

**Fuente: Derecho de Internet <http://derecho-internet.org/>**

**Sentencia Audiencia Provincial de Málaga**

Audiencia Provincial de Málaga. Sección Sexta.

Juzgado de lo Mercantil N° Uno de Málaga

Juicio Ordinario N° 145/05

Rollo de Apelación Civil N° 991/06

Sentencia N° 115/07.

Ilmos. Sres.

Presidente

Don Antonio Alcalá Navarro.

Magistradas

D<sup>a</sup> Inmaculada Suárez Bárcena Florencio

D<sup>a</sup> Soledad Jurado Rodríguez.

En Málaga, a veinte de Febrero de dos mil siete.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de Juicio Ordinario n° 145/05 procedentes del Juzgado de lo Mercantil n° 1 de Málaga, sobre reclamación de cantidad y responsabilidad de administrador, seguidos a instancia de Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales, representada en el recurso por el Procurador Don xx y defendida por la Letrada yy, contra “Freephone Axarquía, S.L.”, representada en el recurso por la Procuradora zz y defendida por el Letrado mm y contra Doña nn, representada en el recurso por la Procuradora Doña qq y defendida por el Letrado rr, pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por ambas demandadas contra la sentencia dictada en el citado juicio.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil n° 1 de Málaga dictó sentencia de fecha 10 de Mayo de 2.006 en el juicio ordinario n° 145/05 del que este rollo dimana, cuya parte dispositiva dice así: “FALLO.- QUE ESTIMO LA DEMANDA presentada por el/la procurador Sr./a D./ doña xx en nombre y representación de ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA), defendida por el/la abogado/a D./doña yy contra FREEPHONE AXARQUÍA S.L representada por el procurador zz y defendida por el abogado mm y nn, representada por el procurador Sr. zz y defendido por el abogado nn y en consecuencia: PRIMERO: Debo condenar y condeno a los demandados a que abonen al actor quinientos treinta y tres mil seiscientos cuatro euros con treinta y tres céntimos más intereses

**Fuente: Derecho de Internet <http://derecho-internet.org/>**

desde sentencia. SEGUNDO: Con expresa imposición de costas a las demandadas.” (sic)

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia interpusieron, en tiempo y forma, recurso de apelación ambas demandadas, los cuales fueron admitidos a trámite y sus fundamentaciones impugnadas de contrario, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, donde, al no haberse propuesto prueba ni estimarse necesaria la celebración de vista, previa deliberación de la Sala, que tuvo lugar el día 20 de Febrero de 2.007, quedaron las actuaciones concluidas para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Inmaculada Suárez Bárcena Florencio.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Por la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) se deduce, frente a las demandadas “Freephone Axarquía, S.L.” y D<sup>na</sup>, demanda en exigencia, frente a Freephone, de la remuneración por copia privada conforme al artículo 25 de la L.P.I., por la comercialización durante el año 2.004 de soportes digitales de 4,7 gigabits, y frente a D<sup>na</sup>, administradora única de la citada sociedad, por responsabilidad solidaria de la misma, con amparo en los artículos 69 de la L.S.R.L. y 133 y 135 de la L.S.A., alegando los perjuicios sufridos por la comercialización de dichos soportes aptos para las copias, sin pagar el canon compensatorio, y por el incumplimiento de las obligaciones legales que se imponen a un ordenado comerciante, o las correspondientes al mal estado financiero de la sociedad. Cuantifica la cantidad reclamada, alegando que los D.V.R.-R de 4,7 gigabits permiten un mínimo de 360 minutos de grabación, que limita a 240 minutos de duración media standard, aplicando un canon de 0,30 euros (por hora de grabación), por compensación a cada D.V.D., que representa una cuota de 1,20 euros por cada soporte, lo que arroja la suma reclamada en la demanda.

Las demandadas se opusieron a la demanda, alegando que los D.V.D.-R no pueden incluirse en el artículo 25 de la L.P.I., que se refiere a los soportes en general, pero no a los digitalizados, como son los D.V.D., por lo que no son susceptibles de aplicación del canon compensatorio. La demandada Doña nn alega, además, la excepción de falta de legitimación pasiva por no concurrir los supuestos de negligencia que se alegan en la demanda, pero ésta es una alegación de falta de legitimación pasiva ad caussam, o sea, del fondo de la cuestión, siendo, por tanto, una excepción sustantiva, que no procesal, ya que ésta sería la de falta de legitimación ad processum, que concurre cuando el litigante no reúne los requisitos necesarios para comparecer en juicio. También alegan la necesidad de plantear ante el Tribunal Constitucional cuestión de constitucionalidad. Con fecha 10 de Mayo de 2.006, se dictó sentencia, por la cual se estimó la demanda, condenándose a las demandadas, con carácter solidario, a satisfacer a la parte actora la suma de 533.604,33 euros, más los intereses de esta suma desde la interposición de la demanda. No se pronuncia la sentencia sobre las peticiones de I.V.A., ni sobre los apartados II y III del suplico de la demanda; respecto del I.V.A., por haber renunciado la actora a la reclamación que sobre este particular en su día efectuó y sobre los apartados II y III del suplico, por haber desistido de ellos antes de la Audiencia Previa, en escrito de fecha 7 de Junio de 2.005 (folios 58 y 59 de los autos). Las costas se imponen a las

**Fuente: Derecho de Internet <http://derecho-internet.org/>**

demandadas. Frente a esta sentencia se interpone recurso de apelación por ambas demandadas.

SEGUNDO.- Se alega en los escritos de apelación de las demandadas que la sentencia incide en incongruencia omisiva, en cuanto que omite el análisis de cuestiones fundamentales, alegadas por las demandadas en apoyo de sus respectivas tesis defensivas, vulnerando así el contenido del artículo 218 de la L.E.C. Según la jurisprudencia el principio de congruencia va referido al perfecto ajuste entre la parte dispositiva de una resolución judicial y las pretensiones deducidas por las partes durante la fase expositiva del procedimiento, resultando la incongruencia de la comparación de lo postulado en el suplico de la demanda y/o contestación/reconvención y los términos del fallo combatido (S.S.T.S. 23 de Septiembre de 1.999, 14 de Diciembre de 1.992 y 6 de Marzo de 1.995 entre otras muchas), sin que su exigencia alcance a los razonamientos alegados por las partes, es decir, no puede tildarse de incongruente una resolución judicial, si existe ajuste entre el fallo o parte dispositiva de la misma y las pretensiones de las partes, por el hecho de que no contenga una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide (S.S.T.C. 28.01.91, 25.06.92 y del T.S. 12.11.90, entre otras). Aplicando tal doctrina al supuesto de autos, si cotejamos el fallo de la sentencia recurrida con la súplica de la demanda y los escritos de contestación, podemos colegir, sin dificultad alguna, el más perfecto ajuste entre los mismos, lo que excluye la posibilidad de tildar de incongruente a dicha resolución, pues en ella se resuelve dentro de los parámetros de las pretensiones deducidas por las partes, sin que se le pueda achacar de incongruente por el hecho de que no haya analizado, o lo haya realizado de forma poco exhaustiva, algunas de las razones dadas por las partes en apoyo de sus pretensiones, concretamente por las demandadas, por lo que ciertamente cabe rechazar el primer motivo de apelación de ambas demandadas.

TERCERO.- Se alega en los escritos de apelación de las demandadas que incide el juzgado a quo en error en la interpretación que hace del artículo 25 L.P.I., vulnerando el principio de seguridad jurídica y el de legalidad que consagra el artículo 9-3 de la Constitución Española y en la valoración de la prueba, entendiéndose, además, que el artículo 25 L.P.I. es contrario a la Constitución por invasión por parte de las entidades de gestión de la reserva de ley instaurada en el artículo 31.3 de la Constitución Española, atenta contra el derecho constitucional de los tributos, altera de facto el pacto de financiación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y delega todo lo relativo a la aplicación de la norma en su sujeto (entidades de gestión), que puede incurrir en arbitrariedad en el uso de la norma, reproduciendo así, ante este tribunal, la solicitud de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad que ya formulara, sin éxito, ante el juzgado de lo mercantil.

CUARTO.- Esta Sala considera que, con carácter previo a la resolución de los motivos de fondo de los recursos de apelación, es de todo punto imprescindible, en aras del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24 de la Constitución Española, analizar si el artículo 25 L.P.I., en virtud del cual se impone a la entidad demandada la obligatoriedad de pago de la remuneración compensatoria por copia privada, plantea dudas de su constitucionalidad a este órgano colegiado de la alzada, a fin de decidir, si procede plantear, ante el Tribunal Constitucional, la cuestión de inconstitucionalidad solicitada conforme a lo establecido en el artículo 163 de la Constitución, en relación al artículo 35

**Fuente: Derecho de Internet <http://derecho-internet.org/>**

L.O.T.C., porque la promoción de ésta queda reservada al órgano judicial, que no está obligado a iniciar trámite al respecto, ni mucho menos obligado al planteamiento de la misma, aunque una parte se lo suscite o lo pretenda.

Antes de resolver sobre ello, es conveniente hacer una breve exposición sobre los aspectos generales referidos al canon o remuneración compensatoria.

Una de las facultades que integran el derecho de propiedad intelectual es la que reconoce al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de la obra y en especial de los derechos de reproducción (art. 14 L.P.I.). Esta Ley de Propiedad Intelectual, en su artículo 18 entiende por reproducción “la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de todo o parte de ella”; ahora bien, este derecho del autor sobre la reproducción de su obra no puede ser un derecho absoluto, pues tiene sus límites en legítimos derechos ajenos, como el derecho de los propietarios de los ejemplares de las obras a utilizarlas y disfrutar de ellas en la forma que les parezca más conveniente, mientras no les den una utilización comercial o colectiva, o el derecho de los ciudadanos en general a captar y fijar para su recuerdo y disfrute lo que les produce placer y se difunda públicamente. Este límite al derecho de reproducción se reconoce en el citado artículo 14 L.P.I., que exceptúa de la exclusividad “los casos previstos en la presente ley”. La ley, en los artículos 31 y 32, señala cuáles serían esos límites, entre los que se encuentran la realización de copias para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización lucrativa o colectiva, y como compensación a los autores de las obras reproducidas para uso privado, el artículo 25 de la ley les reconoce el derecho a una remuneración compensatoria. Por la doctrina se ha señalado, y esta Sala lo comparte, que en realidad lo que se concede al autor no es, precisamente, una retribución por dichas reproducciones, sino una participación en la rentabilidad económica del negocio de aparatos o medios técnicos de reproducción, rentabilidad que depende de la posibilidad de reproducir las obras publicadas en forma de libros, cintas musicales, vídeos, etc.. Es decir, las cantidades que se abonan como compensación se fijan con carácter general para los aparatos y soportes aptos para la reproducción, con independencia de que sean efectivamente utilizados para hacer copias privadas de obras sujetas al derecho de autor. A juicio de esta Sala, la realización de copias privadas constituye un acto lícito (artículo 31.2 de la L.P.I.), y como tal ha de considerarse, pues el derecho de los autores a prohibir la reproducción de sus obras (que ya constituye un gran límite al derecho de los ciudadanos, como adquirentes y propietarios de las obras) únicamente puede alcanzar a prohibir la comercialización o utilización colectiva de las reproducciones, pero no su uso privado. Por otro lado, el derecho de remuneración compensatoria faculta a sus titulares (autores, editores, productores de fonogramas y videogramas y artistas, intérpretes y ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas) a percibir una remuneración equitativa por reproducciones realizadas para su exclusivo uso privado, surgiendo así un derecho especial y autónomo que es irrenunciable para los autores y los artistas intérpretes y ejecutantes (artículo 25.1 párrafo final). De todo ello podemos concluir que la realización de copias privadas es un derecho de los usuarios y la remuneración compensatoria una compensación económica de los perjuicios (lucro cesante) que pudieran derivarse para los autores de una actividad, si bien lícita, para ellos, en definitiva, perjudicial. En la Ley de Propiedad Intelectual el canon remuneratorio se regula de manera separada de entre los derechos de autor, y ello por las notas singulares que

**Fuente: Derecho de Internet <http://derecho-internet.org/>**

caracterizan estos derechos, los cuales, pese a su evidente contenido económico, no son ciertamente una actividad de explotación del autor y sí una participación en la explotación legal o paralegal que de la obra realiza un tercero.

QUINTO.- Se alega, para fundamentar la inconstitucionalidad del precepto, y de la interpretación que de su contenido realiza el juzgador a quo, que vulnera el principio de seguridad jurídica y el de legalidad que consagra el artículo 9.3 de la Constitución Española, manteniendo que al corresponder la reclamación del canon en exclusiva a las entidades de gestión, por habilitación legal expresa, les permite a las mismas decidir a su libre arbitrio sobre la efectiva aplicación de la norma, es decir, a quién le reclaman el canon y a quién no. Pero este razonamiento carece de fundamento, puesto que la gestión de lo encomendado es obligatoria, y su abandono o arbitrariedad puede llevar a las entidades de gestión a incurrir en responsabilidad. No es criterio que lleve a dudar de la constitucionalidad del precepto el hecho de que los preceptos impositivos pueden ocasionar interpretaciones distintas, puesto que esta incidencia se produce en general en la aplicación de las normas, fijándose el sentido de las mismas a través de las sentencias de los tribunales en su tarea interpretativa. Tampoco se puede pensar en la inconstitucionalidad de la norma por vulneración del principio de reserva de ley que fija el artículo 31 de la Constitución para las prestaciones de carácter público, siendo esto así porque el artículo 31 (L.P.I.) y la regulación del canon están recogidos en una norma con rango de ley, cual es la Ley de Propiedad Intelectual, que no sólo establece el gravamen sobre los soportes susceptibles de reproducir determinadas manifestaciones o actos musicales, sino que también fija el canon a pagar y el hecho de que puede determinarse en función del tiempo de grabación de que sea susceptibles el soporte, no es un obstáculo, pues la cuestión de cuál es el tiempo de grabación de los D.V.D.'s depende de las condiciones de los mismos y de las de la reproducción y sometido a la apreciación, a través de las pruebas pertinentes, de los tribunales. Esto no queda desvirtuado por el apartado 6 del artículo 25 L.P.I., introducido por el proyecto de ley aprobado por el Congreso en 22 de Junio de 2.006, pues este apartado lo que hace es dar una solución específica a los problemas generados respecto de los soportes digitales, incluidos en el precepto del artículo 25, pero introduciendo una forma de regulación a establecer por los distintos departamentos ministeriales y aplicable a partir de su publicación. Se afirma igualmente que el derecho de compensación del artículo 25 L.P.I. atenta al diseño constitucional de los tributos, porque los caracteres del canon compensatorio (obligatoriedad, indisponibilidad y onerosidad), son propios de los tributos, habiéndose creado un gravamen que obliga a todo adquirente de un soporte apto para la copia. Pero ello no es más que una mera disquisición de las apelantes que parten de un análisis de máximas a partir de premisas insostenibles, como es la equiparación del canon a un tributo. En este sentido hay que reseñar que cuando la L.P.I. regula el derecho de los autores, editores, productores, artistas intérpretes o ejecutantes de obras publicadas a través de los medios establecidos, a obtener una remuneración dirigida a compensar, anualmente, los derechos de propiedad intelectual dejados de percibir por razón de las reproducciones para uso privado, y se establece que tal compensación se fijará anualmente mediante un sistema de convenio libremente establecido entre los sectores afectados y, en su defecto, mediante la intervención mediadora y resolutoria de tercero, experto designado por el Ministerio de Cultura, que será obligatoria para deudores y acreedores, no por ello se altera la naturaleza jurídico-civil de la obligación concretada, como así se establece en el artículo 25. Así el Tribunal Supremo, Sala

**Fuente: Derecho de Internet <http://derecho-internet.org/>**

Tercera, en sentencia de 3 de Febrero de 2.004, señala que “una vez nombrado el mediador, éste no actúa en representación del Ministerio de Cultura o por delegación de funciones de éste, sino que lo hace con el carácter privado de tercero experto en la materia, no pudiendo por tanto atribuirse a la resolución del tercero carácter administrativo, al no emanar de órgano de la administración, teniendo dicha resolución carácter estrictamente privado como lo tiene el propio convenio del artículo 25.5.a) de la L.P.I., al que sustituye, y siendo, por tanto, generadora de obligaciones jurídico-civiles, una vez formalizada en escritura pública, como se especifica en el precitado artículo 25.5 apartado b)”. La conceptualización del canon que nos ocupa responde pues a una naturaleza civil y privada por derivar de un derecho civil y privado respecto del que la ley contiene una específica regulación a fin de ordenar un derecho económico que nace de la exclusividad del derecho moral en que consiste el derecho de autor y para solucionar el conflicto entre los intereses de los titulares de derechos y la práctica de la copia para uso privado, la ley establece una remuneración que podría entenderse como compensación de los perjuicios causados por la copia privada y de esta configuración no pueden extrapolarse consecuencias para el sistema financiero en su conjunto. En conclusión, tampoco esta Sala vislumbra tacha de inconstitucionalidad alguna en el artículo 25 L.P.I., razón por la que entendemos de absoluta improcedencia el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad pretendida.

SEXTO.- Se aduce por los apelantes que los soportes digitales como los D.V.D's comercializados por las demandadas no están comprendidos, ni en la letra ni en el espíritu del artículo 25 de la L.P.I., soportes que son susceptibles de diversos usos, afirmando que su utilización mayoritaria es la de contener programas informáticos, no relacionados por tanto con la copia privada, sin que la parte actora haya probado el destino de los soportes por ella comercializados. Pero estos argumentos deben perecer, por lo ya expuesto en anteriores fundamentos de derecho, y por las siguientes consideraciones. El derecho de remuneración por copia privada regulado en el artículo 25 L.P.I. tiene como criterio legal de sujeción al pago, según se desprende del tenor literal del párrafo 2 del citado precepto “Esa remuneración se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera del mismo para su distribución comercial o utilización dentro del territorio español”, el de la idoneidad o aptitud para permitir la reproducción para uso privado, pues el texto nada más dice sobre el particular. Es decir, todos los soportes idóneos para la copia privada, entre los cuales, obviamente, se encuentran los DVD's, están sujetos al pago de esta compensación remuneratoria, porque lo que se grava es esa posibilidad o aptitud de reproducir para uso privado, con la única excepción, según se desprende del apartado 6 del precepto analizado, de aquéllos que los productores de fonogramas y videogramas o las entidades de radiodifusión acrediten en legal forma que van a ser empleados para el uso de su actividad. Ello se refuerza, además, por el contenido del apartado 23 del artículo 25 L.P.I., que remite, en cuanto a los soportes no sujetos, a un desarrollo reglamentario respecto de los equipos, aparatos y materiales no sujetos al pago de la remuneración; materia en la que rige el Real Decreto 1.434/92 de 27 de noviembre, en cuyo artículo 15.2 c) y d) exceptúa los equipos de grabación audiovisual que utilicen cintas de paso superior a 12,7 milímetros y a los que no tienen la posibilidad de grabar de otras fuentes de reproducción o grabación y las cintas para uso exclusivo en videocámaras en formato VHS-C y ocho milímetros de duración igual o inferior



**Fuente: Derecho de Internet <http://derecho-internet.org/>**

a noventa minutos, es decir, las únicas excepciones que contempla la norma son aquéllas de imposible destino a la copia privada por ser de exclusivo uso profesional o no tener tomas que permitan grabar de otras fuentes, lo que, ciertamente, no comprende a los DVD's vírgenes. De todo lo expuesto se puede concluir que el artículo 25, en definitiva, establece con carácter imperativo, el canon compensatorio que se determinará en función de los equipos, aparatos y materiales que en cada momento, y atendiendo a la evolución de la técnica, resulten idóneos para la reproducción, idoneidad para la reproducción privada, que es el criterio determinante para la sujeción al canon, no especificando dicho precepto materiales concretos, por lo que es claro que cualesquiera que resulten idóneos para la reproducción para uso privado, incluidos los DVD's, son los que están sujetos, y por ello no es preciso que se acredite el destino final de las mismas, es decir, su efectiva utilización para copias privadas, más aún cuando cabe pensar que son susceptibles de regrabación, por lo que basta que resulte acreditada la idoneidad de los mismos para la reproducción. Esta idoneidad de los DVD's comercializados por la parte demandada, no sólo es un hecho notorio y por tanto no necesitado de prueba, sino que tampoco ha sido negada por las demandadas, y constan en autos dos actas notariales, en las que el señor notario hace constar la grabación de una obra audiovisual en dos soportes digitales, uno un D.V.D. de los que comercializa la demandada y otra en un C.D., informando el dictamen pericial de la entidad demandada, la susceptibilidad del formato D.V.D. para la reproducción audiovisual. Ello se ve además confirmado por el devenir legislativo posterior, pues la ley 23/2.006 de 7 de Julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, incorpora a nuestro derecho la Directiva 2.001/29/CE de 22 de Mayo, directiva que recoge y reconoce el mayor impacto económico que en la sociedad tiene la copia privada digital, y en base a ello, la reforma operada en la L.P.I. introduce las debidas diferencias entre el entorno analógico y el entorno digital, disponiendo que a partir de su entrada en vigor el apartado 5 del artículo 25 sólo será de aplicación a los equipos, aparatos y soportes materiales analógicos, lo que hace pensar que ello es así porque antes de la reforma el artículo 25.5 determinaba los importes, sin distinguir el tipo de tecnología, y ahora sí, porque la directiva en cuestión obliga a definir sus diferencias. Por lo tanto, los soportes que comercializa la parte demandada, aptos para la reproducción visual o audiovisual, están sujetos al canon remuneratorio del artículo 25 L.P.I., y en este sentido debe perecer el motivo de los recursos de apelación.

SÉPTIMO.- No estando discutido en la litis el número de soportes vendidos, cuyo canon se reclama, lo que sí se reclama y discute en las apelaciones es la duración del tiempo de grabación de los citados soportes a fin de determinar si el canon de 0,30 euros por hora de grabación se ha de aplicar a una duración de dos horas o de cuatro horas, como se reclaman en la demanda. El demandante, para justificar su reclamación en base a 4 horas, aporta un acta notarial de fecha 10 de Marzo de 2.005, del notario D. José Usera Cano, número 645 de su protocolo, en la que se especifica que la película española "Doña Juana La Loca" se ha grabado seis veces en un disco DVD virgen aportado por el compareciente, sin que se especifiquen más datos sobre características del DVD en cuestión, por lo cual no es posible apreciar que dicho DVD se corresponda con los que han sido objeto de comercialización por las demandadas. Por otro lado, la parte demandante aporta una carátula de los DVD's que han comercializado las demandadas, con una capacidad de 4,7 gigabits, en el reverso de la cual figuran cuatro tipos de discos, con diferente duración, así, film de 1 hora (60 minutos); SP

**Fuente: Derecho de Internet <http://derecho-internet.org/>**

Standard Play, con 2 horas; LP Long Play con 4 horas y EP Extend Play, con 6 horas. En el anuncio figura 4,7 gigabits, single sided, por tanto de dos horas de duración, a las que habrá que atenerse a los efectos de cálculo del canon, que queda reducido a 0,60 euros y no a los 1,20 euros pedidos en la demanda, o sea, la cantidad reclamada ha de ser reducida a la mitad, lo que supone la estimación en parte de los recursos de apelación y, consiguientemente, la revocación en parte de la sentencia recurrida en cuanto a este extremo, sin que, por otro lado, proceda la concesión de intereses de los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil, por haberse concedido menor cantidad de la reclamada en la demanda, sin que ello implique la estimación de una pretensión planteada ex novo en la apelación, lo que ciertamente prohíbe la ley, pues, tanto en las contestaciones a la demanda como en los recursos, se pide la íntegra desestimación de la demanda, y, lógicamente, si se pide lo más y esto no se estima se puede conceder menos de lo pedido, que en definitiva es lo resuelto en esta alzada, ya que, si bien no se estima la íntegra desestimación de la demanda, ésta resulta estimada sólo en parte, siendo ello acorde a la facultad de libre apreciación de las pruebas de que gozan jueces y tribunales, no habiéndose mutado en momento alguno la causa de pedir.

OCTAVO.- Respecto a la excepción de fondo de falta de legitimación pasiva de D<sup>a</sup> nn, que desestimó el juzgador a quo, y se reitera en esta alzada, queda claro, en la prueba practicada en la litis, que la misma no sólo ignora sus obligaciones como administradora, lo que ya de por sí implica dejación de sus funciones, sino también que no ha presentado en tiempo oportuno las cuentas anuales de la sociedad, sino hasta la presentación de la demanda, es decir, con posterioridad a ella, desprendiéndose de la declaración del contable que tras el depósito de las cuentas, los datos que éstas arrojaban revelan la mala situación económica de la empresa, reconociendo D<sup>a</sup> nn que, pese a ello, no había adoptado las medidas legalmente previstas (concurso o disolución de la sociedad), por lo que cabe concluir que sí concurren en esta litis los supuestos de responsabilidad de la misma, como con acierto concluyó el juzgador a quo, cuyos razonamientos jurídicos al respecto procede dar aquí por reproducidos al objeto de evitar innecesarias repeticiones.

NOVENO.- La complejidad de las cuestiones planteadas en la litis y la existencia de jurisprudencia contradictoria sobre las mismas, arrojan serias dudas de derecho sobre este tribunal que llevan, conforme autorizan los artículos 394 y 398 de la L.E.C., a no hacer especial imposición de costas, en ninguna de las dos instancias a ninguno de los litigantes, más aún cuando la demanda sólo resulta estimada en parte, y en parte también estimados los recursos de apelación.

VISTOS los preceptos citados y los demás de legal y oportuna aplicación.

### **FALLAMOS**

Estimar en parte los recursos de apelación promovidos por la representación procesal de Freephone Axarquía, S.L. y D<sup>a</sup> nn, ambos frente a la sentencia dictada en fecha diez de Mayo de dos mil seis por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Mercantil nº Uno de Málaga en los autos de Juicio Ordinario nº 145/05 a que este rollo se refiere y, en su virtud, debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución, estimando sólo en parte la demanda deducida por el Procurador D. xx, en nombre y representación de Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), frente a Freephone Axarquía, S.L. y D<sup>a</sup> nn,



**Fuente: Derecho de Internet <http://derecho-internet.org/>**

condenamos a las citadas demandadas a que con carácter solidario abonen a la entidad actora la suma de 266.802,165 euros, no imponiéndose a ninguno de los litigantes, ni las costas causadas en la primera instancia, ni las correspondientes a esta alzada.

Devuélvase los autos originales con certificación de esta sentencia al Juzgado del que dimanaron para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.