



Roj: STS 1251/2009
Id Cendoj: 28079110012009100179
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2157/2003
Nº de Resolución: 55/2009
Procedimiento: Casación
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Febrero de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los señores al margen anotados, el recurso de casación que con el número **2157/2003**, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de Gestevisión Telecinco S.A, aquí representada por el Procurador Don Isacio Calleja García, contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo número 583/2001 por la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 21 de marzo de 2003, dimanante del juicio de mayor cuantía número 623/1998 del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el Procurador Don Emilio Álvarez Zancada en nombre y representación Artistas, intérpretes, ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Madrid dictó sentencia de 5 de septiembre de 2001 en juicio de mayor cuantía n.º 623/1998, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Bordallo Huidobro, en nombre y representación de Asociación de Actores Interpretes, sociedad de Gestión de España (AISGE) y Artistas Intérpretes o Ejecutantes, sociedad de Gestión de España (AIE) frente a Gestevisión Telecinco, S. A. debo:

»a) declarar y declaro el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a obtener una remuneración equitativa y única por cada acto de comunicación al público que se realice de las grabaciones audiovisuales en las que estén fijadas sus actuaciones (según *art. 7.3 de la Ley 43/1994 y 108.3 párrafo segundo* del TRLPI, en relación con el *art. 20.2* en su letra c) del mismo cuerpo legal)

»b) declarar y declaro el derecho de las actoras a establecer tarifas generales por el uso de los repertorios objeto de su gestión y percibir de la demandada la remuneración señalada en el apartado anterior, devengada por los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales realizados por la demandada desde el 1-1-95 hasta la fecha de presentación de la demanda

»c) condenar y condeno a la demandada a hacer efectiva, liquidando y abonando a las actoras, la remuneración descrita en los apartados anteriores, cuyo importe deberá concretarse en fase de ejecución de sentencia, tomando como criterio de cálculo las tarifas generales comunicadas conjuntamente por las actoras al Ministerio de Educación y Cultura

»d) condenar y condeno a la demandada a indemnizar daños y perjuicios por haber incurrido en mora en el cumplimiento de la obligación antes reseñada, que se concreta en el abono del interés legal devengado desde la fecha de interposición de la demanda respecto de las sumas en que queden fijadas las remuneraciones vencidas objeto de condena y que se determinen en ejecución de sentencia

»e) condenar y condeno a la demandada a poner a disposición del Juzgado los libros de contabilidad y la documentación contable que sirva de soporte a los asientos relativos a los ingresos de explotación de la

cadena televisiva referidos al periodo objeto de reclamación (desde 1-1-95 hasta la fecha de presentación de la demanda), para el cálculo específico de la remuneración en periodo de ejecución de sentencia

»f) no ha lugar a estimar el resto de las peticiones contenidas en la demanda, salvo lo referente a costas en que condeno a cada parte a abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad».

SEGUNDO. - La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. En el presente procedimiento la parte actora solicita sea declarado el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a obtener una remuneración equitativa y única por cada acto de comunicación al público que se realice de las grabaciones audiovisuales en las que estén fijadas sus actuaciones y su derecho a determinar las tarifas generales por el uso de los repertorios objeto de su gestión, percibiendo de la demandada la remuneración antes señalada, ya que afirma que todo usuario tiene la obligación de satisfacer esta remuneración por estar impuesta legalmente y que la demandada se lo está negando, pretensión que encontró la oposición de la parte demandada argumentando básicamente, que los derechos de propiedad intelectual correspondientes a los artistas intérpretes o ejecutantes se satisfacen directamente a través del productor, sin que exista la obligación de abonar una diferente retribución por la comunicación pública cuando es la propia cadena televisiva la que es titular de la obra que luego va a emitir, porque el destino primordial de las interpretaciones es este y el derecho se encuentra retribuido, salvo que se modifique el destino y solo puede admitirse la gestión colectiva en el supuesto de comunicación derivada o modificación de la originaria, porque de otra forma se produciría un doble abono que supondría enriquecimiento injusto, y además que el derecho ahora pretendido no está reconocido en la comunidad europea y que en su caso, si del texto legal se dedujera otra interpretación, se habría producido un exceso en las atribuciones del Gobierno no amparada por la función constitucionalmente encomendada, respecto de la refundición de las *disposiciones legales vigentes en materia de propiedad intelectual a 30-6-1996* que le fue atribuida por la *Disposición final segunda de la Ley 27/1995 de 11 de octubre*, sobre la base de lo dispuesto en el *art. 82.5 CE*, negando la legitimación activa "ad causam", de las entidades actoras para la acción ejercitada.

»Segundo. Debe en primer lugar analizarse la legitimación activa que ostentan las actoras para el ejercicio de la acción objeto de este procedimiento, ya que la demandada señala que si bien por disposición de la ley existen derechos de gestión colectiva, en este supuesto en el que consideran que los artistas intérpretes o ejecutantes tienen poder de disposición sobre el derecho que ostentan, para la reclamación de las actoras deberían acreditar que por los titulares se les ha encomendado la gestión y además el objeto concreto queda lugar a la retribución (intervención, grabación, tiempo etc.), afirmaciones que no pueden compartirse, ya que el objeto del presente procedimiento se fundamenta en la reclamación de la remuneración equitativa y única que establece el *párrafo tercero, apartado segundo del art. 108 TRLPI* y por aplicación de lo dispuesto en el *párrafo cuarto* del mismo precepto debe hacerse efectivo a través de las entidades de gestión, cualidad que ostentan las actoras y que no es negada de contrario, por lo que su legitimación viene atribuida por ley; sin que en consecuencia sea preciso que acrediten la representación de cada uno de sus miembros o asociados, ya que no se reclaman los concretos derechos individuales que, mediante contratos con los titulares de los mismos o acuerdos con otras entidades de idéntica finalidad les hayan sido encomendados para su gestión, sino el derecho propio, necesariamente ejercitable por la entidad de gestión, que la ley les atribuye, por lo que acreditado por la autorización administrativa correspondiente su cualidad y aportando los Estatutos aprobados por el Ministerio de Cultura, deben considerarse habilitadas para la defensa en juicio de los intereses gestionados, tal y como impone el actual *art. 150 PI (antes 145 TRLPI)*, que es conclusión que no se desvirtúa por la declaración de nulidad del *art. 145* mencionado, ya que las STS de 9 y 10 de febrero de 2000 únicamente afectaron a la última parte del segundo párrafo, quedando intacto el párrafo primero que establece "las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales" y así ha sido reconocido por el Tribunal Supremo en doctrina consolidada respecto de la legitimación de la SGAE incluso para el ejercicio de derechos de contenido económico de ejercicio individual (por todas STS 29-10-99), sin que la posibilidad legalmente establecida de la existencia de varias entidades de gestión pueda afectar a este pronunciamiento, ya que tal y como consta acreditado en el procedimiento (certificado del Ministerio de Cultura), en la actualidad las actoras son las únicas entidades autorizadas para gestionar los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes.

»Tercero. El TRLPI establece el régimen de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, en relación con los derechos afines de propiedad intelectual, en los *art. 106* y ss., y en concreto, en cuanto a la comunicación pública establece el derecho exclusivo de autorizarla, salvo cuando dicha actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión o se realice a partir de una fijación previamente autorizada, y

la obligación de los usuarios de las grabaciones audiovisuales, en cuanto al pago de la llamada remuneración equitativa y única, de satisfacer a los artistas intérpretes o ejecutantes la citada remuneración por los actos de comunicación pública que realicen, es decir, el texto legal distingue en los llamados derechos de explotación de los artistas, dos derechos diferentes, en esta modalidad, que conllevan la correspondiente contraprestación económica, el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de su actuación y un derecho de "participación" fijado a través de la llamada remuneración equitativa y única, por los actos de comunicación pública que se realicen, que dependiendo de la modalidad será compatible con la de los productores de grabaciones audiovisuales (*art. 20.2 apartados f y g*) o bien de forma exclusiva y en todo caso se hará eficaz mediante la actuación de las entidades de gestión colectiva (*art. 108 TRLPI*), por lo que solicitándose en este procedimiento la declaración, del derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a, obtener una remuneración equitativa y única por cada acto de comunicación al público que se realice de las grabaciones audiovisuales en las que estén fijadas sus actuaciones, la primera pretensión del suplico de la demanda debe ser estimada.

»Cuarto. Sin perjuicio de lo anterior, el problema surge porque la parte demandada, sin negar el derecho antes reconocido, afirma, al contrario de lo pretendido por las actoras, que este derecho no es de gestión colectiva obligatoria, de tal forma que los artistas intérpretes o ejecutantes, al contratar sus actuaciones con el fin de realizar una grabación audiovisual pueden negociar y disponer de la totalidad de los derechos, y por tanto, que cuando la demandada, directamente o mediante productores, contrata actores para la realización de una grabación de producción propia, ya se negocian y satisfacen individualmente todos los derechos derivados del derecho de propiedad intelectual, por lo que el abono posterior, a través de la entidad de gestión colectiva, supondría un doble pago indebido y un enriquecimiento no amparado legalmente (salvo cuando exista un posterior cambio de destino), argumentación que no puede compartirse como base para desvirtuar la pretensión de la parte actora, ya que en primer lugar, debe ponerse de relieve que si bien, en el *art. 108 del TRLPI* no se establece que el derecho sea intransmisible o irrenunciable (al contrario de lo que se consignaba, para este último supuesto en la *Ley 43/1994 de 30 de diciembre*), lo cierto es, que el legislador ha atribuido a las entidades de gestión la negociación, determinación, recaudación y distribución de esta remuneración, privando por tanto de validez el ejercicio individual, al contrario de lo que ha dispuesto sobre el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública, que es de libre disposición e incluso se presume la cesión, salvo pacto en contrario, cuando la interpretación o ejecución se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios a favor del empresario o arrendatario, pero deja fuera de esta previsión (*art. 110 TRLPI*) el derecho a la remuneración equitativa y única prevista en los *apartados segundo y tercero del art. 108* del mencionado texto legal, que por tanto no puede considerarse pueda ser negociada o percibida de forma individual, porque es supuesto expresamente excluido por la ley al atribuir la negociación a través de las entidades de gestión, interpretación que no contraría la naturaleza de este derecho de propiedad especial, puesto que lo único que impone la ley es una limitación a la posibilidad de hacer valer directamente este derecho, al haber atribuido la intervención necesaria de una entidad de gestión, tal y como también se consigna en STS 29-10-99 para los supuestos previstos en los *artículos 25.7 y 90.7 TRLPI* para los autores, al señalar el Tribunal Supremo "Del articulado de la ley resulta que los autores pueden hacer valer directamente sus derechos ya que la actuación necesaria a través de una entidad de gestión solo es exigida en los supuestos de los *art. 3.2 y 25.7 de la ley 43/1994 de 30 de diciembre*, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (*art. 25.7 y 90.7 del texto refundido de 1996*)" y debe reseñarse que de los derechos mencionados por el Alto Tribunal, tampoco en la ley se establece que el derecho de remuneración por copia privada que corresponde a los autores sea un derecho intransmisible, es decir, cierto es, tal y como alega la demandada, que los derechos analizados son titularidad, en nuestro caso, de los artistas intérpretes o ejecutantes y que al tratarse de un tipo de propiedad, tiene los atributos y facultades propios que legalmente el derecho reconoce a todo propietario (*art. 348 CC*), que además en este supuesto concreto la ley no impone la intransmisibilidad, por lo que de conformidad con lo establecido en el *art. 428 CC*, los titulares del derecho tienen el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad, sin embargo, toda esta materia esta regulada por ley especial y por tanto tal y como establece el *art. 429 CC* a su contenido deberá estarse para conocer las personas a las que pertenece este derecho, la forma de ejercicio y el tiempo de su duración y únicamente en lo no previsto o no resuelto por la ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en el código civil sobre la propiedad, y precisamente la Ley especial (TRLPI) sí que regula la forma de ejercicio del derecho para obtener por los artistas intérpretes o ejecutantes la remuneración equitativa y única por cualquier comunicación pública de las grabaciones audiovisuales en las que estén fijados sus trabajos, al señalar en el *párrafo 4.º del art. 108 TRLPI*, que este derecho "se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual", que es la forma necesaria de ejercicio del derecho, por estar impuesta legalmente y que impide considerar viable la negociación privada o el doble pago que se alega se produciría y que

impone la obligación de la demandada de satisfacer la mencionada remuneración objeto del procedimiento (la derivada de la previsión contenida en el *apartado 3.º segundo párrafo del art. 108 TRLPI*), aun cuando se trate de producciones propias, ya que la ley impone esta obligación a todos los "usuarios" y este carácter es atribuible a la demandada al realizar actos de comunicación pública de las grabaciones audiovisuales, sin distinguir o excluir aquellos supuestos en los que el titular del soporte en el que se encuentra grabada la interpretación es el que la utiliza mediante la comunicación pública y aunque haya adquirido la posibilidad de autorizar la comunicación (*art. 110 TRLPI*), al tratarse de derechos distintos y no suponer nunca una doble remuneración por la imposibilidad de abonar la contraprestación por la comunicación pública de forma independiente al artista en el momento de la contratación, a diferencia del posible abono de una remuneración por la cesión del derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de la grabación audiovisual de la interpretación realizada y por tanto, tampoco puede distinguirse entre la obligación de abonar la remuneración equitativa y única por actos de comunicación previstos en el momento de la contratación y actos diferentes de los inicialmente contratados y que han dado origen a la contratación del actor (se le contrata para realizar una interpretación para una serie televisiva a emitir por la propia cadena de televisión y posteriormente se distribuye para su exhibición en salas de cine), ya que la obligación legalmente impuesta lo es por cualquier acto de comunicación pública de la obra audiovisual, sin diferenciar el destino inicialmente previsto u otro posterior (el *art. 108.3.º* distingue entre la comunicación pública a que se refieren los apartados f y g del *art. 20.2 TRLPI*, que sería una utilización "derivada" y el resto de actos que supongan comunicación pública, imponiendo en ambos casos el abono de la remuneración correspondiente), porque de admitir lo contrario y una vez negado el derecho de negociación individual, si al artista intérprete o ejecutante se le privara de la remuneración objeto del pleito, por el solo hecho de haber sido contratado para realizar su interpretación para la grabación por ejemplo de una serie a emitir por la cadena de televisión y de producción propia, se vulneraría el *art. 110 TRLPI* y además se le estaría privando de la "participación" en los beneficios que la explotación conlleva y que es la base de este derecho de remuneración.

»Quinto. Alega la demandada que la mayoría de las obras audiovisuales que se comunican públicamente por Gestevisión Telecinco S. A. o bien son de producción propia (supuesto que no excluye la obligatoriedad del abono de la remuneración como antes se señaló) o bien intervienen actores extranjeros y que por tanto, en este último caso, al no tener atribuidas las actoras la gestión de los derechos correspondientes, ni ser derecho reconocido en el resto de los países a los que pertenecen los actores intérpretes o ejecutantes, se está produciendo, de estimarse la pretensión contenida en la demanda, un enriquecimiento injusto de las entidades de gestión, ya que el reparto posterior se hace imposible, debiendo respecto de esta afirmación hacer constar, que la *ley impone a las entidades de gestión la obligación de hacer efectivo este derecho (art. 152 TRLPI)*, siempre que la actuación esté protegida legalmente y por tanto al imponer la ley el abono a todo "usuario" que realice la comunicación pública de la interpretación, la demandada debe abonarla, con independencia de la dificultad del reparto posterior, que es materia para la que la ley ha dispuesto estrictos controles, pero que no exonera del cumplimiento de la obligación impuesta y aun cuando todos los países no reconozcan este derecho o con igual alcance, ya que aquí la ley aplicable lo impone, sin poder desconocer los avances mundiales en esta materia y la existencia de convenios de reciprocidad entre entidades de gestión que atribuyen la defensa de los intereses de sus miembros a las entidades locales correspondientes, debiendo además hacer constar respecto del también alegado exceso en la delegación concedida al Gobierno para refundir, armonizar y aclarar las *disposiciones en materia de propiedad intelectual, que se ha materializado en el texto refundido de 1996*, que no se aprecia concurren los requisitos que impone el *art. 35 LOTC*, para plantear la correspondiente cuestión de constitucionalidad, ya que en primer lugar debería considerarse que existe el exceso que se pone de manifiesto por la parte demandada y sin embargo, de la comparación entre el *art. 108 TRLPI* y el *art. 7 de 3 Ley 43/1994 de 30 de diciembre* no se deduce, puesto que por un lado que el derecho exclusivo de comunicación pública corresponda a los actores intérpretes o ejecutantes, se dice expresamente en el *párrafo primero del art. 108* mencionado y si bien no se dice expresamente que el derecho es irrenunciable, además de ser principio que inspira todos los derechos derivados de la propiedad intelectual, no es cuestión que pueda modificar el texto que se trata de refundir y al contrario, respecto del derecho de comunicación pública, en ambos textos se establece la necesaria autorización del artista para su comunicación (con la posibilidad de cesión) y el derecho a la remuneración equitativa y única por la comunicación pública que se realice, por lo que no se considera que exista el exceso puesto de manifiesto al poder el Gobierno dentro de la delegación concedida, aclarar y armonizar además de refundir y por tanto, al no considerar que se esté regulando por norma de rango reglamentario (al perder el carácter legalmente atribuido por el exceso en la delegación) derechos que deben ser regulados por *ley, no concurren los supuestos que el art. 35 LOTC* establece y en consecuencia no se considera procedente el planteamiento de la cuestión propuesta por la parte demandada.

»Sexto. Se opone por la demandada que el sistema en el que se fundan las tarifas aprobadas por las actoras es excesivo y desproporcionado, al no atender a criterios objetivos como serían las operaciones efectivamente realizadas que dan lugar al derecho (por cada actor, cada interpretación, etc.), existiendo grandes diferencias entre las distintas reclamaciones que han formulado las actoras, debiendo señalar respecto de estas alegaciones, que la ley obliga a las entidades de gestión a fijar tarifas generales predeterminadas, que si bien tal y como señala la SAP Madrid 11-6-99 , "la unilateralidad en el establecimiento de las tarifas ha planteado la posibilidad de abuso de posición dominante, también lo es que las tarifas deben guardar un criterio de proporcionalidad atendiendo a distintos parámetros" y en este supuesto al no haberse podido alcanzar un acuerdo entre partes, y siendo obligado el abono de la remuneración equitativa, debe acudir con carácter subsidiario al sistema establecido legalmente ante la falta de acuerdo, y basándose la remuneración interesada en las tarifas aprobadas que parten de un porcentaje de los ingresos de explotación, que emplea por tanto un sistema proporcional, sin que pueda admitirse que las tarifas deban ser fijadas por operación, tal y como propugna la demandada, por no tratarse de una remuneración por una actuación específica sino por la comunicación pública de las grabaciones audiovisuales en las que están fijadas las actuaciones del repertorio de las actoras, la falta de acuerdo, siempre preferible, impone que deba considerarse sistema adecuado para cumplir con la obligación legalmente impuesta.

»Séptimo. Interesa la actora se declare el derecho a percibir la remuneración señalada desde el día 1 de enero de 1995 hasta la firmeza de la presente resolución, debiendo hacer constar que si bien desde la entrada en vigor de la *ley 43/1994* el derecho es debido, porque la demandada, según se deduce de la documentación aportada y por su propio objeto social ha realizado los actos que dan lugar al derecho, no puede afirmarse lo mismo respecto de la condena de futuro que se pretende, puesto que los términos del debate quedan delimitados con la presentación de la demanda, debiendo ser condenada la demandada a abonar intereses moratorios, puesto que aun cuando la obligatoriedad del pago ha quedado establecida en esta resolución, la deuda está impuesta legalmente y es la justa contraprestación que las acreedoras deben percibir (*art. 1100, 1101 y 1108 CC*) y por último debe señalarse, que para fijar el importe de la remuneración en ejecución de sentencia, debe condenarse a la demandada a poner a disposición del juzgado la documentación contable necesaria para que se pueda realizar el cálculo de la misma.

»Octavo. Por aplicación de lo establecido en el *art. 523 LEC de 1881* , y al ser parcialmente estimatoria la demanda, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

TERCERO. - La Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia de 21 de marzo de 2003 en el rollo de apelación 583/2001 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

» Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Isacio Calleja García, representando a Gestevisión Telecinco, S. A., contra la sentencia dictada en fecha 5 de septiembre de 2001 por el Juzgado de Primera Instancia número 17 de los de Madrid , en los autos de juicio declarativo de menor cuantía seguidos ante dicho Órgano Judicial con el número 623/98, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante».

CUARTO .- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. Se admiten los contenidos en la resolución impugnada en cuanto no se opongan a los que siguen.

»Segundo. Por el Procurador D. Isacio Calleja García, representando a Gestevisión Telecinco, S. A., se interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 5 de septiembre de 2001 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de los de Madrid, que estimó parcialmente la demanda presentada por Asociación de Actores, Intérpretes, Sociedad de Gestión de España (AISGE) y Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE) contra aquella, en la que solicitaba: que se declarase el derecho de los artistas, intérpretes o ejecutantes a obtener una remuneración equitativa y única por cada acto de comunicación al público que se realice de las grabaciones audiovisuales en las que estuviesen fijadas sus actuaciones; que se declarase el derecho de los actores a determinar, es decir, la facultad de establecer las tarifas generales para el uso de los repertorios objeto de su gestión, y percibir de la demandada la remuneración a que se refiere el apartado anterior, devengada por los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales realizados por la demandada desde el día 1 de enero de 1995 hasta la fecha de la presentación de la demanda, y por los que en su caso realizase en el futuro hasta la fecha en que ganase firmeza la sentencia que ponga término al presente proceso; todo ello por ser AISGE y AIE las únicas entidades de gestión expresamente legitimadas en España para hacer efectivo, de manera colectiva, el derecho de remuneración objeto de reclamación; que

se condenase a la demandada a hacer efectiva, lo que implicará liquidar y abonar, la referida remuneración cuyo importe deberá concretarse en fase de ejecución de sentencia, tomando como criterio de cálculo las tarifas generales comunicadas conjuntamente por las demandantes al Ministerio de Educación y Cultura; que se condenase a la demandada a pagar la indemnización de los daños y perjuicios causados a las actoras por haber incurrido en mora; que se condenase a la demandada a poner a disposición del Juzgado los libros de contabilidad y la documentación que sirva de soporte a los asientos relativos a los ingresos de explotación de la cadena televisiva, referidos al período objeto de reclamación, con el fin de proceder, en fase de ejecución de sentencia, al cálculo específico de la remuneración de cada ejercicio económico, mediante la aplicación de las tarifas porcentuales sobre los ingresos de explotación, en la forma descrita en la presente demanda y en el documento comprensivo de los respectivos sistemas tarifarios comunicados conjuntamente por las demandantes al Ministerio de Educación y Ciencia; y que se le condenase al pago de las costas causadas si se opusiese a la demanda. Alega la parte apelante, en síntesis, que concurre la excepción de falta de legitimación activa; que la sentencia de primera instancia daría lugar al doble pago de los mismos derechos generando el correspondiente enriquecimiento injusto; que yerra al admitir unas tarifas cuya cuantía es inaceptable; y que indebidamente concede intereses y otros extremos económicos. Frente a tales alegaciones la representación procesal del apelado impugnó el anterior recurso y solicitó la confirmación de la sentencia apelada con imposición de las costas causadas en esta segunda instancia a la parte recurrente.

»Tercero. Aun cuando algunos de los motivos impugnatorios se encuentran relacionados, siguiendo el orden procesal lógico comenzaremos examinando la invocada excepción de falta de legitimación activa de las asociaciones demandantes, que la sociedad demandada reitera en esta alzada entendiendo que aquellas no han demostrado cuáles sean los artistas asociados en cada una de ellas; que tampoco se ha probado que dichos artistas no hayan cedido ínter vivos los derechos que las entidades de gestión están reclamando; y que tampoco se acredita que las referidas entidades destinen las cantidades recaudadas al pago de los derechos entre los artistas intervinientes en las producciones.

»El examen de dicha excepción necesariamente ha de relacionarse con el derecho que se ejercita, el cual, a diferencia de los llamados "derechos compensatorios" -como el derecho de remuneración por copia privada, que contempla el *art. 25 del TRLPI* - se incluye entre los denominados "derechos de explotación" y, a diferencia de aquellos, no puede ser ejercido individualmente por sus titulares. Así lo reconoce la sentencia contra la que ahora se recurre y del mismo modo lo ha considerado este Tribunal en la reciente sentencia de 11 de septiembre de 2002 -en la que seguíamos la jurisprudencia mantenida, entre otras, por las SSTs 29 de octubre de 1999 y 18 de octubre y 18 de diciembre de 2001 - como no podía ser de otra forma a la vista del *art. 108.4 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, cuyo apartado 4* expresamente dispone:

»"El derecho a las remuneraciones equitativas y únicas a que se refieren los apartados 2 y 3 del presente artículo se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. La efectividad de los derechos a través de las respectivas entidades de gestión comprenderá la negociación con los usuarios, la determinación, recaudación y distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquéllos."

»De dicha norma no cabe inferir que los artistas intérpretes o ejecutantes puedan autorizar a las entidades de gestión para el ejercicio de tal derecho, como sucede en el caso del derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de sus actuaciones en los términos que prevé el *apartado 1 del referido art. 108*, sino que se trata de una obligación legal -y acorde con sus propios estatutos- de las entidades gestoras frente a la que no cae oponer ni la voluntaria cesión de los asociados, ni la prueba de la cesión de tal derecho, ni el destino que, posteriormente, den a los mismos las referidas entidades.

»Abundando en lo expuesto nos remitimos a la reciente STS de 15 de octubre de 2002 que recopilando la doctrina jurisprudencial antes citada textualmente declaró:

»[...]

»Aplicando la anterior doctrina jurisprudencial al caso que nos ocupa, rechazamos tanto la naturaleza transmisible del derecho a las remuneraciones equitativas y únicas que el *art. 108* reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes, como la necesidad de que las entidades gestoras demandantes necesiten acreditar quiénes se encuentran asociados en las mismas ni, mucho menos, la cesión del derecho que ahora nos ocupa por parte de cada uno de ellos.

»En cuanto a la disponibilidad de las actoras sobre el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a las remuneraciones equitativas y únicas que contempla el antedicho *art. 108*; así como a la denunciada duplicidad de pagos y enriquecimiento injusto que alega la parte recurrente, no se ha de olvidar que, como tiene

declarado este Tribunal en la antedicha sentencia -"Fundamento de Derecho Segundo"- de 11 de septiembre de 2002 (Rollo 9/2001), la propiedad intelectual se configura como un derecho de propiedad especial en razón a la naturaleza de su objeto que, por su singularidad, genera un haz de facultades a su titular de contenido diverso, no solo material, y complejos matices, lo que exige una específica regulación, que, esencialmente, está contenida en la Constitución -*artículo 20.1 b*)-, los Convenios Internacionales sobre la materia que sean aplicable conforme al *artículo 1.5 del Código Civil* , la Ley de Propiedad Intelectual aprobada por *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril* , modificada por la *Ley 5/1998, de 6 de marzo* , que incorpora la *Directiva 96/9 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 1996, las disposiciones* que se declaran expresamente vigentes en la *Disposición Derogatoria única del citado Real Decreto Ley 1/1996* , los preceptos específicos sobre tal derecho del Código Civil -*artículos 428 y 419-* y, en fin, las *normas reguladoras del derecho de propiedad en el Código Civil* , de conformidad con el carácter subsidiario y supletorio que le confieren los *artículos 429 y 4.3* del mismo Cuerpo legal.

»Que junto al derecho, inalienable e irrenunciable, moral del autor sobre su obra -*artículo 14 Ley de Propiedad Intelectual* - que coexisten otros de contenido patrimonial, tales como los de explotación de la obra en cualquier forma, los de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, los cuales, salvo los casos previstos en la *Ley, no pueden ser realizados sin la autorización del autor -artículo 17* -. La jurisprudencia recalca y matiza este dual contenido del derecho de propiedad intelectual, entre otras, en las Sentencias de 9 de diciembre de 1995, 3 de junio de 1991, 19 de julio de 1993, 7 de junio y 30 de octubre de 1995 y 17 de julio de 2000 .

»A la par que estos derechos que podemos denominar "propios", surgen otros conexos, afines o derivados de la propiedad intelectual que poseen los autores en favor de quienes interpretan, ejecutan o reproducen sus obras. Estos aparecen regulados en el Libro II del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, conforme a la redacción que le dio la *Ley 5/1998, de 6 de marzo* , bajo la rúbrica "De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección sui generis de las bases de datos", cuyo Título I se refiere a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes -*artículos 105 a 113* -, entendiendo por tales a la persona que represente, cante, lea, recite, intérprete o ejecute en cualquier forma una obra, quedando equiparados a ellos el director de escena y el director de orquesta.

» El reconocimiento y la protección de estos derechos, con la extensión y contenido actual, arranca de la *Directiva 92/100 CEE, cuyo artículo 8.1* dispone que los Estados miembros concederán a los artistas intérpretes y ejecutantes el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la emisión inalámbrica y la comunicación al público de sus actuaciones, salvo cuando dicha actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión o se haga a partir de una fijación.

»Esta Directiva fue objeto de transposición a nuestro ordenamiento interno por la *Ley 43/1994, de 30 de diciembre* , de que además del derecho de autorizar la comunicación pública de las actuaciones de los artistas intérpretes o ejecutantes, les reconoce el derecho irrenunciable a una remuneración equitativa y única por la comunicación pública de su actuación. En efecto, el *artículo 7.1* dice "Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la emisión inalámbrica y la comunicación al público de sus actuaciones, salvo cuando dicha actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión o se realice a partir de una fijación previamente autorizada". El n.º 2 contiene una presunción de autorización de comunicación e instituye el derecho a una remuneración por el acto de comunicación pública autorizado al señalar que "Al firmar un contrato de producción de una grabación audiovisual entre un artista intérprete o ejecutante y un productor de grabaciones audiovisuales el artista intérprete o ejecutante autoriza la comunicación pública de su actuación. Sin perjuicio de lo anterior, el artista intérprete o ejecutante conservará, de forma irrenunciable, el derecho a obtener una remuneración equitativa y única por la comunicación pública de su actuación". Paralelamente el párrafo tercero del mismo n.º 3 sienta la obligación correlativa, pues: "Los usuarios de las grabaciones audiovisuales que se utilicen por cualquier forma de comunicación al público tiene la obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los productores de grabaciones audiovisuales y a los artistas intérpretes o ejecutantes, entre los cuales se efectuará el reparto de la misma. A falta de acuerdo entre ellos, el reparto se realizará por partes iguales".

»Finalmente, en lo que aquí interesa, el n.º 4 de este *artículo 7* precisa el modo de ejercicio del derecho y deriva a las entidades de gestión la legitimación para su tutela: "El derecho a la remuneración equitativa y única a que se refieren los apartados 2 y 3 del presente artículo se hará efectivo, a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual".

»Esta transposición normativa, cuyos principios lógicamente se mantienen, ha quedado consagrada en la vigente *Ley de Propiedad Intelectual de 1996* que además de los derechos de índole moral como autores

de la interpretación artística o de la ejecución musical, a la que se refiere el *artículo 113* , les reconoce otros de naturaleza patrimonial, tales como los de fijación - *artículo 106* -, reproducción -*artículo 107* -, comunicación pública -*artículo 108.1 y 110.1* -, distribución -*artículo 109* - y remuneración equitativa y única por cualquier acto de comunicación al público -*artículos 108.2.3 y 4 y 110.2* -.

»Algunos autores, y en el procedimiento la entidad demandada, al suprimirse de la dicción literal del *artículo 108* el término de un irrenunciable del derecho a la remuneración deducen la desaparición de este carácter del derecho, mas como luego tendremos ocasión de analizar ello no es así, no solo por los precedentes legislativos sino por su propia naturaleza, por la necesidad de que su ejercicio se produzca a través de las entidades de gestión y no de modo individual y, sobre todo, por lo dispuesto en el *párrafo segundo del artículo 110 de la misma Ley* .

»Siguiendo con la exposición de los preceptos legales vigentes aplicables del derecho a la reenumeración única y equitativa de los artistas intérpretes o ejecutantes que es el que aquí defienden y ejercitan las Asociaciones de "Actores Interpretes, Sociedad de Gestión de España" (en adelante AISGE) y "Artistas Interpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España" (AIE), y al que se opone la demandada, o al menos en la forma, extensión y contenido que aquellas pretenden, los artículos de la vigente Ley de Propiedad Intelectual que, en esencia lo regulan son:

»*Artículo 108.2* . [...].

»3. [...].

»4. [...].

»*Artículo 110* . Contrato de trabajo y de arrendamiento de servicios. [...]

»Pues bien, de conformidad con la normativa expuesta no cabe confundir el derecho a las remuneraciones equitativas y únicas que el *art. 108* reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes, de los demás derechos que a su favor puedan nacer de una misma actuación profesional y dentro del ámbito de la propiedad intelectual; así como tampoco es dado atribuir a todos la condición de derechos transmisibles -como pretende la recurrente- ni apreciar la duplicidad de pagos cuando en realidad se están remunerando distintos derechos de explotación: por una parte los de carácter exclusivo -disponibles en la medida que son susceptibles de autorización individualizada por cada artista intérprete o ejecutante en cuanto a la explotación de la obra por el usuario en determinadas condiciones- y, por otro lado, el derecho de explotación de simple remuneración que nos ocupa, indisponible por cada artista intérprete o ejecutante y sólo susceptible de ser ejercitado colectivamente por las asociaciones gestoras como las actuales demandantes. Como consecuencia de lo anterior, al tratarse de la remuneración de distintos derechos tampoco se aprecia el enriquecimiento injusto que invoca la mercantil recurrente; máxime si se considera que los distintos conceptos remuneratorios tienen su base en la Ley de Propiedad Intelectual y, concretamente el derecho a la remuneración equitativa única, se prevé su regulación negociada (*art. 108.4*).

»En lo concerniente a las tarifas que pretenden cobrar las demandantes -calificadas de adverso como "inaceptables desde un punto de vista jurídico"- es preciso remitirnos nuevamente al contenido del *art. 108.4* , a cuyo tenor la efectividad de los derechos a las remuneraciones equitativas y únicas a que se refieren los apartados 2 y 3 del presente artículo se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual y comprenderá la negociación con los usuarios, la determinación, recaudación y distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquéllos.

»En el caso de autos se ha probado la existencia de una negociación prolongada durante años (folios 306 a 852) que fructificó con las televisiones autonómicas en el acuerdo marco suscrito el 31 de octubre de 1997. Acuerdo que no fue posible alcanzar con la mercantil demandada, entre otras empresas.

»Ante dicha falta de acuerdo, las entidades gestoras que ahora accionan, obligadas a establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa (*art. 157.1 b*) y a hacer efectivos los derechos a una remuneración equitativa correspondientes a los distintos supuestos previstos en esta *Ley (art. 157.4)*, han observado el procedimiento previsto al efecto por el *art. 159.3* y, ante la oposición de Gestevisión Telecinco, S. A., se han visto obligadas a acudir al presente juicio en defensa de los legítimos intereses que por Ley tienen encomendados. Si a lo anterior se añade que el pedimento de la demanda - apartado c)- se limitaba a remitirse a la fase de ejecución de sentencia para determinar la cuantía de las tarifas tomando como criterio de cálculo las tarifas generales comunicadas conjuntamente al Ministerio de Educación

y Cultura, a lo que se accedió por el Juzgado de procedencia, y que la apelante, sin practicar ninguna prueba que desvirtuase los pronunciamientos de la sentencia contra la que recurre, se limita a impugnar dicho criterio de cálculo pretendiendo que, en su lugar, las tarifas se fijen por operación, lo que pugna con la concepción legal de "remuneración- equitativa y -única" que se contiene en el *art. 108.4* antedicho y convierte en extremadamente dificultoso el cálculo y aplicación de tales tarifas, prescindiendo de las consecuencias lógicas que dimanarían de su propia naturaleza -negociación y determinación colectiva por parte de las entidades gestoras, indisponibilidad del derecho a su percepción por cada uno de los artistas intérpretes o ejecutantes, etc.- se ha de concluir desestimando también el presente motivo impugnatorio.

»Finalmente impugna la mercantil demandada la condena al pago de intereses legales desde la presentación de la demanda, aduciendo su improcedencia por no haberse fijado ni liquidado la cantidad principal a cuyo pago se condena a la demandada; sin embargo, compartimos plenamente el pronunciamiento contenido en la sentencia recurrida en el sentido de que se trata de una obligación impuesta legalmente, que ha sido incumplida por la entidad demandada sin pagar o consignar siquiera la cantidad que pudiera estimar ajustada a derecho frente a la propuesta de las tarifas del convenio marco que le fue comunicada por conducto notarial el 22 de diciembre de 1997 (folios 229 y siguientes), por lo que no aplicar lo dispuesto en los *arts. 1.100, 1.101 y 1.108* CC supone premiar la morosidad en la que ha incurrido; estando por ello en el caso de rechazar este último motivo impugnatorio y sin que proceda pronunciarnos sobre la condena de futuro interesada en la demanda toda vez que la sentencia de primera instancia desestimó dicho pedimento y las actoras se aquietaron ante tal pronunciamiento.

»Cuarto. A tenor de lo dispuesto en el *art. 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, se impone a la parte apelante el pago de las costas causadas en este recurso dada la desestimación del recurso».

QUINTO. - En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de Gestevisión Telecinco, S. A., se formulan los siguientes motivos de casación:

Motivo primero. «Al amparo del *art. 477.1 LEC*, por infracción del *art. 108 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*, en la interpretación literal, lógica y sistemática del mismo en el contexto del TRLPI, en relación, particularmente con sus *arts. 122, 90, 43, 109, 84.3 y 36*, y la que se deriva, también, de la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de noviembre de 1997, del *art. 22 CE* y de la *directiva 92/100/CEE*; todo ello al considerar la sentencia recurrida que Gestevisión Telecinco, S. A., es, siempre y en todo caso, un "usuario" a los efectos establecidos en el *art. 108.3* citado, incluso, cuando emite obras audiovisuales de producción propia, negándose en la sentencia, a estos efectos, que el derecho derivado del *art. 108.3* pueda tener carácter transmisible y estableciéndose, en cambio, la obligatoriedad de una gestión colectiva.»

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

AIE y AISGE han fundado sus pretensiones reconocidas por la sentencia recurrida en el *art. 108 TRLPI* sobre la comunicación pública que se transcribe.

El *art. 108.3 TRLPI* establece un derecho de los artistas, intérpretes y ejecutantes y de los productores de obras audiovisuales a obtener una retribución por los aprovechamientos de la obra por parte de terceros: los "usuarios". La fórmula utilizada por el precepto idéntica a la del *art. 122* inserto en el capítulo referido a los productores no consiste en reconocer un derecho sino en establecer un deber a cargo de los usuarios de las grabaciones audiovisuales que se utilicen para los actos de comunicación pública previstos en los párrafos f) y g) del *apartado 2 del art. 20 TRLPI*.

Resulta esencial determinar qué entiende la ley por usuarios de las grabaciones audiovisuales. Desde luego no puede serlo el productor que de acuerdo con los *arts. 108.3 y 122.2 TRLPI*, es igualmente acreedor de los usuarios. Y con más título que los artistas, intérpretes o ejecutantes ya que éstos no tienen disponibilidad alguna sobre la comunicación pública de la obra en la que han participado una vez que hayan autorizado la fijación o grabación de su interpretación en un soporte técnico conforme establece el *art. 108.1 TRLPI*. En tales casos, el derecho de autorizar la comunicación pública de las fijaciones o grabaciones audiovisuales corresponde en exclusiva y sin matices, al productor: "Corresponde al productor de grabaciones audiovisuales el derecho de autorizar la comunicación pública de éstas" (*art. 122.1 en relación con el 120.1*, del que se deduce que fijación y grabación audiovisual son términos coincidentes).

La Ley contempla como supuesto normal que el productor realice una obra audiovisual y contrate para ello a los artistas o intérpretes necesarios, los coordine, se responsabilice de la obra y asuma el derecho de comunicación pública de la misma. Los artistas cobrarán la remuneración estipulada con el productor, y,

además, una compensación prevista en el *art. 108.3 TRLPI*, por los diversos y seguramente múltiples actos de comunicación al público de la obra en la que han intervenido.

Tales actos de comunicación dan lugar a un derecho económico imposible de gestionar individualmente por cada artista interesado por lo que resulta imprescindible su ejercicio a través de una entidad de gestión colectiva. Este es el objetivo de la norma y así lo han reconocido las entidades de gestión demandantes en la instancia.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando la gestión individual sí es posible?, esto es, cuando se produce una obra audiovisual precisamente para ser transmitida por una cadena de televisión determinada que actúa como productora directa o indirectamente a través de productoras privadas mediante contratos de arrendamiento de obra y de servicios. Los artistas, intérpretes y ejecutantes, sí mantienen entonces el control de la comunicación pública a través de la emisora cuando son contratados para participar en una obra con el fin, precisamente de ser emitida por dicha cadena de televisión. Únicamente pierden dicho control respecto de las utilidades posteriores de la obra por parte de terceros.

Así ocurrió por ejemplo con la serie Médico de Familia para la que la productora, Globo Media, S. A., contrató a los artistas con la finalidad específica de participar en una serie emitida por Telecinco. Al contratar con el productor, el artista intérprete (pongamos el protagonista de la serie, Emilio Aragón) conoce que su trabajo será comunicado al público precisamente por dicha cadena y lo tiene en cuenta en la correspondiente negociación. Por ello, los derechos de comunicación que correspondan a dicho artista derivarán de las comunicaciones secundarias que se realicen por parte de otros usuarios (en hoteles, bares u otros lugares abiertos al público, otras cadenas de televisión, etc...), pero no de la comunicación al público primaria que forma parte integrante de la prestación inicialmente contratada.

Resultaría injustificable que los artistas, intérpretes o ejecutantes que contratan con Gestevisión Telecinco, S. A. o con otra productora con la finalidad específica de que la cadena de televisión emita una determinada grabación audiovisual pretendieran cobrar además de lo estipulado una retribución añadida por la emisión de la grabación como si al emitirse la misma hubiera variado la referida finalidad específica de difusión a través de Telecinco para la cual fue contratado el artista, intérprete o ejecutante.

Esta interpretación acorde a lógica y al sentido de los preceptos citados determina que no deban entenderse incluidas en el concepto de «usuarios» del *art. 108.3 TRLPI* las emisoras de televisión en relación con las obras audiovisuales de producción propia.

El *art. 108.3 TRLPI* ha sido interpretado por la sentencia recurrida siguiendo las tesis de las entidades de gestión demandantes en el sentido de que las compañías de televisión son, por definición y en todos los casos, «usuarios» de las grabaciones audiovisuales, aun cuando ellas mismas hayan producido dichas grabaciones y pagado a los artistas, intérpretes y ejecutantes que en ellas intervienen por todos los conceptos retributivos por dichos artistas exigidos incluida la remuneración por comunicación pública de la obra. E, incluso, cuando hayan obtenido de dichos artistas, intérpretes o ejecutantes a cambio de precio, la cesión del derecho a obtener remuneraciones ulteriores por nuevas emisiones de la obra.

Y, con el fin de alcanzar tal conclusión, la sentencia recurrida añade ciertas características al derecho reconocido en el *art. 108.3 TRLPI* no previstas en la norma: establece que el mismo es irrenunciable, intransmisible o indisponible y que sólo es susceptible de ser ejercido a través de las entidades de gestión colectiva.

La única justificación que utiliza la sentencia recurrida es la reproducción de una sentencia del Tribunal Supremo que no se refiere a esta cuestión para rechazar tanto la naturaleza transmisible del derecho a las remuneraciones equitativas y únicas que el *art. 108 TRLPI* reconoce a los artistas, intérpretes o ejecutantes como la necesidad de que las entidades gestoras demandantes necesiten acreditar quiénes se encuentran asociados en las mismas ni, mucho menos, la cesión del derecho que ahora nos ocupa por parte de cada uno de ellos. En cuanto a la disponibilidad de las actoras sobre el derecho de los artistas, intérpretes o ejecutantes a las remuneraciones equitativas y únicas y a la denunciada duplicidad de pagos y enriquecimiento injusto que alega la parte recurrente no se ha de olvidar que como tiene declarado la citada sentencia de 11 de septiembre de 2002, en su fundamento de derecho segundo, la propiedad intelectual se configura como un derecho de propiedad especial.

En cuanto al fundamento de la indisponibilidad del derecho no hay motivación expresa en la sentencia recurrida que insiste en su carácter indisponible: así, «el derecho de explotación por simple remuneración

que nos ocupa, indisponible por cada artista intérprete o ejecutante y sólo susceptible de ser ejercitado colectivamente por las asociaciones gestoras como las actuales demandantes.»

Tal interpretación de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial choca con los términos del *art. 108.3 TRLPI* que atribuye también a los productores el derecho discutido a una remuneración equitativa y única. Las televisiones no pueden tener la consideración jurídica de «usuario» a los efectos del referido artículo cuando emiten producciones audiovisuales propias porque, en tal supuesto, no sólo no deben pagar remuneración alguna sino que tienen el derecho legal de cobrar de los usuarios, conjuntamente con los artistas, intérpretes y ejecutantes y al 50% en el caso de no existir acuerdo de reparto.

El *art. 90 TRLPI* referido a la remuneración de los autores de la obra audiovisual establece de modo expreso, en su apartado 6, el carácter irrenunciable e intransmisible por actos ínter vivos de los derechos de remuneración como excepción expresa a la transmisibilidad de principio de los derechos de autor que con carácter general se reconoce en el *art. 43 TRLPI* .

El *art. 108 TRLPI* no establece, en cambio, limitación alguna a la transmisibilidad de los derechos que recoge en favor de los artistas, intérpretes o ejecutantes y de los productores.

Un derecho de contenido patrimonial está sometido salvo disposición legal en contrario al principio de libre transmisibilidad. Manifestaciones concretas de este principio son los *arts. 348, 609, 1089, 1112 y 1255 CC* .

Como no existe ninguna limitación legal a dicha transmisibilidad se ha pactado la cesión de estos derechos por parte de los artistas, intérpretes o ejecutantes que han intervenido en series de producción propia. No sólo en el caso de Telecinco. Consta en autos, aun cuando no lo haya valorado la sentencia recurrida, un certificado de la productora Globo Media, S. A., emitido en fase de prueba por su Consejero Delegado que dice que corresponde a esta contratar a todos los artistas, intérpretes y ejecutantes, así como obtener de los mismos la cesión en exclusiva de todos los derechos de propiedad intelectual y en particular los de comunicación pública para su emisión en la forma y condiciones que se pactan en dicho contrato por la cadena Telecinco y que la remuneración total que Gestevisión Telecinco S. A. abona a Globo Media S. A., incluye toda remuneración debida a los artistas, intérpretes y ejecutantes por todos y cada uno de los conceptos expresados.

Es una realidad bien conocida para todo aquel que tenga algún tipo de relación con el mundo de las televisiones. Ningún productor puede plantearse seriamente el regateo, frente a estrellas de televisión de primer orden, que exijan, como parte de un acuerdo para filmar un capítulo de una serie, la retribución del *art. 108.3 TRLPI* . Sobre todo cuando la serie ya cuenta con niveles de audiencia que es preciso mantener.

La interpretación lógica del *art. 108 TRLPI* exige que se tenga en cuenta que cuando un artista es contratado para participar en una obra televisiva no es para que dicha obra sea archivada sino, precisamente, para que se emita como programa de televisión. Por ello, cuando la propia empresa de televisión produce la obra y retribuye directamente al artista, tiene en consideración, entre otros conceptos retributivos, los derechos que al artista corresponden por la comunicación pública de la obra audiovisual. Al menos, por la primera comunicación pública de la misma, con independencia de otros derechos retributivos que puedan corresponder al intérprete como consecuencia de emisiones posteriores o de tercero. Respecto de las emisiones ulteriores por la propia cadena de televisión contratante normalmente se pactan también desde el inicio pues los artistas esgrimen su derecho a preservar su imagen frente a repeticiones excesivas que la "quemarían" terminando por aburrir a la audiencia. Por ello la primera comunicación pública de la obra audiovisual ya está retribuida cuando la obra es de producción propia.

Esta lógica también se deduce del *art. 84.2 TRLPI* referido a la «cesión del derecho (de los autores) de comunicación pública mediante radiodifusión» que establece que, «salvo pacto en contrario, se entenderá que dicha cesión queda limitada a la emisión de la obra por una sola vez, realizada por medios inalámbricos y centros emisores de la entidad de radiodifusión autorizada, dentro del ámbito territorial determinado en el contrato, sin perjuicio de lo dispuesto en el *art. 20 y en los apartados 1 y 2 del art. 36 de esta Ley* ». Y lo mismo establece el *art. 36.3 TRLPI* .

Estas ideas, y, en particular, el *art. 84.2 TRLPI* son tenidos en cuenta (entre otros argumentos) por el Juzgado de Primera Instancia n.º 33 de Madrid para reconocer, en su sentencia de 26 de febrero de 2001 (mayor cuantía núm. 709/1998) que Televisión Española, S. A., no es «usuario» a los efectos del *art. 108.3 TRLPI* respecto de las obras de producción propia que emite. El *art. 84.2* , dice el juzgador, «es aplicable por analogía a las obras audiovisuales, de tal manera que, salvo pacto en contrario pues el actor puede establecer

concretamente sus condiciones, se entenderá que la cesión para el medio de comunicación es de una sola vez. La emisión en sucesivas veces de la obra y repito siempre que no haya pacto en contrario, fuera de la ocasión para la que ha sido creada, dará lugar a la percepción de sus derechos de gestora, lo mismo que si la emisión se realiza por otra entidad distinta de la original o por otros sistemas de los previstos en su creación primera. Estos son los derechos que puede gestionar la gestora, derechos que desborden los individuales de cada actor o intérprete, pues en caso contrario, es decir, si los medios de comunicación por toda transmisión de cualquier obra tuvieran que pagar no sólo a los intérpretes sino también a su gestora, que se entiende no es su representante, daría lugar a pagos que no pueden ser calificados sino de repetitivos y sin causa». Concluye, en suma, que la primera emisión de la obra por un medio audiovisual no genera esta remuneración cuya gestión comete a las gestoras, «sino que dicho devengo procede de su posterior utilización por un usuario que efectivamente es un ente de comunicación ajeno a su creación».

El *art. 108 TRLPI* interpretado en su contexto histórico y sistemático, en cuanto se ha eliminado del mismo la expresión «irrenunciable» que sí recogía el *art. 7.3 de la Ley 43/1994*, expresamente derogado por la *Disposición Derogatoria Única, apartado 4, del RDL 1/1996*, por el que se aprobó el TRLPI. Es, significativo que el *artículo siguiente el 109 TRLPI* referido al derecho de distribución mantenga la irrenunciabilidad del derecho a obtener una remuneración equitativa y única. Lo mismo que el *art. 90 TRLPI* en relación con la remuneración de los autores. No puede pensarse, a la vista de estos preceptos, que la omisión del término «irrenunciable» en el *art. 108.3 TRLPI* resulte de un mero olvido del legislador. Y, si el derecho no es irrenunciable mucho menos será indisponible individualmente.

Cita la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de noviembre de 1997, que expresamente ha reconocido que la opción legislativa por las entidades de gestión colectiva no excluye la gestión individual de los derechos de propiedad intelectual por el propio autor o titular o que éste confíe su ejercicio a un tercero.

La opinión de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial se funda en una interpretación simplista del último *apartado del art. 108 TRLPI* según el cual el derecho a las remuneraciones equitativas «se hará efectivo a través de las entidades de gestión.»

Eso ocurrirá en los supuestos en que deba hacerse efectivo de manera colectiva en el caso de las obras audiovisuales producidas por Gestevisión, Telecinco S. A., para el cobro de la remuneración equitativa que pueda corresponder al artista o intérprete por las emisiones secundarias de una obra audiovisual en la que ha participado pero no para volver a cobrar de Gestevisión Telecinco, S. A., una remuneración ya obtenida o para ejercer un derecho que el artista haya cedido al productor.

Resulta muy ilustrativo a este respecto el fundamento jurídico 6 de la citada sentencia del Tribunal Constitucional 196/1997, de 13 de noviembre, recursos de inconstitucionalidad acumulados n.º 256 y 264/88, que se transcribe.

Esa doctrina constitucional se ve corroborada por la inexistencia de ningún precepto que establezca la indisponibilidad del derecho por sus titulares que son los artistas, intérpretes y ejecutantes no las entidades de gestión.

Tampoco se justifica la interpretación de la sentencia impugnada en el *art. 110 TRLPI*. Este precepto establece que se entenderá, «salvo estipulación en contrario» que se produce una cesión de derechos de propiedad intelectual si la interpretación se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios y que tal presunción de cesión no se aplica a los derechos de remuneración del *art. 108, apartados 2 y 3 TRLPI*. No es una prohibición de disposición como han sostenido las entidades demandantes en la instancia y parece haber recogido la sentencia recurrida, sino que se limita a no extender, para ellos, la referida presunción de disposición.

Esa no-extensión de la presunción de disposición está absolutamente justificada en relación con el *art. 108.2 TRLPI* referido al régimen de los fonogramas, por razones muy claras: el uso de un fonograma en una emisión o comunicación pública cambia el destino natural del fonograma (que no es otro que su venta en establecimientos mercantiles para su uso individual por las personas adquirentes). Y ese cambio de destino requiere una remuneración.

En cuanto al derecho del *art. 108.3 TRLPI* se halla igualmente justificada la exclusión de la presunción cuando se trate de actos de comunicación pública previstos en los párrafos f) y g) del *art. 20.2, TRLPI* esto es, comunicaciones secundarias en las que el artista, intérprete o ejecutante, pierde el control de la comunicación al público de la obra en que participa.

Si los actores, artistas, intérpretes y ejecutantes no pudieran disponer individualmente de sus derechos, la regulación de la propiedad intelectual se vulneraría el derecho de asociación (*art. 22 CE*) en su vertiente negativa (derecho a no asociarse). Según el Tribunal Constitucional desde, al menos, su STC 67/1985, «el respeto al contenido esencial del derecho de asociación que impone al legislador el *art. 53.1 CE* exige que se respete la libertad negativa -libertad de no asociarse-, pues una asociación coactiva obligatoria no sería una verdadera asociación. Y asimismo exige respeto a la libertad positiva de crear otras asociaciones con fines privados».

Este derecho a no asociarse también está incluido en la garantía del derecho de asociación establecida en el *art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Sentencia TEDH de 29 de abril de 1999, caso Chassagnou y otros contra Francia).

La asociación obligatoria sólo cabe para aquellos casos en que se delegue en una corporación el ejercicio de determinadas funciones públicas, lo cual justifica, por ejemplo, la colegiación obligatoria de determinadas profesiones reguladas a través de corporaciones que no se pueden considerar incardinadas en el ámbito del *art. 22 CE* (STC 1).

Esta jurisprudencia constitucional es coherente con la STC 196/97 citada en cuanto declara que la opción del legislador por la gestión colectiva no impide la gestión individual de los derechos.

Es imprescindible aludir al Derecho comunitario europeo, pues según la sentencia recurrida el reconocimiento y protección del derecho que ella misma ampara arranca de la *Directiva 92/100/CEE*.

Esta Directiva estableció un derecho irrenunciable a una remuneración equitativa en los casos de alquiler de fonogramas o de películas (*art. 4*), es decir, por tanto, para un uso secundario de la obra musical o audiovisual. Pero la Directiva no obliga a que tal remuneración se gestione por entidades de gestión colectiva, sino que faculta al artista, intérprete o ejecutante a cederlo contractualmente o a encomendar su gestión a entidades de gestión colectiva (*art. 4.3*).

El único caso en que la Directiva establece la obligación de los usuarios de pagar una remuneración por cualquier tipo de comunicación al público es el de los fonogramas publicados con fines comerciales (*art. 8.2*). Por tanto, las obras audiovisuales están excluidas por el Derecho comunitario de la obligación de la remuneración equitativa y única, sin que pueda pretender fundarse en dicha *Directiva la interpretación de la Sección 13ª* de la Audiencia Provincial de Madrid.

El *art. 108 TRLPI* interpretado de conformidad con las normas y jurisprudencia citadas no exige siempre y en todo caso la intervención de las entidades de gestión para que se haga realidad el derecho de los artistas, intérpretes y ejecutantes a una retribución por comunicación pública de las obras audiovisuales en que intervienen. Tal intervención es innecesaria cuando la obra audiovisual se crea para ser emitida a través de una concreta televisión que actúa al tiempo, como productora, por lo tanto, no existe ninguna disposición que obligue a la empresa de televisión a abonar una remuneración a las entidades de gestión además de la ya abonada directamente a los intérpretes o artistas por ella contratados.

Motivo segundo. «Al amparo del *art. 477.1 LEC*, por infracción del *art. 108.3 y 157 TRLPI, 14 CE*, en cuanto a las tarifas que se establecen a cargo de Gestevisión Telecinco, S. A., no son no objetivas no equitativas ni únicas. Son por el contrario discriminatorias.»

El motivo segundo se funda, en resumen, en lo siguiente:

La sentencia recurrida confirma íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia n.º 17, que reconoce en su fallo el derecho de las entidades de gestión a establecer tarifas generales cuyo importe deberá concretarse en fase de ejecución de sentencia, «tomando como criterio de cálculo las tarifas generales comunicadas conjuntamente por las actrices al Ministerio de Educación y Cultura».

Se refiere a las últimas tarifas comunicadas, aunque en realidad AIE y AISGE han comunicado diversas tarifas al Ministerio competente. Las entidades de gestión explicaron en la demanda sus cambios de criterio en función del «rumbo adquirido por las negociaciones». Comunicaron unas tarifas en función de un porcentaje sobre los ingresos de explotación de la empresa afectada en 1996 previo cambio del rumbo de las negociaciones, comunicaron al Ministerio de Educación y Cultura un nuevo sistema tarifario (documento núm. 8 de la demanda). Este nuevo sistema admitía que las tarifas a establecer lo eran, en virtud del *art. 152.1.b) TRLPI (numeración anterior a la Ley 5/1998 -hoy art. 157 -)*, por la utilización de su repertorio.

Tras la presentación de esas nuevas tarifas AIE y AISGE lograron un mejor acuerdo con las televisiones autonómicas que consintieron en abonar aproximadamente el 14% de lo que pretendían recaudar las entidades de gestión, convenio marco aportado por las actoras como documento núm. 9 adjunto a la demanda.

A partir de ahí, dichas entidades comunican unas terceras tarifas al Ministerio y fijan un porcentaje (1'870%) sobre los ingresos de explotación de los deudores.

Lo característico de las tarifas que quieren aplicarse a la entidad recurrente con el amparo de la Audiencia Provincial de Madrid no tienen en cuenta el repertorio utilizado ni tampoco los artistas, intérpretes o ejecutantes asociados a las entidades gestoras. No han sido aceptadas por los usuarios ni ha intervenido la Comisión Arbitral prevista legalmente.

Al imponer dichas tarifas establecidas unilateralmente por una de las partes interesadas la sentencia recurrida incurre en las siguientes infracciones del ordenamiento jurídico:

1. Infracción del *art. 157.1.b) TRLPI (numeración dada por la Ley 5/1998, de 6 de marzo)*, en cuanto se permite el establecimiento de una tarifa que no se corresponde con la remuneración por utilización del repertorio.

Este precepto establece entre las obligaciones de las entidades de gestión la de establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa.

En las tarifas comunicadas por AISGE al Ministerio de Educación y Cultura en 1996, explicó que se establecían por la «utilización de su repertorio», esto es, «basadas en el repertorio que representa cada entidad y para cuya gestión, en la forma de gestión colectiva, está facultada». El documento n.º 8 de la demanda define lo que debe entenderse por utilización y por repertorio y establecía que dichas expresiones deben entenderse «en su sentido literal y, por tanto, sólo se devengará una remuneración cuando se realice una utilización real del repertorio protegido y gestionado por la entidad, y, en cuanto a la expresión "repertorio" debe entenderse en referencia a los artistas y sus interpretaciones representados por la entidad de gestión.»

De haberse respetado este criterio habría que considerar a la hora de fijar tarifas que no forman parte del repertorio de las entidades de gestión de los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los programas de televisión en los que no aparece artista alguno. El fútbol, los juegos olímpicos o el tour de Francia y los programas informativos que recogen imágenes de tales acontecimientos son, siempre, los que mejores cuotas de pantalla obtienen sin que deba retribuirse, por ello, a artista o intérprete alguno. Lo mismo sucede con los concursos de televisión y los programas «del corazón».

Es inadmisibles que AIE y AISGE establezcan como tarifa un porcentaje de los ingresos obtenidos por la cadena de televisión como si todas y cada una de las franjas horarias que componen la parrilla de programación dieran lugar al nacimiento de derechos de retribución en beneficio de artistas, intérpretes o ejecutantes. Al no entenderlo así, la sentencia recurrida vulnera el actual *art. 157.1.b) TRLPI*.

Lo mismo cabe decir respecto de la pretensión de establecer tarifas que cubran a actores o artistas que no formen parte del repertorio de las entidades de gestión en el sentido dado por estas últimas al término repertorio. Y no forman parte de dicho repertorio sencillamente porque no pueden al menos los artistas que se encuentren en los siguientes supuestos: los fallecidos antes de que surgiera el derecho a la remuneración, pues no tuvieron tiempo siquiera para transmitirlo a sus herederos y los artistas extranjeros, pues el ámbito de aplicación de la LPI no se extiende a los mismos.

El *art. 161 (antes 156)* del Texto Refundido establece que los artistas extranjeros (no comunitarios) sólo se protegen, a falta de convenio en función del principio de reciprocidad internacional (apartado 3). Esto elimina, a efectos de la gestión de AIE y AISGE, toda la programación consistente en la emisión de películas norteamericanas (las más frecuentemente emitidas).

En el curso del procedimiento previo al presente recurso de casación, AIE y AISGE intentaron justificar su actuación en nombre de artistas extranjeros en atención a que «los posibles acuerdos de reciprocidad... adquieren virtualidad en la fase de reparto». Consecuentemente, si no se produce tal reparto, por no existir un «posible» acuerdo de reciprocidad, lo recaudado a la emisora no le será devuelto. Y lo habitual es que no exista acuerdo alguno de reciprocidad, pues no se ha conseguido aún una unificación de posiciones que permita establecer criterios comunes. Recaudan, por tanto, «por si acaso».

Y es preciso excluir, también, a los artistas no afiliados a las entidades que reclaman en su nombre la remuneración. No ya sólo porque hayan resuelto renunciar o ceder su derecho, sino también porque hayan

decidido encomendar la gestión del mismo a una entidad distinta. Y es que, para que puedan percibir la remuneración a través de las correspondientes entidades de gestión colectiva, los intérpretes o artistas han de haberles encomendado la gestión de sus derechos a través del correspondiente contrato de gestión como establece el *art. 153 TRLPI* .

Los estatutos de las entidades demandantes prevén para la afiliación a las mismas, la suscripción de un «contrato de gestión de derechos».

No entiende por qué se nos obliga a presumir que las entidades de gestión representan a todos los intérpretes, artistas, actores y ejecutantes del mundo si existe documentación en la que está formalizada cada uno de los contratos por los que los interesados encomiendan a dichas entidades la gestión colectiva de los derechos.

En este sentido cita la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2000 , rec. contencioso administrativo núm. 487/96, que afirma en su fundamento jurídico tercero: «La nulidad del precepto se produciría incluso aceptando la tesis de los demandados de que se refiere exclusivamente a la legitimación, pues, aun en este caso, se estaría introduciendo una presunción de legitimación de la actora, haciendo recaer sobre la parte demandada la carga de la prueba de la falta de legitimación, lo que con toda evidencia subvierte los criterios generales sobre presupuestos procesales relativos a las partes. Como señala el Consejo de Estado en su dictamen, "una cosa es reconocer a las entidades de gestión legitimación para defender a sus asociados y otra bien distinta presumir dicha condición misma de asociado a una entidad de gestión, aspecto este último que no se deduce del *art. 135 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987* , como lo confirma el mismo hecho de que los Tribunales -como se reconoce en la memoria justificativa- vengán exigiendo a las entidades de gestión que acrediten el vínculo jurídico que les une con las personas que dicen representar."»

En el mismo sentido cita el fundamento jurídico tercero de las SSTs de 10 de febrero de 2000, recaídas en los recursos contencioso administrativos núm. 483/96 y 485/96 y la STS de 9 de febrero de 2000 .

Al no haberse tenido en cuenta los anteriores criterios las tarifas impuestas y aceptadas por la sentencia recurrida, contravienen el *art. 108.3 TRLPI* que exige que la retribución sea «equitativa».

2. Infracción de los *arts. 157.1.b)*, y *108.3* del Texto Refundido y *art. 14 CE* en cuanto las tarifas establecidas no son generales ni equitativas y sí discriminatorias sin que la discriminación cuente con justificación alguna de carácter objetivo ni razonable.

Que las tarifas no son generales se deduce de la aplicación de al menos dos tipos de tarifas distintos: las aplicadas a las televisiones de la Forta y al resto de las compañías.

Las tarifas podrían ser equitativas si se tuviera en cuenta en la recaudación la utilización del repertorio por parte del sujeto pasivo. Pero, aun en tal supuesto (que no se ha dado), se provocaría a las televisiones españolas una discriminación frente al resto de operadores de ámbito europeo que no contribuyen con ningún tipo de canon o cuota para financiar a las entidades de gestión de derechos de artistas, intérpretes y ejecutantes.

No existe ningún criterio objetivo que explique razonablemente el trato más favorable recibido por unas televisiones que por otras. Es evidente que las más perjudicadas han sido las que más resistencia han opuesto a las pretensiones de AIE y AISGE.

3. Infracción de los *arts. 108.4 y 158 TRLPI* y *art. 1256 CC* , en cuanto se omite la negociación requerida por el legislador, e, incluso, el procedimiento arbitral previsto en su defecto, dejándose el establecimiento mismo de la prestación y su alcance, al arbitrio de una sola de las partes.

Como ha precisado el Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución 465/99, de 27 de julio de 2000, el *art. 108.4 (entonces 122.3)* , al establecer que la gestión de la remuneración equitativa y única por parte de las entidades de gestión colectiva comprenderá «la negociación con los usuarios», «excluye la determinación de la remuneración de modo unilateral por parte de las entidades gestoras, imponiendo que esta determinación se haga mediante negociación de las entidades con los usuarios, bien de modo individual, o de modo colectivo...».

Por ello precisamente se creó por el legislador una Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual con las facultades del *art. 158 TRLPI* .

Pero ni dicha Comisión ha intervenido ni a la Audiencia Provincial de Madrid le ha parecido relevante tal omisión, pues considera bastante a efectos de justificar la exacción el hecho de que las entidades de gestión hayan comunicado sus tarifas al Ministerio de Educación y Cultura.

Dicho Departamento carece de competencias para revisar las tarifas que le son comunicadas. Su cometido es, únicamente, conceder la autorización, denegarla o revocarla, para constituir entidades de gestión colectiva; autorización que tiene carácter reglado al establecerse las condiciones de su otorgamiento en el *art. 148 TRLPI* y entre dichas condiciones no figuran las tarifas negociadas.

Pero ello no significa que pueda quedar la fijación de las tarifas al libre arbitrio de las entidades de gestión. Lo impide la lógica y el principio básico del derecho establecido en el *art. 1256 CC* y la propia *Directiva 92/100*, cuya transposición ha originado el reconocimiento de la remuneración equitativa y única en nuestro ordenamiento, según la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 6 de febrero de 2003 (asunto C-245/00).

4. Infracción de la *Directiva 92/100* y la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 6 de febrero de 2003 (asunto C-245/00).

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia ha establecido una doctrina que resulta directamente aplicable: así, la remuneración equitativa debe ser interpretada de manera uniforme en todos los Estados miembros (la sentencia se refiere a la remuneración equitativa en relación con los usuarios de fonogramas, no de obras audiovisuales pero el concepto de «remuneración equitativa» es el mismo): «el Tribunal de Justicia ya ha declarado que de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, que debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate (véanse, por ejemplo, las sentencias de 18 de enero de 1984, Ekro, 327/82, Rec. p. 107, apartado 11; de 19 de septiembre de 2000, Linster, C-287/98, Rec. p. 1-6917, apartado 43, y de 9 de noviembre de 2000, Yiadom, C-357/98, Rec. p. 1-9265, apartado 26). Así sucede con el concepto de remuneración equitativa que figura en el *art. 8, apartado 2, de la Directiva 92/100*. Por ello, con arreglo al principio de autonomía del Derecho comunitario, este concepto debe interpretarse de manera uniforme en todos los Estados miembros».

Aun cuando los criterios de equidad para la fijación de la remuneración equitativa no están determinados por la Directiva que deja en manos de los Estados miembros el establecimiento o definición de los mismos, el Tribunal de Justicia no acepta que dicha fijación atienda a criterios no razonables o arbitrarios y, en relación con los intérpretes de fonogramas, aconseja por ello que los Estados recurran a criterios ya fijados internacionalmente: «Sobre este particular, es evidente que el *art. 8, apartado 2, de la Directiva 92/100* se inspira en el *art. 12* de la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, de los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, firmada en Roma el 26 de octubre de 1961. Esta Convención prevé el pago de una remuneración equitativa cuyas condiciones de reparto estarán determinadas por la legislación nacional, a falta de acuerdo entre los diferentes interesados, e indica simplemente un determinado número de factores, calificados de no exhaustivos, no obligatorios y potencialmente pertinentes, para determinar lo que sea equitativo en cada caso».

No es admisible que no se utilice criterio alguno. O, peor, que el único criterio aplicado sea la cuantía que cada entidad de gestión pretenda recaudar.

Los criterios para la fijación de una cuota como la que pretenden recaudar AIE y AISGE sobre los ingresos de explotación de las televisiones deberían haber sido establecidos por el legislador de conformidad con el principio de legalidad en materia tributaria derivado del *art. 31.3 CE*. No estamos ante una prestación patrimonial de carácter público pero, precisamente por ello, han de entenderse reforzadas las exigencias derivadas del antiguo aforismo no *taxation without representation* que, si inicialmente tendía a evitar los abusos de la corona, actualmente, transformado en el principio de legalidad tributaria, exige aceptación parlamentaria de las exacciones o recaudaciones de carácter público pues no es imaginable que entidades privadas como AIE y AISGE, establezcan en su propio beneficio el pago de cuotas determinadas por el nivel de ingresos de los sujetos pasivos. Si no se ha hecho así es porque en el presente supuesto la Ley no autoriza a las entidades de gestión a recaudar una cuota como la que pretenden conseguir (salvo, claro está, que lo consientan los usuarios a través del proceso negociador previsto legalmente).

5. Infracción del *art. 24.1 CE*, generando indefensión, al haber hecho dejación, los órganos jurisdiccionales que han intervenido de sus funciones que debían haber sido utilizadas para valorar las tarifas

unilateralmente establecidas por una de las partes y no condenar a la otra al pago de dichas tarifas sin verificación crítica alguna.

Motivo tercero. «Al amparo del *art. 477. 1 LEC* , por infracción del *art. 1108 CC* y de la jurisprudencia que lo interpreta: la sentencia recurrida condena a la entidad recurrente al pago de intereses de demora pese a no haberse fijado ni liquidado la cantidad principal.»

El motivo se funda, en resumen, en los siguiente:

La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 17 de Madrid declaró el derecho de AISGE y de AIE, a obtener una remuneración equitativa y única por cada acto de comunicación al público que se realice de las grabaciones audiovisuales en las que estén fijadas sus actuaciones; y a establecer tarifas generales por el uso de los repertorios objeto de su gestión. Asimismo, condenó a la entidad recurrente a hacer efectiva la remuneración descrita anteriormente, «cuyo importe deberá concretarse en fase de ejecución de sentencia» (si bien partiendo de los criterios establecidos en las tarifas unilateralmente decididas por las entidades de gestión), y a indemnizar daños y perjuicios por haber incurrido en mora en el cumplimiento de la obligación antes reseñada, que se concreta en el abono del interés legal devengado desde la fecha de interposición de la demanda, respecto de las sumas en que queden fijadas las remuneraciones vencidas objeto de condena y que se determinen en ejecución de sentencia.

La circunstancia de que la cantidad de la deuda principal no hubiera sido determinada ni antes, ni durante, ni después del proceso, no fue óbice para que el Juzgador entendiera que la entidad recurrente debía ser condenada a pagar intereses moratorios pues según esa sentencia aunque la obligatoriedad del pago ha quedado establecida en esta resolución, la deuda está impuesta legalmente [FJ 7.º].

La Audiencia Provincial acogió la tesis de la primera instancia y condena a la entidad recurrente al pago de intereses de demora, a pesar de que aún no ha sido fijada ni liquidada cantidad alguna, requisitos ineludibles para que puedan éstos ser aplicados.

La mora es el retraso culpable en el cumplimiento de una obligación que da lugar, sólo si la obligación principal es pecuniaria y su importe está determinado, al pago de intereses. Así lo establecen los *arts. 1100, 1101 y 1108 CC* que consagran, especialmente este último, el principio de «in illiquidis non fit mora», según el cual para pedir y dar intereses es necesario que la cantidad reclamada sea exigible y líquida y no lo es cuando hay que determinarla en el proceso o una vez concluido éste (SSTS de 18 de noviembre de 1960, de 12 de julio de 1984, de 29 de noviembre de 1985, de 4 de abril de 1986, de 27 de mayo de 1987, de 31 enero de 2001 [rec. núm 2188/1997], o de 13 julio de 2000 [rec. núm. 2380/1995], entre otras).

La jurisprudencia aplica ese principio cuando la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleve a efecto la fijación a través de la correspondiente resolución judicial (SSTS de 5 de mayo, 20 de noviembre y 28 de diciembre 1998, y 31 de enero y 10 de abril de 2001); o cuando la determinación de la cantidad se deja para ejecución de sentencia (SSTS de 8 de julio y 10 de noviembre de 1993, y 3 de marzo de 2000).

Este principio esta consagrado legalmente en la *Ley de Enjuiciamiento Civil cuando establece, por ejemplo, en el art. 576* , que sólo la condena al pago de una cantidad líquida determina el devengo de intereses moratorios y por cantidad líquida debe entenderse «toda cantidad de dinero determinada que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles» (*art. 573*).

La cantidad concreta a percibir por las demandantes aun no ha sido determinada; ha sido pospuesta a la fase de ejecución de sentencia. Ello es suficiente según la Ley y la jurisprudencia que la interpreta, para no condenar al pago de intereses moratorios.

Pero la Audiencia Provincial ha condenado al recurrente al pago de tales intereses de demora por entender que «se trata de una obligación impuesta legalmente, que ha sido incumplida por la entidad demandada sin pagar o consignar siquiera la cantidad que pudiera estimar ajustada a Derecho frente a la propuesta de las tarifas del convenio marco que le fue comunicada por conducto notarial el 22 de diciembre de 1997, por lo que no aplicar los *arts. 1100, 1101 y 1108 CC supone premiar la morosidad en la que ha incurrido*» [FJ 3º].

Esa interpretación vulnera el principio *in illiquidis non fit mora* (*art. 1108 CC*) y la doctrina jurisprudencial citada. Condena al pago de intereses de demora cuando la cantidad de la deuda principal no es líquida lo que debería dar lugar a la estimación del presente motivo y, además, la Audiencia Provincial reinterpreta el significado tradicional de «prestaciones dinerarias líquidas», e impone al supuesto obligado al pago una carga

que no está prevista en el ordenamiento jurídico: determinar por sí misma la deuda, abonando o consignando en su momento, la «cantidad que pudiera estimar ajustada a derecho».

El principio *in illiquidis non fit mora* no es absoluto y la jurisprudencia ha matizado su alcance de forma que no será aplicable cuando la determinación de la cuantía de la prestación dineraria dependa de una simple operación aritmética o cuando la cantidad inicialmente reclamada es aminorada luego por los tribunales (STS de 30 de noviembre de 2001, rec. núm. 2392/1996).

Ninguno de esos casos excepcionales son trasladables al supuesto que nos ocupa y de hecho, ni siquiera trata la Audiencia Provincial de acogerse a tales excepciones para justificar su argumentación por lo que la regla general (los intereses de demora se devengan sobre cantidades de dinero líquidas) debió ser aplicada por el tribunal de instancia.

Al ser una cantidad ilíquida -extremo que no niega la Audiencia Provincial- los intereses sólo pueden imponerse una vez que la deuda sea determinada que es cuando fue «contada o liquidada la indemnización procedente» y no «desde la interpelación judicial» (STS de 25 de julio de 2002, rec. num. 244/1997).

Termina solicitando de la Sala que, «previos los tramites de ley, se sirva dictar en su día sentencia por la que, estimando el presente recurso de casación, case la sentencia recurrida dictando otra en su lugar por la que desestime íntegramente las pretensiones en su día formuladas en la demanda interpuesta por AIE y AISGE contra mi representada con lo demás que en derecho proceda».

SEXTO. - Por ATS de 21 febrero de 2007 se admitió el recurso de casación.

SÉPTIMO .- En el escrito de oposición presentado por la representación procesal de AIE se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Con carácter preliminar al amparo del *art. 485.2 LEC*, AIE pone de manifiesto la existencia de varias causas de inadmisibilidad de los tres motivos del recurso de casación interpuesto por Tele 5 (cita como infringido el *artículo 108 LPI* sin expresar cuál de sus apartados es el infringido; se basa en una pretendida infracción de preceptos no citados siquiera en el escrito de preparación del recurso de casación -*art. 108 LPI, arts. 122, 90, 43, 109, 84.3 y 36 LPI, art. 22 CE y Directiva 92/100/CEE, frente a la única cita en el escrito de preparación del art. 108 LPI*; cita genérica de preceptos heterogéneos).

Inadmisibilidad del motivo primero.

Se fundamenta en un precepto no citado en el escrito de preparación y tampoco en el encabezamiento del motivo: el *artículo 110 LPI* ; y hace petición de principio por no respetar la base fáctica de la sentencia, pues en el motivo primero Tele 5 formula un auténtico escrito de alegaciones pretendiendo que se realice una nueva valoración de la prueba sin formular recurso extraordinario por infracción procesal para combatirla.

Cita el ATS de 3 de octubre de 2006 (rec. casación num. 2823/2002), que apreció la inadmisión del recurso de casación interpuesto por Antena 3 contra otra sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que había condenado a Antena 3 en términos idénticos a la condena impuesta en el caso presente a Tele 5 en un procedimiento iniciado también por las entidades de gestión AIE y AISGE.

Según el fundamento de derecho 4 de dicho auto, la recurrente argumenta que los derechos que gestiona la recurrida son renunciables y transmisibles y sus titulares los han cedido o han renunciado a los mismos. Dicha fundamentación se realiza al margen de la base fáctica de la sentencia impugnada, que después de la valoración probatoria recoge en su fundamento de derecho quinto que a pesar del carácter irrenunciable del derecho no se ha probado por la recurrente la renuncia del derecho por los respectivos titulares.

Los principios de seguridad jurídica y unidad de doctrina (máxime, tratándose de un auto de inadmisión dictado por la misma Sala y Sección y con la misma composición), deben conducir a un pronunciamiento de inadmisión de este motivo primero en el presente caso pues en ambos la recurrente incide en el defecto de hacer supuesto de la cuestión al no respetar la base fáctica de la sentencia impugnada y al reproducir, sin más, la controversia desde su particular planteamiento y olvida que no se halla ante una tercera instancia.

Inadmisibilidad del motivo segundo.

Resulta también inadmisibile por basarse en una pretendida infracción de numerosos preceptos ninguno de los cuales fue citado siquiera en el escrito de preparación del recurso de casación.

La cita como infringida de la *Directiva 92/100/CEE* es genérica. Además su cita es improcedente pues la misma por su propio carácter no tiene fuerza normativa directa y fue transpuesta al ordenamiento interno por la *Ley 43/1994*, ninguno de cuyos preceptos se denuncia en el recurso como supuestamente infringido.

En este sentido, alega que existe abundante doctrina jurisprudencial y se remite a la extensa cita realizada en el apartado anterior.

La pretendida infracción de los arts. 14 (*pretendida vulneración del derecho a la igualdad*) y 24.1 CE (*pretendida indefensión*), excede del ámbito del recurso de casación, cuya denuncia debió haberse realizado, en su caso, a través del recurso extraordinario por infracción procesal conforme a los arts. 477.1 y 469.1.3º LEC .

En tal sentido cita, el ATS de 23 de enero de 2007 (rec. 1937/2003), según el cual este motivo segundo es inadmisibles por falta de técnica casacional al incurrir en el defecto de hacer petición de principio o supuesto de la cuestión al no respetar la base fáctica de la sentencia impugnada y al reproducir la controversia desde el particular planteamiento de la recurrente olvidando que no se halla ante una tercera instancia.

Tele 5 formula un auténtico escrito de alegaciones, reitera las formuladas en las dos instancias anteriores bajo su peculiar punto de vista y no combate la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida. Se apoya en la supuesta infracción de numerosos preceptos heterogéneos que no fueron citados siquiera en el escrito de preparación del recurso que no guardan relación con el objeto de la litis y tampoco son citados por la sentencia impugnada por lo que no pueden haber sido infringidos por la misma ni haber constituido su indebida interpretación su *ratio decidendi* .

En el desarrollo del motivo impugna indirectamente la legitimación activa de las entidades actoras para gestionar los derechos de artistas no asociados a las mismas. Plantea una cuestión que excede del ámbito del recurso de casación y es propia del recurso extraordinario por infracción procesal, pues pretende que la Sala realice una nueva valoración probatoria.

En el caso de autos se ha probado la existencia de una negociación prolongada durante años que fructificó con las televisiones autonómicas en el acuerdo marco suscrito el 31 de octubre de 1997. Acuerdo que no fue posible alcanzar con la mercantil demandada entre otras empresas. Ante la falta de acuerdo, las entidades gestoras han observado el procedimiento previsto en el art. 159.3 LPI y se han visto obligadas a acudir al presente juicio.

Según el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida, la apelante sin practicar ninguna prueba que desvirtuase los pronunciamientos de la sentencia contra la que recurre, se limita a impugnar dicho criterio de cálculo pretendiendo que, en su lugar, las tarifas se fijen por operación, lo que pugna con la concepción legal de remuneración equitativa y única y convierte en extremadamente dificultoso el cálculo y aplicación de tales tarifas.

Cita de nuevo el ATS de 3-10-2006 (rec. de casación 2823/2002), según su fundamento de derecho 4 al plantear cuestiones que exceden del ámbito del recurso de casación cual es la falta de legitimación *ad causam* de la recurrida, se plantean cuestiones adjetivas cuya denuncia ha de realizarse a través del recurso extraordinario por infracción procesal. Igual consideración merecen los motivos tercero y cuarto del recurso de casación en los que la recurrente considera inadecuada la determinación de la base de cálculo de la remuneración pretendida y el carácter no equitativo de las tarifas que pretenden aplicarse, desconociendo que la sentencia impugnada, tras la valoración probatoria, recoge en su fundamento de derecho sexto, los reiterados intentos negociadores acometidos por la parte actora aquí recurrida para llegar a un acuerdo sobre las tarifas a aplicar, los que finalmente resultaron infructuosos.

Inadmisibilidad del motivo tercero.

Resulta también inadmisibles por basarse en una pretendida infracción de numerosos preceptos ninguno de los cuales fue citado siquiera en el escrito de preparación del recurso de casación.

Según el encabezamiento del motivo la sentencia impugnada habría incurrido en infracción del art. 1108 CC y en su desarrollo, cita, además, los arts. 1100 y 1101 CC y los arts. 573 y 576 LEC .

En el escrito de preparación del recurso de casación en su apartado tercero.B.6º) en relación con la condena al pago de intereses Tele 5 no cita como infringido ni un solo precepto legal solamente alude a que dicha condena «es contraria a la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo».

La infracción de la jurisprudencia no es ni puede ser por sí sola motivo de un recurso de casación, que únicamente puede fundarse como motivo único en la infracción de normas (*art. 477.1 LEC*), pudiendo únicamente citarse la jurisprudencia en apoyo de la infracción legal denunciada. En este sentido existe abundante doctrina jurisprudencial y se remite a la extensa cita realizada en el apartado anterior.

Oposición al motivo primero.

Tele 5 combate la sentencia impugnada con un doble orden de consideraciones: en primer lugar, considera improcedente que se considere a Tele 5 "usuario" obligado al pago de la remuneración en los casos en que ésta emite por primera vez grabaciones audiovisuales de producción propia de modo que la remuneración únicamente se devengaría cuando el usuario es persona distinta al productor y cuando aun siendo el mismo productor realiza segundos y ulteriores actos de comunicación pública de las grabaciones audiovisuales. Y en segundo lugar, considera que el derecho de remuneración puede ser objeto de gestión individual (sin ser obligatoria su gestión colectiva) y tiene carácter de transmisible.

Tele 5 reconoció en el acuerdo transaccional alcanzado con AISGE que el derecho objeto de litis es de gestión colectiva obligatoria y no es transmisible y se devenga por todos los actos de comunicación pública (incluidos los realizados por el propio productor e incluidos los primeros actos de comunicación). Ese acto propio deja sin contenido su recurso.

Los razonamientos de la sentencia recurrida son jurídicamente impecables y no quedan refutados con la argumentación del motivo primero que no es más que una reiteración -a modo de proscrita tercera instancia- de lo debatido en la instancia y en apelación. Tele 5 pretende introducir confusión y afirma de nuevo que el objeto de la litis es «un derecho de los artistas, intérpretes o ejecutantes y de los productores de obras audiovisuales, a obtener una retribución.».

La mención a los productores de grabaciones audiovisuales como pretendidos cotitulares del derecho objeto de litis es errónea y maliciosa pues como quedó claro en la demanda y en las sentencias de primera y segunda instancia de los dos derechos distintos que, en párrafos separados, reconoce el *art. 108.3 LPI* (en la redacción aplicable temporalmente a esta litis establecida por la redacción inicial del LPI previa a la modificación introducida por la *Ley 23/2006*), el concreto derecho que es objeto de esta litis, es el reconocido en el segundo párrafo del *art. 108.3 LPI*, derivado del acto de comunicación pública contemplado en el párrafo c) del apartado 2 del *art. 20 LPI* («la emisión por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes»). Derecho que como resulta de su propio tenor literal se reconoce por la Ley única y exclusivamente a favor de los artistas.

Alegando que el derecho de remuneración puede ser objeto de gestión individual por el artista y cedido a un tercero realiza Tele 5 una impugnación -indirecta o encubierta- de la legitimación extraordinaria propia *ad causam* de las entidades de gestión demandantes impugnación que no puede prosperar y debe ser rechazada, porque al referirse a la legitimación, excede del ámbito del recurso de casación y debería haber sido objeto de un recurso extraordinario por infracción procesal según reiterada jurisprudencia. Y porque la cuestión de la legitimación propia *ad causam* de las entidades de gestión está reconocida en una consolidada doctrina jurisprudencial que cita. Además, basta acudir al propio tenor literal de los *arts. 7.4 de la Ley 43/1994* y *108.4 LPI*, para concluir que el derecho de remuneración objeto de litis solo puede ser objeto de gestión colectiva obligatoria a través de las entidades de gestión y, por tanto, no es ni puede ser objeto de gestión individual por cada artista.

El carácter imperativo de esta forma de ejercicio colectivo se infiere del propio tenor de los preceptos que la regulan, en cuya redacción se emplea con toda intención el futuro imperfecto de indicativo: «se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de Propiedad Intelectual» (*art. 108.4 TRLPI*) y corresponde a la necesidad de efectividad del régimen jurídico establecido.

Esta modalidad de gestión colectiva forzosa se ha visto potenciada por el *art. 157.4 LPI* (antes *152.4 LPI*), según el cual, «las entidades de gestión están obligadas a hacer efectivos los derechos a una remuneración equitativa correspondientes a los distintos supuestos previstos en esta Ley».

Además, la disponibilidad del derecho debe descartarse, pues la irrenunciabilidad del derecho estaba clara y expresamente prevista en el *art. 7.3 de la Ley 43/1994*.

La omisión en el *art. 108.3, segundo párrafo, LPI* del carácter irrenunciable del derecho objeto de la litis no puede ser interpretado como sinónimo de carácter negociable o transmisible del mismo mediante una aplicación de plano del *art. 6.2 CC*, porque eso sería tanto como afirmar que el Gobierno al refundir leyes puede transformar un derecho irrenunciable en renunciabile incurriendo en *ultra vires*.

Además, la irrenunciabilidad e indisponibilidad del derecho objeto de la litis, resulta también de forma indubitada del análisis del ejercicio del derecho de comunicación pública del artista de acuerdo con lo dispuesto en el *art. 7.3, primer párrafo, de la Ley 43/1994* y luego en los *arts. 108.1, primer párrafo, y 110, primer párrafo TRLPI* si la interpretación la realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo/laboral (que es lo habitual) o de arrendamiento de servicios se entenderá, salvo que se pacte expresamente lo contrario, que el productor adquiere el derecho de autorizar la comunicación pública. Ello significa, a efectos prácticos, que el artista cede al productor exclusivamente la facultad de que éste pueda realizar o autorizar la comunicación pública, salvo que el artista tenga especial interés y fuerza negociadora como para poder reservarse tal derecho exclusivo en el contrato.

Mediante el contrato individual con el productor de grabaciones audiovisuales, el artista cede al productor el derecho exclusivo del artista a autorizar la fijación de sus actuaciones (*art. 107.1 LPI*, derecho exclusivo que por ser de gestión individual sí que puede cederse al productor, *art. 107.3 LPI*), y le autoriza la comunicación pública de las mismas, de modo que, una vez autorizada la fijación, el artista no ostenta ningún derecho exclusivo sobre la comunicación pública (*art. 108.1 LPI*).

Pero de acuerdo con lo dispuesto en los *arts. 7.3, segundo párrafo de la Ley 43/1994*, y luego en el *art. 110.2 LPI* con independencia de lo que pacte el artista en el contrato con el productor, el artista «conserva» (el empleo de este verbo no es, en absoluto, casual) el derecho de remuneración sobre el que versa la litis.

Y lo conserva para todos los casos de comunicación pública, pues el *precepto no excluye ni los actos que Tele 5 denomina de comunicación «normal» o «primaria», ni ningún otro; ni tampoco se limita a los actos de comunicación que Tele 5 denomina como «derivados» o «secundarios».*

Y lo conserva sin que pueda ser objeto de gestión individual, pues la *Ley (art. 7.4 Ley 43/1994, y luego el art. 108.4 TRLPI)* impone su gestión colectiva obligatoria en todos los casos (pues el *precepto no excluye de la gestión colectiva obligatoria ni los casos en que el usuario obligado al pago sea el mismo productor, ni los actos que Tele 5 denomina de comunicación «normal» o «primaria», ni ningún otro; ni tampoco limita la gestión colectiva obligatoria a los actos de comunicación que Tele 5 denomina como «derivados» o «secundarios».*)

Y, además, la gestión individual es incompatible con la previsión del *art. 110.2 LPI (precepto que carecería por completo de sentido, en la tesis mantenida por Tele 5)*. Esta previsión constituye una importante garantía para el artista, pues con independencia de lo que el productor quiera o pueda incluir en los contratos, conservará el derecho de remuneración equitativa por comunicación pública. Por consiguiente, dicho derecho de remuneración no puede ser objeto de transacción ni renuncia ni tiene carácter disponible ni se puede ceder contractualmente ya que el *art. 110.2 LPI*, siempre deja a salvo dicha remuneración para que sea gestionada obligatoriamente de forma colectiva (*arts. 7.4 Ley 43/94, y 108.4 LPI*).

Este carácter indisponible de la remuneración económica por vía de negociación individual ha sido formulado por el legislador de dos formas diferentes desde la vigencia del derecho (1/1/1995), si bien con efectos prácticos idénticos. En la *Ley 43/1994, su art. 7.3* predicaba su carácter de irrenunciable y el *art. 7.4* predicaba su gestión colectiva obligatoria y en el vigente LPI el *art. 110.2* en relación con el *art. 108.4*, establece que los derechos de remuneración por comunicación pública no se entenderán comprendidos en la cesión que establece el *art. 110.1 TRLPI*, a favor del empresario o arrendatario con el que el artista celebra un contrato de interpretación o arrendamiento de servicios por lo que deberán hacerse efectivas dichas remuneraciones a través de las correspondientes entidades de gestión (*art. 108.4*).

Este sistema plenamente equilibrado y armónico entre las normas de derecho necesario y el juego de la autonomía de la voluntad es idéntico al que la misma Ley ha establecido en otros supuestos similares como el derecho de remuneración por la distribución mediante alquiler de grabaciones audiovisuales del *art. 109 LPI*; así, los artistas, intérpretes o ejecutantes tienen el derecho exclusivo de autorizar la distribución mediante alquiler. Al celebrar un contrato con el productor audiovisual se entiende cedido el derecho de distribución mediante alquiler (*art. 109.3.1 .º*). Los artistas intérpretes «conservan», no obstante, el derecho irrenunciable a percibir una remuneración equitativa por el alquiler (*art. 109.3.2 .º*). Este artículo vincula la condición de deudor de la remuneración con quienes llevan a efecto las operaciones de alquiler al público, en su condición de productores o de cesionarios de los productores titulares del derecho exclusivo de autorizar la distribución mediante alquiler. Ello, a pesar de que sean «productores» o «cesionarios», pues el derecho de remuneración es de gestión colectiva obligatoria (*art. 109.3.2 .º, último párrafo*).

O el muy novedoso derecho de puesta a *disposición interactiva a través de medios telemáticos incorporado al ordenamiento español por la Ley 23/2006* que dio nueva redacción al *art. 108, apartados 1, 2 y 3*.

El obligado al pago de la remuneración no es el productor que contrata individualmente con el artista, sino quien realice los actos de comunicación pública (el «usuario» que utilice las grabaciones audiovisuales para realizar tales actos).

El hecho de que los obligados al pago de la remuneración sean los usuarios y no los productores abunda aún más en el carácter extracontractual de la remuneración, ya que no obstante de cederse al productor el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública, el obligado al pago por la ley, sin embargo, es el usuario, es decir, quien en un momento posterior realiza un acto de comunicación pública de la grabación audiovisual que contiene la actuación artística.

La gestión colectiva del derecho redunda en beneficio de acreedores y deudores de la remuneración.

De los acreedores porque es evidente que un artista individualmente considerado carece de los medios necesarios para reclamar de cada obligado la remuneración correspondiente.

Y beneficia también a los deudores obligados al pago a quienes la Ley exonera de la situación de inseguridad jurídica y económica que le supondría no conocer la cuantía total a pagar por separado a todos los artistas que individualmente le reclamasen y les evita la onerosísima carga que supone tener que afrontar miles y miles de reclamaciones individuales.

El derecho objeto de la litis se devengará cuando se produzca el acto de comunicación pública, no antes por lo que cualquier cesión o renuncia previa al momento de devengo del derecho (p.ej. en el contrato de trabajo como pretende Tele 5) resulta nula e ineficaz pues en ese momento el derecho de remuneración ni siquiera ha nacido.

Resulta absurdo el argumento de Tele 5 de que la sentencia recurrida le conduce a tener que pagar dos veces a los artistas, una directamente al artista cuando le contrata para una producción propia y otra, en virtud de la condena impuesta. El argumento es falaz porque se trata de pagar por dos derechos distintos: por una parte, en el contrato de trabajo el productor paga al artista por su trabajo interpretativo y por la cesión que éste hace de su derecho exclusivo de ejercicio individual a autorizar la comunicación pública; y sólo en el caso de que se realice una efectiva comunicación pública de la actuación artística grabada, el legislador desea que el artista participe de los beneficios que tal explotación comercial comporta y por eso le reconoce el derecho a percibir de quien realice tal comunicación pública (sea o no productor), una remuneración equitativa y única que es irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria.

Estos dos derechos tienen distinto origen y causa, origen contractual el primero con causa en la voluntad de las partes y origen extracontractual el segundo, con causa directa en la Ley y devengo en la realización del acto de comunicación pública.

Estas conclusiones anteriores son confirmadas por el *I Convenio Colectivo del Sector Audiovisual (publicado en el BOE de 27-7-1995)*, que regula de forma imperativa y en todo el Estado español las relaciones laborales entre los actores y los productores audiovisuales.

En este Convenio firmado por la Federación de Asociaciones de Productores Audiovisuales de España (FAPAE) en representación de las empresas del sector, de sus *arts. 2.3, 8.j)*, y *Anexo I (apartado tercero)*, resulta que pese a lo que afirma Tele 5, no es objeto del contrato individual firmado entre el artista y el productor, la negociación y pago por el productor de la remuneración equitativa correspondiente al artista, intérprete o ejecutante por los actos de comunicación pública de la grabación audiovisual que contenga su interpretación.

Si bien por la cesión de los derechos de fijación, reproducción y distribución, el Convenio prevé expresamente la remuneración adicional que el productor deberá satisfacer al artista en el marco del contrato individual (*art. 8 .j)*, y *Anexo 1, apartado tercero*), respecto de la comunicación pública no se prevé en el Convenio remuneración alguna a satisfacer por el productor al artista, sin duda porque los firmantes del Convenio conocen perfectamente que se trata de un derecho de remuneración de naturaleza distinta y de gestión colectiva obligatoria que legalmente no corresponde pagar al productor sino a quien utilice la grabación audiovisual en cualquier forma de comunicación pública dejando por ello el *Convenio expresamente a salvo la legislación de propiedad intelectual (art. 8 .j)*, en relación con el *art. 2.3*).

Consta acreditado en autos que Tele 5 tiene establecido con SGAE un contrato y le satisface cantidades por derechos de autor tanto en concepto de derechos exclusivos como por derechos de remuneración respecto de los actos de comunicación pública de las obras audiovisuales y en dicho contrato, curiosamente, no consta ninguna rebaja ni descuento de la tarifa en base a una pretendida cesión previa de derechos por los autores

a favor del productor ni en base a un pretendido no devengo del derecho en las producciones «propias» ni en las «primeras» emisiones. ¿Por qué Tele 5 no mantiene esas tesis en relación a los derechos de los autores, y en cambio pretende que le sirva en relación a los derechos de los artistas?.

Plantea Tele 5 dos cuestiones relacionadas con la constitucionalidad de la gestión colectiva obligatoria. Realiza un análisis de la STC 196/1997, de 13 de noviembre, que resulta absolutamente sesgado, pues nadie afirma que la existencia de Entidades de Gestión no permita la gestión individual de algunos derechos de propiedad intelectual por sus titulares (en particular, los derechos exclusivos), lo que se dice es que la Ley deja fuera del ámbito de gestión y disposición individual de sus titulares algunos concretos derechos (en particular los derechos de simple remuneración equitativa), para los cuales específicamente la Ley determina su gestión obligatoriamente colectiva a través de Entidades de Gestión.

La citada sentencia se pronuncia sobre la *Ley de Propiedad Intelectual de 1987* y, por tanto, no pudo tener en cuenta las modificaciones normativas posteriores, (singularmente, la *Ley 43/1994 que por vez primera* estableció el derecho de remuneración). De hecho, la sentencia expresamente cita en su fundamento de derecho 6 como derechos de gestión colectiva obligatoria a través de entidades de gestión el derecho a la participación en el precio de enajenación de obras plásticas, (*art. 24 LPI 1987*) y el de compensación remuneratoria por copia privada, (*art. 25 LPI 1987*) únicos casos que bajo la *Ley de 1987* eran de gestión colectiva obligatoria.

Tele 5 alega que la gestión colectiva obligatoria supone una pretendida vulneración del derecho fundamental de asociación (*art. 22 CE*) en su vertiente negativa (derecho a no asociarse). Alegato que no se sostiene pues Tele 5 carece de legitimación para invocar esta pretendida infracción que solo podría formular el artista que, en su caso, se considerase obligado a asociarse forzosamente a una entidad de gestión. Por otra parte, la gestión colectiva obligatoria no impone ninguna obligación legal de asociación a las entidades de gestión solo supone excluir del ámbito de disposición del titular la gestión de un derecho para que éste sea gestionado, recaudado y, finalmente, pagado al titular, por una entidad de gestión. El *art. 154 TRLPI* reconoce el reparto al titular del derecho sin imponer la obligación de asociarse.

La cuestión está resuelta con la doctrina consolidada de la Sala 1ª sobre la legitimación extraordinaria *ad causam* de las entidades de gestión como de la Sala 3ª, en STS 28-10-2005, rec. 2650/2001, e incluso, en la doctrina constitucional (STC 196/97), según la cual no plantea duda constitucional que determinados derechos deban hacerse efectivos por medio de entidades de gestión.

Finalmente, hace Tele 5 una consideración sobre la *Directiva 92/100/CEE* que no es aplicable ya que no regula el derecho de los artistas a una remuneración equitativa por comunicación pública de grabaciones audiovisuales (se trata, por tanto de un derecho que no está armonizado a nivel comunitario), pues regula únicamente el derecho de los artistas a una remuneración equitativa por comunicación pública de fonogramas. Pero como según el penúltimo considerando de la Directiva, ésta tiene carácter de mínimos respecto de los derechos de comunicación pública, los Estados miembros puede establecer a favor de los titulares de derechos afines una protección mayor como hizo el legislador español en la *Ley 43/1994*.

Como el derecho objeto de litis sólo puede ser objeto de gestión colectiva obligatoria (nunca individual) y es intransmisible, carece de sentido plantearse -por imposible- la hipótesis de cesión individual del derecho al productor (en el momento de celebración del contrato con el productor en el que el derecho de remuneración ni siquiera habría nacido), que según Tele 5 le exoneraría de la condición de «usuario» obligado al pago en los casos en que Tele 5 es «productor» de la grabación audiovisual.

Alega Tele 5 que el usuario al que el *art. 108.3, segundo párrafo* del texto refundido obliga al pago de la remuneración objeto de esta litis "desde luego no puede serlo el productor que de acuerdo con el *art. 108.3 ...* es igualmente acreedor de los usuarios". En contra de lo que afirma la recurrente, el productor no es acreedor del derecho de remuneración regulado en el *art. 108.3, segundo párrafo LPI*, devengado por el acto de comunicación pública del *art. 20.2.c) LPI*: emisión por radiodifusión televisiva. El derecho sólo les corresponde en los concretos actos de comunicación pública prevista en el *art. 108.3*, primer párrafo, TRLPI, esto es, los de las letras f) y g) del *art. 20.2 TRLPI*: emisión en lugares abiertos, bares, hoteles, retransmisión por cable.

La distinción entre los términos «usuario» y «productor cesionario», en los que la recurrente se ampara carece de trascendencia. Lo decisivo es determinar quién adeuda la remuneración. Y tanto el *art. 7.3, segundo párrafo, de la Ley 43/1994* (que, por cierto, no emplea el término «usuario»), como el *art. 108.3, segundo párrafo* del TRLPI, vinculan claramente, en ambos casos la condición de deudor de la remuneración objeto

de la litis a quienes realizan los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales condición que Tele 5 ha reconocido en las dos instancias.

En este sentido, es revelador que el Anexo II del Convenio Colectivo del Sector Audiovisual defina como "usuario" de la comunicación pública para los productores de obras y grabaciones audiovisuales: toda persona, física o jurídica que realiza alguno de los actos de comunicación pública detallados en las letras e) y f) del *art. 20.2 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987* (que pasaron a ser las letras f) y g) del *art. 20.2 del TRLPI*). Pero, para los actores intérpretes cuyas actuaciones se encuentran fijadas en obras audiovisuales: toda persona física o jurídica que realiza alguno de los actos de comunicación pública detalladas en el *art. 20.2 de la Ley de Propiedad Intelectual* , en cualquiera de sus apartados.

En último término, el alegato decae porque Tele 5 no ha acreditado y le incumbía la carga de la prueba tener la condición de productor de todas las grabaciones audiovisuales que emite en su cadena de televisión.

Al motivo segundo.

Tele 5 pretende combatir la condena en base a las tarifas generales.

Tele 5 reconoció en el acuerdo-transacción alcanzado con AISGE la facultad de las Entidades de Gestión para establecer tarifas generales, sus términos y bases de aplicación. Ese acto propio deja sin contenido su propio recurso.

Es una materia sobre la que este Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones, por tanto, existe una reiterada doctrina jurisprudencial.

La sentencia impugnada se refiere a las tarifas en su fundamento de derecho sexto que se transcribe. Además, la sentencia admitió expresamente los fundamentos de derecho de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Madrid cuyo fundamento de derecho sexto igualmente se transcribe.

Tales razonamientos son jurídicamente impecables y no quedan refutados con la argumentación contenida en este motivo segundo que no es más que una reiteración -a modo de proscrita tercera instancia- de lo debatido en instancia y en apelación.

El Tribunal Supremo tiene desde antiguo sentada una doctrina jurisprudencial consolidada y uniforme sobre las facultades de las Entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual para la fijación de tarifas determinantes del importe de la remuneración debida y sobre el carácter y aplicabilidad de dichas tarifas en defecto de acuerdo entre las partes.

Cita las SSTS 28-6-1971, 18-1-1990, 24-11-2006 (rec. 5365/1999), 11-3-1996 (rec. 2486/1996), 19-7-1993 (rec. 1528/1991), 18-12-2001 (rec. 2436/1996), 10-5-2003 (rec. 862/1997), 13-3-2003 (rec. 2472/1997), 2-12-2002 (rec. 1137/2002), 31-1-2003 (rec. 2524/1997), 24-9-2002 (rec. 862/1997), 15-7-2002 (rec. 315/1997), 18-10-2001 (rec. 1622/1996), 18-12-1996 (rec. 6923/1992).

La tarifa a cuyo pago ha sido condenada Tele 5 por la sentencia impugnada, es una tarifa legítima y adecuada a las previsiones legales aprobada por los órganos competentes de las Entidades de Gestión y comunicada al Ministerio de Educación, Cultura y Deportes en cumplimiento de la obligación del *art. 159.3 LPI* según consta acreditado en autos.

Es muy significativo que hasta la fecha el Ministerio, que tiene atribuidas competencias de control rigurosísimas sobre las Entidades de Gestión, no haya realizado reproche ni objeción alguna sobre dicha tarifa conjunta cuando tiene plenas facultades normativas al efecto (*arts. 159.1 y 3, y 20.4 .g) LPI* y Ley de Defensa de la Competencia).

Las negociaciones previas a la litis tomaron por base esa tarifa general sin que Tele 5 formulase ningún reparo al respecto, de modo que su alegato incurre en vulneración de la doctrina de los actos propios.

Respecto de la tarifa que fue comunicada por AISGE al Ministerio en 1996, en nada afecta a AIE, que comunicó su tarifa en 1995 y la mantuvo invariable en la comunicación conjunta con AISGE realizada en 1998 al concluir sin acuerdo las negociaciones mantenidas con los entes televisivos.

Alega el carácter no equitativo y la arbitrariedad de la tarifa al ser fijada exclusivamente por las actoras, pero así lo establece no sólo como facultad sino como auténtica obligación el LPI. La determinación de la remuneración equitativa se configura por el legislador como una obligación de las Entidades de Gestión, (*art. 157.4 TRLPI*). Si el *art. 108.4 TRLPI* establece que la «efectividad» de la remuneración comprende, entre otras facultades, la de «determinación» de su importe y si las Entidades están obligadas a lograr esa «efectividad», es claro que las Entidades están obligadas a realizar esa «determinación» del importe de la

remuneración. Y, por último, el *art. 157.1.b) TRLPI* establece tal obligación respecto de todos los supuestos de «utilización» de obras o prestaciones protegidas.

Aunque el deseo del Legislador y el mecanismo ideal es la negociación entre los interesados, al ser legalmente obligatoria esta remuneración por tener su fuente directa en la *Ley (art. 108.3, segundo párrafo, LPI)* y no en la voluntad de las partes, la falta de acuerdo no puede provocar la extinción de la obligación y el perecimiento del derecho mismo pues, en tal caso, quedaría al arbitrio de los afectados la eficacia de la disposición legal y se permitiría al deudor eludir el cumplimiento de la Ley.

AIE y AISGE llegaron a ofrecer a Tele 5, en el curso de las negociaciones previas, la adhesión al Convenio Marco Forta, que implicaba importantísimos descuentos sobre la tarifa general conjunta que aquéllas tenían fijada con el solo fin de propiciar una solución negociada. Pero Tele 5 desechó esa oferta y, en consecuencia, no puede ver ahora premiada su antijurídica negativa al pago mediante la no aplicación de la tarifa general íntegra que se reclama.

La existencia de tarifas generales resulta beneficiosa tanto para las Entidades de Gestión que evitan negociar individualmente los derechos de cada uno de sus titulares como para los usuarios obligados al pago frente a los que las tarifas generales operan como una garantía de la igualdad de trato.

Es rechazable la pretensión de Tele 5 de que la tarifa no es general sino discriminatoria pues supondría conceder un inaceptable trato de favor a la recurrente al considerar de forma igualitaria a quienes como dichas televisiones autonómicas de forma voluntaria y en el estadio de implantación inicial del derecho lo reconocieron y se avinieron a firmar un acuerdo y a pagar voluntariamente la remuneración y a quien -como Tele 5- rechazó expresamente la aplicación de condiciones pactadas más beneficiosas que la tarifa general, ha retrasado el pago de la remuneración debida durante más de 12 años (sin efectuar siquiera un pago parcial, ni una consignación o un pago a cuenta), se ha situado al margen de la legalidad y ha obligado a las actoras a acudir a la vía judicial para ver reconocidas sus legítimas pretensiones.

Alega también Tele 5 una pretendida discriminación porque, en su opinión, el resto de operaciones de ámbito europeo no está sujeto al pago de una remuneración como la que es objeto de litis. Basta decir que todo el que realice un acto de comunicación pública en España (sea operador nacional o extranjero) queda sujeto al pago de la remuneración y si el operador extranjero no emite en España, obviamente, la remuneración no se devenga.

Tele 5 no tiene autorización administrativa para un servicio de televisión cuyo mercado sea la Unión Europea sino exclusivamente en territorio español. Por ello, es notorio que no compite a nivel comunitario con ninguna otra televisión y por ello no hay discriminación.

La tarifa general tiene justificación y pleno sentido respecto de los derechos de gestión colectiva obligatoria, dado que la tarifa cumple una función sustitutiva del precio que individualmente exigiría cada titular de derechos de propiedad intelectual frente al usuario siendo fijadas unilateralmente por 'imperativo legal' (*arts. 108.4, 157.1 .b) y 4 LPI*), ante la ausencia de pacto entre las partes.

Como alega Tele 5, la Ley española prevé otra posibilidad, cual es el previo sometimiento voluntario de las partes sobre la determinación de la tarifa aplicable a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual regulada en el actual *art. 158* (anterior *art. 153*) LPI. Del hecho de que exista esa posibilidad legal no puede inferirse que las tarifas generales no puedan ser aplicadas en defecto de acuerdo entre las partes porque el sometimiento a la citada Comisión es voluntario y el sometimiento de la cuestión a los tribunales impide la actuación de la Comisión Arbitral (actual *art. 158.3, último párrafo LPI*). Además, Tele 5 no intentó en ningún momento ni manifestó su intención ni ofrecimiento de someter la cuestión tarifaria a la Comisión Arbitral.

Respecto de la pretendida limitación de la tarifa a los artistas asociados a las entidades de gestión con exclusión de los no asociados y de los artistas de nacionalidad extranjera, de nuevo plantea Tele 5 una impugnación encubierta de la legitimación extraordinaria y propia *ad causam* de las entidades de gestión, cuestión inaceptable porque excede del ámbito del recurso de casación y debió haber sido planteada, en su caso y momento, a través de un recurso extraordinario por infracción procesal y, además, es una cuestión ya resuelta según la doctrina reiterada de esta Sala.

En todo caso, la tarifa general fijada por AIE comprende única y exclusivamente las actuaciones artísticas protegidas en España, así, los actos de comunicación pública realizados en España a partir de la entrada en vigor del derecho (1-1-1995), independientemente de la fecha en que se grabó la actuación artística. Lo relevante es la fecha en que se realiza el acto de comunicación pública, momento en que se devenga

la remuneración y el derecho de remuneración de todos los artistas que están comprendidos en el ámbito de protección en España que fija el *art. 161 TRLPI* (actual *art. 164 tras la modificación por la Ley 23/2006*). Como norma primera y superior se aplica la Constitución de 1978, (*art 96.1 .*) y después las normas de Derecho Internacional Privado (*art. 10.4 CC*). Es decir, se aplica el principio de territorialidad, la ley del Estado en el que se solicita la protección sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales. Así resulta también del *art. 161.3, inciso primero de LPI* , a pesar de su defectuosa redacción y ubicación sistemática. En materia de derechos de propiedad intelectual de los artistas, intérpretes o ejecutantes sobre grabaciones audiovisuales en la actualidad no existe derecho convencional que se limita únicamente a derechos de artistas sobre fonogramas.

En defecto de Derecho Convencional aplicable o aunque exista, si se trata de un nacional de un país miembro de la Unión Europea, o del EEE, o si se trata de un concreto derecho no regulado en ese derecho convencional, como es el caso habrá que acudir a la aplicación del derecho interno español, esto es, al LPI, *arts. 161, 162 y 163* .

El derecho interno español está dividido, a su vez, en dos niveles jerarquizados: uno principal, constituido por la protección dispensada por el *art. 161.1 y 2 LPI* y otro, subsidiario o de cierre, constituido por la aplicación del régimen de reciprocidad (*art. 161.3 LPI*).

La redacción del apartado 2, especialmente en sus puntos 2.c) y 2.d), supone una considerable expansión del ámbito de protección. Se trata de una asimilación total del extranjero en que concurren tales circunstancias asimilación que no está sometida a reciprocidad por lo que ambos supuestos deben ser analizados con detalle.

Con relación al *apartado 2.c) del art. 161 LPI* : ¿Qué soportes audiovisuales extranjeros están protegidos conforme a la *Ley española*? En defecto de derecho convencional aplicable al caso hay que acudir al *art. 162 LPI*. Hasta la fecha el Gobierno no ha hecho uso de la facultad de restricción que le reconoce este artículo, por lo que la protección al amparo de este supuesto alcanza toda su eficacia.

No siendo aplicables ninguna de las normas anteriores, como cláusula de cierre del sistema se tiene en cuenta para la protección de las obras y grabaciones audiovisuales el principio de reciprocidad, (*art. 162.2 LPI*).

Y con relación al *apartado 2.d) del art. 161 LPI* ¿Qué emisiones radiodifundidas están protegidas conforme a la *ley española*? En defecto de derecho convencional aplicable al caso hay que acudir al *art. 163 TRLPI*. El criterio del domicilio en España, remite, pues, al de la nacionalidad española, toda vez que el lugar del domicilio determina la nacionalidad de las personas jurídicas de acuerdo con el *art. 28 CC* .

Aunque la doctrina mantiene posturas diversas sobre la cuestión, parece que hay que entender que la reciprocidad exigida por el legislador español no es una mera reciprocidad formal (esto es, que no se discrimine al artista nacional español respecto del nacional del otro Estado), sino una reciprocidad material (esto es, que el otro Estado reconozca al artista nacional español unos derechos equiparables a los que el Estado español reconoce al artista nacional del otro Estado).

De acuerdo con lo expuesto hay que concluir que las actuaciones audiovisuales de los artistas, intérpretes o ejecutantes obtendrán protección en España de sus derechos de propiedad intelectual cuando se encuentren, entre otros, en el supuesto de que la actuación audiovisual -fijada o no- del artista se incorpore a una emisión de radiodifusión realizada por organismos de radiodifusión domiciliados en España (como es el caso de Tele 5), o en otro país miembro de la Unión Europea o del EEE (*art. 161.2.d*) LPI en relación con el *art. 163.1 LPI*).

Bajo este concreto supuesto de protección todas las actuaciones artísticas incorporadas a las emisiones realizadas por Tele 5, están protegidas en España sin necesidad de reciprocidad y cualquiera que sea la nacionalidad del artista. Y ello sin necesidad de considerar si concurre o no cualquier otro supuesto de protección legal.

En conclusión, no es cierto como afirma Tele 5 que AIE pretenda dar "un alcance universal e ilimitado al derecho que reclaman", sino, al contrario, darle el alcance que tiene reconocido según las normas que delimitan el ámbito de aplicación y protección en el LPI.

El análisis realizado de dichas normas coincide con el de la mejor doctrina que se ha pronunciado sobre la materia: Roberto (La propiedad intelectual en el Derecho internacional privado español, Editorial Comares), Ángel Daniel y Francisco (Comentarios a los *artículos 155 a 156 del LPI*, en *Comentarios* a la Ley de

Propiedad Intelectual, dirigidos por Cornelio , págs. 2227 a 2229, 2236 a 2240, y 2263 a 2269), ó Lucio (Comentarios a la *Ley de Propiedad Intelectual, 1997*).

No es cierto que el derecho de remuneración de los artistas, intérpretes o ejecutantes por comunicación pública de grabaciones audiovisuales, únicamente está reconocido legalmente en España, sino que está reconocido, al menos, en otros 6 países de la Unión Europea, Portugal, Francia, Italia, Grecia, Bélgica, y Alemania. Y fuera de éste ámbito, en Argentina, Brasil, México y Chile. Y en países de distinta tradición como los Estados Unidos de América e Inglaterra, el derecho existe aunque con una configuración diferente al no constar en una norma sino en los convenios colectivos del sector audiovisual.

En conclusión, el debate sobre la protección de los artistas extranjeros (particularmente, de los norteamericanos) resulta estéril: no es cierto que la tarifa comprenda a todos ellos ni tampoco es cierto que no comprenda a ninguno, comprende, exclusivamente, a los artistas extranjeros cuyos derechos quedan protegidos en España de acuerdo con los criterios del *art. 161 LPI* .

Pretensión de Tele 5 de que la tarifa se establezca en función de cada concreto acto de comunicación pública de cada concreta grabación audiovisual, teniendo en cuenta la duración y franja de audiencia en que se realiza y los artistas cuyas interpretaciones artísticas están fijadas en dicha grabación audiovisual. Además de la imposibilidad de establecer una tarifa en los términos pretendidos, el planteamiento cae por su base si tenemos en cuenta que es incompatible con el concepto de «remuneración equitativa y única» y con el concepto de tarifa general.

La tarifa general no es el resultado de sumar el importe de los derechos o remuneraciones individuales que exigiría cada titular del derecho sino un montante económico distinto y global para todo el colectivo. Si la tarifa fuese el resultado de sumar las distintas remuneraciones individuales no sería un sistema de gestión colectiva sino de gestión individual conjunta.

Por ello la tarifa fija un parámetro objetivo (como los ingresos de explotación) del que resulta una cantidad a tanto alzado con cuyo pago el usuario queda liberado de una sola vez (dado que la obligación legal es la de pagar una remuneración «única»), de toda reclamación individual que se le pudiera presentar.

Parámetro objetivo que se fija en términos muy moderados pues precisamente no todo lo que se emite por televisión contiene interpretaciones artísticas aunque, en el caso de las interpretaciones musicales cuyos derechos gestiona AIE, la práctica totalidad de las grabaciones audiovisuales contienen interpretaciones musicales que devengan la remuneración equitativa siquiera sea como música de fondo, en cabeceras, cierre, etc.; a diferencia de las interpretaciones de actores gestionadas por AISGE, que en el audiovisual tienen un peso inferior pues no están presentes en numerosos programas emitidos como los deportivos, informativos, concursos, magazines, etc.). Es decir, que la tarifa total de AIE+AISGE sumada supone un 1,87% de los ingresos de explotación y no el 5% ó el 10% (que serían porcentajes más próximos a la realidad del peso artístico en el mercado audiovisual), es precisamente porque, al fijarse un importe bajo, se desprecian las excepciones que por ingresos de explotaciones de contenidos no protegibles obtenga la cadena de televisión.

Además, la estructura y la base de aplicación de la tarifa de AIE (un porcentaje fijo sobre los ingresos obtenidos por Tele 5), es correcta según la jurisprudencia, por todas, la STS 18-1-1990 .

Además, dicha estructura y base de aplicación (un porcentaje fijo sobre los ingresos obtenidos por Tele 5), es la misma que Tele 5 aceptó a la SGAE en el acuerdo con ella celebrado para el pago de derechos de autor por la comunicación pública como consta en autos.

La tarifa pretendida por Tele 5 conduce a un resultado absurdo, pues para la entidad de gestión supondría la necesidad de que cada vez que un nuevo artista se afiliase a la entidad de gestión o se declarase una nueva actuación artística o cada vez que el usuario realizase un nuevo acto de comunicación pública de una grabación audiovisual en la que participe un artista asociado, la tarifa hubiera de modificarse al alza e iniciarse una nueva reclamación individualmente por dicho artista por dicho concreto acto de comunicación a cada usuario obligado al pago,

Alega Tele 5 una pretendida infracción de la *Directiva 92/100/CEE* , pretensión de imposible estimación porque es una infracción que no citó siquiera en el escrito de preparación del recurso y porque no explicita qué concreto precepto de dicha Directiva habría sido infringido y, sobre todo, porque esta no regula el derecho de los artistas a una remuneración por comunicación pública de grabaciones audiovisuales, derecho que no está armonizado a nivel comunitario.

Por ello, es irrelevante la cita que Tele 5 realiza de la STJCE 6-2-2003, pues se refiere al derecho de remuneración por comunicación pública de fonogramas reconocido en el *art. 8.2 de la Directiva 92/100/CEE*, y en el *art. 108.2 TRLPI*.

La citada STJCE se refiere al derecho de remuneración por comunicación pública de fonogramas, que sí está armonizado a nivel comunitario, mientras que el derecho objeto de esta litis no lo está, pues es regulado libremente en cada Estado miembro, de lo que se deduce que los pronunciamientos del Tribunal sobre un derecho distinto que no puede trasladarse al otro derecho de comunicación pública de grabaciones audiovisuales.

Además, la citada sentencia se dicta en base a la legislación de un país distinto de España (en concreto, Holanda) y según el párrafo 38 de su fundamentación jurídica incumbe a cada Estado miembro determinar en su territorio los criterios pertinentes para lograr, dentro de los límites impuestos por el Derecho comunitario y en particular por la mencionada Directiva, el respeto del concepto comunitario de remuneración equitativa que figura en el *art. 8, apartado 2, de la directiva 92/100*.

Termina Tele 5 el motivo segundo de su recurso con un alegato sobre una pretendida infracción del *art. 24.1 CE*, por una supuesta indefensión que no puede ser atendida porque excede el ámbito del recurso de casación y debió haberse planteado en su caso y momento a través de un recurso extraordinario por infracción procesal y, además, porque no se motiva ni menos aún, se acredita esa pretendida infracción.

Al motivo tercero.

Tele 5 pretende combatir la condena al pago de intereses moratorios.

Tele 5 en el acuerdo transaccional alcanzado con AISGE prevé la demora en el pago y la obligación de pago de intereses de demora, por tanto, ese acto propio deja sin contenido su propio recurso.

Los razonamientos de la sentencia son jurídicamente impecables y no quedan refutados con la argumentación del motivo tercero que no es más que una reiteración -a modo de proscrita tercera instancia- de lo debatido en instancia y en apelación.

Según Tele 5 la condena principal no es una «cantidad líquida», en el sentido legal y jurisprudencial de dicho termino por lo que incurre en flagrante contradicción con su escrito de interposición que determina la condena en diez mil millones de ptas., y también afirma que no es imputable a Tele 5 la demora en el pago ni en la determinación de la deuda.

La buen fe de AIE y AISGE ha quedado acreditada e inversamente la mala fe de Tele 5 cumplidamente demostrada. Durante los ya mas de 12 años transcurridos desde la entrada en vigor (1-1-1995) del derecho Tele 5 no ha pagado ni un solo céntimo de euro al recurrido ni siquiera a cuenta, bajo reserva o mediante consignación.

Cita las SSTS de 29 de noviembre de 1999, rec. de casación 905/1995, 13 de julio de 2000, rec. de casación 2380/1995 y de 8 de noviembre de 2000, rec. de casación 2262/1995, según las cuales una cantidad no es líquida sino ilíquida cuando para su determinación se requiere un litigio.

En contra de lo afirmado por Tele 5 el proceso judicial no ha sido necesario para determinar la cuantía debida. Es una cantidad vencida, líquida y exigible en cuanto cantidad determinable mediante una simple y única operación aritmética. Cita la STS de 13 de abril de 2000, rec. de casación 1829/1995, según la cual es cantidad líquida no sólo cuando se pide una cantidad determinada, sino cuando se pueda fijar por una operación matemática sin necesidad de otro género de prueba. La operación aritmética precisa es una simple multiplicación la aplicación del porcentaje fijo (%) constitutivo de la tarifa general de AIE sobre la cifra de ingresos de explotación obtenida por Tele 5.

La demanda reclamaba la remuneración en base a unas tarifas previas conocidas por Tele 5 y la indeterminación solo afectaba a los ingresos de explotación del recurrente, pero no así para Tele 5 que pudo en función de los mismos determinar perfectamente la reclamación, por tanto, es la única responsable de la demora.

Lo que ocurre es que cuando se inició la litis en 1998 uno de los elementos de la multiplicación (los ingresos de explotación de Tele 5), no podían ser todavía conocidos por AIE al menos respecto de los años 1998 (año de interposición de la demanda), y siguientes.

El derecho de remuneración objeto de esta litis es un derecho que no nace de la voluntad de las partes sino que se encuentra directamente reconocido en una Ley: el *art. 7.3 de la Ley 43/1994* y el *art. 108.3, segundo párrafo LPI* . Es un derecho que no necesita ser reconocido en una sentencia judicial.

La sentencia impugnada no concede a las entidades de gestión menos de lo reclamado en la demanda sino exactamente lo pedido por lo que se refiere al principal, la remuneración devengada desde el día 1-1-1995, resultante de aplicar el % establecido en las tarifas generales de AIE y AISGE, sobre los ingresos de explotación de Tele 5.

Si no se la condena al abono de intereses Tele 5 obtendría un enriquecimiento injusto carente de fundamento legal y un injustificado trato de favor frente a los usuarios que como las televisiones autonómicas integradas en la Forta dieron cumplimiento voluntario e inmediato a la obligación legal sin necesidad de exigírselo judicialmente.

Cita las SSTS de 30 de diciembre de 1995, rec. de casación 1823/1992, 12-12-2006 (rec. 3707/1999), 15-7-2002 (rec. 315/1997) .

Existe abundantísima doctrina jurisprudencial sobre la flexibilización del principio "in illiquidis non fit mora" y sobre la imposición de intereses en supuestos análogos al presente, según la cual, si se pretende dar una protección judicial a los derechos del acreedor no basta con entregar aquello que en su día se le adeudaba sino también lo que en el momento en que se le entrega debe representar tal suma y ello no solo por tratarse de una deuda valor sino también y aunque no lo fuere porque si las cosas, incluso las fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir intereses, no resultaría justo que los produzca en favor de quien debió entregarlos sino de su acreedor, debiéndose, abonar los intereses de demora desde la reclamación judicial.

Cita la STS de 8 de marzo de 2002, rec. de casación 2970/1996, 22 de octubre de 1997 , rec. de casación 2748/1993, 20 de mayo de 1998, rec. de casación 1307/1994, 14 de diciembre de 2001, rec. de casación 2454/1996, 30 de julio de 1999, rec. de casación 3798/1997, 7 de junio de 1994, rec. de casación 1870/1991, 27 de noviembre de 1999, rec. de casación 909/1995, 27 de febrero de 1996, rec. de casación 2467/1992, 13 de octubre de 1997, rec. de casación 2854/1993, 25 de octubre de 2001, rec. de casación 2059/1996, 30 de noviembre de 2001, rec. de casación 2392/2001, 21 de marzo de 1994, rec. de casación 1356/1991, 24 de septiembre de 1998, rec. de casación 1553/1994, 11 de noviembre de 1999, rec. de casación 890/1995, 2 de abril de 1997, rec. de casación 1527/1993, 23 de mayo de 2001, rec. de casación 916/1996, 26 de marzo de 1997, rec. de casación 1384/1993, 5 de marzo de 1992, rec. de casación 133/1990, 17 de febrero de 1994, rec. de casación 1144/1991; 18 de febrero de 1994, rec. de casación 1580/1991; 20 de julio de 1995, rec. de casación 719/1992; de 1 de abril de 1997, rec. de casación 964/1993; 1 de diciembre de 1997, rec. de casación 3018/1993; 30 de enero de 1998 recurso de casación 140/1994; 21 de mayo de 1998, rec. de casación 1350/1994; de 29 de noviembre de 1999, rec. de casación 905/1995; 25 de febrero de 2000, rec. casación 1451/1995; 6 de octubre de 2000, rec. casación 3070/1995; 8 de noviembre de 2000, rec. de casación 2262/1995; 10 de abril de 2001, rec. de casación 380/1996.

Cita la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, sobre el enriquecimiento injusto o sin causa de carácter genérico; entre otras muchas, las SSTS de 12-1-1943, 15-11-1990, 31-1-1986, 21-12-1984 y 13-4-2000 .

De carácter específico en cuanto a los intereses moratorios las antes citadas SSTS de 1 de abril de 1997 (rec. de casación 964/1993); 13 de octubre de 1997 (rec. de casación 854/1993); 30 de julio de 1999 (rec. de casación 3798/1997), o de 8 de noviembre de 2000 (rec. de casación 2262/1995) .

Si el recurso de casación interpuesto por Tele 5 es íntegramente desestimado procederá la imposición de las costas del presente recurso conforme al *art. 398.1 LEC* .

Termina solicitando de la Sala que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, con los documentos adjuntos al mismo y, en su día, dicte sentencia por la que, con íntegra desestimación del recurso de casación, confirme la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, e imponga expresamente a la recurrente las costas del recurso de casación.

OCTAVO. - Mediante providencia de 29 de marzo de 2004 se tuvo por desistido el recurso de casación formulado en nombre y representación de Gestevisión Telecinco, S. A., contra la sentencia de 21 de marzo de 2003 de la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid , y se declaró la firmeza de esta en lo relativo a la acción ejercitada contra la recurrente a por la Asociación de Actores, Intérpretes, Sociedad de Gestión de España (AISGE), ordenando continuar la tramitación del recurso respecto de la acción interpuesta por AIE.

NOVENO. - Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 21 de enero de 2001, en que tuvo lugar.

DÉCIMO.- En los fundamentos de esta sentencia se han utilizado las siguientes siglas:

Por la Asociación de Actores, Intérpretes, Sociedad de Gestión de España (AISGE).

AIE, Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España.

AISGE, Asociación de Actores Intérpretes, Sociedad de Gestión de España.

ATS, auto del Tribunal Supremo.

CC, Código Civil.

CE, Constitución Española.

CEE, Comunidades Europeas.

LEC, *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* .

LEC 1881, *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881* , reformada.

LOPJ, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

LPI, texto refundido de la *Ley de Propiedad Intelectual aprobado por RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril* .

RC, recurso de casación.

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

STJCE, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

TJCE, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **JUAN ANTONIO XIOL RÍOS** , que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Resumen de antecedentes.*

1. Estimando parcialmente la demanda interpuesta por AISGE y AIE contra Gestevisión Telecinco, S. A., el Juzgado declaró: a) el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a obtener una remuneración equitativa y única por cada acto de comunicación al público de las grabaciones audiovisuales en las que se fijen sus actuaciones; b) el derecho de las entidades demandante a establecer tarifas generales por el uso de los repertorios objeto de su gestión y a percibir de la demandada la remuneración equitativa devengada por los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales realizados desde el 1 de enero de 1995 hasta la fecha de presentación de la demanda.

Asimismo, el Juzgado condenó a la demandada: a) a hacer efectiva esta remuneración, cuyo importe debería concretarse en fase de ejecución de sentencia «tomando como criterio de cálculo las tarifas generales comunicadas conjuntamente por las actoras al Ministerio de Educación y Cultura»; b) al abono del interés legal devengado desde la fecha de la interposición de la demanda respecto de las sumas en que quedasen fijadas las remuneraciones; y c) a poner a disposición del Juzgado los libros de contabilidad y la documentación contable que sirva de soporte a los asientos relativos a los ingresos de explotación de la cadena televisiva referidos al periodo objeto de reclamación para el cálculo específico de la remuneración en periodo de ejecución de sentencia.

2. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia.

3. Se fundó, en síntesis, en que: a) la protección de los derechos afines o derivados de la propiedad intelectual en favor de quienes interpretan, ejecutan o reproducen las obras de los autores arranca de la *Directiva 92/100 CEE* , la cual fue objeto de transposición por la *Ley 43/1994, de 30 de diciembre* (cuyos principios se mantienen en la vigente LPI), la cual, además del derecho de autorizar la comunicación pública de las actuaciones de los artistas, intérpretes o ejecutantes, les reconoce el derecho irrenunciable a una remuneración equitativa y única por la comunicación pública de su actuación y precisa, como modo de ejercicio del derecho, que este se hará efectivo «a través de las entidades de gestión de los derechos de

propia intelectual»; b) habiéndose suprimido de la dicción el *artículo 108 LPI* el término «irrenunciable» al regular el derecho a la remuneración, algunos autores deducen la desaparición de este carácter, pero no puede aceptarse esta opinión, no sólo en virtud de los precedentes legislativos, sino también por la necesidad de que el ejercicio de este derecho se produzca a través de las entidades de gestión y no de modo individual; y, sobre todo, por lo dispuesto en el *párrafo segundo del artículo 110 LPI* ; c) no cabe confundir el derecho a las remuneraciones equitativas y únicas que el *art. 108 LPI* reconoce a los artistas, intérpretes o ejecutantes con los demás derechos que a su favor puedan nacer de una misma actuación profesional y tampoco puede atribuirse a todos la condición de derechos transmisibles ni apreciar la duplicidad de pagos cuando se están remunerando distintos derechos de explotación: por una parte, los de carácter exclusivo, disponibles en la medida que son susceptibles de autorización individualizada; y, por otro lado, el derecho de simple remuneración, indisponible por cada artista intérprete o ejecutante y sólo susceptible de ser ejercitado colectivamente por las asociaciones gestoras; d) como consecuencia de lo anterior, al tratarse de la remuneración de distintos derechos, tampoco se aprecia enriquecimiento injusto, pues los distintos conceptos remuneratorios tienen su base en la LPI, la cual prevé en la regulación negociada el derecho a la remuneración equitativa única; e) las entidades gestoras que ahora accionan, obligadas a establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio y a hacer efectivos los derechos a una remuneración equitativa correspondientes a los distintos supuestos previstos en esta *Ley*, han observado el procedimiento previsto al efecto por el *art. 159.3 LPI* y, ante la oposición de Gestevisión Telecinco, S. A., se han visto obligadas a acudir al presente juicio; f) la parte demandada, sin practicar ninguna prueba que desvirtuase los pronunciamientos de la sentencia contra la que recurre, se limita a impugnar dicho criterio de cálculo pretendiendo que, en su lugar, las tarifas se fijen por operación, lo que pugna con la concepción legal de remuneración única que se contiene en el *art. 108.4 LPI* y convierte en extremadamente dificultoso el cálculo y aplicación de tales tarifas, prescindiendo de las consecuencias lógicas que dimanarían de su propia naturaleza; g) procede la condena al pago de intereses, pues el abono de la remuneración equitativa constituye una obligación impuesta legalmente, que ha sido incumplida por la entidad demandada, por lo que no aplicar lo dispuesto en los *arts. 1100, 1101 y 1108 CC* supone premiar la morosidad en la que ha incurrido.

4. Contra esta sentencia interpone recurso de casación la representación procesal de Gestevisión Telecinco, S. A. El recurso de casación ha sido tenido por desistido respecto de la entidad AISGE, con respecto a la cual se ha declarado firme la sentencia dictada.

SEGUNDO. - *Enunciación del motivo primero.*

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del *art. 477.1 LEC* , por infracción del *art. 108 LPI* , en la interpretación literal, lógica y sistemática del mismo en el contexto de la LPI, en relación, particularmente con sus *arts. 122, 90, 43, 109, 84.3 y 36* , y la que se deriva, también, de la STC de 13 de noviembre de 1997 , del *art. 22 CE* y de la *directiva 92/100/CEE* ; todo ello al considerar la sentencia recurrida que Gestevisión Telecinco, S. A., es, siempre y en todo caso, un "usuario" a los efectos establecidos en el *art. 108.3* citado, incluso, cuando emite obras audiovisuales de producción propia, negándose en la sentencia, a estos efectos, que el derecho derivado del *art. 108.3* pueda tener carácter transmisible y estableciéndose, en cambio, la obligatoriedad de una gestión colectiva.»

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

a) El productor de grabaciones audiovisuales, al que corresponde el derecho de autorizar la comunicación pública de éstas, no tiene carácter de usuario a los efectos de la remuneración equitativa cuando se trata de la producción de una obra audiovisual para ser transmitida por una cadena de televisión que actúa como productora directa o indirecta, pues en tal caso es posible la gestión individual de los derechos a la remuneración equitativa, como así ocurre en la práctica y se ha probado en autos, ya que los artistas intérpretes y ejecutantes sólo pierden el control respecto de las utilidades posteriores a la obra por terceros. La sentencia, para alcanzar la conclusión contraria considera que el derecho a la remuneración equitativa es de carácter irrenunciable, intransmisible e indisponible y que sólo es susceptible de ser ejercido a través de las entidades de gestión colectiva.

b) La sentencia no motiva carácter indisponible del derecho, que no aparece recogido en la LPI, en contraste con lo dispuesto en el *artículo 90 LPI* (remuneración de los autores de la obra audiovisual), en el que sí se prevé el carácter irrenunciable e intransmisible por actos *inter vivos* de los derechos de remuneración como excepción al principio general del *artículo 43 LPI* . En el mismo sentido, el *artículo 109 LPI* mantiene el carácter irrenunciable del derecho a obtener una remuneración equitativa y única en relación con el derecho

de distribución. En el contrato celebrado entre la empresa de televisión que produce la obra y los actores se tiene en cuenta en la retribución del artista los derechos que le corresponden por la comunicación pública de la obra audiovisual; al menos, por la primera, aunque también se suelen incluir las emisiones posteriores.

c) El derecho a la remuneración equitativa no tiene carácter irrenunciable, pues el *art. 108 LPI* ha eliminado la expresión «irrenunciable», que sí recogía el *art. 7.3 de la Ley 43/1994*, expresamente derogada.

d) El requisito de que una remuneración equitativa se haga efectiva a través de las entidades de gestión tropieza con la jurisprudencia *constitucional y no resulta de la interpretación del artículo 110 LPI*, puesto que no se establece una prohibición de disposición, sino que el artículo se limita a no extender la presunción de disposición a dicha remuneración.

La *Directiva 92/100/CEE* estableció un derecho irrenunciable a una remuneración equitativa en los casos de alquiler de fonogramas o de películas (*art. 4*), pero no obliga a que tal remuneración se gestione por entidades de gestión colectiva, sino que faculta al artista, intérprete o ejecutante a cederlo contractualmente o a encomendar su gestión a entidades de gestión colectiva (*art. 4.3*).

Si los actores, artistas, intérpretes y ejecutantes no pudieran disponer individualmente de sus derechos, la regulación de la propiedad intelectual vulneraría el derecho de asociación (*art. 22 CE*) en su vertiente negativa (derecho a no asociarse).

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO. - Admisibilidad del primer motivo de casación.

La parte recurrida sostiene la inadmisibilidad de este motivo del recurso centrándose, fundamentalmente, en el hecho de que en el escrito de preparación no se citó el *artículo 110 LPI* en que se funda el escrito de interposición.

Esta causa de inadmisibilidad no puede ser aceptada, pues la lectura del motivo permite deducir que la cita del *artículo 110 LPI* se hace como argumento accesorio para reforzar la fundamentación de la infracción del *artículo 108 LPI*.

Alega también la parte recurrente que mediante ATS 3 de octubre de 2006 se desestimó el RC n.º 2328/2002, interpuesto por Antena 3 Televisión contra una sentencia en que se mantenía la misma doctrina que en la recurrida. No puede tenerse en cuenta este precedente, por cuanto en el ATS citado no se admitieron los motivos de casación en que se planteaban cuestiones similares a las aquí examinadas fundándose en que la parte recurrente no respetaba la valoración probatoria efectuada por la sentencia recurrida en el sentido de que por parte de los artistas, intérpretes y ejecutantes no se había producido renuncia de los derechos a la comunicación pública de las grabaciones en las que habían intervenido (hecho que impedía el examen del carácter irrenunciable de los derechos sin hacer supuesto de la cuestión). En el caso examinado la valoración de los hechos probados por la sentencia recurrida no contiene esta conclusión.

En consecuencia, en aras de la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en *artículo 24 CE*, no existiendo indefensión para las partes recurridas, las cuales han podido conocer con claridad el alcance y fundamento de la impugnación, y no existiendo lesión del principio de especialidad del recurso de casación, procede entrar en el examen de este motivo de casación.

CUARTO. - El carácter irrenunciable e indisponible el derecho a la remuneración equitativa por la comunicación pública de las grabaciones audiovisuales en favor de los artistas, intérpretes y ejecutantes.

La recurrente combate en este motivo el reconocimiento que hace la sentencia recurrida del derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a percibir una remuneración equitativa a través de las sociedades de gestión por la comunicación pública de las obras representadas, incluido el supuesto en el que la productora sea la propia sociedad de televisión que procede a realizar la comunicación pública.

La sentencia recurrida pone de relieve que este derecho nace del *artículo 108.3 II LPI*, en la redacción vigente hasta la *Ley 23/2006 (equivalente al vigente 108.5 II LPI)*. A su juicio, el historial legislativo de este artículo, que arranca de la *Ley 43/1994*, en la cual se atribuye carácter irrenunciable al derecho a la remuneración equitativa, así como la gestión colectiva obligatoria que impone el *artículo 108.4 LPI (equivalente al artículo 108.6 LPI a partir de la Ley 23/2006)* y, finalmente, la exclusión del derecho a la remuneración equitativa de la presunción que el *artículo 110 LPI* realiza sobre la transmisión a la productora de los derechos a autorizar la comunicación pública de los artistas, intérpretes o ejecutantes, determina que

deba considerarse que los derechos a la remuneración equitativa son de carácter indisponible e irrenunciable y, en consecuencia, no pueden resultar afectados por los contratos entre los artistas y la productora.

A) La parte recurrente funda su argumentación, en primer término, en el hecho de que el productor de grabaciones audiovisuales no tiene el carácter de usuario que exige en el *artículo 108.3 LPI* (hoy, *art. 108.5 LPI*) al configurar el sujeto obligado al pago de la remuneración equitativa, de donde se infiere que no estaría legitimado pasivamente para soportar la obligación de abonar una remuneración equitativa. Esta conclusión se funda, primordialmente, en que los productores de grabaciones audiovisuales, según el *artículo 122.1 LPI*, tienen el derecho de autorizar la comunicación pública de éstas; y, en segundo término, en que los productores participan en la remuneración equitativa al menos en los casos previstos en el *artículo 108.3 LPI* (en la redacción anterior a la modificación llevada a cabo por la *Ley 23/2006*), es decir, en los casos de retransmisión por determinados medios o en un lugar accesible al público de obras de radiodifusión ya difundidas. Según la parte recurrente la condición de sujeto activo del derecho a autorizar la comunicación pública y a percibir la remuneración equitativa impediría atribuir a las productoras el carácter de usuario que debe concurrir en el sujeto pasivo obligado al pago de la remuneración.

Esta argumentación no puede ser aceptada.

El *artículo 122.1 LPI* debe interpretarse en el sentido de que el derecho de autorizar la comunicación pública cuya titularidad corresponde a los artistas intérpretes o ejecutantes únicamente se traslada a los productores en el caso de que haya existido autorización por parte de aquéllos, bien expresamente, bien mediante las presunciones establecidas en la LPI. Parece evidente que el productor de la obra audiovisual puede obtener un derecho a la remuneración equitativa cuando lo reconoce la LPI, y que este derecho no es incompatible con el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a percibir una remuneración equitativa de la propia productora, pues ésta puede actuar con un doble carácter: como productora de la obra y como usuaria de la comunicación pública de la misma en el caso de que la comunicación pública se realice por la propia productora y no mediante la autorización a un tercero.

El recurrente mantiene que el carácter irrenunciable del derecho a la remuneración equitativa en que se funda la sentencia recurrida únicamente tendría justificación respecto de aquellas comunicaciones públicas que no está en la mano de los artistas, intérpretes o ejecutantes controlar, cosa que solamente ocurre respecto de las utilidades posteriores de la obra por terceros, pero no respecto de aquellas que realiza la propia productora y se hallan previstas en el contrato.

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

En consecuencia, estos argumentos permiten afirmar que la expresión «los demás actos de comunicación pública» que emplea el *artículo 108.5 LPI*, en consonancia con su tenor literal, que no prevé exclusiones, se refiere también a aquellos actos de comunicación de la producción previamente grabada que realiza la productora de televisión, y no solamente a los realizados por terceros en virtud de una posterior autorización.

Es cierto también que el *artículo 43 LPI* establece el carácter transmisible de los derechos de explotación de la obra por actos ínter vivos, pero ese precepto debe ser interpretado en el sentido de que el carácter transmisible de estos derechos está subordinado a que la ley no establezca lo contrario expresamente o implícitamente, al determinar la naturaleza del derecho y su forma de gestión, como ocurre en el caso examinado.

B) El hecho de que la LPI establezca de manera expresa en determinadas ocasiones el carácter indisponible o irrenunciable del derecho a la remuneración equitativa, como ocurre en el *artículo 90 LPI* o en

el artículo 109 LPI con los derechos a la remuneración equitativa de los autores con ocasión de la cesión de derechos de alquiler o de distribución de fonogramas o grabaciones audiovisuales, no comporta *a sensu contrario* [por inversión lógica] que deba considerarse transmisible o susceptible de renuncia cualquier otro derecho reconocido en la ley respecto del cual no se haga idéntica calificación. La necesidad de interpretar las leyes -redactadas no siempre con una técnica impecable- de acuerdo con los principios que las presiden en su conjunto, con su finalidad y con la realidad social del tiempo en que se aplican determina que el argumento *a contrario* [por inversión] debe utilizarse con gran prudencia, puesto que comporta reconocer un carácter preponderante a supuestas consecuencias implícitas del tenor literal de la ley no siempre compatibles con el grado de rigor alcanzado por el legislador en la expresión de su voluntad ni con la aplicación de los demás criterios interpretativos, que abogan frecuentemente por una interpretación correctora o integradora.

Antes al contrario, el hecho de que se atribuya en otras ocasiones carácter irrenunciable al derecho a la remuneración equitativa constituye una premisa contraria a las pretensiones de la parte recurrente, pues el derecho a la remuneración equitativa como institución difícilmente puede tener una naturaleza sustancialmente diferente por el hecho de que opere en relación con derechos de autor de diferente carácter, ya que la finalidad que persigue y, especialmente, su forma de gestión, responde a idénticos principios.

C) El artículo 108.3 LPI (hoy, art. 108.5 LPI) ha eliminado la expresión 'irrenunciable' que se recogía el artículo 7.3 de la Ley 43/1994, expresamente derogada. Sin embargo, la LPI se aprueba como texto refundido por un Real Decreto Legislativo del Gobierno, el cual, en esta sede normativa, únicamente tiene facultades para aclarar, regular y armonizar los textos legales anteriores que se refunden y derogan mediante su entrada en vigor, pero no para modificar los derechos reconocidos en ellos sin incurrir en *ultra vires* [exceso de facultades], circunstancia que acarrea la nulidad del texto contrario a la ley. En consecuencia, la eliminación del término 'irrenunciable', como ha entendido una parte significativa de la doctrina, no puede comportar que este derecho se haya transformado en transmisible, padeciendo una modificación sustancial en su naturaleza operada en virtud de un Real Decreto Legislativo aprobado por el Gobierno, que carece de facultades para ello; y, si así fuese, no podría ser tenida en cuenta por los tribunales en virtud del mandato de no-aplicación que contiene el artículo 6 LOPJ respecto de los reglamentos contrarios a las leyes.

D) Argumenta la parte recurrente que la jurisprudencia constitucional establece límites a la gestión colectiva de los derechos de autor y reconoce el derecho de asociación en su vertiente negativa, el cual se vería vulnerado si indirectamente se impone a los autores, intérpretes o ejecutantes la obligación de asociarse para gestionar su derecho a obtener una remuneración equitativa por la comunicación pública de las obras representadas.

Tampoco puede aceptarse este argumento, puesto que la necesidad de que el derecho a una remuneración equitativa tenga efectividad justifica la gestión colectiva que el legislador impone, según se desprende del artículo 122.3 LPI, y también el artículo 108.4 LPI (hoy, art. 108.6 LPI). En todo caso, los titulares de estos derechos tienen la posibilidad de no asociarse, cualquiera que sea el concepto que se tenga en cuanto a la trascendencia de esta circunstancia como determinante de la obligación de las administraciones públicas y de las entidades de gestión, como mantiene la parte recurrida, de establecer procedimientos adecuados compatibles con la gestión colectiva a cargo de las entidades para hacer efectiva la participación correspondiente a aquellos titulares de derechos de autor que no hayan celebrado con ellas contratos de gestión.

Esta Sala, en efecto, tiene declarado a partir de la STS 29 de octubre de 1999, RC n.º 969/97 y 262/98, que, cuando el hoy art. 145.1 LPI establece que «[l]as entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales», debe entenderse que la expresión «derechos confiados a su gestión» puesta en relación con la de «en los términos que resulten de sus estatutos», se refiere a aquellos derechos cuya gestión *in genere* [con carácter general] constituye, de acuerdo con los estatutos, el objeto de actuación de la entidad de gestión, no a los concretos derechos individuales que, mediante contratos con los titulares de los mismos o acuerdos con otras organizaciones de idéntica finalidad, les hayan sido encomendados para su gestión.

Es cierto también que la Directiva 92/100/CEE establece un derecho irrenunciable a una remuneración equitativa en los casos de alquiler de fonogramas o de películas y que no obliga a que esta remuneración se gestione por entidades de gestión colectiva, sino que faculta a los artistas intérpretes o ejecutantes a hacerlo contractualmente o a encomendar su gestión a entidades de gestión colectiva. Sin embargo, resulta indudable también que la expresada Directiva permite a los Estados establecer un sistema de gestión obligatoria de tal naturaleza en relación con el caso directamente contemplado en ella, es decir, en relación con la remuneración

equitativa en los casos de alquiler de fonogramas o de películas y es cierto también, como destaca la parte recurrida, que la expresada Directiva permite a los Estados miembros establecer un nivel de protección de los derechos de autor superior a la contemplada en la misma. No es lícito, pues, en buena lógica, deducir que impide establecer un derecho a una remuneración equitativa por otros derechos de autor cuando lo justifique su naturaleza y, a criterio del legislador estatal, la necesidad de lograr una razonable efectividad en su gestión.

La sentencia recurrida se atiene con claridad y precisión en sus razonamientos y conclusiones a estos principios, por lo que no se advierte que haya incurrido en la infracción que se le imputa.

QUINTO . - *Enunciación del motivo segundo.*

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del *art. 477.1 LEC* , por infracción del *art. 108.3 y 157 LPI, 14 CE*, en cuanto a las tarifas que se establecen a cargo de Gestevisión Telecinco, S. A., no son no objetivas no equitativas ni únicas. Son por el contrario discriminatorias.»

El motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia recurrida acepta la aplicación postulada de las tarifas generales comunicadas conjuntamente al Ministerio de Cultura por las sociedades de gestión demandantes fundándose, en esencia, en que, reconocido en la ley el derecho de las sociedades de gestión de formular tarifas generales y habiendo sido imposible el acuerdo después de una larga negociación, es procedente la aplicación de estas para fijar el importe de la remuneración equitativa; pero, a juicio de la recurrente no puede aceptarse el carácter equitativo de las tarifas generales a que se refiere la sentencia, pues no guardan proporción con el grado de utilización del repertorio de las sociedades de gestión, como impone el *artículo 157.1.1b) LPI* (deben tenerse en cuenta los programas de televisión en que no aparecen artistas, aquellos en que aparecen artistas fallecidos antes de que surgiera el derecho, o artistas extranjeros, o no afiliados a entidades de gestión); son discriminatorias respecto de las aplicadas a otras televisiones; no se han aprobado por el procedimiento establecido; infringen la Directiva comunitaria y la jurisprudencia europea; y generan indefensión por aplicación de las competencias que corresponden a los órganos jurisdiccionales.

El motivo debe ser estimado, con el alcance que se dirá.

SEXTO . - *Admisibilidad del motivo segundo.*

La parte recurrida sostiene la inadmisibilidad de este motivo del recurso centrándose, fundamentalmente, en el hecho de que en el escrito de preparación no se citan muchos de los preceptos en que se funda el escrito de interposición; en que la alegación de una Directiva comunitaria es genérica; y en que se invocan como infringidos preceptos constitucionales, cuya canalización sólo sería posible al amparo del *artículo 477.1.1.º y 469 LEC* .

Este motivo de inadmisibilidad no puede ser aceptado, pues la lectura del motivo permite deducir que se invoca como infracción principal que fundamenta este motivo del recurso el carácter no equitativo de las tarifas generales para fijar la remuneración equitativa a que se condena a la parte demandada por no ser acordes a los criterios que resultan del concepto de remuneración equitativa y única previsto en el *artículo 108.3 II LPI* (hoy, *art. 108.5 II LPI* , en que se suprime la palabra 'única').

La cita de otros preceptos, de la normativa comunitaria y de preceptos constitucionales se efectúa en calidad de argumentos accesorios para reforzar esta alegación, por lo que pueden ser examinados con el límite que supone el reconocimiento de esta naturaleza.

Alega también la parte recurrente que mediante ATS 3 de octubre de 2006 se desestimó el RC n.º 2328/2002 , interpuesto por Antena 3 Televisión contra una sentencia en que se mantenía la misma doctrina que la recurrida. No puede tenerse en cuenta este precedente, por cuanto en el ATS citado se tomó en consideración que en el recurso no se consideraban los reiterados intentos de negociación que la sentencia recurrida consideraba probados («desconociendo que la Sentencia impugnada, tras la valoración probatoria recoge en su Fundamento de Derecho Sexto, los reiterados intentos negociadores acometidos por la parte actora aquí recurrida para llegar a un acuerdo sobre las tarifas a aplicar»). En el caso examinado, sin embargo, el recurso reconoce la existencia de dicha negociación, pero considera que la existencia de una prolongada negociación no es suficiente para justificar la aplicación de las tarifas generales a las que se remite la sentencia sin atender a criterios que garanticen el carácter equitativo de la remuneración.

En consecuencia, en aras de la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en *artículo 24 CE* , no existiendo indefensión para las partes recurridas, las cuales han podido conocer con claridad el

alcance y fundamento de la impugnación, y no existiendo lesión del principio de especialidad del recurso de casación, procede entrar en el examen de este motivo de casación.

SÉPTIMO . - *Necesidad de que la remuneración equitativa se fije con criterios de equidad.*

No es aceptable la posición de la sentencia recurrida, en el sentido de que resulte obligado estar a las tarifas generales comunicadas por la sociedades de gestión al Ministerio de Cultura a tenor del *artículo 159.3 LPI* (esta facultad corresponde, según la *STC 196/1997* , en relación con el *artículo 144 de la Ley 22/1987* , refundido en el texto vigente, a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas), por el hecho de que la Administración no haya puesto objeciones, puesto que la LPI no le atribuye facultades de aprobación de las tarifas, sino una mera facultad para la recepción de la comunicación (apartado tres) y con carácter general (apartado uno) una facultad genérica de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones y requisitos establecidos en la Ley, la cual implica un grado de tutela muy leve y no es suficiente, desde luego, para considerar trasladada en exclusividad a la Administración y a la jurisdicción contencioso-administrativa el examen de la equidad de las tarifas.

Por otra parte, la existencia de un proceso negociador previo no justifica que la aplicación de las tarifas generales se ajuste al requisito de equidad que se halla implícito en el propio concepto de remuneración equitativa configurado, en lo que aquí interesa, en el *artículo 108.3 LPI* (hoy, *artículo 108.5 LPI*), que se cita como infringido.

De no reconocerse así, la imposibilidad de llegar a un acuerdo en la negociación comportaría automáticamente la posibilidad de que la sociedades de gestión impusieran unilateralmente sus tarifas generales, aun cuando estas no tuvieran carácter equitativo, en contra de lo dispuesto en la ley.

Ambas partes reconocen que las tarifas generales están fijadas atendiendo exclusivamente a los rendimientos de explotación de la sociedad demandante. Este criterio no puede ser aceptado. Resulta, en principio, evidente que resulta más equitativo el criterio de efectividad de uso del repertorio, en la medida que sea posible su aplicación, que el criterio de disponibilidad o de cuantificación en función de los rendimientos de explotación de las empresas. Se impone la necesidad de fijar como uno de los criterios necesarios para garantizar la equidad en la fijación de la remuneración equitativa que las tarifas aplicadas se ajusten en lo posible al criterio de efectiva utilización del repertorio de la sociedad de gestión correspondiente.

Por otra parte, otro de los criterios que indudablemente deben ser tenidos en cuenta y que alega expresamente la parte recurrente, es el de la comparación con otros acuerdos a que haya llegado la sociedad de gestión con otras productoras, pues la equidad tiene una estrecha relación con la necesidad de que las tarifas sean comparativamente adecuadas entre unas y otras productoras, lo cual no significa que deban ser idénticas, pero sí que debe proscribirse una excesiva desproporción que no aparezca justificada por razones de gestión u otras análogas.

Esta Sala ha considerado recientemente (*STS 10 de septiembre de 2008, RC n.º 2951/2002*) que es nulo un convenio con una productora en cuanto supone una desproporción injustificada en relación con las tarifas posteriormente aprobadas en el convenio con otra asociación.

La parte recurrente parece justificar la imposición de unas tarifas mucho más gravosas a la parte demandada respecto de otras televisiones en el hecho de que esta no ha aceptado en la negociación las tarifas que se le han ofrecido; pero resulta evidente que el hecho de no llegar a un acuerdo en un proceso negociador no puede convertirse en un criterio justificado para la imposición de unas tarifas más gravosas que aquellas que responden objetivamente a criterios de equidad ponderados en función de las tarifas aplicadas a otros organismos en los correspondientes convenios, pues lo contrario supondría colocar a una de las partes negociadoras en una posición de superioridad sobre la otra.

Igualmente debe tenerse en cuenta que la LPI pone en relación el deber de la sociedades de fijar tarifas generales con la utilización de su repertorio (*artículo 152.1 b) LPI*). Esto significa que no puede quedar al margen de la fijación de las tarifas la consideración de los criterios relacionados con la amplitud del repertorio de cada una de estas sociedades en relación con las demás y con los sujetos activos de la remuneración equitativa que no son, como es evidente, sólo los que han celebrado contratos de gestión con la sociedades, pues existen otros que puedan estar al margen de los mecanismos efectivos de distribución del producto obtenido a través de una o de todas las sociedades de gestión.

La *STJCE 6 de febrero de 2003, asunto C-245/00*, expresa, en este punto, la necesidad de establecer criterios análogos a los que estamos ponderando, pues, en relación con la remuneración equitativa por alquiler de fonogramas contemplada en el *artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de*

noviembre de 1992 , sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, se refiere a la necesidad de «alcanzar el equilibrio adecuado entre el interés de los artistas, intérpretes o ejecutantes y de los productores a percibir una remuneración por la difusión de un fonograma determinado y el interés de los terceros para poder emitir dicho fonograma en condiciones razonables» y para ello cita diversos criterios o «factores variables y fijos» que no se oponen a ello y pueden ser utilizados por los Estados, relacionados con el principio de efectividad de uso y de comparación con situaciones análogas, como «la cantidad de horas de difusión de los fonogramas, los índices de audiencia de las emisoras de radio y de televisión representadas por el organismo de difusión, las tarifas fijadas por contrato en materia de derechos de ejecución y de radiodifusión de obras musicales protegidas por los derechos de autor, las tarifas practicadas por los organismos públicos de radiodifusión en los Estados miembros vecinos del Estado miembro de que se trate y las cantidades pagadas por las emisoras comerciales». Es cierto que la sentencia se refiere únicamente a la remuneración equitativa que aparece directamente contemplada en la Directiva comunitaria, pero no existen razones suficientes para entender que los principios es que se inspira la sentencia referida no puedan ser tenidos en cuenta en otros casos de remuneraciones equitativas cuando sea necesario para alcanzar el debido equilibrio.

La jurisprudencia de esta Sala ha admitido ya implícitamente, en relación con los derechos de autor dimanantes de la comunicación pública de obras audiovisuales, que la remuneración equitativa no puede fijarse de manera incondicionada, cualesquiera que sean las circunstancias en que ha tenido lugar la negociación, de acuerdo con las tarifas generales fijadas unilateralmente por la sociedades de gestión, aun cuando las mismas no hayan sido objetadas por parte de la Administración. Antes bien, se han ponderado criterios para garantizar la aproximación de la remuneración equitativa a principios de efectividad de uso que garanticen el criterio de equidad. En efecto, la STS de 15 de enero de 2008, RC n.º 3623/2000 , la cual se refiere a la remuneración equitativa en favor de los productores de obras audiovisuales por la comunicación pública de estas en hoteles por medio de la televisión, declara que «el precio de la comunicación pública procedente que ya se ha considerado como tal, ha de venir determinado por dos criterios: el pacto de la gestora, en este caso con el hotel demandado, o, fuera de este caso, como en realidad ocurre, con asociaciones de hoteles; y a falta de este pacto el precio vendrá fijado, en principio, por las tarifas que la gestora comunica simplemente al Ministerio de Cultura [es decir, a los órganos de las comunidades autónomas, según ha declarado el Tribunal Constitucional]. Pero ello no quiere decir que las tarifas, sin más, hayan de prevalecer frente a una oposición de los obligados al pago, toda vez que la Ley exige que las mismas se atengan a criterios equitativos. La equidad acogida en el artículo 3.2 CC requiere de una ponderación sumamente prudente y restrictiva (STS de 8 de febrero de 1996). Como dijo la Sentencia de 15 de julio de 1985 el párrafo 2 del artículo 3 CC veda el uso exclusivo de la equidad en la fundamentación de las resoluciones, a menos que así esté rigurosamente autorizado, no veda en modo alguno la equitativa ponderación con que se ha de hacer la aplicación de las normas, que es lo ocurrido en el caso concreto que nos ocupa (STS de 15 de marzo de 1995). En igual sentido las sentencias de 12 de junio de 1990, de 11 de octubre de 1988 y de 3 de noviembre de 1987 .» Y, en consideración al caso examinado en ella, la sentencia añade que «[n]o puede razonablemente considerarse abusiva la aplicación de las tarifas formuladas, a falta de acuerdo, cuando se reducen a la utilización real de la comunicación pública, por referirse a habitaciones y apartamentos "ocupados". Distinta consideración merecería la pretensión indemnizatoria a calcular sobre número de habitaciones y apartamentos "disponibles".»

La sentencia recurrida, al establecer como único criterio para el cálculo de la remuneración equitativa la aplicación de las tarifas generales, podría entenderse incurrida en una renuncia al ejercicio de las facultades del tribunal en punto a fiscalizar el carácter equitativo de la remuneración a cuyo pago se condena a la parte demandada. Como pone de relieve la parte recurrida, esta infracción debía haberse canalizado por la vía expresamente prevista en la ley, es decir, como una infracción procesal sólo susceptible de ser aportada ante esta Sala por la vía de recurso extraordinario por infracción procesal. Este defecto, sin embargo, no es obstáculo a que apreciemos que la sentencia recurrida, al establecer la aplicación de las tarifas generales considerándolas equitativas por el hecho de haber existido una negociación previa prácticamente sin ulteriores requisitos, debe considerarse que ha infringido desde el punto de vista sustantivo los artículos invocados y, muy particularmente, el artículo 108.3 LPI (hoy, art. 108.5 LPI), que es el que establece el concepto de remuneración equitativa y el que, en consecuencia, obliga a considerar la ponderación del carácter equitativo de las tarifas generales como uno de los principios a que debe ajustarse la fijación de las remuneraciones, en el caso examinado bajo el control del tribunal.

Como consecuencia de ello, y dado que este proceso se rige por la LEC 1881, es procedente, de conformidad con el artículo 360 LEC 1881 , establecer las bases con las cuales debe hacerse la liquidación

en ejecución de sentencia. Con arreglo a lo razonado, la fijación en ejecución de sentencia de la remuneración equitativa no podrá atenerse únicamente como base para la ejecución a los criterios que resulten del cálculo de las tarifas generales, sino que, en defecto de pacto, partiendo de dichas tarifas, deberá atenerse a criterios que aproximen la fijación de las remuneraciones a la utilización efectiva y a la amplitud del repertorio de las distintas sociedades de gestión en correlación con la distribución del producto obtenido entre los titulares del derecho, teniendo en cuenta un criterio de proporcionalidad en la comparación con tarifas aprobadas en convenios con otras televisiones.

OCTAVO . - *Enunciación del motivo tercero.*

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del *art. 477. 1 LEC* , por infracción del *art. 1108 CC* y de la jurisprudencia que lo interpreta: la sentencia recurrida condena a la entidad recurrente al pago de intereses de demora pese a no haberse fijado ni liquidado la cantidad principal.»

El motivo se funda, en síntesis, lo siguiente:

a) La mora es el retraso culpable en el cumplimiento de una obligación que da lugar, sólo si la obligación principal es pecuniaria y su importe está determinado, al pago de intereses, en virtud del principio *in illiquidis non fit mora* [en las sumas ilíquidas no se produce mora], aplicado por la jurisprudencia cuando la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleve a efecto la fijación a través de la correspondiente resolución judicial.

b) La cantidad concreta a percibir por las demandantes aun no ha sido determinada; ha sido pospuesta a la fase de ejecución de sentencia. Ello es suficiente según la Ley y la jurisprudencia que la interpreta, para no condenar al pago de intereses moratorios, pues la jurisprudencia sólo matiza el principio *in illiquidis non fit mora* cuando la prestación dineraria depende de una simple operación aritmética o cuando la cantidad inicialmente reclamada es aminorada luego por los tribunales.

El motivo debe ser estimado.

NOVENO . - *Improcedencia de condenar al pago de intereses de demora.*

La estimación de este motivo de casación se funda en que, aunque la jurisprudencia más reciente de esta Sala considera inaplicable el principio *in illiquidis non fit mora* , ello no supone en absoluto que cualquier reclamación patrimonial debe determinar el devengo de intereses; sino que existen supuestos, como es el presente, en los cuales la absoluta indeterminación de la remuneración equitativa con anterioridad al proceso, el carácter razonable de la oposición por parte de la demandada, que se ha visto estimada parcialmente por esta Sala, y la notable diferencia entre la cantidad reclamada, cuya determinación, efectivamente, se hubiera podido hacer prácticamente mediante operaciones aritméticas simples, y la solución que esta Sala considera procedente, que obliga a cálculos mucho más complejos y que determina previsiblemente que el resultado arroje una cuantía inferior, comporta la imposibilidad de imponer a la parte de la obligación de satisfacer intereses de demora.

DÉCIMO . - *Estimación del recurso.*

Según el *artículo 487.2.º LEC* , si se tratare de los recursos de casación previstos en los números 1.º y 2.º del *apartado 2 del art. 477* , la sentencia que ponga fin al recurso de casación confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida.

Estimándose fundado el recurso en los motivos segundo y tercero, procede, en consecuencia, casar la sentencia recurrida y estimar parcialmente el recurso de apelación revocando los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia que se oponen a los razonamientos que han quedado expuestos y manteniendo los restantes.

De conformidad con el *artículo 398 LEC* , en relación con el *artículo 394 LEC* , no ha lugar a imponer las costas de la apelación ni las de este recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Gestevisión Telecinco, S. A., contra la sentencia de 21 de marzo de 2003 dictada por la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación 583/2001, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Isacio Calleja García, representando a Gestevisión Telecinco, S. A., contra la sentencia dictada en fecha 5 de septiembre de 2001 por el Juzgado de Primera Instancia número 17 de los de Madrid , en los autos de juicio declarativo de menor cuantía seguidos ante dicho Órgano Judicial con el número 623/98, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante».

2. Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en cuanto confirma los siguientes pronunciamientos de la sentencia de primera instancia, que quedan anulados:

«c) condenar y condeno a la demandada a hacer efectiva, liquidando y abonando a las actoras, la remuneración descrita en los apartados anteriores, cuyo importe deberá concretarse en fase de ejecución de sentencia, tomando como criterio de cálculo las tarifas generales comunicadas conjuntamente por las actoras al Ministerio de Educación y Cultura.

»d) condenar y condeno a la demandada a indemnizar daños y perjuicios por haber incurrido en mora en el cumplimiento de la obligación antes reseñada, que se concreta en el abono del interés legal devengado desde la fecha de interposición de la demanda respecto de las sumas en que queden fijadas las remuneraciones vencidas objeto de condena y que se determinen en ejecución de sentencia».

Mantenemos las restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida, en cuanto confirma los de la sentencia de primera instancia.

3. En su lugar, estimando parcialmente el recurso de apelación revocamos parcialmente la sentencia de primera instancia en cuanto a los pronunciamientos recogidos en el número anterior, que serán sustituidos por los siguientes:

«c) condenar y condeno a la demandada a hacer efectiva, liquidando y abonando a las actoras, la remuneración descrita en los apartados anteriores, cuyo importe deberá concretarse en fase de ejecución de sentencia, partiendo, en defecto de pacto, de las tarifas generales comunicadas conjuntamente por las actoras a la Administración, con arreglo a criterios que aproximen la fijación de las remuneraciones a la utilización efectiva y a la amplitud del repertorio de las distintas sociedades de gestión en correlación con la distribución del producto obtenido entre los titulares del derecho, teniendo en cuenta un criterio de proporcionalidad en la comparación con tarifas aprobadas en convenios con otras televisiones.

»d) no ha lugar a la condena al pago de intereses de demora.»

4. No ha lugar a imponer las costas de la apelación ni las de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Xavier O'Callaghan Muñoz. Jesús Corbal Fernández. José Ramón Ferrándiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. José Almagro Nosete. Rubricado PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Juan Antonio Xiol Ríos** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.