



Roj: **SAP M 3842/2016 - ECLI:ES:APM:2016:3842**

Id Cendoj: **28079370282016100070**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **25/01/2016**

Nº de Recurso: **672/2013**

Nº de Resolución: **29/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Madrid, núm. 4, 10-06-2013,**  
**SAP M 3842/2016,**  
**ATS 1445/2019,**  
**GTJUE 119/2020,**  
**PTJUE 271/2020,**  
**STS 354/2021**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimooctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2013/0012357

**Rollo : RECURSO DE APELACION 672/2013**

Proc. Origen : Procedimiento Ordinario 551/2010

Organo Procedencia : Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid

**Recurrente : AGEDI - AIE**

Procurador : Dña. Rocío Blanco Martínez

Abogado : D. Antonio López Sánchez

**Recurrida: ATRESMEDIA CORPORACION DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A.**

Procurador : D. Manuel Lanchares Perlado

Abogado : D. Carlos Aguilar Fernández

**S E N T E N C I A num. 29/2016**

**ILMOS. SRS. MAGISTRADOS**

**D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ**

**D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ**

**D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS**

En Madrid, a 25 de enero de 2016.



La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ, Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ y Don FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 672/2013 interpuesto contra la Sentencia de fecha 10 de junio de 2013 dictado en el proceso número 551/2010 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, **AGEDI - AIE**, siendo apelada la parte **ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A.**, ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 29 de julio de 2010 por la representación de **AGEDI - AIE** contra la mercantil ANTENA 3 DE TELEVISIÓN, S.A., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba que:

"Se condene a ANTENA 3 DE TELEVISIÓN, S.A. a pagar a ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (**AGEDI**) y ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (**AIE**) la cantidad de DIECISIETE MILLONES NOVENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SESENTA EUROS (17.093.260,00 €) de principal devengada desde el 1 de junio de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2009 por los actos de comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos realizados a través de los canales de televisión que explota y por la indemnización derivada de la reproducción no autorizada de fonogramas realizada para dichos actos de comunicación al público, con condena a ANTENA 3 DE TELEVISIÓN, S.A. al pago de las costas causadas a mis representadas por el presente procedimiento."

**SEGUNDO** .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid dictó sentencia con fecha 10 de junio de 2013 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor :

"FALLO.- Que estimando en parte la demanda presentada por la Procuradora Doña Rocío Blanco Martínez, en representación de **AGEDI - AIE**, contra ANTENA 3 TV SA, representada por el Procurador Don Manuel Lanchares Perlado, que ha dado lugar a los presentes autos de JO 551/2010, DEBO CONDENAR Y CONDENO a ANTENA 3 DE TELEVISIÓN, S.A. a pagar a ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (**AGEDI**) y ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (**AIE**) la cantidad a determinar en ejecución de sentencia, devengada desde el 1 de junio de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2009, por los actos de comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos realizados a través de los canales de televisión que explota -la citada mercantil- y por la indemnización derivada de la reproducción no autorizada de fonogramas realizada para dichos actos de comunicación al público, debiendo excluirse de esa liquidación, según se señala en el fundamento séptimo de esta sentencia, la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales que están incorporados (sincronizados) en las obras audiovisuales (las películas cinematográficas, series de televisión y anuncios publicitarios) y la reproducción instrumental de los mismos. Dicha liquidación habrá de efectuarse tomando como bases de cálculo las que se exponen en el fundamento noveno de esta sentencia, además de la exclusión que se acaba de mencionar sobre las obras audiovisuales, siendo el límite máximo cuanto se pide en la demanda.

Cada parte abonara sus costas y las comunes por mitad.

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la **AGEDI - AIE** se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

**TERCERO** .- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES ( en adelante, **AGEDI**) y ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (en adelante, **AIE**) interpusieron demanda contra ANTENA 3 DE TELEVISIÓN, S.A. (en adelante, ANTENA 3) interesando se condenase a esta a abonar a las actoras la suma de 17.093.260 €



en concepto de indemnización, correspondiente al periodo que media entre el 1 de junio de 2003 y el 31 de diciembre de 2009, por los actos de comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos realizados a través de los canales de televisión que explota dicha demandada y por la reproducción no autorizada de fonogramas realizada para dichos actos de comunicación al público.

La sentencia de primera instancia, estimando parcialmente la demanda, estableció que, siempre con el límite máximo de lo solicitado en la demanda, la indemnización por los expresados conceptos debería determinarse en ejecución de sentencia de acuerdo con dos criterios: el uso efectivo del repertorio de las actoras llevado a cabo por la demandada durante el indicado periodo y los acuerdos a los que dichas entidades de gestión hubieran llegado con otras cadenas de televisión de similares características para autorizar el uso de su repertorio, excluyéndose en todo caso del ámbito de los usos que darían lugar a indemnización los actos de comunicación pública de fonogramas que hubieran sido incorporados o "sincronizados" en obras audiovisuales (películas cinematográficas, series de televisión y anuncios publicitarios) así como la reproducción instrumental de los mismos.

Disconformes con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alzan **AGEDI** y **AIE** a través del presente recurso de apelación.

**SEGUNDO** .- Según los Arts. 108-4 y 116-2 de la Ley de Propiedad Intelectual , en lo que ahora interesa, *"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, tienen obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, entre los cuales se efectuará el reparto de aquélla"* .

Teniendo en cuenta que el derecho de remuneración equitativa que dichos preceptos contemplan surge tanto cuando lo públicamente comunicado es un fonograma como cuando lo es una reproducción del mismo, uno de los puntos de controversia sobre los que ha pivotado el presente litigio es el consistente en dilucidar si la incorporación o "sincronización" del fonograma preexistente en una obra audiovisual da o no lugar a la pérdida de aquel derecho en relación con los actos de comunicación pública de dicha obra.

La sentencia apelada, compartiendo la tesis que ANTENA 3 ha hecho valer en el proceso, responde afirmativamente a dicho interrogante. Define la sincronización como el fenómeno que se produce cuando, yendo más allá de una mera reproducción, el discurso sonoro del fonograma musical queda asociado al discurso visual de una secuencia creativa de imágenes dando lugar a la coincidencia estética, ambiental, temporal o rítmica entre sonido e imagen, de manera que, al integrarse en un conjunto expresivo mayor representado por la síntesis armónica y singular de la imagen y del sonido, lo que se produce, desde el punto de vista de la obra fijada en el fonograma, es una transformación de esta que da lugar a una obra derivada.

Sin dejar de reconocer el meritorio esfuerzo interpretativo llevado a cabo por el juzgador de primera instancia, este Tribunal, que admite que, en efecto, el fenómeno de la sincronización puede comportar una modalidad de transformación generadora de una obra derivada, participa del punto de vista expuesto por las apelantes y no comparte las conclusiones de la sentencia apelada con arreglo a las cuales esa transformación privaría al productor del fonograma y a los artistas, intérpretes y ejecutantes del derecho de remuneración equitativa previsto por los preceptos legales referidos.

En efecto, según el Art. 21-1 de la Ley de Propiedad Intelectual , *"La transformación de una obra comprende...cualquier...modificación en su forma de la que se derive una obra diferente"* . Por tal motivo, tanto la transformación como su producto, el nacimiento de la obra derivada, son fenómenos que se producen -y así aparecen regulados legalmente- en el plano de la obra, esto es, en el plano de la creación original fruto del espíritu humano ( Art. 10-1 L.P.I .) pero no en el plano de ciertos servicios o soportes a los que la ley anuda la titularidad de derechos conexos a los del autor. Dicho de otro modo: la transformación, como fenómeno legalmente contemplado, solamente puede operar sobre algo que pueda conceptuarse como obra, y su resultado -la obra derivada- solamente puede nacer de algo a lo que quepa catalogar como obra.

Ahora bien, el fonograma no es una obra. El fonograma es un mero soporte que contiene la fijación del concreto modo de ejecución que un determinado artista ha llevado a cabo, en un momento dado, de la secuencia de sonidos que constituye la obra propiamente dicha. En otras palabras: la obra es la ideación creativa y original de la secuencia de sonidos y el fonograma es el objeto que recoge una cierta ejecución de esa secuencia. Consiguientemente, si el fonograma no es una obra, no es posible ejercer sobre él operación alguna que comporte un fenómeno de transformación en sentido técnico-jurídico y, correlativamente, tampoco es posible que nazca del fonograma una obra derivada, precisamente porque aquello sobre lo que se opera en el curso de la sincronización no puede ser catalogado como obra en sentido alguno. Por más que la sincronización del fonograma en la obra audiovisual genere en el plano estético y creativo una síntesis superadora de sus elementos visuales y auditivos, y por más que ello dé lugar a la transformación de la obra sonora (normalmente



musical) cuya concreta ejecución se encuentra fijada en el fonograma objeto de sincronización, lo cierto es que las cualidades de los sonidos fijados en el fonograma son objetivamente las mismas antes y después de la sincronización. Ello hace que la fijación sonora que queda en la obra audiovisual después de la sincronización del fonograma no pueda ser considerada, en tanto que simple réplica de los sonidos fijados en el fonograma sincronizado, sino como una reproducción de ese mismo fonograma. Reproducción cuya comunicación pública, al igual que la del fonograma propiamente dicho, genera el derecho de remuneración equitativa que contemplan los Arts. 108-4 y 116-2 de la Ley de Propiedad Intelectual .

La sentencia apelada reproduce la definición de fonograma que nos proporciona el Art. 2 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996: *"Toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual"*. También se hace eco de la Declaración Concertada relativa a dicho precepto con arreglo a la cual *"Queda entendido que la definición de fonograma prevista en el Artículo 2.b) no sugiere que los derechos sobre el fonograma sean afectados en modo alguno por su incorporación en una obra, cinematográfica u otra obra audiovisual"*. Pero interpreta esa Declaración Concertada en el sentido de que la sincronización del fonograma en una obra audiovisual no perjudica los derechos de los productores de fonogramas en cuanto al derecho de explotación de estos, no de la obra derivada, de manera que, pese a la sincronización, el productor fonográfico mantendría su derecho a explotar el fonograma en ámbitos distintos del de la obra audiovisual en la que se ha sincronizado y a autorizar o denegar nuevas sincronizaciones.

En realidad, lo que contiene la Declaración Concertada es una salvaguarda de derechos. Y la interpretación de su alcance, es decir, de la extensión de los derechos que la misma preserva en presencia de fenómenos como el de la sincronización, es enteramente tributaria del punto de vista que previamente se mantenga en torno a la controversia que acabamos de analizar, esto es, la que consiste en dilucidar si la transformación que la sincronización produce en el plano de la obra hace que el fonograma sincronizado deje de existir como objeto de derechos conexos o si, por el contrario, la fijación de sonidos que queda en la obra audiovisual es una mera reproducción del fonograma que permite considerar preservado el derecho de retribución equitativa con ocasión de su comunicación pública. La Declaración Concertada es, pues, un elemento neutro en este debate: la interpretación que de la misma efectúa la sentencia apelada es coherente con su previo posicionamiento en el seno del aludido debate, de igual modo que lo coherente con el punto de vista mantenido por este tribunal es considerar que entre esos *"derechos sobre el fonograma"* que preserva la Declaración se encuentra el de remuneración equitativa que otorgan a los productores fonográficos y a los artistas, intérpretes y ejecutantes los Arts. 108-4 y 116-2 de la Ley de Propiedad Intelectual con ocasión de los actos de comunicación pública (tanto del fonograma como de sus reproducciones).

**TERCERO** .- Los precedentes planteamiento conducen, pues, por el momento, a revocar la sentencia apelada en aquel particular por el que excluye de la indemnización a calcular los actos de comunicación pública de fonogramas que hayan sido "sincronizados" en obras audiovisuales (películas cinematográficas, series de televisión y anuncios publicitarios) y la reproducción instrumental de los mismos. Queda, pues, por determinar si, una vez que no es necesario cuantificar el importe al que ascendería la exclusión de tal concepto, se encuentra o no justificada la indemnización solicitada de 17.093.260 € o si, por el contrario, sigue siendo necesario acudir, como lo hace dicha sentencia, al trámite de ejecución para respetar el punto de vista jurisprudencial que, huyendo de la aplicación de los ingresos de la infractora como criterio exclusivo en que se fundan las tarifas generales de las entidades de gestión, obliga a atender también para la determinación del lucro a los dos criterios que la sentencia apelada menciona, a saber: por un lado, el uso efectivo del repertorio de las actoras llevado a cabo por la demandada durante el periodo al que se refiere la demanda y, por otra parte, los acuerdos a los que dichas entidades de gestión hubieran llegado con otras cadenas de televisión de similares características para autorizar el uso de su repertorio.

Lo primero que debemos indicar al respecto es que la suma de 17.093.260 € solicitada en la demanda no es el resultado de aplicar al caso las tarifas generales de las demandantes, que es lo que nuestro Tribunal Supremo considera inapropiado, entre otras muchas, en la sentencia de 23 de marzo de 2001 a la que se remite la parte dispositiva de la sentencia ahora apelada. Por el contrario, la referida cantidad constituye ya el resultado de haber aplicado al caso el segundo de los factores que esa doctrina jurisprudencial obliga a tomar en consideración, es decir, el relativo a los acuerdos a los que las entidades de gestión demandantes llegaron con otras cadenas de televisión de similares características (generalistas y de ámbito estatal) para autorizar el uso de su repertorio, en particular, los alcanzados con TELEVISIÓN ESPAÑOLA, TELECINCO, CUATRO y LA SEXTA. Y es que debe repararse en que dicha cantidad es la propugnada en el informe pericial económico elaborado por el economista Don Antonio e incorporado a los autos como Documento 13 de la demanda cuya sistemática fue la siguiente: primeramente se determinaron los ingresos obtenidos por **AGEDI/AIE** de esas cuatro cadenas durante el periodo objeto de litigio en virtud de los acuerdos alcanzados con



ellas; seguidamente se hallaron los ingresos obtenidos por esas cuatro cadenas durante el indicado periodo exclusivamente provenientes de la publicidad (factor denotativo, a su vez, del nivel de audiencia de cada una); a continuación, aplicados algunos factores correctores tendentes a homogeneizar y posibilitar la comparación de los resultados, se halló el porcentaje que lo abonado por cada cadena a **AGEDI /AIE** representaba en relación con sus respectivos ingresos publicitarios y se determinó seguidamente la media ponderada de los porcentajes hallados; finalmente, se aplicó esa media ponderada a los ingresos publicitarios obtenidos por la ahora demandada ANTENA 3, siendo el resultado de la aplicación de ese porcentaje la suma de 17.093.260 €. Esta cantidad es sensiblemente inferior a la que resultaría de la aplicación directa y exclusiva de las tarifas generales de **AGEDI/AIE** (20.179.000 €).

Por lo tanto, se podrá disentir de las conclusiones alcanzadas por dicho informe pericial, cuestión que enseguida abordaremos, pero de lo que no cabe la menor duda es de que su vocación es la de expresar la indemnización pertinente tomando en consideración el segundo de los dos factores que la doctrina jurisprudencial obliga a tener en cuenta.

En relación con los resultados de TELEVISIÓN ESPAÑOLA, lo que hizo el perito, en vista de la peculiaridad derivada del régimen de subvenciones del que por razones institucionales disfruta dicho ente público, fue suprimir de su estudio los datos vinculados a esa variable con el fin de posibilitar la comparación de sus resultados con los de las otras tres cadenas que no gozan de ese mismo régimen. Esta técnica, que en principio nos parece razonable, es criticada por la apelada ANTENA 3 pero su censura no va dirigida al acierto de aplicar dicho criterio corrector en orden a posibilitar la homogeneización -y consiguiente comparabilidad- de los datos de unas y otras cadenas, sino que se centra en el carácter a su juicio injusto y discriminatorio del descuento que las demandantes aplican a TVE, obviando que para aplicar este factor corrector el experto no solamente eliminó del cálculo de lo abonado a **AGEDI/AIE** la parte de los derechos que hubiera correspondido a las subvenciones recibidas sino que, correlativamente, eliminó también del cálculo de los ingresos tales subvenciones.

Con el mismo fin de posibilitar la comparación de datos, el perito eliminó del cálculo de los pagos efectuados por CUATRO y LA SEXTA a **AGEDI/AIE** las bonificaciones que estas concedieron a aquellas por razón de inicio de actividad y que se concretaron en los siguientes porcentajes: en el caso de CUATRO, que inició sus emisiones en 2005, el 70% para los años 2005 y 2006, el 60 % para 2007, el 40 % para 2008 y el 30 % para 2009; y en el caso de la SEXTA, que inició sus emisiones en 2006, la misma progresión de porcentajes pero iniciada un año después. La apelada ANTENA 3 se limita a decirnos que la supresión de dicha variable en los cálculos acometidos por el experto no constituye más que un "truco" para discriminarla con respecto a esas dos cadenas. Sin embargo, si tenemos en cuenta que en el periodo objeto de litigio (entre 2004 y 2009) ANTENA 3, que contaba ya con muchos años de andadura, nunca hubiera sido merecedora de una bonificación por inicio de actividad como la mencionada, nos parece plausible la eliminación de dicha variable dado que, de no operar de ese modo, se estarían comparando situaciones esencialmente desiguales y, por lo tanto, magnitudes heterogéneas. Algo similar ocurre con TELECINCO aun cuando en este caso el componente supuestamente discriminatorio se proyectaría sobre un periodo superior (de 1990 a 2002) que en todo caso no es coincidente con el periodo de cuya cuantificación se trata en el presente litigio.

En todo caso, si ANTENA 3 considera que la metodología seguida por el único informe pericial que sobre la cuestión existe en autos no es correcta o conduce a resultados insatisfactorios o discriminatorios, debió proponer por su parte -o aportar al proceso- una prueba pericial económica capaz de poner de manifiesto los puntos débiles de los que considera adolece aquel informe y no limitarse a proclamar sus personales puntos de vista en torno a una materia que, por pertenecer a un ámbito del conocimiento de carácter especializado, se encuentra precisada de medios probatorios de naturaleza pericial.

**CUARTO** .- Así pues, si, por un lado, hemos alcanzado la conclusión de que no debe excluirse de indemnización la parte - presumiblemente considerable- correspondiente a la comunicación pública de fonogramas sincronizados en obras audiovisuales, y si, por otra parte, no vemos reparos que nos autoricen a dudar de la solvencia del informe económico que, con base en el segundo de los criterios jurisprudenciales anteriormente aludidos, fija en 17.093.260 € la indemnización procedente, nos faltaría por determinar de qué modo debería operar el otro de los factores jurisprudencialmente propugnados, a saber, el representado por el uso efectivo del repertorio de las actoras llevado a cabo durante el periodo en estudio por parte de ANTENA 3. Y, como quiera que no contamos en el proceso con ese dato -el uso efectivo-, de lo que se trata es de determinar a cuál de las partes debiera perjudicar tal ausencia.

Resultando evidente -además de no controvertido en el proceso- que las cadenas de televisión no comunican públicamente fonogramas durante el 100 % de sus horarios de emisión, el uso efectivo constituye un variable que no debería cuantificarse, por su escasa utilidad, en términos absolutos (número de horas de comunicación pública de fonogramas) sino en términos relativos, es decir, determinando el porcentaje que el tiempo de



comunicación pública de fonogramas representa respecto del horario total de emisión de la cadena. No disponemos, desde luego, de ese porcentaje, pero lo relevante no es tanto constatar este hecho negativo como valorar qué clase de utilidad poseería ese dato si dispusiéramos de él, porque, en tanto que variable de carácter relativo, un porcentaje solamente nos resultaría útil si dispusiéramos de otro dato imprescindible: la cantidad total sobre la que el porcentaje debiera operar para hallar la cantidad fraccionaria que aquel representa. Así, si se encontrase plenamente fijado en el proceso que ANTENA 3 comunica públicamente fonogramas durante, vgr., el 10 % de su tiempo total de emisión, podríamos determinar la indemnización procedente solo si conociéramos la indemnización que correspondería a la hipótesis en la que el tiempo de comunicación de fonogramas fuera el 100 % del tiempo de emisión, o lo que es igual, a la hipótesis, ciertamente irreal, en la que la comunicación pública de fonogramas se estuviera produciendo de modo incesante por parte de la cadena demandada. No nos sirve a este respecto como cantidad absoluta a la que aplicar el porcentaje la que resultaría de las tarifas generales de **AGEDI/AIE** (20.179.000 €, cuyo 10 % sería 2.017.000 €) porque dicha operación solo sería correcta partiendo de la base de que las tarifas han sido elaboradas en origen bajo la idea de que el tiempo de comunicación pública de fonogramas por parte de las cadenas de televisión es incesante (100 % del tiempo de emisión), idea por completo alejada de la realidad. Por igual motivo, no podría servirnos tampoco como cantidad absoluta la de 17.093.260 € (cuyo 10 % sería 1.709.326 €), que es el resultado de aplicar a ANTENA 3 la media ponderada de los acuerdos alcanzados por las demandantes con otras cadenas similares, porque ello equivaldría a operar con la suposición, también completamente irreal, de que TVE, TELEPINCO, CUATRO y LA SEXTA han negociado con **AGEDI/AIE** reconociendo que comunican públicamente fonogramas durante la totalidad de sus horarios de emisión.

En definitiva, pues, en ausencia de regulación que nos permita determinar la base a la que aplicar el porcentaje que expresa el uso efectivo, no nos resulta posible operar con este factor de modo originario por la sencilla razón de que no es ya que no sepamos qué lugar debe ocupar ese dato dentro de la ecuación: es que ni siquiera sabemos cuál es la ecuación dentro de la cual debiera operar. De ahí que consideremos que en el actual estado de la normativa reguladora de esta materia, donde aún no resultan operativas (no al menos en relación con en el presente litigio) las normas que contiene la reciente Orden ECD/2574/2015 de 2 de diciembre por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales, el criterio del "uso efectivo" no pueda operar, en el ámbito de actividad que ahora nos ocupa, como factor originario para la determinación de la remuneración equitativa, de manera que a lo más que podemos aspirar es a que opere como factor corrector en relación con los resultados que arroje el otro criterio (el de la comparación con los acuerdos alcanzados con cadenas similares), el cual, a diferencia del criterio del uso efectivo, si es posible utilizar de modo originario.

En tal sentido, una vez determinada la suma que correspondería por aplicación de ese segundo criterio (17.093.260 €), el uso efectivo habría de sernos útil para corregir a la baja ese resultado en el caso de que se hubiera podido constatar que el tiempo que ANTENA 3 dedica a la comunicación pública de fonogramas dentro de su programación total es inferior al que dedican las demás cadenas de televisión con las que se ha establecido la comparación.

Y llegados a este punto, forzoso es plantearse cuáles son las consecuencias a las que nos conducen en este ámbito las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba. Los informes de la firma Q INDICE acompañados a la demanda (Documentos 7 y ss.) no tenían por objeto facilitar el dato representado por el porcentaje de uso efectivo de fonogramas en la cadena ANTENA 3 sino que su más modesto propósito era el de neutralizar todos cuantos alegatos había vertido extrajudicialmente esta última y con arreglo a los cuales su política empresarial a partir de una determinada fecha había sido la de abstenerse de manera prácticamente absoluta de llevar a cabo actos de comunicación pública de fonogramas. Tal y como indicó la sentencia apelada en criterio que se comparte por esta Sala, ese objetivo se cumplió plenamente, dado que dichos informes, sin llegar a proporcionar un dato concluyente y definitivo representado por un concreto porcentaje, sirvieron para demostrar que, en contra de cuanto afirmaba ANTENA 3, los actos de comunicación pública de fonogramas por parte de esta constituían un hecho habitual. Y debe tenerse presente, como se ocupó de aclarar en el acto del juicio el autor de dichos informes Don Jeronimo , que el porcentaje de emisión de fonogramas por parte de las cadenas generalistas dentro de sus emisiones es muy similar (indicó que la media se encuentra en torno al 7 u 8 %), testimonio que goza de especial verosimilitud al pertenecer a las máximas ordinarias de la experiencia la semejante naturaleza de los programas que dichas cadenas acostumbran a distribuir dentro de sus horarios de emisión.

Consideramos, por lo tanto, que con ello las demandantes asumieron con eficacia la carga de demostrar el hecho "*ordinariamente constitutivo de su derecho*" al que se refiere el Art. 217-2 de la L.E.C . . Porque, dentro del planteamiento que acabamos de definir con arreglo al cual el uso efectivo solamente puede ser utilizado como factor corrector en el caso de apreciarse sensibles diferencias cuantitativas en la comparación con otras cadenas, el hecho del que ordinariamente se deriva el efecto jurídico pretendido en la demanda no es otro que el que resulta de la constatación de que ANTENA 3 comunica públicamente fonogramas de modo habitual y



de que lo hace con una intensidad que en principio no es diferente de la intensidad con la que lo hacen las restantes cadenas generalistas que fueron objeto del examen pericial de tipo comparativo. A partir de esa constatación, era a la demandada ANTENA 3 a quien, por aplicación del Art. 217-3 de la L.E.C., correspondía haber aportado al proceso las pruebas de la existencia de un eventual agravio, o lo que es igual, las pruebas de que la aplicación que se le pretende hacer de la media ponderada de lo satisfecho a **AGEDI/AIE** por parte de las otras cuatro cadenas generalistas de ámbito nacional (TVE, TELECINCO, CUATRO Y LA SEXTA) constituye un trato discriminatorio e injusto en la medida en que el porcentaje de tiempo que ella emplea en la comunicación de fonogramas respecto del tiempo total de sus emisiones es sensiblemente inferior al tiempo empleado por esas otras cadenas. Sin embargo, es de ver que, pese a su verosímil acceso a esa clase de datos, ANTENA 3 no ha suministrado material probatorio alguno al respecto, debiendo, por tal motivo, pechar con las consecuencias adversas que se derivan de esa pasividad.

Por lo tanto, recapitulando, si no debe excluirse de indemnización la parte correspondiente a la comunicación pública de fonogramas sincronizados en obras audiovisuales (películas cinematográficas, series de ficción y anuncios publicitarios); si, por otra parte, debemos reputar correctas las conclusiones del informe pericial que fija en 17.093.260 € la indemnización procedente como consecuencia del análisis comparativo de los acuerdos alcanzados con otras cadenas generalistas; y, en fin, si, como acabamos de indicar, ANTENA 3 no ha suministrado prueba alguna de que el uso efectivo que lleva a cabo en relación con los actos de comunicación pública de fonogramas difiere sensiblemente del uso llevado a cabo por las cadenas de televisión con las que fue comparada, habiéndose constatado pericialmente que ese uso suele ser similar por parte de las cadenas de televisión de las mismas características (generalistas de ámbito nacional), entonces podemos considerar despejados cuantos factores consideraba la sentencia apelada que era necesario despejar. Por tal motivo, no consideramos correcto el pronunciamiento por el que dicha sentencia acuerda diferir al periodo de ejecución de sentencia la determinación de la indemnización procedente desde el momento en que es posible afirmar, a partir de lo actuado en el proceso, que esa indemnización procedente no es otra que la solicitada en la demanda: 17.093.260 €.

Por lo demás, ningún pronunciamiento habremos de efectuar en torno a aquellos alegatos del escrito de oposición al recurso por los que ANTENA 3 trata de reproducir el argumento hecho valer en la instancia precedente y que gira en torno a la reproducción instrumental como límite contemplado por el Art. 31-1 de la Ley de Propiedad Intelectual. Y es que, no habiendo sido recurrida la sentencia por parte de dicha entidad, el eventual acogimiento de dicho argumento por parte de este tribunal sería contrario al principio prohibitivo de la "*reformatio in peius*" que consagra el Art. 465-5 de la L.E.C.

**QUINTO**.- Estimándose el recurso de apelación, no es procedente efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada de conformidad con el número 2 del Art. 398 de la L.E.C., debiendo imponerse a la demandada, en cambio, las originadas en la instancia precedente de acuerdo con lo previsto en el Art. 394-1 de la misma ley.

Al concretarse a través de la presente resolución una suma que en la instancia precedente había quedado indeterminada, el interés procesal previsto por el Art. 576-2 L.E.C. habrá de computarse solamente desde la fecha de la presente resolución.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (**AGEDI**) y ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (**AIE**) contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.

2.- Revocamos dicha resolución y, estimando -como estimamos- la demanda interpuesta por las entidades de gestión ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (**AGEDI**) y ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (**AIE**) contra la mercantil ANTENA 3 DE TELEVISIÓN, S.A., condenamos a esta última a pagar a las demandantes la suma de DIECISIETE MILLONES NOVENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SESENTA EUROS (17.093.260 €) en concepto de indemnización, correspondiente al periodo que media entre el 1 de junio de 2003 y el 31 de diciembre de 2009, por los actos de comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos realizados a través de los canales de televisión que explota dicha demandada y por la reproducción no autorizada de fonogramas realizada para dichos actos de comunicación al público, computándose el interés procesal previsto en el Art.



576-2 de la L.E.C . desde la fecha de la presente resolución. E imponemos a la demandada el pago de las costas originadas en la instancia precedente.

3.- No efectuamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas por el presente recurso de apelación.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , procédase a la devolución del depósito consignado para recurrir.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ