



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

Dictamen elaborado por:

ENRIQUE LACAMBRA POYATO

Con objeto de:

LA LESIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD
INTELECTUAL POR PARTE DE UN
ESTABLECIMIENTO DE HOSTELERÍA

Director

ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA

FACULTAD DE DERECHO
Diciembre de 2017

Índice

Actividad de las partes en el presente litigio.....	2
Antecedentes de hecho: supuesto de hecho.....	3
Fundamentos de derecho:	5
I. Normativa aplicable.....	5
II. La propiedad intelectual en el caso que nos ocupa.....	6
III. Excepción procesal por falta de capacidad.....	8
IV. Falta de legitimación pasiva del demandado Roberto Leñador.....	10
V. De la oposición a la calificación de disco bar del establecimiento.....	11
VI. Reproducción de obras no autorizadas y fonogramas.....	17
VII. Prueba del demandante.....	21
VIII. De la acumulación de acciones de las entidades demandantes.....	22
Conclusión.....	23
Bibliografía.....	26

Actividad de las partes del presente litigio

SGAE es la Entidad de Gestión autorizada por el Ministerio de Cultura, mediante Orden de 1 de junio de 1988, para la gestión, entre otros, del derecho de comunicación pública¹ regulado en el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), a través de cualquier procedimiento, de las obras musicales, coreográficas y pantomímicas, siendo la única entidad de su clase con la autorización antes referida. Asimismo, la SGAE también está autorizada para la gestión del referido derecho de comunicación pública de las obras audiovisuales.

AGEDI es una Entidad de Gestión de Derechos de Propiedad Intelectual, autorizada como tal por Orden del Ministerio de Cultura de 15 de febrero de 1989, constituida para ejercer la gestión de los derechos de propiedad intelectual que corresponden a los productores fonográficos² respecto de sus grabaciones sonoras o audiovisuales, en los términos previstos por sus Estatutos. Dicha gestión se extiende, de acuerdo con el artículo 3.d de sus Estatutos Sociales, a la gestión colectiva de los derechos que corresponden a los productores fonográficos por la comunicación pública de sus grabaciones sonoras y videos musicales, por su reproducción exclusivamente para, directa o indirectamente, proceder a su comunicación pública, así como la remuneración compensatoria regulada en el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual. Es la única Entidad de Gestión de Derechos de Propiedad Intelectual autorizada administrativamente para gestionar los derechos de Propiedad Intelectual de los productores de fonogramas.

AIE es la Entidad de Gestión de Derechos de Propiedad Intelectual, autorizada como tal por Orden del Ministerio de Cultura de 29 de junio de 1989, 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. Dicha gestión se extiende, de acuerdo con el artículo 4 de los Estatutos Sociales de AIE, a la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes que se indican en los números 2 y 3 de este artículo, correspondientes tanto a sus titulares originarios como a sus titulares derivativos. Concretamente se refiere a los derechos de remuneración a los artistas intérpretes o ejecutantes, a la remuneración por la comunicación pública de fonogramas o de reproducciones de fonogramas y de grabaciones audiovisuales.

¹Como dispone el art. 20.1 del TRLPI, se entiende por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.

²Según la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de enero de 2011, «por fonograma se entiende cualquier fijación exclusivamente sonora de ejecución de una obra o de otros sonidos (grabaciones)»

Se solicita dictamen de los siguientes

HECHOS

PRIMERO. El establecimiento del gremio de la hostelería denominado «La Taberna del Pueblo» venía amenizando musical y audiovisualmente el local objeto de su negocio. El local sigue una temática de ambientación irlandesa. Dichas amenizaciones constituían un elemento para animar la actividad del bar. Por la mañana se emitían los programas de televisión de información general y telediarios, y por la tarde se utilizaba música para mejorar la experiencia de los clientes en el establecimiento. Para ello, utilizaba un par de televisiones y un aparato reproductor de música. La actividad principal de este negocio se basa en servir cafés, desayunos y cervezas, constituyendo éstos su principal fuente de ingresos, siendo la venta de copas, chupitos y licores el elemento que menos influye en la facturación.

SEGUNDO. Algunas de las canciones de las que venía haciendo uso forman parte del repertorio de obras gestionado por la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE en adelante), así como los fonogramas, cuyos derechos son gestionados por la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI en adelante) y Artistas Intérpretes o Ejecutantes de la música (AIE en adelante). Tales utilizaciones constituyen actos de comunicación pública, que vienen realizando los demandados en su establecimiento «La Taberna del Pueblo» sin haber obtenido para ello tanto la previa y preceptiva autorización de la SGAE, como tampoco haber satisfecho la remuneración legalmente establecida para los productores de fonogramas y para los artistas intérpretes o ejecutantes.

TERCERO. Las entidades demandantes tienen una serie de inspectores que recorren los establecimientos comprobando si estos utilizan el repertorio de las citadas entidades. En una de sus visitas en 2012 se tuvo constancia de la utilización de materiales protegidos. Con posterioridad a ello, el inspector de la zona se personó en otras ocasiones en el local, comprobando tanto la existencia de equipos musicales y audiovisuales, como la utilización de los mismos para la comunicación pública de obras y fonogramas gestionados por las entidades demandantes. Fue notificado para que cesara en la utilización de estos materiales protegidos, o para que llevara a cabo el pago de la tarifa para su utilización. La comunicación pública y reproducción han continuado en el establecimiento demandado, al menos durante el periodo al que se contrae la presente demanda,

sin que el mismo haya solicitado u obtenido autorización alguna, y sin que se haya hecho efectivo el pago de cantidad alguna. Como resultado de de las visitas recibidas, el negocio obtuvo la calificación de disco bar y finalmente de pub, lo que incrementa enormemente la tarifa por la utilización del repertorio de la SGAE.

CUARTO. Ante esta situación, las partes afectadas entienden que se ha producido una lesión de los derechos de propiedad intelectual cuya gestión tiene encomendada la SGAE, la cual es la única entidad de gestión de los derechos de autor autorizada por el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes para la gestión de los derechos de comunicación pública de las obras musicales, estando también autorizada para la gestión de las audiovisuales, tal y como hemos indicado, y de los derechos de propiedad intelectual gestionados por AGEDI y AIE, únicas entidades autorizadas por el Ministerio de Cultura para gestionar los derechos de propiedad intelectual que corresponden a los productores fonográficos y a los artistas, intérpretes o ejecutantes respecto de la comunicación pública de fonogramas, así como el derecho de reproducción para la comunicación pública (reproducción instrumental) que gestiona AGEDI tal y como se desprende de sus Estatutos.

QUINTO. Por todo lo anterior, las citadas entidades presentaron demanda de juicio ordinario, contra HERMANOS LEÑADOR, S.C. y su socio D. ROBERTO LEÑADOR VILLANUEVA solicitando el cese de la actividad infractora, el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, así como el pago de la remuneración devengada, por el tiempo que ha venido efectuando la comunicación pública y reproducción sin autorización. Dicha indemnización se cuantifica con arreglo a las tarifas generales de las entidades demandantes, ascendiendo a un total de 9.027,34 euros, desglosando los derechos en 6.686,50 euros correspondientes a la SGAE y 2.340,84 euros correspondientes a AGEDI-AIE, IVA incluido.

Por ello, la cuestión que se plantea es determinar conforme al Derecho positivo si concurren las causas esgrimidas por las entidades demandantes, así como su calificación como disco bar y pub -respectivamente- a efectos de determinar de forma correcta y precisa la indemnización por daños y perjuicios a las entidades afectadas.

A los anteriores Hechos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Normativa aplicable

Para la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas debemos partir de la siguiente normativa:

En primer lugar, la Constitución Española de 1978 que en su art. 20.1.b reconoce el derecho a la propiedad intelectual. En el plano internacional, la Convención Internacional 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 la Directiva 2011/77/UE de 27 de septiembre de 2011, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, de las que deriva la Ley de Propiedad Intelectual de 2014.

Como continuación de la Carta Magna, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, que desarrolla todos los preceptos referentes a esta materia.

El Código Civil de 1889, para tratar los aspectos referentes a la Sociedad Civil formada por los demandados. Junto al Código Civil, la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

II. La propiedad intelectual en el caso que nos ocupa

La Constitución, en su art. 20.1.b reconoce y protege el derecho “a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”. A pesar de tal amparo constitucional, no permite considerar el derecho del autor sobre su creación intelectual como un derecho fundamental, sino que más bien encaja con la protección que ofrece el art. 33.1 CE que reconoce el derecho a la propiedad privada, en este caso, sobre las obras del ingenio. Para que una obra sea protegible debe cumplir principalmente los siguientes requisitos:

- Originalidad
- Licitud, no ser contrario a las leyes, a la moral o al orden público.
- Debe ser exteriorizada

El art. 17 LPI atribuye al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma, y en especial los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que son independientes entre sí, como dispone el art. 23 de la misma ley. Estos derechos de explotación se mantienen durante toda la vida del autor, y tras su fallecimiento, durante los setenta años siguientes (art. 26 LPI), que se computarán desde el día 1 de enero del año siguiente al de la muerte o declaración de fallecimiento del autor (art. 30 LPI).

En cuanto a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, la regulación proviene de la Convención Internacional de Roma de 26 de octubre de 1961, encargada de otorgar una serie de derechos a quienes, sin ser autores en el sentido de la normativa de propiedad intelectual, no por ello dejan de merecer una adecuada protección por la actividad que llevan a cabo. Esta aportación de naturaleza netamente creativa de los intérpretes o ejecutantes, es la que justifica la ampliación del plazo de protección de los mismos contemplada en la Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de septiembre de 2011, lo que produjo la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual de 2014, como consecuencia de la necesidad de un mayor reconocimiento social a la contribución creativa de éstos.

Sin duda alguna, para el estudio de la figura del intérprete como sujeto de derechos de autor, hay que partir del art. 105 LPI, que no menciona colectivos profesionales concretos³, ya que la importancia ha de ponerse en la actividad creadora con independencia de quien la realice. Lo que está fuera de toda duda es que al igual que en el ámbito de los derechos de autor, la cualidad de artista sólo es predicable de una persona física. Se suele utilizar el término de ejecutante para el artista que participa en la ejecución colectiva de composiciones musicales, mientras que la expresión de intérprete se aplicaría a los músicos que actúan individualmente y a los artistas que representan obras teatrales.

La actividad en sí del intérprete, en atención a lo que se recoge en el art. 105 LPI, consistirá en poner en juego una serie de habilidades que se exteriorizarán a través de su voz, gestos o movimientos o través de la utilización de instrumentos musicales, impregnada de su personalidad.

Desde el punto de vista patrimonial, la LPI concede al artista intérprete o ejecutante los derechos de explotación, en concreto, el derecho exclusivo de autorizar la fijación y la comunicación pública de sus actuaciones (arts. 106 y 108 LPI), así como el derecho, igualmente

³A diferencia del art. 3.ª de la Convención de Roma de 1961, «... *todo actor, cantante, músico o bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, intérprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria y artística*».

exclusivo, de autorizar la reproducción y distribución de las fijaciones de sus actuaciones (arts. 107 y 109 LPI). La duración de estos derechos de explotación es de cincuenta años, computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de la interpretación o ejecución (art. 112 LPI).

En la actualidad, y en nuestro país, para reproducir música de forma pública es necesario conseguir previamente la autorización de los titulares de dicha obra. Este tipo de música posee una serie de derechos de autor y de Propiedad Intelectual que gestionan entidades como SGAE, AGEDI y AIE y por la que hay que pagar un canon.

Igualmente, existe otro tipo de música, la cual gestionan otras entidades o sus propios autores y que no cobran ninguna tarifa por su difusión pública en los locales. Aunque he comentado tres entidades, es la primera la que se encarga de gestionar los cobros y la que asume la representación de las otras dos, debido a un acuerdo de colaboración al que llegaron hace unos años.

Así que, en base a ello, los derechos que gestiona y protege SGAE son los siguientes:

- Derechos por la comunicación pública de las obras: estos derechos se generan cuando reproduces música públicamente en tu negocio o establecimiento.
- Derechos por reproducción mecánica: son los generados por la venta, préstamo o alquiler de los soportes en los que se reproducen las obras al público.
- Derechos de remuneración por copia privada: los que se pagan por la reproducción de obras en el ámbito doméstico y para su uso privado.

Para la utilización de los citados derechos, de manera que pueda ser expuesta en lugares públicos y comerciales es necesario el pago de unos cánones por su utilización. La cuantía de los derechos de autor que se pagan por usar las obras tendrá en cuenta, entre otros criterios, la importancia, intensidad y modo de utilización de las obras, de forma que no tiene el mismo coste el uso de una canción en un centro comercial, que en un bar. Su importe, además, nunca compromete los márgenes comerciales del cliente. Las tarifas no son impuestas unilateralmente, sino que son negociadas y pactadas por SGAE con asociaciones de usuarios. Junto a la intensidad y modo de utilización de las obras, para determinar la tarifa también debemos tener en cuenta el número de metros cuadrados del local en que se reproduzcan.

III. Excepción procesal por falta de capacidad

La excepción procesal es un medio de defensa, de fondo y de forma, por el cual el demandado opone resistencia a la demanda del actor, resistencia que tiene la intención de destruir la marcha de la acción o la acción misma. Es la oposición, que sin negar el fundamento de la demanda, trata de impedir la prosecución del juicio paralizándolo momentáneamente o extinguiéndolo definitivamente. El origen de la excepción está en el procedimiento formulario del derecho romano, era una institución con contenido garantista, trata de que la *condenatio* sea justa y no vulnere los derechos del demandado.

Por ello, antes de lanzarse a contestar la demanda, y mostrar nuestra oposición a la misma, hay que plantear con carácter previo, conforme al artículo 405.3 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) excepción procesal por falta de capacidad, regulada en el artículo 416.1.1ª de la misma, en mérito a las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

Que D. Mariano Leñador y doña Pilar Leñador, únicos socios de «Hnos. Leñador, sociedad Civil» acordaron la disolución y liquidación de dicha sociedad, a consecuencia de los cambios producidos en la legislación tributaria por la ley 27/2014 del Impuesto de Sociedades que afectaba al régimen fiscal de las sociedades civiles con objeto mercantil, con la finalidad de acogerse al régimen transitorio de disolución y liquidación previsto en la Disposición Transitoria 19ª de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Así las cosas, en fecha 30 de Junio de 2016 formalizaron acuerdo de disolución y liquidación en documento privado suscrito por ambos socios, acordando «la disolución y liquidación de la sociedad civil HNOS. LEÑADOR, SOCIEDAD CIVIL con efectos desde esta misma fecha» (30 de junio de 2016). «La Sociedad civil se considera extinguida a todos los efectos formales desde este momento, procediéndose a formalizar su baja ante todos los organismos públicos que corresponda».

Para constatar lo anterior, se aportó el acuerdo de disolución y liquidación de Hermanos Leñador S.C., junto con la autoliquidación del ITPYAJD en concepto: «DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES» y la declaración censal de baja en el censo de empresarios, profesionales y retenedores (modelo 036). Por lo que habiendo sido formalizada la baja ante todos los organismos públicos correspondientes, HNOS. LEÑADOR S.C. queda disuelta y extinguida. La capacidad procesal es un requisito de vital importancia cuya aparición no puede suceder a mitad de un proceso,

ni tampoco puede esperarse razonablemente que aun readquiriéndola, una sociedad vacía y desprovista de contenido haga reaparecer súbitamente recursos económicos y liquidadores con los que defenderse en juicio, ya que han desaparecido con la cancelación registral.

Como se desprende de reiterada jurisprudencia, tras presentar la debida excepción procesal, el juzgado o tribunal: *«la acoge, y absolviendo al demandado en la instancia, con imposición a la actora de las costas de la primera instancia, y sin condena en las propias de la segunda»*. Este es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 12 de febrero de 2003. En otros casos, dicha excepción procesal por falta de capacidad es apreciada de oficio por el Tribunal, como en la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de 25 de septiembre de 2006.

Pese a todo lo expuesto, la responsabilidad de los socios en la sociedad civil por deudas frente a terceros es personal e ilimitada, es decir, una vez liquidado el patrimonio de la sociedad, si no llega para cubrir las deudas, responden con sus bienes presentes y futuros. Y lo hacen de forma mancomunada ante todos los deudores que pueda haber. Como la sociedad civil «Hermanos Leñador» se extinguió en junio de 2016, debería ser responsable hasta la citada fecha, y durante el periodo posterior únicamente el Señor Mariano Leñador como propietario.

Por tanto, la Sociedad Civil formada por Mariano y Pilar Leñador quedó disuelta y extinguida en junio de 2016, ésta ha perdido toda capacidad para ser parte, y no se le puede permitir formular pretensiones ni realizar actuaciones procesales. Sin patrimonio y sin administración, resulta harto difícil que la sociedad pueda nombrar abogado y procurador para que ejerzan la postulación procesal, y esto genera un problema de indefensión innegable. Todo ello sin tener en cuenta que «por su propia naturaleza, la falta de capacidad para ser parte no es subsanable; o se tiene capacidad o se carece de ella, pero no resulta posible su adquisición durante el desarrollo del proceso». Por todo ello, la sociedad civil demandada carece de capacidad para ser parte, y no podrá ser demandada o demandar, ni comparecer en juicio. Pero en este caso, los socios tienen responsabilidad ilimitada ante deudas con terceros, hasta junio de 2016 los dos socios, y tras esta fecha, el Señor Mariano Leñador.

IV. Falta de legitimación pasiva del demandado Roberto Leñador, no es un socio, sino un trabajador contratado

Tras haber analizado la cuestión relativa a la excepción procesal por falta de capacidad, al estar liquidada la sociedad contra la que se referían, es necesario dictaminar acerca de la demanda contra Roberto Leñador. Y es que Roberto Leñador no es socio de HNOS. LEÑADOR S.C.

La constitución de la sociedad HNOS. LEÑADOR S.C. se formalizó el 4 de diciembre de 2009 en documento privado -ex artículo 1667 del Código Civil⁴- suscrito por D. Mariano Leñador (padre de mi representado) y D^a. Pilar Leñador, estableciendo un capital social de 2.000€ que se distribuyó en dos participaciones sociales de las cuales, la número uno representativa del 50% del capital social correspondiente a Don Mariano Leñador y la número dos representativa del restante 50% a doña Pilar Leñador.

El capital social originario nunca fue objeto de modificación o ampliación posterior, como de hecho se hace constar en el acuerdo de disolución de la sociedad de fecha 30 de junio de 2016, que dispone que *«no han existido modificaciones del contrato de constitución que hayan cambiado los parámetros anteriores hasta la fecha»*. Tampoco se ha producido nunca transmisión alguna de participaciones sociales de HNOS. LEÑADOR S.C. a mi representado, por lo que Don Roberto Leñador no ostenta, ni ha ostentado nunca, la condición de socio de dicha sociedad.

Don Roberto Leñador presta sus servicios como camarero, en régimen especial de trabajadores autónomos (RETA) en la modalidad de «familiar colaborador del titular de la explotación», es decir, como autónomo colaborador, por ser su padre, Don Mariano Leñador, el actual titular de la explotación, en el establecimiento LA TABERNA DEL PUEBLO, hecho que no lo convierte en socio de HNOS. LEÑADOR S.C.

La línea jurisprudencial en este sentido es clara, apreciando en una línea mayoritaria la falta de legitimación pasiva, absolviendo y no entrando a conocer el fondo del asunto. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de enero de 1999 establece que: *«De lo anterior se deduce la falta de legitimación pasiva del demandado para soportar, dada la índole del derecho material controvertido en el procedimiento, la carga del proceso como persona física, lo que lleva consigo la desestimación de la demanda y no el mero pronunciamiento estimatorio de la excepción, así como*

⁴Este artículo establece que la sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma, salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública.

la falta de acción de índole sustantiva del demandado para reclamar los gastos ocasionados al Club». La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 12 de marzo de 2010 determina «no una nulidad de actuaciones interesada por la demandada con carácter subsidiario, sino la absolución de las comunidades demandadas en la instancia sin entrar en el fondo de la cuestión debatida, por existir falta de legitimación pasiva de las demandados, pues la legitimación es una cuestión no formal sino preliminar al fondo, que exige que haya quedado claramente determinada como paso previo al examen de la pretensión ejercitada contra las demandadas».

De las resoluciones expuestas cabe concluir que los Tribunales configuran la legitimación «ad causam» como un requisito de procesabilidad inexcusable para el ejercicio de acciones judiciales que no admite subsanación posterior dado que afecta directamente al fondo del asunto. En estos términos se pronunciaba el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de marzo de 1993 «*Que en puridad no deben confundirse las cuestiones de representación voluntaria o legal de la parte (...) con las cuestiones de legitimación, ya que en el orden práctico, así como la falta de legitimación es de suyo insubsanable y por ello no puede ser subsanada, los defectos de representación, en cambio, pueden y deben subsanarse (...)*».

Por tanto, Don Roberto Leñador carece de legitimación pasiva en este proceso, toda vez que no ostenta la condición de socio de ninguna sociedad, ni figura como titular del negocio. Razón por la cual deberá resultar absuelto de la pretensión en su contra.

V. De la oposición a la calificación de disco bar del establecimiento

Como apreciamos en el Hecho Tercero, quedó verificado por las actuaciones de los inspectores de las entidades demandantes, que en el local se reproducía música del repertorio de la SGAE. Por esa razón, no cabe oposición a este hecho. Pero el uso que LA TABERNA DEL PUEBLO haya podido hacer del repertorio de obras gestionado por la SGAE, y fonogramas gestionados por AGEDI y AIE constituyen en todo caso una actividad y uso secundario e incidental para la explotación del negocio.

Esta apreciación es fundamental a efectos de determinar la tarifa aplicable de las fijadas por la SGAE, que establece tarifas de superior cuantía para los establecimientos que utilicen su repertorio como ambientación de carácter necesario, tales como bares musicales, disco-bares, disco-pub y bares especiales; y tarifas inferiores en bares, cafeterías, tabernas, restaurantes y similares, en

cuanto que el uso que en estos establecimientos se hace del repertorio de la SGAE es secundario e incidental en lo que respecta a la explotación del negocio.

La afirmación que realiza la demandante sobre el uso que del repertorio de la SGAE se haya podido hacer en el establecimiento citado, deriva de la calificación del local efectuada por las actas de los inspectores de la SGAE. En estas es calificado como «bar especial», por el inspector que suscribe el informe de 24 de octubre de 2012 y como «disco bar» por el inspector firmante de los otros dos informes de fecha 4 de febrero de 2015 y 5 de marzo de 2015.

Expuesto lo anterior, hay que insistir en manifestar y hacer constar la absoluta disconformidad con la calificación del local dada por SGAE, toda vez que LA TABERNA DEL PUEBLO es un bar, en el sentido más clásico y tradicional del término, y no puede pretenderse calificarlo de otra manera.

De forma que sea posible evidenciar que la actividad del local referido no es otra que la de bar, se insta al cliente a presentar los tickets de cierre de caja.

En fecha 26/09/2016, lunes, se realizaron 300 ventas, por las que se facturaron 441,25 euros. Las cifras de venta de café, infusiones, desayunos y similares en la fecha referida, fue de 180 unidades, lo que supone un 60% de las ventas diarias. Por su parte, la venta de cerveza ascendió a 61 unidades, un 20,33%. Sin embargo, respecto de las copas y licores solo fueron vendidos dos combinados, lo que supone tan solo un 0,66% de las ventas diarias. En cuanto a los datos de facturación, las 180 unidades de café vendidas sumaron 217,70€, el 49,17% de la facturación del día; las cervezas 113,30€ un 25,67% del total, mientras que los ingresos procedentes de la venta de copas (22,80€) solo suponen un 2,26% de la facturación diaria.

En fecha 27/09/2016, martes, se realizaron 349 ventas, por las que se facturaron 428,75 euros. Las cifras de venta de café, infusiones, desayunos y similares en la fecha referida, fue de 244 unidades, lo que supone un 69,91% de las ventas diarias. Por su parte, la venta de cerveza ascendió a 63 unidades, representativas de un 18,05%; mientras que únicamente se vendió un chupito en todo el día, lo que supone que las copas y licores solo representaron el 0,28% de las ventas diarias. En cuanto a los datos de facturación, las unidades de café vendidas sumaron 262,65€, el 61,2% de la facturación del día; las cervezas 99,80€ un 23,27% del total, mientras que los ingresos procedentes de la venta de copas únicamente fueron 1.50€ un 0.3% del total de la facturación diaria.

En fecha 28/09/2016, miércoles, se realizaron 358 ventas, por las que se facturaron 463,45 euros. Las cifras de venta de café, infusiones, desayunos y similares en la fecha referida, fue de 241 unidades, lo que supone un 67,31% de las ventas diarias. Por su parte, la venta de cerveza fue de 57 unidades, representativas de un 15,92%; mientras que únicamente se vendió un chupito en todo el día, lo que supone que las copas y licores solo representaron el 0,27% de las ventas diarias. En cuanto a los datos de facturación, las unidades de café vendidas sumaron 258,20€, el 55,71% de la facturación del día; las cervezas 94,50€ un 20,39% del total, mientras que los ingresos procedentes de la venta de copas únicamente fueron 1.50€ un 0,32% del total de la facturación diaria.

En fecha 29/09/2016, jueves, se realizaron 353 ventas, por las que se facturaron 487,30 euros. Las cifras de venta de café, infusiones, desayunos y similares en la fecha referida, fue de 219 unidades, lo que supone un 62,03% de las ventas diarias. Por su parte, la venta de cerveza ascendió a 69 unidades, representativas de un 19,54%; mientras que únicamente se vendieron cuatro combinados en todo el día, lo que supone que las copas y licores solo representaron el 1,13% de las ventas diarias. En cuanto a los datos de facturación, las unidades de café vendidas sumaron 249,90€, el 51,28% de la facturación del día; las cervezas 117,50€ un 24,11% del total, mientras que los ingresos procedentes de la venta de copas únicamente fueron 20,00€ un 4,10% del total de la facturación diaria.

Los días 30/09/2016 y 01/10/2016, viernes y sábado respectivamente, días en que cualquier disco-bar aumentaría su facturación notablemente por la venta de copas, el volumen de ventas y la facturación obtenida por LA TABERNA DEL PUEBLO no sufrió una variación significativa en relación a la obtenida entre semana. Las ventas realizadas en las fechas referidas fueron de 602 unidades (viernes) y 421 unidades (sábado), por las que se facturaron 965,35 euros y 728,95 euros respectivamente.

Se vendieron 303 unidades de desayunos (viernes) y 160 unidades (sábado), lo que suponen un 36% (viernes) y un 38% (sábado) de las ventas diarias. La venta de cerveza ascendió a 164 unidades el viernes y 142 unidades el sábado, representativas de un 28,16% y 33,72%. También ascendió la venta de tapas, bocadillos y raciones, se vendieron 48 unidades (viernes) y 52 unidades (sábado), siendo un 16,43% y un 12,35% respectivamente de las ventas diarias.

Sin embargo, solo se vendieron 18 copas el viernes (2 chupitos, 14 combinados y 1 Pacharán) y 19 copas (1 bayleys, 1 chupito de whisky, 1 chupito especial, 14 combinados, 2 whisky

hielo), lo que supone tan solo unos porcentajes de ventas diarias del 8,28% el viernes, y del 4,51% del sábado.

Respecto a la facturación total del día supusieron:

- 965,35€ el viernes, de los cuales la venta de café y desayunos (348,75€) representa el 50,33%, la de cerveza (271,90€) el 28,10%, la de tapas, bocadillos y similares (158,70€) el 7,97% , mientras que la venta de licores y copas (80,00€) únicamente supuso el 8,28% de la facturación diaria.

- y 728,95 euros el sábado, de los cuales la venta de café y desayunos (160,30€) representa el 21,39%, la de cerveza (245,90€) el 33,73%, la de tapas, bocadillos y similares (166,75€) el 22,8% , mientras que la venta de licores y copas (86,80€) únicamente supuso el 11,9% de la facturación diaria.

En fecha 02/10/2016, domingo, se realizaron 389 ventas, por las que se facturaron 553,30 euros. Las cifras de venta de café, infusiones, desayunos y similares en la fecha referida, fue de 161 unidades, lo que supone un 41,38% de las ventas diarias. Por su parte, la venta de cerveza ascendió a 114 unidades, representativas de un 29,30%; mientras que únicamente se vendieron once consumiciones consideradas «licores» en todo el día, lo que supone que las copas y licores solo representaron el 3,08% de las ventas diarias. En cuanto a los datos de facturación, las unidades de café vendidas sumaron 169,30€, el 30,59% de la facturación del día; las cervezas 182,00€ un 32,89% del total, mientras que los ingresos procedentes de la venta de copas únicamente fueron 43,50€ un 7,86% del total de la facturación diaria.

En términos globales, el número de ventas de la semana referida (25/09/2016 a 02/10/2016) fue de 2.772 ventas (unidades) de las cuales:

Café (incluyendo en esta categoría: café, té, infusiones, zumos, bollería, mini bocadillos y similares) 1.508 unidades, un 54,40% de las ventas semanales.

Cerveza 670 unidades, un 24,17%

Tapas, bocadillos y similares 226 unidades, un 8,15%

Refrescos 204 unidades, un 7,35%

Vinos 107 unidades, un 3,86%

Licores (incluyendo copas, chupitos y combinados) 57 unidades, un 2,05% de las ventas semanales.

En cuanto a la facturación semanal, ésta fue de 4.068,55 euros de los cuales:

Café (incluyendo en esta categoría: café, té, infusiones, zumos, bollería, mini bocadillos y similares):

1666,80 euros, el 40,96%

Cerveza 1.124 euros el 27,64%

Tapas, bocadillos y similares (varios) 568,90 euros, el 13,98%

Refrescos 343,85 euros, el 8,45%

Licores 249,3 euros, el 6,12%

Vinos 120,80 euros, el 2,96%

De los datos mostrados por el cliente se deduce, que la principal fuente de ingresos en el establecimiento citado la constituye la venta de cafés, desayunos y cervezas, siendo la venta de copas, chupitos y licores el elemento que menos influye en la facturación y ventas del local, representando únicamente el 2,05% de las ventas semanales y el 6,12% en términos de facturación.

Los anteriores datos evidencian que LA TABERNA DEL PUEBLO desarrolla la actividad de bar, un bar al que no procede colocarle el calificativo “disco”. Desde luego, no procede en cuanto a datos de facturación en copas, pero tampoco en lo referente a las condiciones del local que por si mismas impiden que en él pueda efectuarse una amenización de carácter necesario.

El establecimiento citado es un local estrecho de 80m² (que incluyen baño, cocina y almacén), ocupado por 7 mesas con sus respectivas cadieras⁵ en un lateral y la barra de bar en el lateral opuesto, dejando un pequeño espacio central ocupado por cuatro mesas altas para taburete, de forma que no queda espacio suficiente que permita el ocio propio de un disco-bar. El propio perito que suscribe el informe aportado por la demandante corrobora este hecho afirmando «que la superficie del local no es grande».

Afirma el mismo perito: Los responsables del local hicieron uso del canal *Youtube* para reproducir música con la utilización de un ordenador. Además, se constata que el volumen de la reproducción no era alto”. Esta afirmación fue realizada, según consta en el informe, respecto de las 21.23h-21.45h, horas en que un disco-bar reproduciría música a un nivel mínimamente, dado que en este tipo de locales la música es un elemento esencial para la explotación del negocio, hecho que, sin embargo, no se produce en LA TABERNA DEL PUEBLO, como así confirma el perito.

⁵Tradicional banco de madera con reposabrazos

Otro elemento a destacar, por el que no procede el calificativo “disco”, es el horario de apertura del citado establecimiento, que opera de 08.00h a 22.00h, conforme a la licencia administrativa que tienen concedida sin que, a día de hoy, hayan tenido quejas de los vecinos ni sanciones administrativas.

A pesar de que ésta parte no conoce los criterios que la SGAE utiliza para clasificar un determinado establecimiento como “disco-bar”, es evidente que un establecimiento donde la facturación en copas de alcohol es anecdótica, el espacio es reducido, el volumen de la música es bajo y el horario de apertura es de 8.00h a 22.00h, no puede considerarse como tal.

LA TABERNA DEL PUEBLO tampoco puede considerarse un “bar especial”, calificativo utilizado por el inspector de la SGAE firmante del acta de inspección de fecha 24/10/2012. Reiteramos que esta parte desconoce si existen criterios internos de SGAE para la calificación de los establecimientos, y así mismo desconocemos qué se considera un “bar especial”, categoría que pareciera fijada como cajón de sastre donde incluir a todos aquellos establecimientos que por sus características no es posible calificar de disco-bares, bares de copas, ni pubs, en un intento de cobrarles la tarifa superior prevista para éstos, en vez de la que les correspondería por la verdadera naturaleza de su actividad. Aun así, resulta evidente que a LA TABERNA DEL PUEBLO no procede tampoco “colgarle” el calificativo “especial”. Como se observa en los tickets de cierre de caja aportados, la mayor parte de su facturación procede de la venta de café nacional “El Tostadero”, téis, infusiones, desayunos de bollería y mini-bocadillos y por la venta de cerveza de marcas habituales: Ambar, Cruzcampo, Corona, Heineken, Buckler; productos todos ellos que se pueden encontrar en cualquier bar de nuestro país. Tampoco, el tipo de música reproducida es diferente a la que pueda encontrarse en bares normales.

No existe, por tanto, elemento alguno por el que el bar pueda considerarse “especial”. Quizá dicha calificación derive de una errónea deducción del inspector de SGAE que pudo confundir la actividad del local a consecuencia de su decoración -que a simple vista pudiera parecer un bar de copas-. Esta circunstancia se debe a que HNOS. LEÑADOR S.C. adquirió el negocio referido por traspaso de su anterior dueño Don Federico Pueblo, sin haber sido modificado con posterioridad ninguno de los elementos decorativos, a más decir, incluso conservaron el nombre original del bar que deriva del apellido de su anterior propietario. Evidentemente, la decoración no es un elemento que pueda determinar la calificación de un establecimiento en un sentido o en otro, si no que habrá que estar a la verdadera actividad realizada para la explotación del negocio. Destacar, que la instalación existente en la actualidad de televisores y altavoces fue objeto del citado traspaso sin

que se hayan modificado dichos medios de reproducción con posterioridad, ni para implementarlos -por no ser un elemento significativo de la actividad del bar-, ni para reducirlos, pues habría supuesto cargar con el coste de un obra que disminuiría el valor del establecimiento a efectos de traspaso.

Por todos los datos expuestos, queda acreditado de manera probada que LA TABERNA DEL PUEBLO se dedica a la actividad de bar y cualquier otro calificativo que pretenda añadirse no responde más que a un intento de aplicar una tarifa que no es la que le corresponde.

VI. Reproducción de obras no autorizadas y la tarifa por su utilización

Esta parte ya ha expresado de manera manifiesta su disconformidad con la calificación dada por la demandante al establecimiento referido, toda vez que LA TABERNA DEL PUEBLO desarrolla la actividad bar. En consecuencia, sea objeto de esta alegación hacer constar nuestra oposición a la aplicación de la tarifa pretendida.

Las Tarifas Generales establecidas por la SGAE toman como criterio para su aplicación la utilización principal o secundaria que se haga del repertorio por ésta gestionado. Las cafeterías, bares, tabernas, y restaurantes se incluyen en la tarifa inferior al ser la utilización de dicho repertorio de carácter secundario o incidental, esto es que, de cesar, no altera la naturaleza de su establecimiento ni de su actividad. Como ha quedado probado LA TABERNA DEL PUEBLO desarrolla la actividad de bar y, como tal, la música no es un elemento necesario para la explotación del negocio, a más decir, la ausencia de ella no variaría la naturaleza del establecimiento. Esta manifestación se refleja en los datos de facturación que se han aportado, que muestran que la mayor parte de sus ingresos proceden de la venta de desayunos, pues LA TABERNA DEL PUEBLO es el clásico bar al que acuden los vecinos del barrio a desayunar leyendo la prensa o viendo el telediario, siendo la música completamente prescindible para tal fin. De lo anterior, se desprende con claridad que el uso que en LA TABERNA DEL PUEBLO se pueda haber realizado de la música gestionada por SGAE no puede en ningún caso ser considerado como un uso necesario para la explotación del negocio, pues la música no supone ningún atractivo para la clientela que acude a este local por la mañana, momento en el que por lo general ni siquiera se reproduce música, dando preferencia a los informativos. (Reiteramos el hecho de que la principal fuente de facturación del bar procede de la venta de desayunos).

Si bien es cierto que la Sentencia del Tribunal Supremo de 1990, establece que *«no es defendible la postura de quien quiere hacer uso unilateral de los derechos intelectuales que la legislación protege, por lo que las tarifas generales operan como reglas subsidiarias aplicables a la determinación del precio ante la falta de compromiso bilateral que es lo que aquí acontece»*. Esta sentencia es un preludio de las acciones que las demandantes han venido realizando, ante la falta de acuerdo, aplicar la tarifa sin examinar correctamente todos los elementos.

Tampoco se puede pretender un uso mixto del repertorio, alegando que por la tarde se reconvierte en un disco-bar o bar de copas, ya que como muestran los datos de venta y facturación la venta de copas y licores en este establecimiento es remota (2,05% de las ventas semanales y un 6,12% de la facturación semanal); con carácter general la principal actividad del establecimiento en horario tarde-noche la constituye la venta de cerveza (24,17% de las ventas semanales, y un 27,64% de la facturación semanal) (elemento fundamental en la explotación de cualquier bar en nuestro país) y de bocadillos. Reiteramos además que el informe del perito aportado de contrario se realiza en horario de 21.23-21.45h constatando que la música no era alta.

A pesar de todo lo anterior, la defensa de nuestra postura no resulta fácil de justificar, ya que la jurisprudencia es totalmente contraria a nuestra posición. La Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 9 de marzo de 1998, dice que *«conforme a reiterada jurisprudencia tanto del Supremo (STS 4/11/1998, 17/7/1993 y 11/3/1996) como de las Audiencias Provinciales (SAP Zaragoza 9/12/1993, Barcelona 17/2/1993) a falta de convenio expreso, serán de aplicación las tarifas válidamente aprobadas por la entidad gestora de derechos»*.

La sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante n.º 1865 de fecha 1/12/1999 que dice: *«Resulta un hecho notorio que un establecimiento que se autocalifica como pub, la ambientación musical resulta inherente a su propia actividad, por lo que no puede dudarse de que el establecimiento del demandado se lleva a cabo comunicación pública de las obras del repertorio musical de la SGAE»*.

O la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 4/11/1998 que dice: *«siendo inexistente la necesaria autorización para la comunicación pública que la demanda realiza y clara por tanto su ilicitud, la sola presencia en el pub de los medios de reproducción musical encontrados, que son medios para llevar a cabo aquellos actos de comunicación pública, constituye en el ámbito de este proceso base bastante para presumir su realidad de la comunicación y para que sea el dueño del establecimiento, que puede por otro lado*

solicitar en la inutilización de los aparatos la limitación regulado por el artículo 134.2 del RDL 1/1996, de 12 de abril, quien acredite, por una necesaria inversión de la carga probatoria, que no utiliza aquellos medios».

Como se ha podido apreciar, la línea argumental que siguen las sentencias anteriores es que si en el local tienes los medios necesarios para realizar lo que las entidades denominan comunicación pública, se presume que lo has realizado. Sin embargo, si es posible probar por el demandado que las obras que reproducía no formaban parte del repertorio de la SGAE, los Juzgados fallan a favor de los demandados. Esta música que no está protegida, es libre⁶, por tanto puede utilizarse sin pagar ningún tipo de canon. Concretamente, estas son las licencias Creative Commons, son distintas clases de autorizaciones que da el titular de su obra para un uso más o menos libre o gratuito de la misma.

De acuerdo con una línea jurisprudencial que de momento es menor pero muy significativa, como es el caso de la Sentencia n.º 20/2013 del Juzgado de lo Mercantil 1 de Badajoz, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid n.º 150/2007, Sección 28, de julio de 2007 -entre otras-, la cual establece que: *«este modelo parte de la idea común de pretender colocar las obras en la Red para su acceso libre y gratuito por parte del público. Sus partidarios lo proponen como alternativa a las restricciones de derechos para hacer y redistribuir copias de una obra determinada, restricciones que dicen derivadas de las normas planteadas en los derechos de autor o propiedad intelectual»*. Por tanto, no siendo probado que las obras reproducidas pertenecieran a la SGAE, la Audiencia confirma la Sentencia del Juzgado e impone las costas a la SGAE.

De forma que el importe de dichas tarifas de uso sea establecido en condiciones razonables, se debe atender al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario, y buscar el justo equilibrio entre ambas partes, para lo cual se tendrán en cuenta al menos los criterios enumerados en el art. 157 TRLPI:

- 1.º El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.
- 2.º La intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.
- 3.º La amplitud del repertorio de la entidad de gestión. A estos efectos, se entenderá por repertorio las obras y prestaciones cuyos derechos gestionan una entidad de gestión colectiva.

⁶Un modelo que proporciona acceso libre «on line» a los contenidos, permitiéndose en ocasiones el uso personal de los mismos (modelos de licencia implícita) y, en otros supuestos, la difusión libre de la obra, su transformación e incluso su explotación económica, con la única condición de citar la fuente. Se trata de los modelos de dominio público y de licencias generales (General Public License), como son, por ejemplo, las licencias «creative commons», algunas de las cuales incluyen la cláusula «copyleft».

- 4.º Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.
- 5.º El valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas.
- 6.º Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de utilización.
- 7.º Las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación.

Para las distintas modalidades de comunicación pública de obras musicales y/o audiovisuales se diferencian entre los establecimientos que realizan un uso necesario del repertorio, un uso secundario o incidental y un uso principal. De forma que, a efectos de tarificación, dispone la propia SGAE, que se entenderá por ambientación de carácter necesario todo uso del repertorio que, de cesar, altere significativamente la naturaleza del establecimiento y de su modo de explotación, calificando como tales a bares de copas, bares especiales, disco-bares, pubs y bares musicales. Por el contrario, las cafeterías, bares, tabernas y restaurantes se incluyen en una tarifa de inferior cuantía por ser la utilización que hacen del repertorio de carácter secundario o incidental, esto es, que de cesar, no altera la naturaleza del establecimiento ni de su actividad.

Tal remuneración debe ser equitativa y debe permitir lograr un equilibrio adecuado entre los intereses en presencia, como viene dictaminando el TJUE, concretamente en los casos SENA (asunto C-245/00 de 6 de febrero de 2003) y Lagarde (asunto C-192/04 de 14 de julio de 2005), en las que analizan que *«el valor de dicha utilización en los intercambios económicos, aspecto que cada Estado deberá concretar en su legislación nacional. Se atenderá a 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...»*. Estas sentencias del TJUE han mostrado un precedente en las sentencias del Tribunal Supremo 55/2009 y 228/2009, exigiendo la equidad en las tarifas generales como elemento central de la argumentación.

Por otra parte, señala también el Tribunal Supremo, la existencia de un proceso negociador previo no justifica que la aplicación de las tarifas generales se ajuste al requisito de equidad, ya que de no reconocerse así la imposibilidad de llegar a un acuerdo en la negociación comportaría automáticamente la posibilidad de que las sociedades de gestión impusieran unilateralmente sus tarifas generales, aun cuando estas no tuvieran carácter equitativo, en contra de lo dispuesto en la ley.

De todo lo expuesto, cabe concluir que la aplicación de la tarifa correspondiente debe realizarse conforme al uso real que del repertorio gestionado por la actora haga cada establecimiento; las tarifas aplicadas al usuario deben ser similares a las aplicadas con anterioridad a otros usuarios, sin que pueda pretenderse la aplicación unilateral de una tarifa superior cuando no quede justificado el uso necesario o principal de la música, pues lo contrario conculcaría los criterios exigidos por el citado artículo 157 TRLPI.

VII. Prueba del demandante (inversión de la carga de la prueba)

Según el art. 217.2 LEC, corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción. Es el denominado *onus probandi*, y es la obligación procesal del deber de demostrar un hecho.

No obstante, en determinados casos se produce la inversión de la carga de la prueba, es decir, ésta recae en el demandado, que tiene una importancia práctica y complejidad indudables. Según esta regla, corresponde al demandante la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión y, en el caso de que éstos queden acreditados, es el demandado quien corre con la carga de probar los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes de los efectos jurídicos de aquellos.

Hay que hacer una precisión al respecto, y es que los tribunales no defienden en sus resoluciones una inversión de la carga de la prueba en contra del demandado. Al contrario, la prueba de los hechos determinantes de la comisión de la infracción incumbe a la SGAE, a tenor de lo establecido en el núm. 2 del artículo 217 de la LEC. Lo que ocurre es que consideran que los medios probatorios aportados por ésta (acta de inspección de su personal, informe de detective privado y folleto publicitario del local) demuestran, de modo razonable, que se ha venido realizando la actividad infractora denunciada en la demanda y, sin embargo, los argumentos y contraprueba del demandado no permiten, a tenor de un entendimiento lógico de los hechos, desvirtuar tal conclusión. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº147/2010 de 18 de junio de 2010 establece que *«respecto de la denunciada ausencia de acreditación de que se hubiese comunicado públicamente en el local alguna obra de las administradas por la demandante, simplemente añadiremos que la SGAE ha cumplido con la carga probatoria que le incumbía al aportar pruebas que demuestran que en el local del demandado se produce la comunicación pública de obras musicales, lo que le obliga a éste a soportar las acciones que la Ley de Propiedad*

Intelectual prevé en defensa de los derechos de los autores de las mismas». Lo dispuesto en el art. 217.7 LEC que ordena tener presente la facilidad probatoria a la hora de aplicar las normas sobre carga de la prueba, impone que sea el demandado, organizador de los actos de difusión, quien por regla general identifique las obras difundidas si es que pretende oponer tal defensa.

Como indica la SAP Orense, sección 1ª, de 31-7-2012 indiscutida la existencia de tales aparatos de reproducción del sonido y de imagen en el establecimiento, la jurisprudencia aplica el principio de inversión de la carga de la prueba, por aplicación en realidad de las máximas de experiencia o presunciones judiciales (386 LEC) presumiendo que la presencia de los citados aparatos implica su uso habitual y frecuente en el local al tiempo que debe ser el dueño quién demuestre lo contrario, si es que lo niega, o que a través de los mismos y mediante un proceso selectivo se excluyan de su difusión obras cuya gestión asume la entidad actora.

Presunción de comunicación pública a la que también se refiere la SAP Álava, sección 1ª de 16-1-2009 «si en un establecimiento de hostelería, abierto al público, y destinado al ocio se dispone de sistema de televisión y audición musical, lógico es presumir que se emplea con mayor o menor frecuencia para retransmitir o reproducir obras cuyos autores han delegado la gestión de sus derechos de propiedad intelectual», o la SAP Alicante secc. 8ª, de 28-6-2012, extensiva también al repertorio o contenido de la comunicación, citando en este sentido la SAP de Madrid de 25 de junio de 2002 conforme a la cual *«existe una presunción de comunicación pública, que provoca la inversión de la carga de la prueba, por lo que el demandado es quien debería probar los hechos desvirtuadores de la acción ejercitada. Siendo el demandado quien tiene que probar que no está explotando derechos de autor, o que los que explota no están cedidos a la actora, o que está pagando por esa actividad a un particular o a otra entidad».*

VIII. De la acumulación de acciones de las entidades demandantes

De acuerdo con lo que dispone el artículo 71 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la acumulación subjetiva de las acciones ejercitadas por las demandantes en este procedimiento, dado que todas ellas son compatibles entre sí, aunque sean de distinta naturaleza. El artículo 3 del TRLPI establece que los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con los otros derechos de propiedad intelectual reconocidos en el Libro II de la presente Ley (derechos de los artistas e intérpretes ejecutantes; derechos de los productores de fonogramas; derechos de los productores de grabaciones musicales...). En este sentido, la

Audiencia Provincial de Zaragoza se ha mostrado favorable en sentencias de 10 de abril, 5 de mayo y 16 de octubre de 2010, así como la de Murcia en sus sentencias de 15 de julio de 2010 y 20 de enero de 2011, concretamente esta última en su fundamento de derecho segundo literalmente dice: *«estando legitimadas para ejercitar esos derechos las entidades de gestión de tales derechos que hayan sido debidamente autorizadas administrativamente, aun tratándose de derechos distintos, con diferentes titulares, son plenamente compatibles entre sí, tal como resulta expresamente establecido en la propia Ley de Propiedad Intelectual»*.

Asimismo, corresponde igualmente la acumulación objetiva de las acciones ejercitadas en el presente procedimiento, al amparo de lo que dispone el artículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que tal y como establece el precepto mencionado, entre todas las acciones ejercitadas por los demandantes existe un nexo, al estar fundamentadas en la misma causa de pedir, como es la reproducción y comunicación pública de obras y fonogramas que el demandado está llevando a cabo en su establecimiento, para la amenización del mismo.

De este mismo hecho, se deriva la acción de cese y la indemnizatoria, instada por la SGAE y AGEDI respecto de la reproducción instrumental, así como la acción de reclamación de cantidad instada por AGEDI y AIE, derivada de la obligación de pago de un derecho de remuneración, previsto legalmente.

Según lo expuesto, llegamos a la siguiente

CONCLUSIÓN

En virtud de lo expuesto anteriormente consideramos que:

PRIMERO. En cuanto a la normativa aplicable para resolver el supuesto planteado, es necesario acudir a la Constitución Española, al Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, al Código Civil, y a la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la Convención de Roma de 1961 y la Directiva 2011/77/UE.

SEGUNDO. La utilización de los citados derechos de propiedad intelectual conlleva la necesaria autorización para que pueda ser expuesta en lugares públicos y comerciales, satisfaciendo el pago de unos cánones por su utilización. La cuantía de los derechos de autor que se pagan por usar las obras tendrá en cuenta, entre otros criterios, la importancia, intensidad y modo de utilización de las

obras. Asimismo, el juzgado competente para conocer de este asunto será el Juzgado de lo Mercantil de Zaragoza, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Ter 2.^a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 51 de la LEC. Al tratarse de una demanda en materia de Propiedad Intelectual en la que se reclama una cuantía que excede de seis mil euros, es correcto el cauce procedimental utilizado, concretamente el de los trámites establecidos para el juicio ordinario, de conformidad con el art. 249.1.4º de la LEC, en relación con el art. 249.2 del mismo texto legal.

TERCERO. La Sociedad Civil formada por Mariano y Pilar Leñador quedó disuelta y extinguida en junio de 2016, razón por la cual la sociedad civil Hermanos Leñador no podrá ser parte en este proceso al carecer de capacidad procesal. Por ello, y de acuerdo con la jurisprudencia citada, la sociedad deberá resultar absuelta de las pretensiones de los demandantes. Por otro lado, los socios sí que podrán ser parte en este proceso, ya que tienen responsabilidad ilimitada ante deudas con terceros.

CUARTO. Los Tribunales configuran la legitimación «*ad causam*» como un requisito de procesabilidad inexcusable para el ejercicio de acciones judiciales que no admite subsanación posterior dado que afecta directamente al fondo del asunto. Don Roberto Leñador carece de legitimación pasiva en este proceso, toda vez que no ostenta la condición de socio de ninguna sociedad, ni figura como titular del negocio. Razón por la cual deberá resultar absuelto de la pretensión en su contra.

QUINTO. Tras haber expuesto los datos de las consumiciones, ha quedado demostrado que LA TABERNA DEL PUEBLO se dedica a la actividad de bar, que opera en horario de 8.00 a.m. a 22.00 p.m., y cualquier otro calificativo que pretenda añadirse no responde más que a un intento de aplicar una tarifa que no es la que le corresponde.

SEXTO. La aplicación de la tarifa correspondiente debe realizarse conforme al uso real que del repertorio gestionado por la actora haga cada establecimiento, sin que pueda pretenderse la aplicación unilateral de una tarifa superior cuando no quede justificado el uso necesario o principal de la música, pues lo contrario conculcaría los criterios exigidos por el citado artículo 157 TRLPI. Ya que al no mediar acuerdo, la aplicación de las tarifas generales conlleva un alto grado de asimetría entre las partes negociadoras, acentuada por la situación de monopolio de hecho que disfrutaban las entidades de gestión, utilizando dichas tarifas como un elemento de presión hacia el usuario, que en ocasiones, ha sido incluso declarada como abusiva.

SÉPTIMO. La jurisprudencia viene aplicando el principio de inversión de la carga de la prueba, por aplicación en realidad de las máximas de experiencia o presunciones judiciales –ex art.386 LEC- presumiendo que la presencia de los citados aparatos implica su uso habitual y frecuente en el local, al tiempo que debe ser el dueño quién demuestre lo contrario, si es que lo niega, o que a través de los mismos y mediante un proceso selectivo se excluyan de su difusión obras cuya gestión asume la entidad actora.

OCTAVO. Es correcta la acumulación de acciones de las entidades demandantes, tanto objetiva -al concurrir la misma causa de pedir- como subjetivamente, al ser entidades equivalentes encargadas de la gestión de derechos de sus representados.

Esta es la opinión que emito como dictamen y que someto a cualquier otra mejor fundada en Derecho.

Firmándola en Zaragoza, a 13 de noviembre de 2017.

Enrique Lacambra Poyato

Este Dictamen se ha realizado partiendo de los antecedentes de hecho de un supuesto real. Para intentar preservar el anonimato del cliente se ha cambiado el nombre del mismo, así como algunos de los datos.

Tal modificación se ha realizado por entender que rige la obligación de secreto profesional recogida en el artículo 5 del Código Deontológico , que en su apartado uno establece: *«La confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado, ínsita en el derecho de aquél a su intimidad y a no declarar en su contra, así como en derechos fundamentales de terceros, impone al abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, sin que pueda ser obligado a declarar sobre los mismos como reconoce el artículo 437.2 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial»*. Así como en el artículo 42 apartado 1 del vigente Estatuto General de la Abogacía que añade: *«Son obligaciones del abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven de sus relaciones contractuales, el cumplimiento de la*

misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional».

Bibliografía consultada

AYLLÓN SANTIAGO, H., *El derecho de comunicación pública directa*, Reus, Madrid, 2011.

DE LA IGLESIA ANDRÉS, M. *Tarifas generales de las entidades de gestión y remuneración equitativa: Comentario a las Sentencias del TS (Sala de lo civil, Sección 1ª) de 18 de febrero de 2008 y 7 de abril de 2009.*

DE PABLO CONTRERAS, P. y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *Curso de Derecho Civil. Vol. III, Derechos reales*, Majadahonda (Madrid), 2014, Colex.

IGLESIAS REBOLLO, C. y LACRUZ MANTECÓN, M. *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*. Madrid : Reus, [etc.], 2005

PALAU RAMÍREZ, F. y PALAO MORENO, G. *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017.

Páginas web de interés

www.sgae.es

<http://www.agedi-aie.es/>