



Roj: **SAP A 1700/2009 - ECLI: ES:APA:2009:1700**

Id Cendoj: **03014370082009100270**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **8**

Fecha: **08/05/2009**

Nº de Recurso: **142/2009**

Nº de Resolución: **199/2009**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JOSE SORIANO GUZMAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

SECCION OCTAVA.

TRIBUNAL DE MARCA COMUNITARIA

ROLLO DE SALA N.º 142 ( M 25 ) 09.

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO N.º 147 / 08.

JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 2 DE ALICANTE.

**SENTENCIA NÚM. 199/09**

Itmos.:

Presidente: Don Enrique García Chamón Cervera.

Magistrado: Don Luis Antonio Soler Pascual.

Magistrado: Don Francisco José Soriano Guzmán.

En la ciudad de Alicante, a ocho de mayo del año dos mil nueve.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Itmos. Sres. arriba expresados, ha visto los presentes autos, dimanantes del procedimiento anteriormente indicado, seguidos en el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Alicante; de los que conoce, en grado de apelación, en virtud del recurso interpuesto por la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y ASOCIACIÓN DE ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES, por contracción AGEDI-AIE, apelante por tanto en esta alzada, representadas por la Procuradora D.ª IRENE ORTEGA RUÍZ, con la dirección del Letrado D. ENRIQUE MOLINA HUERTAS; siendo la parte apelada COSTA BLANCA FITNESS ESTUDIO, SL, representada por la Procuradora D.ª MERCEDES PEIDRÓ DOMENECH, con la dirección del Letrado D. JOSÉ ALBERTO FERRER PALLÁS.

#### **I - ANTECEDENTES DE HECHO.-**

PRIMERO.- En los autos referidos, del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Alicante, se dictó Sentencia, de fecha 15 de diciembre del 2008, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "DESESTIMO la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Ivorra Martínez en nombre y representación de AGEDI y AIE contra COSTABLANCA FITNESS ESTUDIOS S.L., con condena en costas a la actora."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se preparó recurso de apelación por la parte reseñada, y tras tenerlo por preparado, presentó el escrito de interposición del recurso, del que se dio traslado a las demás partes. Seguidamente, tras emplazarlas, se elevaron los autos a este Tribunal, donde fue formado el Rollo, en el que se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 30 / 4 / 09, en que tuvo lugar.



TERCERO.- En la tramitación del presente proceso, en esta alzada, se han observado las normas y formalidades legales.

## II - FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

### PRIMERO.-

La sentencia dictada en primera instancia desestima la demanda (en la que se accionaba sobre la base de los arts. 108.4 y 6, 116.2 y .3, 140 y 150, entre otros, del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996 ) con el argumento, dicho sea en síntesis, de que la demandante no ha probado, en modo alguno, que haya empleado, con fines comerciales, música procedente de autores de obras cuya gestión le corresponde, es decir, que no se ha acreditado la comunicación pública por parte de la demandada, con tales fines, siquiera de un fonograma de los gestionados por aquélla.

Contra esta decisión se alza la demandante denunciando error en la valoración de la prueba, argumentando, en esencia, que al haber reconocido la demandada que la música que se reproduce en su establecimiento de fitness procede de portales de "música libre", habría de ser ella la que acreditara que goza de licencia Copy left o similar que la autorizara a comunicar fonogramas dentro de la actividad mercantil de su gimnasio.

Ciertamente, ese argumento, sobre el que gravita el recurso interpuesto, no determina la existencia de error valoratorio alguno por parte del magistrado de lo mercantil. Éste ya razonó que no había existido la más mínima prueba por parte de la actora (incluso la testifical anunciada en la audiencia previa finalmente no se practicó con la aquiescencia de dicha parte) de la comunicación pública por la demandada de una obra cuya gestión le esté encomendada.

Este Tribunal, en la muy reciente sentencia de 30 de abril del 2009 , ha efectuado una serie de disquisiciones jurídicas acerca de la carga de la prueba en un pleito de naturaleza muy similar, en que la demandante era la SGAE, que merecen ser reproducidas, por ser de plena aplicación al caso que nos ocupa. Decíamos en dicha resolución que "Resulta difícilmente aceptable la equiparación o extensión que el apelante pretende del concepto de legitimación a una privilegiada posición en el proceso en materia probatoria ya que de ser así, legitimación implicaría, en éste y en cualquier otro caso, siempre desplazamiento de la carga probatoria cuando, como es evidente, ello carece de sustento tanto en norma especial como, desde luego, en norma general a la vista del tenor del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . El reconocimiento que la jurisprudencia, con evidente esfuerzo interpretativo de la Ley, ha hecho para facilitar la legitimación de las entidades de gestión, no tiene parámetro distinto de el de reconocerlas a los efectos de iniciar el proceso correspondiente para, en él, probar, conforme a los criterios generales del proceso probatorio, los elementos sustanciales de la pretensión que se deduce.

Es por ello que en el caso la cuestión no es jurídica, como pretende el recurrente, sino meramente probatoria. Lo que consta acreditado, porque el testimonio prestado por el mandatario de SGAE en el juicio así lo pone de manifiesto es, de un lado, la existencia de las instalaciones hábiles para efectuar la comunicación pública de obras protegidas y, de otro, una oferta de prestación del servicio ubicada sobre el autobús mismo. Pues bien, todo ello resulta notoriamente insuficiente ya que, de un lado, por lo que hace a la existencia del aparataje, ello no constituye per se presunción alguna pues, como ha señalado el Tribunal de Justicia (en el asunto C-306/05, SGAE y Rafael Hoteles S.A.) la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales -en la que generalmente participan, además del establecimiento hotelero, empresas especializadas en la venta o el alquiler de televisores- no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido de la Directiva 2001/29 , tales instalaciones posibilitan técnicamente el acceso del público a las obras radiodifundidas. Por tal motivo, la distribución de la señal por el establecimiento hotelero a los clientes alojados en sus habitaciones, efectuada por medio de televisores, constituye una comunicación al público, sin que tenga relevancia alguna la técnica que se haya utilizado para la transmisión de la señal, de donde se deduce que lo relevante está en la acreditación de la distribución de la señal pues la mera instalación no implica, necesariamente, comunicación. De hecho, en el argumento final del recurrente, relativo al significado de la tarifa, se desprende que a su entender, lo que se grava en la propia tenencia del aparataje aunque no se use cuando, en realidad, lo único que cabe gravar es la comunicación y, por tanto, la puesta a disposición del público de la señal portadora de las obras porque ello constituye en sí, la disponibilidad de las mismas como por lo demás, se desprende de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia antes indicada".

Es por ello, por lo que compartimos los razonamientos vertidos en la resolución recurrida, y desestimaremos el recurso interpuesto.

### SEGUNDO.-



De conformidad con lo establecido en los arts. 394 y 398 de la LEC ., en caso de desestimación total de un recurso de apelación, las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, sin que este tribunal aprecie que la cuestión promovida presentara serias dudas de hecho o de derecho.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación, siendo ponente de esta Sentencia, que se dicta en nombre de SM. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el Magistrado Don Francisco José Soriano Guzmán, quien expresa el parecer de la Sala.

### III - PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Que con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y ASOCIACIÓN DE ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES, por contracción AGEDI-AIE contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Alicante, de fecha 15 de diciembre del 2008 , en los autos de juicio ordinario n.º 147 / 08, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo a la parte apelante las costas de esta alzada.

Notifíquese esta sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco José Soriano Guzmán, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Certifico.

...