



Roj: **SJM M 377/2017 - ECLI:ES:JMM:2017:377**

Id Cendoj: **28079470012017100001**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/03/2017**

Nº de Recurso: **280/2013**

Nº de Resolución: **89/2017**

Procedimiento: **JUICIO ORDINARIO**

Ponente: **CARLOS NIETO DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 01 DE MADRID

C/ Gran Vía, 52 , Planta 1 - 28013

Tfno: 914930527

Fax: 914930532

42010143

NIG: 28.079.47.2-2013/0004294

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 280/2013

Materia:

Clase reparto:

NUMERO 6

Demandante:: ARTISTAS INTERPRETES O EJECUTANTES SOCIEDAD DE GESTION DE ESPAÑA (AIE)

PROCURADOR D./Dña. ROCIO BLANCO MARTINEZ

Demandado:: ITUNES S.A.R.L.

PROCURADOR D./Dña. SILVIA VAZQUEZ SENIN

SENTENCIA Nº 89/2017

En Madrid, a 31 de marzo de 2017.

Vistos por DON CARLOS NIETO DELGADO, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de esta ciudad, los presentes autos de juicio ordinario registrados con el nº 280/2013, seguidos a instancia de D^a. ROCÍO BLANCO MARTÍNEZ Procuradora de los Tribunales y de ARTISTAS INTERPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE), contra iTUNES S.A.R.L. que comparecen representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. SILVIA VÁZQUEZ SENÍN sobre PROPIEDAD INTELECTUAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Que por la referida parte actora ARTISTAS INTERPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) se dedujo demanda origen de los presentes autos contra iTUNES S.A.R.L. en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, suplicando que se tuviera por presentado dicho escrito con los documentos que acompañaba y previos los trámites legales dictara sentencia por la que:

Declare el derecho de la demandante 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 autos 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.

Declare el derecho de la demandante a ser resarcida de los daños y perjuicios que causalmente se deriven del incumplimiento de la citada obligación de pago de la remuneración establecida en el artículo 108.3 en relación con el artículo 108.6 TRLPI, cuya liquidación y ulterior determinación se reserva la demandante para un proceso ulterior conforme prevé el artículo 219.3 in fine de la LEC.

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 (o, subsidiariamente, desde la fecha de inicio de tal actividad en España, si fuere posterior a ésta) 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 las costas del presente procedimiento si llega a formular oposición.

SEGUNDO .- Que admitida a trámite la demanda, se dio traslado de ella a la parte demandada, para que en el plazo de veinte días compareciera y contestara, lo que así hizo, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimaban de aplicación y suplicando su íntegra desestimación.

TERCERO .- Se convocó a las partes a la celebración de la audiencia previa. Sin embargo, mediante decreto dictado por este Juzgado en fecha 30 de abril de 2014 se acordó la suspensión del curso de las actuaciones por plazo de SESENTA DÍAS al estar negociando las partes en vistas de alcanzar un acuerdo que no se logró. Agotado ese plazo, se solicitó otro plazo de suspensión de SESENTA DÍAS, que fue concedido por decreto de 3 de noviembre de 2014. Finalmente la audiencia previa se celebró en fecha 1 de febrero de 2016 previa reconstrucción del Tomo I de las presentes actuaciones aprobada por decreto de fecha 14 de diciembre de 2015, afirmándose las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación y solicitando se recibiera el pleito a prueba.

CUARTO .- En el acto del juicio se practicó toda la prueba admitida salvo que la que hubiera sido expresamente renunciada, y tras haber expuesto las partes oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos y haber informado sobre los argumentos jurídicos en que se apoyaban sus pretensiones, quedaron los autos conclusos y vistos para sentencia..

QUINTO .- Que en la tramitación de este expediente se ha observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se consideran probados y así expresamente se declaran los siguientes hechos:

La demandante es una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de fecha 29 de junio de 1989 (BOE núm. 171, de 19 de julio), "para ejercer los derechos de Propiedad Intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes y de sus derechohabientes, en los términos previstos en sus normas estatutarias".

En particular y conforme al apartado 2 de sus estatutos, "La gestión de la Entidad se extiende a los siguientes derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes: a) A los derechos de compensación y/o remuneración que en cualquier momento se encuentren reconocidos por el ordenamiento jurídico a los artistas intérpretes o ejecutantes, especialmente y a título enunciativo los previstos en los artículos 25 °, 108 ° y 109° del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, relativos, respectivamente, a las compensaciones equitativas por copia privada de fonogramas, videogramas y otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, y a las remuneraciones equitativas por comunicación pública de fonogramas o de reproducciones de fonogramas y de grabaciones audiovisuales, y por distribución mediante alquiler de fonogramas y de originales o copias de grabaciones audiovisuales.

Asimismo, el derecho de remuneración derivado de la puesta a disposición del público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas o en grabaciones audiovisuales, o de reproducciones de las mismas, ya sea por procedimientos alámbricos o inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos en el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija".

La demandada iTUNES S.A.R.L. es una sociedad de nacionalidad luxemburguesa inscrita en el Registro de Luxemburgo de Compañías Comerciales con el número B 101.120 y propiedad del gigante de la informática



Apple. Dicha sociedad gestiona y explota una tienda virtual que funciona a través de Internet y que permite la descarga de los archivos digitales de millones de canciones y vídeos a través de una aplicación gratuita, denominada iTunes e instalada en el ordenador de sus clientes. Los archivos digitales descargados quedan archivados en el disco duro local y pueden ser reproducidos posteriormente sin necesidad de conexión a Internet.

La entidad demandante ha dirigido escritos de reclamación a la demandada en fecha 7 de octubre de 2009, 16 de febrero de 2010, 3 de diciembre de 2010 y 19 de enero de 2011 reclamando el pago de la remuneración equitativa por los actos desplegados por la demandada de puesta a disposición del público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas o en grabaciones audiovisuales, o de reproducciones de las mismas, ya sea por procedimientos alámbricos o inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos en el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

En la contestación remitida por D. Ovidio , Director General de iTUNES S.A.R.L. en fecha 27 de enero de 2011 se admitía que esta última sociedad es la "responsable del desarrollo de iTunes Store en Europa" y se aceptaba iniciar una negociación al objeto de "comprender qué remuneración consideran adecuada y la justificación de su cuantía".

Ante el nulo avance de esa negociación la demandante remitió un requerimiento formal en fecha 8 de junio de 2011 al objeto de que fuera reconocido que los actos de descarga de fonogramas son actos de comunicación pública en la modalidad de puesta a disposición de los previstos en los artículos 20.1 , 20.2.i) y concordantes TRLPI , que tales actos están sujetos, sin perjuicio de a otros Derechos de Propiedad Intelectual, al pago de la remuneración equitativa establecida en el artículo 108.3 TRLPI y a efectuar el pago de la indicada remuneración equitativa desde el inicio de la actividad de puesta a disposición con arreglo a las tarifas generales de la Entidad de Gestión, tomando como base los ingresos obtenidos directa o indirectamente por los actos de puesta a disposición de fonogramas a usuarios situados en España. Ese requerimiento fue reiterado en fecha 14 de octubre de 2011.

En una nueva misiva de la demandada de fecha 24 de junio de 2011 el Director General de iTunes S.à.r.l D. Ovidio admitía que "iTunes Store es desarrollado por iTunes Sarl, con domicilio social en 8 rue Heinrich Heine, L-1720 de Luxemburgo, Luxemburgo. Cualquier aspecto relacionado con la distribución de música vía iTunes Store debe ser remitido a esta empresa, la cual posee toda la información necesaria a tal efecto". En una segunda carta de fecha 2 de noviembre de 2011 firmada nuevamente por D. Ovidio se alegaba como motivo de oposición a la reclamación las dudas sobre la compatibilidad del artículo 108 del TRLPI con el contenido de la Directiva 2001/29 así como la libre circulación de productos y servicios, se informaba de la inminente presentación por el Juzgado mercantil núm. 7 de Madrid de una cuestión prejudicial en otro procedimiento paralelo iniciado por la AIE contra un tercer servicio y se interesaba que cualquier negociación quedara suspendida hasta que resolviera el TJUE.

En fecha 24 de mayo de 2012 la demandante presentó solicitud de mediación ante la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, interesando el emplazamiento de la demandada a través de APPLE MARKETING IBERIA, SOCIEDAD ANÓNIMA UNIPERSONAL del mismo grupo que iTUNES S.A.R.L. y dominadas ambas por APPLE INC. APPLE MARKETING IBERIA contestó mediante un escrito recibido en fecha 16 de julio de 2012 por la Comisión de Propiedad Intelectual que las sucesivas comunicaciones fueran dirigidas a iTUNES S.A.R.L. Tras haberse verificado dicha comunicación conforme a lo pedido, en fecha 18 de septiembre de 2012 con la concesión de un plazo de quince días para que se pronunciara al respecto, ante el silencio de iTUNES S.A.R.L. la Comisión de Propiedad Intelectual entendió que se había producido el rechazo a someterse a la mediación, no siendo procedente la apertura de dicho procedimiento.

Los anteriores hechos han quedado debidamente acreditados con la documentación acompañada por la demandante al escrito de demanda.

SEGUNDO .- El artículo 108.1 del TRLPI establece que "corresponde al artista intérprete o ejecutante el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública: (...) b) de las fijaciones de sus actuaciones, mediante la puesta a disposición del público, en la forma establecida en el artículo 20.2.i)." La autorización deberá otorgarse por escrito. Cuando el artista intérprete o ejecutante celebre individual o colectivamente con un productor de fonogramas o de grabaciones audiovisuales contratos relativos a la producción de éstos, se presumirá que, salvo pacto en contrario en el contrato ha transferido su derecho de puesta a disposición del público a que se refiere el citado apartado 1.b). Ahora bien, prosigue el apartado 3 del mismo precepto que el artista intérprete o ejecutante que haya transferido o cedido a un productor de fonogramas o de grabaciones audiovisuales su derecho de puesta a disposición del público a que se refiere el repetido apartado 1.b), respecto de un fonograma o de un original o una copia de una grabación audiovisual, conservará el derecho irrenunciable a obtener una remuneración equitativa de quien realice tal puesta a disposición. Estas previsiones deben ser



integradas con lo dispuesto en el artículo 20.2.i) del TRLPI, que considera actos de comunicación pública "la 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."; y con el apartado 6 del artículo 108 del TRLPI, el cual establece que "el derecho a las remuneraciones a que se refieren los apartados 3, 4 y 5 se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. La efectividad de los derechos a través de las respectivas entidades de gestión comprenderá la negociación con los usuarios, la determinación, la recaudación y la distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquéllos."

La Asociación "Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España" (AIE), entidad de gestión colectiva autorizada en virtud de O.M. del Ministerio de Cultura de 29 de Junio de 1989 (BOE núm. 171, de 19 de Julio) para ejercer la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes y de sus derechohabientes, en los términos previstos en sus normas estatutarias y, en consecuencia, también para la gestión "del derecho de remuneración derivado de la puesta a disposición del público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas o en grabaciones audiovisuales, o de reproducciones de las mismas, ya sea por procedimientos alámbricos o inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos en el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija" (artículo 4.2.a) segundo párrafo de sus Estatutos), promueve demanda de juicio ordinario contra la mercantil iTunes S.à.r.l.

La legitimación activa de la demandante para la interposición de la presente reclamación está clara, como así resulta del artículo 150 del TRLPI ("Las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales"). Dicha legitimación se ha acreditado en las presentes actuaciones (documentos 2 y 3 de la demanda), todo ello en la forma prevenida en el apartado 2 del mismo precepto ("para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente"). Dicha legitimación activa ha sido además reconocida por la demandada fuera del proceso en las largas negociaciones que han precedido a la interposición de la presente demanda (y que han proseguido durante las suspensiones pedidas una vez iniciado el procedimiento), por lo que no parece que pueda ya cuestionarse.

Por su parte, la sociedad luxemburguesa iTunes S.à.r.l, perteneciente al grupo de la multinacional Apple, es responsable de la explotación de la tienda de música en formato digital iTunes Store, accesible a través del programa iTunes instalado localmente en los dispositivos de acceso a Internet de sus clientes, en los términos que han quedado expuestos en la relación de hechos probados. Dicha sociedad lleva a cabo los actos de comunicación pública, en la modalidad conocida como "puesta a disposición interactiva" prevenidos en los artículos 20.2.i), 108.1.b). La demandada no controvierte en el escrito de contestación a la demanda ni su legitimación pasiva como responsable de la gestión y explotación de la citada tienda virtual (que además ha reconocido con reiteración fuera del proceso); ni tampoco que su modelo de negocio incluya la efectiva realización de actos de comunicación pública, en la modalidad de puesta a disposición interactiva, subsumibles en los preceptos reproducidos al inicio del presente Fundamento Jurídico.

La parte demandada básicamente centra su defensa en la tesis de que el artículo 108 del TRLPI español contradice la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información; e insiste de manera vehemente en la necesidad de que por este órgano se plantee una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE para que así sea determinado. Exactamente las mismas pretensiones que hace valer la demandada en este procedimiento han sido ya analizadas por dos veces por el órgano de apelación de este Juzgado, concretamente por la Sentencia de la Sección 28ª Especializada Mercantil de la A.P. de Madrid de fecha 2 de marzo de 2015 y por la Sentencia también de esa misma Sección de fecha 24 de julio de 2015.

Principalmente en la primera de esas dos resoluciones, la entidad BUONGIORNO MYALERT, S.A. había planteado la misma contradicción de las normas de nuestro derecho interno anteriormente citadas con el Derecho de la Unión Europea y la imperativa necesidad de que fuera planteada idéntica cuestión prejudicial; elevando incluso la negativa a hacerlo a una vulneración constitucional del Derecho a la tutela judicial efectiva. El vigente artículo 267 del TFUE establece dos alternativas distintas en el planteamiento de cuestiones prejudiciales: a) Que el Juez nacional cuyas decisiones sean susceptibles de ulterior recurso considere necesario, para poder emitir su fallo en un procedimiento pendiente ante dicho órgano, un pronunciamiento sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, en cuyo caso dicho órgano está facultado para promover la cuestión prejudicial, pero no está obligado



a hacerlo; y b) Que el Tribunal nacional ante el que penda el procedimiento y deba dictar ese mismo fallo pertenezca a la categoría de órganos contra cuyas decisiones no cabe ulterior recurso, en cuyo caso si considera necesario ese pronunciamiento interpretativo está obligado a plantear la cuestión.

En el presente caso, el titular de este órgano no alberga la menor duda sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de la regulación recogida en el párrafo primero de este Fundamento Jurídico, por lo que considera totalmente improcedente el planteamiento de la cuestión prejudicial que se solicita. Abreviadamente, esa compatibilidad ha sido analizada y validada por el órgano de apelación de las decisiones de este Juzgado e incluso puede inferirse de otros documentos emitidos desde diversas instancias europeas, como por ejemplo el «Libro Verde sobre la distribución en línea de obras audiovisuales en la Unión Europea: oportunidades y problemas en el avance hacia un mercado único digital» [COM(2011) 427 final] o bien el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre la distribución en línea de obras audiovisuales en la Unión Europea: oportunidades y problemas en el avance hacia un mercado único digital» [COM(2011) 427 final].

La parte demandada, a pesar de la profusión de documentos aportados y la complejidad de sus argumentos y defensas, no ha sido capaz de aportar ni un solo testimonio que valide la tesis de que, con la promulgación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, se quiso prohibir la posibilidad de que el denominado "derecho de comunicación pública por puesta a disposición interactiva" fuera en los respectivos ordenamientos nacionales confiado a las entidades de gestión colectiva y se articulase a través de un derecho de remuneración.

Es más, en los dos documentos oficiales de la Unión Europea que anteriormente hemos citado, se recoge expresamente que esa posibilidad está admitida en varios países europeos ("Solo *algunos Estados miembros* , como España, proporcionan una remuneración equitativa a los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, a fin de garantizar que reciban una parte proporcional de las ganancias por la explotación de sus interpretaciones o ejecuciones artísticas", en fragmento literalmente reproducido del Libro Verde); planteándose en ambos la conveniencia de extender esa misma regulación imperativamente, como un estándar del Derecho europeo armonizado (y ello sin perjuicio del debate que para ello se juzga necesario y de los inconvenientes que obviamente el Legislador europeo debe ponderar a la hora de imponer este tipo de regulaciones). Ningún documento preparatorio, dictamen o informe emitido en el trámite de aprobación de la Directiva 2001/29/CE demuestra que el Legislador europeo quisiera vedar la posibilidad de que los Derechos nacionales encomendaran a las entidades de gestión colectiva la recaudación de una remuneración específica por los actos de comunicación pública consistentes en la puesta a disposición interactiva. Y es más, los comentarios doctrinales sobre dicho texto en nuestro país (R. Casas, "La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España", descargable en formato digital en <http://www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf>) no ponen de manifiesto que la gestión colectiva de esos derechos contradiga los designios del Legislador europeo. Significar que el Legislador europeo ha tenido posteriormente la posibilidad de clarificar la cuestión con motivo de la aprobación de la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior y sin embargo la cuestión planteada por la demandada (la improcedencia de la gestión colectiva obligatoria para el derecho de comunicación pública por puesta a disposición interactiva con anterioridad a su aprobación) queda omitida en ella.

Sin embargo, volviendo de nuevo a las resoluciones dictadas por el órgano de apelación de esta instancia y en particular a la Sentencia de la Sección 28 Especializada Mercantil de la A.P. de Madrid 2 de marzo de 2015, en el Fundamento Jurídico Segundo se da cumplida respuesta a todas las cuestiones jurídicas planteadas por la demandada (compatibilidad del artículo 108 del TRLPI con la Directiva 2001/29/CE, ausencia de violación de ninguna libertad comunitaria, inexistencia de doble plago), en los términos que, por su claridad expositiva y la profundidad del análisis esta sentencia considera oportuno reproducir:

La Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, sobre determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DDASI) supuso la adaptación de los derechos de autor y derechos afines a las nuevas exigencias de la sociedad de la información y al desarrollo de la tecnología digital. Con ello se pretendía, entre otros fines, que los actos de explotación a través de las nuevas tecnologías quedasen correctamente delimitados. Los avances tecnológicos permitían que una obra o prestación almacenada de forma digital se pusiera a disposición de personas interesadas de forma interactiva, es decir, de manera que pudiesen acceder a la obra y solicitar su transmisión "a la carta" desde el lugar y el momento que elijan. Se trata de nuevas formas de explotación que debían estar debidamente contempladas.



Por eso los Tratados de la OMPI pretendían completar las disposiciones vigentes relativas al derecho de comunicación pública para que la protección de los derechos de autor y derechos afines respondiesen mejor a esas nuevas formas de explotación. De este modo, el artículo 8 del Tratado sobre Derecho de Autor establece que el derecho de comunicación al público incluye la puesta a disposición de obras por medios alámbricos e inalámbricos de tal forma que cualquier persona pueda acceder a la misma desde el lugar o en el momento en que ella misma elija. Y para los intérpretes y productores de fonogramas el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, en sus artículos 10 y 14, introduce el derecho exclusivo de puesta a disposición.

La DDASI tuvo en cuenta los citados Tratados. De este modo, en sus considerandos establece lo siguiente:

(15) La Conferencia Diplomática celebrada en diciembre de 1996 bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) llevó a la adopción de dos nuevos Tratados, el "Tratado de la OMPI sobre derechos de autor" y el "Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas", que versan respectivamente sobre la protección de los autores y sobre la protección de los intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas. Estos Tratados actualizan de forma significativa la protección internacional de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor, incluso en relación con la denominada "agenda digital", y mejoran los medios para combatir la piratería a nivel mundial. La Comunidad y la mayoría de los Estados miembros han firmado ya dichos Tratados y se están tomando las oportunas disposiciones para la ratificación de los mismos por la Comunidad y los Estados miembros. La presente Directiva está destinada también a dar cumplimiento a algunas de las nuevas obligaciones internacionales.

La Directiva muestra su preocupación por la inseguridad jurídica que pueda derivarse de los actos de transmisión a la carta, a través de redes, de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas por derechos afines a los derechos de autor, en cuanto a su naturaleza y nivel de protección. Por

La transposición de la Directiva se efectuó por medio de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Según refiere su Preámbulo, en consonancia con la Directiva 29/2001, se reconoce un nuevo derecho exclusivo de puesta a disposición interactiva para los artistas intérpretes o ejecutantes y para las entidades de radiodifusión, y se mantiene para aquéllos el derecho de remuneración por esta modalidad de comunicación pública cuando tenga lugar su cesión al productor.

En la redacción anterior ya se contemplaba para los artistas intérpretes y ejecutantes el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de sus actuaciones, salvo cuando dicha actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión o se realice a partir de una fijación previamente autorizada (artículo 108.1 LPI) y una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, entre los cuales se efectuaría el reparto de la misma, a satisfacer por 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 (artículo 108.2).

Este mismo modelo se sigue con el vigente artículo 108 LPI tras la Ley 23/2006. Correlativamente se reconoce un derecho de remuneración en el artículo 108.4 LPI (anterior 108.2 LPI).

Según la redacción del artículo 108.1 LPI anterior a la Ley 23/2006, no era posible ejercer el derecho de exclusiva cuando se trate de comunicar públicamente una actuación ya fijada (en fonograma o en grabaciones audiovisuales). El derecho se entiende transmitido al productor al autorizar la fijación. Se recoge en este aspecto el artículo 8º.1 de la Directiva 92/100 referido a la comunicación al público de una actuación ya fijada. El consentimiento para la fijación (o radiodifusión) ya conlleva la autorización para cualquier comunicación pública ulterior o secundaria.

Respecto a los artistas intérpretes o ejecutantes, el nuevo artículo 108.1.b) TRLPI establece que corresponde al artista intérprete o ejecutante el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de las fijaciones de sus actuaciones mediante la puesta a disposición del público, en la forma establecida en el artículo 20.2.i) TRLP. El apartado segundo de este mismo precepto establece que cuando el artista intérprete o ejecutante celebre individual o colectivamente con un productor de fonogramas o grabaciones audiovisuales contratos relativos a la producción de éstos, se presumirá que, salvo pacto en contrario en el contrato y a salvo del derecho irrenunciable a la remuneración equitativa contemplado en el tercer apartado, ha transferido su derecho de puesta a disposición del público. Y el citado apartado tercero de dicho precepto añade que el artista intérprete o ejecutante que haya transferido o cedido a un productor de fonogramas o de grabaciones audiovisuales su derecho de puesta a disposición conservará el derecho irrenunciable a obtener una remuneración equitativa de quien realice tal puesta a disposición.

Los derechos de remuneración se contemplaban ya en el Convenio de Roma de 1961, en el artículo 15 TOIEF y en el art. 8º.2 de la Directiva 92/100/CEE (actual 2006/115/CE).



En el caso concreto de la puesta a disposición, tras la reforma de 2006 se respeta estrictamente la Directiva 2001/29, en cuanto conserva el titular el derecho de exclusiva, derecho que se presume cedido al productor. En estos supuestos se da origen a un derecho de remuneración. El tratamiento dispensado es el mismo que el que ofrecía la Directiva 92/100 para el derecho de alquiler en el sector audiovisual.

Se añade sin embargo la presunción de cesión de los derechos al productor y el reconocimiento de un derecho de remuneración en estos casos.

Esta protección añadida no supone contradicción alguna con la Directiva.

La propia Directiva 2001/29 dice en su Preámbulo que se basa en los principios y normas de Directivas anteriores, entre ellas la Directiva 92/100. Esta Directiva no impedía que los Estados miembros pudieran establecer a favor de los titulares de derechos afines a los derechos de autor una protección mayor. El tratamiento que recibe el derecho de puesta a disposición es el mismo que el previsto en la Directiva 92/100 para el derecho de alquiler en el sector audiovisual. La Directiva 92/100 contemplaba la cesión (artículo 4) lo que suponía conservar un derecho de remuneración y permitía aplicar estas mismas soluciones al derecho de comunicación al público (artículo 2º.7 Directiva 92/100).

Como vemos, la solución que se ha seguido en lo no previsto en la Directiva 2001/29 es la misma que ya contemplaba la Directiva 92/100.

No es contrario a la Directiva 2001/29 que se contemple una presunción de cesión del derecho de exclusiva y correlativamente se de origen a un derecho de remuneración equitativa.

La armonización, como señala la Directiva 2001/29, sirve a los objetivos del mercado interior, pero ello no supone que una materia no armonizada en la que un Estado establece una más amplia protección resulte contraria a la misma.

La STJUE de 9 de febrero de 2012 ("Luksan", apartados 77, 85, 86) considera acorde con el Derecho de la Unión una norma que establezca la presunción de cesión contractual y permite aplicar la presunción de la Directiva 92/100 a cualquier otro derecho de comunicación al público mediante puesta a disposición (siempre que se permita el pacto en contra). La sentencia afecta al sector audiovisual, pero sus considerandos permiten sentar un criterio más amplio.

El derecho de remuneración equitativa y única se analizó en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2010 en relación a la comunicación pública de grabaciones audiovisuales. En ese caso se dudaba de la compatibilidad, conforme a lo dispuesto en la Directiva 92/100, entre el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de grabaciones audiovisuales y un derecho de remuneración a favor de artistas intérpretes o ejecutantes junto con productores audiovisuales, o en solitario para los artistas intérpretes o ejecutantes, en cuanto la Directiva 92/100 no reconoce derecho alguno a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes en el caso de comunicación pública de grabaciones audiovisuales.

El Tribunal Supremo rechazó el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE puesto que el derecho a una remuneración equitativa y única reconocido en el art. 8.2 de la Directiva 92/100, a repartir entre productores y artistas, se refiere únicamente a los fonogramas, no a las grabaciones audiovisuales, por lo que no sería pertinente plantear ante el TJUE una cuestión prejudicial "ajena al ámbito de dicha Directiva" y realiza a continuación unas observaciones que son relevantes en lo que nos ocupa:

3ª.- El preámbulo de la propia Directiva considera expresamente "que los Estados miembros pueden establecer a favor de los titulares de derechos afines a los derechos de autor una protección mayor que la prevista en el artículo 8 de la presente Directiva", lo cual está en consonancia con la consideración previa de ser "necesario establecer un régimen que garantice de manera irrenunciable una remuneración equitativa para autores y artistas intérpretes y ejecutantes, quienes deberán tener la posibilidad de confiar la administración de este derecho a entidades de gestión colectiva que los representen". Por tanto, incluso en el ámbito de los fonogramas, la Directiva de que se trata admite que los Estados miembros dispensen a los artistas intérpretes o ejecutantes una protección mayor, como declara la sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 2009 (rec. 2157/03) en su fundamento jurídico quinto.

4ª.- La tendencia del Derecho de la Unión a proteger los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes se advierte en la Directiva 2006/115 / CE del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, la cual deroga la Directiva 92/100/CEE y establece en su art. 5 un derecho irrenunciable de aquellos, encomendable a las entidades de gestión colectiva, a obtener por el alquiler de fonogramas o películas una remuneración equitativa aunque hayan cedido o transferido al productor su derecho de alquiler.

Y, además de las cuestiones expuestas, la anterior Sentencia de 18 de febrero de 2009 se refería también a la gestión colectiva obligatoria en relación a la citada Directiva 92/100 en términos que son aquí también aplicables:



Es cierto también que la Directiva 92/100/CEE establece un derecho irrenunciable a una remuneración equitativa en los casos de alquiler de fonogramas o de películas y que no obliga a que esta remuneración se gestione por entidades de gestión colectiva, sino que faculta a los artistas intérpretes o ejecutantes a hacerlo contractualmente o a encomendar su gestión a entidades de gestión colectiva. Sin embargo, resulta indudable también que la expresada Directiva permite a los Estados establecer un sistema de gestión obligatoria de tal naturaleza en relación con el caso directamente contemplado en ella, es decir, en relación con la remuneración equitativa en los casos de alquiler de fonogramas o de películas y es cierto también, como destaca la parte recurrida, que la expresada Directiva permite a los Estados miembros establecer un nivel de protección de los derechos de autor superior a la contemplada en la misma. No es lícito, pues, en buena lógica, deducir que impide establecer un derecho a una remuneración equitativa por otros derechos de autor cuando lo justifique su naturaleza y, a criterio del legislador estatal, la necesidad de lograr una razonable efectividad en su gestión.

Recordemos que la propia Directiva 2001/29 dice en su Preámbulo que se basa en los principios y normas de Directivas anteriores, entre ellas la Directiva 92/100.

Debemos también rechazar el tratamiento que la recurrente ofrece del derecho de remuneración como si se tratase de un doble pago. El Tribunal Supremo, en la última sentencia citada y al referirse a la necesidad de asegurar su efectividad, al carácter irrenunciable y la gestión colectiva, destaca que " el carácter irrenunciable del derecho a la remuneración equitativa no se funda en la imposibilidad abstracta de establecer pactos sobre ella, sino en la necesidad de garantizar su efectividad. El legislador estima que esta remuneración sólo puede verse garantizada mediante una gestión de carácter colectivo. Este modo de gestión es incompatible con una negociación individual por parte de los artistas, intérpretes o ejecutantes. Esta haría imposible el cálculo –razón por la cual se atribuye una legitimación colectiva, sobre la que ha insistido la jurisprudencia de esta Sala, a las sociedades de gestión–. es incompatible también con la posibilidad de que aquellos artistas, intérpretes o ejecutantes que se hallen en una situación de inferioridad frente a la productora en el momento de la contratación puedan renunciar a los expresados derechos; y con la falta de previsibilidad de éstos, que se desenvuelven en gran medida en relación con acontecimientos inciertos en el futuro y dependientes del éxito en la explotación de la obra, del que se privaría, en algunos casos de manera sustancial, a estos titulares de derechos afines, en franca contradicción con el propósito del legislador y con los principios que informan la economía del arte en el mundo actual."

El derecho de remuneración no constituye ningún doble pago, como pretende la recurrente, sino un medio de garantizar la participación económica de los artistas en relación a los actos de explotación.

Por otra parte el hecho de que no se haya armonizado el derecho de remuneración no implica que por ello se vulnere la libre prestación de servicios. La armonización, como dice la Directiva 2001/29, sirve a los objetivos del mercado interior, pero ello no supone que una materia no armonizada en la que un Estado persigue una más amplia protección resulte contraria a la libre prestación de servicios. El establecimiento de un derecho de remuneración se encuentra plenamente justificado. Es más, de la jurisprudencia se desprende que una restricción de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado puede justificarse concretamente en la protección de derechos de propiedad intelectual (STJUE de 4 de octubre de 2011 y las sentencias que cita de 18 de marzo de 1980, Coditel y otros, «Coditel I», 62/79 , Rec. p. 881 , apartados 15 y 16 , y de 20 de enero de 1981, Musik-Vertrieb membran y K-tel International, 55/80 y 57/80 , Rec. p. 147, apartados 9 y 12).

Más recientemente la STJUE de 27 de febrero de 2014, C-351/12 , reitera (70-72) que la restricción a la libre prestación de servicios puede justificarse para garantizar la realización del objetivo de interés general que persigue y no vaya más allá de lo necesario para lograrlo. Añade que la protección de los derechos de propiedad intelectual constituye una de esas razones imperiosas de interés general.

Sobre el supuesto doble pago, y prescindiendo de la finalidad por la que se establece el derecho, la recurrente acaba por considerar que la remuneración resulta contraria a la libre prestación de servicios. Hemos de añadir que la propia Comisión ya ha destacado su finalidad al referirse al derecho de remuneración en relación a las obras audiovisuales en el Libro Verde sobre la distribución en línea de obras audiovisuales en la Unión Europea: oportunidades y problemas en el avance hacia un mercado único digital, de 13 de julio de 2011, COM(2011):

4.2. Remuneración de los artistas intérpretes o ejecutantes por la explotación en línea

Al igual que en el caso de los autores de obras audiovisuales, en la mayoría de los países de la UE los derechos económicos exclusivos de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, incluido el derecho de «puesta a disposición» para el uso interactivo en línea, habitualmente se transfieren por adelantado al productor, según las obligaciones legales o contractuales, a cambio de una suma a tanto alzado. Solo algunos Estados miembros, como España, proporcionan una remuneración equitativa a los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, a fin de garantizar que reciban una parte proporcional de las ganancias por la explotación de sus interpretaciones o ejecuciones artísticas. (énfasis añadido).



Respecto a la doctrina que cita la recurrente hemos de precisar que el hecho de que se pongan de manifiesto las novedades que introduce la reforma operada por medio de la Ley 23/2006 no supone que dichas novedades sean contrarias a la Directiva. Es más, la cita parcial e interesada que se efectúa en el recurso acaba por tergiversar por completo las opiniones doctrinales. Así, la recurrente cita a SÁNCHEZ ARISTI (Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual , coor. R. Bercovitz, Tecnos, 2007, p. 1472) como muestra de la doctrina acerca de "la falta de conformidad de nuestro régimen de puesta a disposición de los artistas con el Derecho comunitario". A continuación del texto que reproduce el recurso, el mencionado autor se refiere a que la Directiva 92/100 preveía tanto la posibilidad de cesión del derecho de alquiler al productor como el efecto de que tal cesión comportará la conservación de un derecho de remuneración equitativa y añade que el artículo 2.7 de la Directiva 92/100 admitía que los Estados miembros dispongan que tales previsiones se apliquen, mutatis mutandis , a los otros derechos comprendidos en el Capítulo II, esto es, los de fijación, reproducción, radiodifusión y comunicación pública. Añade que, en cuanto transposición de la Directiva 92/100, esto tal vez habilitaría al legislador español a introducir el mecanismo de cesión presunta que ha previsto el artículo 108.2 LPI combinado con el derecho de simple remuneración del artículo 108.3 LPI . Ya nos hemos referido a la jurisprudencia del TJUE sobre la cesión de derechos, pero lo que interesa destacar aquí son las conclusiones que extrae SÁNCHEZ ARISTI, que son mutiladas por la recurrente hasta alterar por completo el sentido de su opinión, que es la siguiente, expresada como conclusión sólo diez líneas más abajo (op. cit, p. 1473):

" En cualquier caso, no creo que resulte contrario a la Directiva 2001/29/CE [con independencia de que podría ser acorde con la Directiva 92/100/CEE], instaurar esa presunción de cesión del derecho de puesta a disposición del público de los artistas del artículo 108.2, a cambio de que éstos conserven el derecho a obtener una remuneración equitativa por dicha forma de explotación de las fijaciones de sus actuaciones. Dicha remuneración equitativa, dicho sea de paso, deberá hacerse efectiva a través de entidades de gestión, tal y como ordena el artículo 108.6 LPI ".

Es más, en nota a pie de página añade el citado autor que en este mismo sentido se manifiesta RODRÍGUEZ TAPIA en su obra La Ley de Propiedad Intelectual. Tras las reformas efectuadas por la Ley 19/2006, de 5 de junio, y 23/2006, de 7 de julio , Aranzadi, 2006, pg. 40, "quien no solo no ve contradicción entre el mecanismo ideado por la Ley 23/2006 y la Directiva de cuya transposición se trataba, sino que considera que ese sistema de presunción de cesión puede tener «sentido y cierto grado de razonabilidad en el modo de contratación de artistas por productores»".

La Sala considera que la cita de un autor como ejemplo de todo lo contrario de lo que el autor sostiene es una actuación contraria a las reglas de la buena fe procesal que debe inspirar la actuación de las partes en el ejercicio del derecho de defensa.

El recurso se refiere también al Dictamen del Consejo de Estado emitido en el expediente 187/05, de 10 de marzo de 2005, relativo al Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril.

El Dictamen, tras referirse a que el esquema retributivo de los artistas comporta una suerte de doble pago (lo cual ya hemos rechazado atendiendo a la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y a la opinión de la Comisión Europea), matiza esta afirmación del siguiente modo:

"Con todo, esta previsión resulta comprensible dentro del modelo retributivo que la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 estableció en su día para los actos de comunicación pública de los fonogramas y grabaciones audiovisuales. En efecto, pese a que la finalidad natural que persigue un artista intérprete o ejecutante con la producción de un fonograma o grabación audiovisual es su comunicación al público, y pese a que, por ello, la remuneración por esa comunicación pública debiera estar incluida en el precio del contrato de producción, la normativa vigente ha optado por reconocer a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho a recibir, además de la cantidad que le abone el productor del fonograma o grabación audiovisual, una remuneración adicional a cargo de los usuarios del fonograma o de la grabación audiovisual que realicen actos de comunicación pública. Así, por ejemplo, en el caso de la comunicación pública de fonogramas, los artículos 108.4 y 116.2 de la Ley de Propiedad Intelectual , según la redacción dada por el anteproyecto de Ley (artículo único, apartados nueve y catorce) -que es la misma que en 1996 con alguna precisión derivada de la necesaria concordancia entre artículos-, dicen lo siguiente: [...]"

Y concluye de este modo:

"Así las cosas, el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a percibir -además de la cantidad pactada en el contrato de producción- una remuneración por los actos de comunicación pública y, más concretamente, por los actos de puesta a disposición interactiva , encaja en el esquema legal vigente desde el año 1996. Una remuneración que, en todo caso, deberá ser recaudada por las entidades de gestión de derechos de propiedad



intelectual, como ya decía el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 y mantiene ahora el nuevo artículo 108.6, en la redacción dada por el anteproyecto de Ley (artículo único, apartado nueve): [...]"

Como es evidente, el Dictamen no sostiene por ninguna parte que el modelo instaurado en relación a los derechos de artistas intérpretes o ejecutantes sobre actos de puesta a disposición resulte contrario a la Directiva que se pretende transponer.

Cita también el recurso la Comunicación de la Comisión Europea sobre "La gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior", de 16 de abril de 2004, en cuanto corrobora que no es posible "convertir" el derecho de puesta a disposición en un derecho de remuneración.

Nuevamente se altera por completo el sentido del texto que se cita, que se refiere a una "conversión" del derecho de puesta a disposición cuando el modelo que instaura la Ley 23/2006 en absoluto contempla conversión alguna, sino que respeta estrictamente el ámbito de armonización de la Directiva.

La Comunicación se refiere, en lo que aquí interesa, a si el legislador comunitario debería procurar que se concedieran con mayor frecuencia autorizaciones comunitarias. En este contexto valora distintas opciones y señala lo siguiente:

Otra posibilidad podría ser intentar reducir los derechos exclusivos de comunicación al público y de puesta a disposición a un derecho de remuneración sujeto a una gestión colectiva obligatoria (lo que presupone un funcionamiento eficaz de las sociedades de gestión colectiva). Esta opción, sin embargo, no parece posible, puesto que la Directiva 2001/29/CE y los «Tratados Internet» de la OMPI sobre derecho de autor y sobre interpretación y fonogramas (WCT y WPPT) establecen y armonizan estos derechos para los autores, y el derecho de puesta a disposición también para los titulares de derechos afines, como derechos exclusivos.

Hemos de reiterar que el derecho exclusivo no desaparece ni se convierte o transforma de ningún modo, como parece que pretende la parte recurrente, y que el legislador ha sido estricto en la transposición de la Directiva 2001/29. Lo que se plantea la Comunicación es la supresión del derecho de exclusiva, lo que descarta en cuanto se encuentra armonizado.

El propio Dictamen del Consejo de Estado, antes citado, venía a reconocerlo:

El artículo 3.2 de la Directiva 2001/29/CE reconoce el derecho exclusivo de puesta a disposición interactiva, como una manifestación del derecho de comunicación pública en formato digital, no solamente a los autores, sino también a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas, a los productores de grabaciones audiovisuales y a los organismos de radiodifusión. De modo coherente, el anteproyecto de Ley reconoce originariamente este derecho a los artistas intérpretes o ejecutantes, en la nueva redacción del artículo 108.1 de la Ley de Propiedad Intelectual (según el artículo único, apartado nueve, del texto proyectado), y a las entidades de radiodifusión, en la nueva redacción del artículo 126.1.c) de la Ley de Propiedad Intelectual (según el artículo único, apartado veinte del texto proyectado).

Por otra parte la misma Comunicación que cita la recurrente, al referirse en su primer apartado al "Contexto y características principales de la gestión de los derechos", contempla expresamente tanto el derecho de remuneración como la gestión colectiva:

1.1.1. "[...] En los casos en que los derechos no puedan hacerse valer frente a particulares y en los que la gestión individual no sería adecuada, dado el número y tipo de utilizaciones posibles, se otorga en su lugar a los titulares un derecho de remuneración. [...] Los derechos de remuneración suelen ser gestionados por sociedades de gestión colectiva que actúan como administradoras de los titulares."

1.1.2 "Por lo que se refiere a la gestión colectiva de los derechos, en muchos casos las Directivas del acervo incluyen referencias a la gestión por sociedades de gestión colectiva, pero, una vez más, sin abordar las condiciones de la gestión de derechos propiamente dicha."

Y sobre el marco jurídico de la gestión colectiva añade:

3.2.1 [...] La Directiva 2001/29/CE sobre el derecho de autor en la sociedad de la información no menciona la gestión colectiva en su articulado. Sin embargo, en relación con el derecho de puesta a disposición, el considerando 26 trata de la conveniencia de fomentar acuerdos de licencia colectiva para facilitar el pago de los derechos relativos a servicios a la carta por organismos de radiodifusión de sus producciones de radio o televisivas que incluyan música de fonogramas comerciales como parte integrante de las mismas. Finalmente, de sus considerandos 17 y 18 también se desprende el hecho de que la gestión colectiva es importante para la Directiva.

Nos remitimos además a lo ya expuesto en relación al Libro Verde sobre la distribución en línea de obras audiovisuales en la Unión Europea.



Resulta sorprendente que el recurso pretenda que la falta de mención en la Directiva del sistema de gestión suponga que la previsión contenida en el artículo 108.6 LPI resulta contraria a la Directiva.

Se trata de una materia no armonizada en lo que nos ocupa. Por eso el Libro Verde citado, al plantearse la armonización en lo que se refiere al derecho de remuneración y a su gestión, señala lo siguiente: (4.2)

Podría argumentarse que los artistas intérpretes o ejecutantes también deberían aspirar, de forma armonizada, al derecho irrenunciable a una remuneración de la que podrían beneficiarse incluso después de haber transferido su derecho exclusivo de «puesta a disposición». Este derecho también podría ser recaudado obligatoriamente por las entidades de gestión colectiva. También en este caso deben considerarse otros medios para garantizar que los artistas intérpretes o ejecutantes puedan negociar a título individual o colectivo una remuneración adecuada.

Y por último haremos mención al carácter obligatorio de la gestión, de lo que el recurso pretende sin más deducir que dicho carácter resulta contrario al artículo 12.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y al artículo 11.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, referidos ambos a la libertad de asociación, con cita también de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

El argumento en primer lugar resulta contradictorio con el hecho de que la propia Unión Europea establezca en normas de Derecho derivado la gestión colectiva obligatoria (Directiva 93/83) o en aquellos casos en que no se impone pero se establece tal opción (Directiva 92/100 - hoy 2006/115 -, Directiva 2001/84).

En la doctrina (MARÍN LÓPEZ, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Coor. R. Bercovitz, Tecnos, 2007, p. 1911) se ha considerado que "Un sistema de gestión obligatoria no incide para nada, en cambio, en el derecho fundamental de asociación garantizado por el artículo 22.1 CE, en cuanto que el titular de los derechos de propiedad intelectual cuya administración viene legalmente confiada a las entidades de gestión no se integra de modo automático en la entidad de que se trate ni adquiere en manera alguna, por la simple concurrencia de esa circunstancia, la condición de socio de la entidad. A lo sumo, lo máximo que puede ocurrir es que el titular de tales derechos se vea más motivado para ingresar en la entidad que si se tratara de derechos cuya administración colectiva no fuera obligatoria. Pero esa situación no resulta lesiva para el derecho fundamental de asociación."

Aun manteniendo la perspectiva de la faceta negativa del derecho de asociación, el propio Tribunal Constitucional ha rechazado que la obligación de pertenecer a una determinada entidad suponga la vulneración de este derecho (SSTC 67/1985, 89/1989, 132/1989, 139/1989, 113, 1994, 107/1996, 194/1998, entre otras), siempre que tal obligación sirva a intereses necesitados de protección.

Hay que señalar además que en los preceptos que se invocan, así como en el artículo 22 CE, no se contempla la faceta negativa del derecho, omisión que en el artículo 11 CEDH no fue accidental. El Tribunal de Estrasburgo ha aceptado no obstante esta faceta de la libertad de asociación en términos similares a los que mantiene la jurisprudencia constitucional española (STEDH Sigurjonsonn c. Islandia, de 30 de junio de 1993). La finalidad legítima respecto a cualquier injerencia se cumple cuando se quiere proteger los derechos y libertades de los ciudadanos.

En definitiva, la gestión obligatoria de los derechos no afecta a la libertad de asociación.

Y hemos de añadir que la sentencia que pretendía citar la recurrente a través de un escrito presentado con posterioridad a la interposición del recurso no desvirtúa en absoluto lo expuesto, en cuanto la mencionada STJUE de fecha 13 de febrero de 2014, "Svensson", as. C-466/12, se refiere a que el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas debe calificarse de «puesta a disposición» a los efectos del art. 3.1 de la Directiva 2001/29, precepto que se refiere al derecho de los autores a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras. Lo que aquí nos ocupa son aspectos que no son objeto de armonización por la Directiva 2001/29, como es el caso del derecho de remuneración que el artículo 108.3 LPI reconoce en favor de artistas intérpretes o ejecutantes.

Hay que recordar que el derecho de comunicación pública de los artistas ya estaba armonizado por la Directiva 92/100, a diferencia de los autores, por lo que la Directiva 2001/29 da lugar respecto a éstos a una doble armonización, del derecho de comunicación pública y de la puesta a disposición, en los términos previstos en el artículo 3.1 de la citada Directiva.

Por ello, en la redacción anterior de la LPI, el artículo 108.1 ya reconocía el derecho del artista de autorizar o prohibir la comunicación pública de sus actuaciones, que no podía ejercer respecto a la comunicación pública de una actuación ya fijada, conservando el derecho a percibir una remuneración.

Parece obvio que la parte demandada en este procedimiento conoce a la perfección el sólido, extenso y documentado razonamiento que acabamos de reproducir *ut supra*, pero entiende que el mismo no vincula a



este Juzgado Mercantil, que podría apartarse del mismo y corregir de ese modo lo que se quiere interpretar como un error de la superioridad. Pues bien, este órgano no sólo no considera que las anteriores conclusiones sean erróneas, sino que suscribe íntegramente lo que en ellas se viene a establecer. Por lo que dado que la parte demandada, interpretando *pro domo sua* todo el marco normativo que es de aplicación, en definitiva lo que viene es a considerar que tanto el Legislador español como sus Tribunales de apelación (y por ende este Juzgado Mercantil, que como no podía ser de otra manera cumple y hace cumplir las normas del primero y respeta y observa las resoluciones de los segundos) están todos equivocados en el sustento jurídico que confiere la base necesaria y suficiente a la reclamación de la actora, habrá de ser ante la Sala Primera del Supremo español donde en definitiva habrá de hacer valer sus pretensiones; y ello porque de manera evidente no acepta los argumentos que en contra de su defensa se le están dando y sin que el Juzgador tenga ya más imaginación para inventar nuevas explicaciones y respuestas que desvirtúen sus alegaciones ya rechazadas.

Referirnos por último a las pruebas practicadas particularmente en este procedimiento en torno a la cuestión precedente por la parte actora. En esencia, la demandada acompaña como documentos núm. 31 a 33 *affidavits* emitidos por las principales compañías discográficas (UNIVERSAL, WARNER MUSIC Y SONY) intentando demostrar que, en coherencia con la configuración legal del derecho que tienen los artistas intérpretes ejecutantes de autorizar la puesta a disposición interactiva de sus obras, tales personas ya perciben una remuneración expresa e individualizada. Lo que no se sabe es si esa remuneración se concede equitativamente a todos los intérpretes y ejecutantes, si ello depende de la capacidad de negociación que puedan tener frente a las poderosas compañías discográficas y a cuánto asciende o ha ascendido la misma. El argumento tal vez podría ser atendido en caso de que, de una mera más sólida que con las meras manifestaciones vertidas en una declaración inespecífica, quedase a los ojos de este órgano fehacientemente acreditado que todos y cada uno de los intérpretes cuyas prestaciones creativas son puestas a disposición interactiva *online* perciben esas remuneraciones, pero eso no es en absoluto lo que aquí acontece. Al término de este procedimiento, el Juzgador sigue sin saber cuántos autores intérpretes ejecutantes de los que ven sus prestaciones puestas a disposición interactiva en el negocio virtual de la demandada han percibido ya un pago por la supuesta cesión onerosa de su derecho y cuánto han percibido por ello de las compañías discográficas.

En cuanto concierne a lo que se presenta como un informe pericial del profesor Alain Strowell (documento núm. 44), dejando sentado el alto respeto que le merece a este órgano la obra y reputación de dicho jurisconsulto, lo cierto es que no existe en el ordenamiento jurídico español ninguna prueba pericial del Derecho, salvo en los casos en que la norma jurídica aplicable es de origen **extranjero**.

Así se infiere entre otras muchas de la STS de 9 de julio de 2014 :

Cuestiones todas que no quedan desvirtuadas por el informe aportado por la parte actora, que más parece una contestación a los informes de calificación concursal que un dictamen en los términos de los artículos 335 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y que extralimitándose de su función estrictamente económica, se permite dictaminar sobre cuestiones jurídicas, lo que aparte de ser inadmisibile (no existe la prueba pericial jurídica)...

O nuevamente de la Sentencia se la Sección 28 Especializada Mercantil de Madrid, de 10 de marzo de 2009:

Este tribunal debe asimismo señalar que los dictámenes de contenido estrictamente jurídico que han sido aportados por las partes, así como las opiniones que en materia de derecho se hayan podido deslizar en los dictámenes biológicos que como tales han sido admitidos, no merecen el valor de prueba pericial , ya que conforme al artículo 335 de la LEC la finalidad de la misma no puede ser otra que aportar al proceso conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos que permitan valorar los hechos objeto del proceso o adquirir certeza respecto a ellos. Los conocimientos jurídicos, en cambio, incumben al tribunal que ni precisa ni puede recabar el asesoramiento de tercero al respecto. Las partes son libres de acompañar a sus escritos de alegaciones ese tipo de dictámenes jurídicos si su defensa entiende que con ello se refuerza su línea argumental, mas no pueden aspirar a que se les otorgue el valor de una prueba pericial ni pueden esperar que se les dedique consideración distinta que a la de los propios alegatos de la parte que los aporta.

Y aunque una prueba semejante existiera, no parece que deba gozar de autoridad la que emite, en un juicio de confrontación entre el Derecho español y el europeo, quien carece de competencia profesional en uno de los términos de la comparación (el Derecho español), por mucho que la tenga en el Derecho europeo. Salvo que se quiera sostener o sugerir que en la doctrina española no hay ningún autor que domine la disciplina europea de la armonización de la propiedad intelectual, parece que la mayor autoridad de un informe en esta materia lo tendría quien, desde el conocimiento del derecho español y de la normativa de la Unión, es capaz de detectar y defender la incompatibilidad entre ambas; pudiendo deducirse que si la demandada no ha conseguido que nadie que reúna tales condiciones dictamine en el sentido que interesa a su Derecho, será porque la cuestión no arroja ninguna duda en cuanto a la legitimidad de la pretensión de la demandante.



Señalar por último que la parte demandada, como parte de su estrategia deliberadamente polémica o nihilista, retoma argumentos que ya han sido examinados hasta la saciedad en procedimientos en los que, en el marco de la remuneración equitativa por comunicación pública convencional, se cuestiona que las obras objeto de la comunicación formen parte del repertorio administrado por la entidad de gestión colectiva. Así por ejemplo, se denuncia la imposibilidad de que las entidades de gestión colectiva recauden con relación a las obras de autores con cuyos países de origen no existen convenios de reciprocidad. En este mismo Juzgado ya dimos respuesta a las citadas alegaciones en la Sentencia que este mismo órgano tuvo oportunidad de dictar en fecha 30 de junio de 2009 y en la que explicábamos lo siguiente:

Como examinaremos en el fundamento jurídico siguiente, la parte demandada viene a alegar en esencia en su contestación a la demanda que, admitiendo que en el local conocido como STROMBOLI se lleva a cabo actos de comunicación pública de creaciones musicales, dichas creaciones estarían al margen de las leyes españolas y de las entidades que en nuestro país gestionan colectivamente los derechos de autor. Supuestamente se trataría de composiciones creadas en el extranjero y por autores extranjeros, completamente al margen de los circuitos organizados de distribución musical y cuyos autores e intérpretes ignoran que sus derechos están siendo gestionados por las entidades demandantes y no ni siquiera autorizan dicha gestión.

En cuanto a la primera cuestión (nacionalidad extranjera de los creadores y ubicación en el extranjero del lugar de creación), ello en nada prejuzga la aplicabilidad de las leyes españolas. El principio de territorialidad que rige en nuestro Derecho internacional privado para la propiedad intelectual a tenor de lo dispuesto en el art. 10.4 del Código civil y 163 - 167 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (en lo sucesivo TRLPI), provoca que los autores de las obras, así como los intérpretes y ejecutantes no sean titulares de un único derecho dotado de validez y efectos a nivel internacional sino de un haz de derechos (la denominada "Bündeltheorie"), determinando cada legislación nacional (con unas mínimas excepciones en aspectos muy puntuales) en qué términos el derecho existe, puede ejercitarse o bien se extingue.

Siendo el Derecho español el único aplicable a la protección de la propiedad intelectual en España, ciertamente, el art. 163 del TRLPI delimita unilateralmente el ámbito de aplicación de nuestra normativa cuya protección en principio queda restringida en el caso de los intérpretes y artistas ejecutantes a aquellos que ostenten la nacionalidad española o de otro país de la UE, a los residentes en España y a aquellos cuya interpretación o ejecución se efectúe en territorio Español o bien sea grabada en un fonograma o en un soporte audiovisual o bien incorporada a una emisión de radiodifusión protegida conforme al TRLPI; mientras que el art. 164 del mismo texto legal hace lo propio con los productores de fonogramas, incluyendo en el ámbito de protección de la norma a los ciudadanos españoles o de la UE, empresas domiciliadas en España o la UE y nacionales de terceros países que publiquen en España por primera vez o, dentro de los treinta días siguientes a que lo hayan sido en otro país, las obras mencionadas.

Ahora bien, en ambos casos la protección de otros artistas o productores se remite a lo previsto por los Convenios internacionales de los que España sea parte, entre los que merece destacarse en primer lugar el Acuerdo sobre los ADPIC Anexo al Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994, la Convención de Roma de 26 de octubre de 1961 sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión y el Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas de del 29 de octubre de 1971. Teniendo en cuenta la vasta ratificación de dichos Convenios internacionales Convenios (153 Estados en el caso de los ADPIC, 88 Estados en el caso del Convenio de Roma y 77 el Convenio de productores de fonogramas) podemos decir que la protección que dispensan nuestras leyes a los artistas ejecutantes y a los productores de fonogramas por actos de vulneración acaecidos en nuestro territorio es casi universal. Cualquier laguna de protección que pudiera imaginarse, sin duda se vería integrada como cláusula de salvaguardia por el principio de reciprocidad, por lo que podemos decir que la existencia de artistas intérpretes o productores de fonogramas no protegidos por las leyes españolas frente a actos de vulneración cometidos en territorio español es un supuesto de laboratorio prácticamente inimaginable. Dicho lo anterior, queda claro que las creaciones e interpretaciones de los artistas de Nueva Zelanda (por poner un ejemplo) que se descargan desde un servidor ubicado en Rusia y se comunican públicamente en un bar de Madrid se protegen en nuestro país con arreglo a nuestras Leyes y en virtud de los Convenios internacionales suscritos por España, independientemente de que el artista en cuestión conozca que tal protección existe, obtenga ingresos económicos por ella o incluso la ignore.

Pues bien, nuestras Leyes instituyen un sistema de gestión colectiva de los derechos de autor, la cual queda estratificada en varios niveles. Por un lado, nos encontramos con la gestión colectiva voluntaria. Dentro de la misma, los titulares de derechos encomiendan a la entidad de gestión colectiva la defensa de sus derechos mediante un contrato de gestión. Dicho contrato se englobaría dentro de la categoría de los contratos de mandato (arts. 1709 y 1711 del Código civil) con ciertas modificaciones reguladas en el art. 153 del TRLPI . Junto a la



gestión voluntaria, nuestras leyes regulan también determinados supuestos de gestión obligatoria. En dichos supuestos, la defensa y administración de la propiedad intelectual se lleva a cabo por las entidades de gestión, sin necesidad de contrato previo con los titulares, que como se ha indicado quedan desapoderados para ejercitar de modo individual su derecho. Es nuevamente indiferente que los autores conozcan o no la protección; y no juega papel alguno que sean socios de la entidad y ni siquiera que consientan la gestión desplegada. Algunos supuestos de gestión colectiva obligatoria incorporados en el TRLPI pueden hallarse en los arts. 20.4.b), 25.7, 90.7, 108.4, 109.3.2º, 116.3 y 122.3. Concretamente los arts. 108 y 116 del TRLPI someten a este régimen el derecho de comunicación pública de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas.

*Es consciente el Juzgador de que la gestión colectiva obligatoria es el centro de numerosas críticas desde la perspectiva de la política legislativa, que tienden a subrayar el carácter monopolístico de las entidades, su actuación al margen de la voluntad de los titulares originarios de los derechos (en aparente contradicción con la libertad de asociación) y la injusticia de los métodos de reparto de lo recaudado. Ahora bien, sea cual sea la valoración personal que cada cual tenga sobre tales cuestiones, lo cierto es que la gestión obligatoria de ciertos derechos como el que aquí se reclama constituye la opción que el Legislador español ha seguido (véase una reciente reafirmación de la misma en el Preámbulo de la L. 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original) y es la única que esta sede judicial puede considerarse. Y siendo ello así, no sólo es que las entidades de gestión estén facultadas o legitimadas para hacer efectivo el derecho a una remuneración equitativa como la resultante de los actos de comunicación pública en territorio nacional de los artistas intérpretes ejecutantes, españoles o **extranjeros**, sino que además tienen la obligación de hacerlo, quieran ellos o no (art. 157.4 del TRLPI). Nuevamente, es indiferente el conocimiento que de la gestión tengan los titulares de los derechos y su consentimiento a los precitados actos de gestión.*

Yerra por tanto la demandada al defender que la demandante, para ver prosperar su reclamación, tendría que probar el concreto repertorio que administra, pues ello no es precisamente lo que acontece en los supuestos de gestión colectiva obligatoria, como el presente, por contraposición con la gestión voluntaria. Incluso admitiendo como hipótesis que la gestión colectiva operase a través de una "presunción de representación", la demandada ha tenido oportunidad de pedir la práctica de prueba en contra de la operatividad de la misma y ajustar la cantidad reclamada, reduciéndola en el importe que pudiera establecerse como indebido, lo que obviamente no ha hecho: porque en definitiva no se está pretendiendo abonar nada, o a lo sumo lo perseguido es dilatar la resolución de la cuestión hasta tanto se produzca un cambio normativo a nivel interno, europeo o internacional.

Igual de desacertada es la petición de que la remuneración no se produzca con relación a contratos anteriores a la Ley 23/2006 o bien a contratos sometidos a la Ley extranjera. De entrada, incumbiría a la demandada demostrar cuáles son esos contratos, qué parte de la remuneración se ve afectada, qué leyes extranjeras a las que están sometidos los contratos impiden que la entidad pública española reclame los derechos de remuneración imperativamente previstos por las leyes españolas en cuanto a los derechos para los que, *qua lex loci protectionis*, la misma es aplicable. Nada de todo eso aparece aclarado, por lo que no se infringe ni el ámbito de aplicación temporal ni el ámbito de aplicación espacial de la normativa española cuando por lo que se reclama es por los actos de puesta a disposición interactiva llevados a cabo en el territorio nacional y con posterioridad a la entrada en vigor del repetido derecho de remuneración.

Finalmente, la demandante ha conseguido resaltar una actuación de la demandada contraria a la buena fe y a la doctrina de los propios actos, que es la existencia de un acuerdo para hacer efectiva la remuneración del artículo 108.3 TRLPI por actos de puesta a disposición de grabaciones audiovisuales con AISGE (prestaciones de actores, bailarines, dobladores y directores de escena). Asiste la razón a la demandante al afirmar que si la demandada realmente entiende que el artículo 108.3 del TRLPI encierra una contradicción con el Derecho de la Unión Europea, no es posible discernir por qué esa contradicción opera en el caso de los derechos de intérpretes artistas o ejecutantes cedidos a productores de fonogramas pero no en el caso de cesiones a productores audiovisuales. En el trámite de conclusiones, la demandada ha sostenido que esa divergente actuación depende de las diferencias existentes entre el mercado de los fonogramas y el de las obras audiovisuales y de la disparidad de los acuerdos que se alcanzan en uno u otro caso.

Nuevamente, nos encontramos con la petición de un acto de fe, porque esas diferencias realmente podrían haber quedado explicitadas y no lo han sido, así como las divergencias en la praxis contractual. No se sostiene la tesis defendida por la demandada de que accede a abonar esa remuneración en atención a que la deuda que se genera no alcanza la dimensión de la que se devenga en el ámbito de los fonogramas o que ello es una "decisión puramente comercial"; lo cual menoscaba, si cabe todavía más, la insistencia en la presentación de una cuestión prejudicial al TJUE, al que parece debería acudir o no en función del quebranto que suponga para la demandada hacer frente al pago de la remuneración equitativa a determinados titulares de derechos afines y en cambio con relación a la de otros no.



TERCERO .- Establecida por tanto en el anterior fundamento jurídico la procedencia del cobro de la remuneración equitativa, resta fijar el *quantum* al que deberá hacer frente la demandada por tal concepto. Esa determinación ha sido efectuada mediante la prueba del perito judicial D. Jenaro . En el citado documento, a partir de la información obtenida de la demandada, se han cuantificado los ingresos por facturación obtenida mediante actos de puesta a disposición interactiva y se han aplicado las tarifas correspondientes aprobadas por AIE conforme a los porcentajes crecientes aplicables desde la implantación, resultando un total de UN MILLÓN CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS DOS EUROS CON TREINTA Y DOS CÉNTIMOS hasta el 31 de diciembre de 2014.

La demandada vuelve a estar disconforme con cualquier fijación de las tarifas, pero no se ha practicado ninguna prueba a su instancia en la que resulte una cuantía distinta, por lo que no se abre siquiera al Juzgador la alternativa de elegir entre distintas pericias, en atención a la corrección de los cálculos o a la metodología empleada. La parte demandada no sólo no ha aportado esa prueba sino que de hecho en su contestación se opuso a la designación del perito judicial, cuyo informe termina siendo el único de que se dispone en las actuaciones para cuantificar y liquidar la cantidad debida por iTunes. La demandada termina oponiendo finalmente un último motivo de oposición ya traído en numerosas ocasiones a otros pleitos en materia de remuneración por comunicación pública, que es la exigencia de que la entidad de gestión colectiva acredite la equitatividad de sus tarifas. La cuestión ha sido nuevamente abordada por la Sentencia de la Sección 28ª Especializada mercantil de la A.P. de Madrid de fecha 24 de julio de 2015 , en la que en torno a este punto se razona de manera exhaustiva lo siguiente:

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 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

(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.

*(16).- 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.*

(17).- 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) 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."

(18).- 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 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".

La relación de hechos probados en el caso que aquí se enjuicia evidencia, incluso con mayor intensidad que en el pleito promovido por AIE frente a XFERA MÓVILES, S.A., una voluntad negociadora de la demandante, que durante varios años ha venido enviando cartas y requerimientos dirigidos de buena fe a alcanzar un acuerdo, frente a los cuales la demandada ha hecho valer todo tipo de estrategias evasivas y dilatorias, antes y después del inicio del procedimiento (escudarse en la estructura del grupo, desentendiéndose las sociedades españolas de la reclamación y remitiendo a la entidad de gestión colectiva a reiteradas comunicaciones con el **extranjero**, incluso para la apertura y desarrollo de un proceso de mediación ante la Comisión de Propiedad Intelectual, dos suspensiones sucesivas del curso de las presentes actuaciones, etc.). Y todo ello sin que la demandada a día de hoy haya llegado a proponer una remuneración contradictoria, ni se haya demostrado a partir de una prueba bastante las razones de la falta de equidad de los porcentajes o tablas aplicados. En consecuencia, procede acoger sin deducción alguna el *quantum* fijado en la prueba pericial judicial.

CUARTO .- Por último, dice la demandante reservarse para un pleito ulterior los daños y perjuicios que causalmente se deriven del incumplimiento de la obligación de pago de la remuneración establecida en los artículos 108.3 en conexión con el artículo 108.6 del TRLPI . Los términos de esta extraña petición vienen



desarrollados en las páginas 47 y siguientes de la demanda y en ellas se razona que la demandante ha sufrido dos daños diferentes: a) la privación del derecho al importe de la remuneración equitativa; y b) un daño reputacional grave. Desde luego que el primero de los puntos puede quedar ya resuelto en el presente pleito, pues el daño causado por el incumplimiento en el pago de una obligación pecuniaria no es otro que el resarcimiento de intereses, que es justamente lo que esta resolución va a contemplar.

En cuanto al otro daño, supuestamente indirecto o reflejo, la parte demandante ha razonado a lo largo de este pleito (y no sabemos si ese es el concepto o partida reclamado) que otras entidades que llevan a cabo actos de comunicación pública (como SPOTIFY) se han negado a hacer efectivo el pago de la remuneración equitativa en atención al hecho de que existía una contienda entre AIE y iTunes. Pues bien, entendemos que no puede hacerse a esta última responsable de ese quebranto patrimonial. Es obvio que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de defender en un proceso contradictorio, con todas las garantías y en todas sus instancias, la improcedencia del pago de una obligación pecuniaria reclamada.

Que otras entidades aprovechen el ejercicio de ese derecho por parte de la demandada en este pleito como una excusa o pretexto para no satisfacer las cantidades que ellas a su vez adeudan, no es algo que indudablemente pueda ser imputado a la responsabilidad de iTunes. La morosidad global de otros operadores del sector no puede ser causalmente imputada a la conducta obstativa al cumplimiento de sus obligaciones desplegada en particular por iTunes, que no consta ostente ningún liderazgo, tutela o supervisión sobre la actuación de esos terceros; y comoquiera que ese parámetro no puede acogerse en esta sentencia, decae el derecho de la demandante a promover otro pleito con fundamento específico en el artículo 219.3 LEC que no sería "de liquidación concreta de cantidades" como este último precepto exige, sino de establecimiento de responsabilidades y causalidades, que habrían de haber sido en su caso fijadas en esta *litis* y no pueden ya ser ya deferidas a un procedimiento ulterior.

QUINTO .- Siendo sustancial la estimación de la presente demanda, procede imponer las costas devengadas en esta instancia a la demandada. En torno a la procedencia de la imposición de costas en supuestos de estimación sustancial de la demanda y la definición de esta última, la Sentencia de la Sección 28 de la A.P. de Madrid de 14 de octubre de 2016 ha explicado que "el Tribunal Supremo, entre otras en sentencias de 14 de marzo de 2003 , 17 de julio de 2003 , 24 de enero de 2005 , 26 de abril de 2005 , 6 y 9 de junio de 2006 y 9 de julio de 2007 , 5 de marzo de 2008 y 5 de mayo de 2016 ha admitido que procede también la imposición de las costas en casos de estimación sustancial de la demanda. Como afirma la sentencia de 8 marzo 2007 con cita de las de 9 junio y 21 diciembre 2006 , "esta especie de "cuasi vencimiento", que resulta de la estimación sustancial de la demanda, opera únicamente cuando hay una leve diferencia entre lo pedido y lo obtenido, siendo de especial utilidad en los supuestos que se ejercitan acciones resarcitorias de daños y perjuicios en los que la fijación del "quantum" es de difícil concreción y gran relatividad, no cuando existe una diferencia tan notable como para no poderla equiparar al vencimiento total a que se refiere la norma que se dice infringida".

Por todo lo expuesto y en su virtud,

FALLO

Que debo ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por ARTISTAS INTERPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE), contra iTUNES S.A.R.L. por lo que:

DEBO DECLARAR Y DECLARO el derecho de la demandante 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 autos 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.

DEBO CONDENAR Y CONDENO 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 establecido mediante la aplicación de la tarifa general establecida y comunicada por AIE al Ministerio de Educación y Cultura hasta el 31 de diciembre de 2014 asciende a UN MILLÓN CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS DOS EUROS CON TREINTA Y DOS CÉNTIMOS (1.487.802,02 EUR), más intereses desde la interpelación judicial.

Con expresa imposición a la demandada del pago de las costas causadas en este procedimiento.



Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación en el plazo de VEINTE días ante este Juzgado y para la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.

En el escrito de recurso deberá acreditar el recurrente haber consignado en la cuenta de este Juzgado núm. 2227 0000 01 0280 13 la cantidad de CINCUENTA EUROS (50 EUR) conforme a lo dispuesto por la D^a. 15^a de la LOPJ en la redacción dada por la L.O. 1/2009, siendo este requisito necesario para su admisión a trámite.

Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION .- La sentencia que antecede ha sido firmada y publicada por el Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando en Audiencia Pública y en el mismo día de su fecha, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ