal recurrente, y así es examinado. Pero ello, en todo caso, sin perjuicio de que la interpretación del art. 108.6 TRLPI , sugerida por la parte apelante, no puede ser entendida en el sentido de que tenga que someterse la entidad de gestión a tales negociaciones para hacer efectivo su derecho, sino que se fija como una de las varias posibilidades legalmente admitidas para determinar la cuantía de la remuneración.

Debe concluirse que ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE consumó los intentos de negociación razonables con XFERA MÓVILES SA, como para entender cumplida la normas del art. 108.6 TRLPI , de modo instrumental, a fin de proceder a la aplicación de las



www.civil-mercantil.com

tarifas generales aprobadas por la propia ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE, subsidiarias de acuerdos bilaterales, ya que:

(i).- Las invitaciones a negociar fueron hechas por ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE en un tiempo conveniente, justo después de la puesta en funcionamiento del servicio "Sala de Música" por XFERA MÓVILES SA, dirigido a sus clientes, esto es, tras comenzar el acto de comunicación pública.

(ii).- Fueron dirigidas dichas invitaciones a la negociación al sujeto pertinente, esto es, al titular del servicio de puesta a disposición de los fonogramas en lo que el acto de comunicación pública consiste.

(iii).- El contenido de las invitaciones a negociar es completo, al identificar a la entidad de gestión, el acto de comunicación pública y sus consecuencias. Además, se aclara la postura de ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE respecto a los acuerdos de XFERA MÓVILES SA con terceros suministradores de contenido.

(iv).- La voluntad de negociar por parte de ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE es evidente y manifiesta, constante en tres comunicaciones, a lo largo de más de 6 meses.

(v).- El rechazo a toda negociación efectiva y real por parte de XFERA MÓVILES SA es evidente y manifiesto, en términos tales que queda cumplida por parte de ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE el intento de negociación para la fijación de un acuerdo bilateral de fijación de la remuneración, y aboca como única solución a la aplicación de la tarifa general.

Equidad de la tarifa general.

Decimosexto. *Formulación del motivo.*

El recurso de XFERA MÓVILES SA censura la conclusión alcanzada por la Sentencia apelada de entender que las tarifas generales de ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE respetan la debida equidad en la remuneración por el acto de comunicación pública, y por tanto, su aplicación es válida. Para ello, XFERA MÓVILES SA señala circunstancias como que (i).- son fijadas unilateralmente, (ii).- atienden al resultado bruto de explotación de negocio; (iii).- no hace referencia a cuál sea el repertorio efectivo de ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE, en cuanto a la exclusión de intérpretes extranjeros, y (iv).- no contienen previsiones de reparto a los beneficiarios.

Decimoséptimo. *Valoración de la Sala.*

La cuestión del alcance del examen de la equidad interna a la tarifa que se pretende aplicar por la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual, a favor de los derechos que la normativa propia impone una realización colectiva a través de tales entidades, ya ha tenido oportunidad de ser tratada en la SAP de Madrid, sec. 28ª (Mercantil) nº 78/2011, de 17 de marzo, FJ 3º, la cual analiza cada una de las objeciones formuladas ahora por XFERA MÓVILES SA.

Parte dicha sentencia de la fijación del concepto de equidad en cuanto a la fijación de tarifas para remuneración de los derechos de propiedad intelectual. Y a tal propósito indica que: "En relación al concepto de remuneración equitativa debemos hacer referencia a la Sentencia TJCE (Sala sexta) de 6 de febrero de 2003 (SENA). Tras considerar que el concepto de remuneración equitativa que figura en el art. 8.2 de la Directiva 92/100 es un concepto comunitario que debe ser interpretado de manera uniforme en todos los Estados miembros (38)



www.civil-mercantil.com

añade lo siguiente: (40) "no incumbe al Tribunal de Justicia fijar por sí mismo los criterios de una remuneración equitativa o determinar los límites generales y preestablecidos para la fijación de tales criterios, sino proporcionar al órgano jurisdiccional remitente los elementos que le permitan apreciar si los criterios nacionales que sirven para calcular la remuneración de los artistas, intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas son adecuados para garantizar su remuneración equitativa respetando el Derecho comunitario" Este criterio se reitera en la Sentencia de 14 de julio de 2005 (Lagardère Active Broadcast): "48. En este contexto, es importante señalar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que no existe ninguna razón objetiva que justifique que el juez comunitario fije las modalidades precisas de determinación de una remuneración equitativa uniforme, lo cual supondría necesariamente que el Tribunal de Justicia sustituye a los Estados miembros a quienes la Directiva 92/100 no impone ningún criterio particular. Por lo tanto, corresponde únicamente a los Estados miembros determinar, en su territorio, los criterios más pertinentes para lograr el respeto del concepto comunitario de remuneración equitativa (sentencia de 6 de febrero de 2003 [TJCE 20032, SENA, C-245/00 , Rec. p. I-1251, apartado 34). El Tribunal, conforme a lo expuesto, no señala los criterios a considerar para fijar el importe de la remuneración equitativa, sino que se limita a establecer en el citado asunto SENA lo siguiente: "46. En consecuencia, procede responder a las cuestiones segunda y tercera que, el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100 no se opone a un método de cálculo de la remuneración equitativa de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas que haga uso de factores variables y fijos, tales como la cantidad de horas de difusión de los fonogramas, los índices de audiencia de las emisoras de radio y de televisión representadas por el organismo de difusión, las tarifas fijadas por contrato en materia de derechos de ejecución y de radiodifusión de obras musicales protegidas por los derechos de autor, las tarifas practicadas por los organismos públicos de radiodifusión en los Estados miembros vecinos del Estado miembro de que se trate y las cantidades pagadas por las emisoras comerciales, puesto que dicho método permite alcanzar el equilibrio adecuado entre el interés de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores a percibir una remuneración por la difusión de un fonograma determinado y el interés de los terceros para poder emitir dicho fonograma en condiciones razonables y no es contrario a ningún principio del Derecho comunitario." En conclusión de lo expuesto, cada Estado miembro tiene libertad para fijar y utilizar los criterios que estime más convenientes, siempre que se respete el objetivo perseguido, que es alcanzar el equilibrio adecuado entre el interés de los artistas, intérpretes o ejecutantes a percibir una remuneración, en este caso el derecho contemplado en el art. 108.5.2º TRLPI , y el interés de los terceros como usuarios de grabaciones audiovisuales."

Decimoctavo.

En cuanto a la virtualidad jurídica del examen de equidad realizada en un proceso judicial, la sentencia señalada expresa que "Lo cierto es que el párrafo transcrito no pretende otra cosa que analizar el juego de la equidad en el aspecto que nos ocupa, como ya señaló el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de enero de 2008 : "(.) 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



www.civil-mercantil.com

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 . 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".

Decimonoveno.

Respecto de la alegación por falta de equidad formulada por XFERA MÓVILES SA basada en la unilateralidad en la aprobación de las tarifas, señala la citada sentencia que: "Añade el motivo que las tarifas simplemente se comunican al Ministerio de Cultura, sin que se fiscalice o pronuncie sobre la equidad de las mismas. Por otra parte AIE ha alcanzado acuerdos con Empresarios de Cines de España (SECIES) y Nueva Asociación de Exhibidores de Cine de España (NAECE), pero no lo ha hecho con la asociación mayoritaria en el sector, FECE. Se reprocha a la demandante la falta de voluntad negociadora y, ante la falta de acuerdo, no puede la entidad de gestión pretender que sus tarifas serán necesariamente equitativas. Considera que las tarifas deben fijarse en función del uso o explotación real del repertorio y que las tarifas de AIE consisten en un porcentaje fijo sobre ingresos de taquilla. En cuanto se refiere a dicho porcentaje, el 0,26%, no aparece en el convenio suscrito con NAECE hasta 2011, lo que muestra la desproporción existente frente a la tarifa general. Según la apelante, ello muestra que la tarifa se prevé para remunerar a todos los artistas, intérpretes y ejecutantes y no solo a los musicales. Carece de sentido que el porcentaje aumente cada año puesto que no hay variación de los ingresos, AIE asumiría que el valor del producto que gestiona ha incrementado su valor. Concluye señalando que en la factura de diciembre de 2004 AIE aplicaba un porcentaje del 0,05%, mientras que en 2009 aplica un 0,26%. En relación a la competencia del Ministerio de Cultura sobre el control de las tarifas destaca AIE que si bien es cierto que no tiene atribuida la aprobación de las tarifas, como señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero y 7 de abril de 2009 , quedan dentro del ámbito de vigilancia y control del Ministerio de Cultura. Rechaza por otro lado la imputada falta de voluntad negociadora, dado que la Federación de Cines de España (FECE) tiene una evidente posición de dominio en el sector de los empresarios de exhibición cinematográfica, que se ha reconocido en la declaración de su representante legal en más del 80% de pantallas existentes en España, y ninguno de sus asociados satisface ni un solo euro en la remuneración objeto de la presente litis. La voluntad de negociar por parte de AIE se muestra en los convenios suscritos con otras asociaciones del sector, como SECIES y NAECE. Sostiene AIE que la base de cálculo, los ingresos netos de taquilla, es un parámetro equitativo y razonable, que la demandada lo ha aceptado contractualmente, y que el porcentaje aplicado resulta equitativo atendiendo a los fijados por otras entidades de gestión (SGAE y DAMA, 2%; SGAE para autores de obras musicales incluidas en la obra audiovisual, 0,50%; o AISGE, 0,80% en la primera tarifa vigente desde 1995)".

Vigésimo.

Por lo demás, en cuanto al contenido interno de la tarifa general que ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE pretende aplicar a XFERA MÓVILES SA, ha de partirse para su análisis de la STS nº 228/2009, de 7 de abril , la cual censuró las tarifas usadas entonces por ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE por adolecer de elementos que revelaban la inequidad de tales tarifas, y comprobar si dichos elementos se mantienen en la actualidad.



www.civil-mercantil.com

Las tarifas generales de ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE, para su aplicación al presente supuesto de XFERA MÓVILES SA son las recogidas en el doc. nº 19 de la demanda [f. 138 y ss. de los presentes autos], que han sido aprobadas con posterioridad a la citada STS nº 228/2009 . En las actuales tarifas, nuevas tras aquellas STS, se abandona como base para aplicación de la tarifa todos los ingresos brutos obtenidos por el sujeto al que se imputa el acto de comunicación pública, lo que fue reprochado como inequitativo, y tal base de aplicación de la tarifa pasan a ser exclusivamente "los ingresos (...) derivados, directa y/o indirectamente, de cualquiera de los actos de explotación patrimonial de las fijaciones de las actuaciones de los artistas intérpretes o ejecutantes" [vd. f. 138 de los autos].

Es decir, la tarifa actual pasa a concretar su base únicamente respecto de los ingresos obtenidos como consecuencia de los actos de comunicación pública que sean imputables al sujeto que daba satisfacer la remuneración equitativa fijada en el art. 108.3 TRLPI , y abandona el criterio de remitirse a la totalidad de los ingresos empresariales de tal sujeto, tuvieran o no relación alguna con los actos de comunicación pública, precisamente lo que fue objeto de tacha de inequidad en dicha STS nº 228/2009 .

De estas alegaciones de XFERA MÓVILES SA no se revela elemento alguno que determine la falta de equidad de la tarifa que le resulta aplicada por ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE, como tampoco lo sería la supuesta igualdad con acuerdos bilaterales alcanzados por dicha entidad de gestión con terceros comunicadores de fonogramas, como con Orange, lo que no está siquiera probado en autos, además de ser irrelevante a estos efectos.

Vigesimoprimer.

En cuanto a la objeción sobre la inclusión en tales tarifas de derechos que corresponderían a artistas intérpretes extranjeros, que terminaría por determinar que las mismas no son equitativas, al suponer el cobro por conceptos no generados, es cuestión también resuelta en la SAP de Madrid, sec. 28ª (Mercantil) de 17 de marzo, FJ 2º, antes referenciada, la cual señala, con cita de doctrina jurisprudencial, que Este alcance otorgado a la legitimación de las entidades de gestión, aplicable no solo a las que gestionan derechos de autor, se reitera en resoluciones posteriores, como en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2007 , en relación a la reclamación de derechos de autor correspondientes a la exhibición pública de cintas cinematográficas consistente en un porcentaje de la recaudación de taquilla, o en la Sentencia de 18 de febrero de 2009 , sobre el derecho a la remuneración equitativa por la comunicación pública de las grabaciones audiovisuales en favor de los artistas, intérpretes y ejecutantes. Cuando una entidad de gestión actúa por mandato legal, como es el caso del derecho a la remuneración contemplado en el art. 108.5 TRLPI , tal y como establece su apartado sexto, a la hora de recaudar la remuneración es irrelevante quienes sean los miembros que componen dicha entidad. En los derechos de gestión colectiva obligatoria la justificación de la legitimación que corresponde a las entidades de gestión es aún más obvia, pues se basa en la propia configuración que la ley hace del derecho, impidiendo un ejercicio individualizado. (Para concluir con estos aspectos, que en realidad pretenden rechazar la legitimación de la entidad de gestión, considera la recurrente, en relación al art. 164 TRLPI , que el repertorio de AIE no incluiría los artistas intérpretes o ejecutantes de terceros países no miembros de la Unión Europea y muy especialmente los derechos de los artistas de nacionalidad norteamericana, negando la vigencia y aplicabilidad del Canje de Notas para la protección de los derechos de la propiedad intelectual de 6 y 15 de julio de 1895 entre España y los Estados Unidos de América. Tampoco son aplicables el Acuerdo Internacional sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ni el Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, adoptado en



www.civil-mercantil.com

Ginebra el 20 de diciembre de 1996 y no se ha probado que en Estados Unidos exista un derecho de remuneración semejante al contemplado en el art. 108.5.2º TRLPI, ni que AIE, una vez recaudada la remuneración, la haga efectiva en Estados Unidos por medio de las entidades correspondientes. A este respecto entiende la apelada que el Canje de Notas tiene la misma eficacia que un tratado internacional, que se encuentra en vigor, que en todo caso el Canje de Notas sería el instrumento que adveniría la reciprocidad en el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual de nacionales de los EEUU en España y viceversa y que del propio art. 164.3 TRLPI se deduce un criterio de reciprocidad formal. Añade que Estados Unidos ha ratificado el Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1992, que entró en vigor en los EEUU a 20 de mayo de 2002 (ff. 515 y ss., en donde se relacionan los Tratados internacionales suscritos por los Estados Unidos en la materia). Por otra parte al afectar a derechos de idéntica naturaleza, todos los autores de obras audiovisuales, con independencia de su nacionalidad, tienen derecho a la remuneración prevista en el art. 90.3 en relación al art. 163.2 TRLPI, lo que conduce a apreciar esta misma extensión en los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes. Esta amplia protección de los autores de terceros países redundará además en el hecho de que se trata de obras protegidas conforme a lo dispuesto en la Ley -art. 164.2 c)- para la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes de terceros países-. Debemos destacar que el Tribunal Supremo, como hemos visto, reconoce una legitimación propia de la entidad de gestión de los

Vigesimosegundo.

Finalmente, respecto de la circunstancia alegada por XFERA MÓVILES SA de que en tales tarifas no se da cuenta de la forma de reparto entre los artistas intérpretes y ejecutantes de lo recaudado, lo que podría justificar su falta de equidad, ha de señalarse que:

(i).- La norma de reparto interna de que disponga la entidad de gestión para el reparto o distribución de su recaudación es independiente, dentro de su estatuto jurídico, de la tarifa fijada para el cobro de la remuneración equitativa respecto de los sujetos que realizan actos de comunicación pública. Esa independencia normativa hace que no pueda juzgarse la equidad de la tarifa por la equidad o falta de la misma en las normas de distribución. Cada una de tales reglas guardará una equidad interna y propia a sí misma, no combinables.

(ii).- Ello corresponde a un segundo momento, al de la relación de la entidad de gestión con los titulares de los derechos gestionados colectivamente a través de ella, que es totalmente ajeno a la relación de la entidad de gestión con los sujetos llamados a satisfacer la remuneración equitativa por el acto de que se trate.

(iii).- Esto determina que estos sujetos no puedan, arbitraria y unilateralmente, dejar de satisfacer esa remuneración equitativa invocando, ellos mismos, no ya los titulares de los derechos gestionados colectivamente, anomalías en la relación de la entidad de gestión con dichos titulares de derechos.

Imposición del interés legal.

Vigesimotercero. Alegación de la recurrente.

Por XFERA MÓVILES SA se señala que, dada la indeterminación de la tarifa, no puede proceder la condena al pago de los intereses legales impuesta por la Sentencia apelada.



www.civil-mercantil.com

Vigésimocuarto. Valoración de la Sala.

Lo cierto es que la STS nº 228/2009, de 7 de abril no resulta aplicable al supuesto de XFERA MÓVILES SA, ya que precisamente lo que hizo aquella resolución fue censurar las tarifas entonces vigentes de ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SGE, y ordenar la fijación de la cuantía de la remuneración equitativa en ejecución de sentencia, lo que de facto determinaba la iliquidez de la suma, e impedía que la misma devengase interés alguno. Como se aprecia, no es este el supuesto del presente caso, donde todos los elementos precisos para la liquidación de la tarifa están presentes al momento mismo de la ejecución de los hechos, tanto la claridad de las tarifas, la base sobre la que debe ser aplicada, el periodo de tiempo y los resultados. Por tanto, la causa concretamente alegada por XFERA MÓVILES SA en esta alzada para revocar el pronunciamiento de imposición de intereses, no puede prosperar.

Costas procesales de la apelación.

Vigésimoquinto.

Dispone el art. 398.1 LEC , en cuanto al criterio legal sobre imposición de costas en los recursos que "Cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394", es decir, se acogerá el principio de estimación objetiva, salvo que se aprecie circunstancias especiales para apartarse de él.

En atención a la desestimación íntegra del recurso de apelación interpuesto por XFERA MÓVILES SA, debe procederse a imponer a dicha parte apelante el pago de las costas en esta alzada.

En virtud de las razones expuestas, de las pruebas analizadas y de los preceptos citados se dicta el siguiente

FALLO

I.- Debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por XFERA MÓVILES SA, frente a la Sentencia de fecha 14 de noviembre de 2011, del Juzgado de lo Mercantil Nº 3 de Madrid , recaída en el proceso seguido como Juicio Ordinario nº 913/2009, resolución que se confirma íntegramente.

II.- Debemos imponer e imponemos el pago de las costas procesales generadas en el presente recurso de apelación a XFERA MÓVILES SA, en cuantía que resulte de tasación efectuada para ello.

III.- Debemos acordar y acordamos la pérdida de depósito realizado para la interposición del recurso de apelación.

Modo de impugnación.- Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, ante esta misma Audiencia, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Así por esta nuestra sentencia, que se dicta, manda y firma en el día de su fecha, de la cual se dejará testimonio en los autos de su razón, llevándose su original al libro correspondiente, y ejecutoriándose, en su caso, en nombre SM el Rey.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.