



Roj: SAP M 3388/2011
Id Cendoj: 28079370282011100061
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 28
Nº de Recurso: 253/2010
Nº de Resolución: 71/2011
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00071/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 28

MADRID

t6

C/GRAL. MARTINEZ CAMPOS 27

Tfno : 914931988/9 Fax : 914931996

Rollo : RECURSO DE APELACION **253/2010**

Proc. Origen : Procedimiento Ordinario nº 32/2009

Organo Procedencia : Juzgado Mercantil nº 12 de Madrid

Recurrente : Artistas e Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE).

Procurador : Don Alfonso Blanco Fernández

Abogado : Don Antonio López Sánchez

Recurrida: Cine Palafox, S.A.

Procurador : Don Victorio Venturini Medina

Abogado : Don Agustín González García

SENTENCIA Nº 71/2011

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. ANGEL GALGO PECO

D. ENRIQUE GARCIA GARCIA

D. PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ

En Madrid, a once de marzo de dos mil once.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don ANGEL GALGO PECO, Don ENRIQUE GARCIA GARCIA y Don PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo **253/2010**, interpuesto contra la Sentencia de fecha 29 de diciembre de 2009, dictado en el proceso ordinario número 32/09, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante, ARTISTAS E INTERPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTION DE ESPAÑA (AIE), siendo parte apelada CINE PALAFOX, S.A., ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 17 de julio de 2009, por la representación de ARTISTAS INTERPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTION DE ESPAÑA (AIE), contra CINE PALAFOX, S.A., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba que:

"dicte en su día sentencia en la que, estimando íntegramente la presente demanda, realice los siguientes pronunciamientos:

a) Declare el derecho de la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) a hacer efectiva de la demandada CINES PALAFOX, S.A. la remuneración establecida en el art. 108.5.2º TRLPI correspondiente a los artistas intérpretes o ejecutantes musicales y devengada por los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales realizadas por CINES PALAFOX S.A. en las salas de exhibición cinematográfica que explota, comprendiendo dicha efectividad la negociación, determinación y recaudación de dicha remuneración de acuerdo con lo dispuesto en el art. 108.6 TRLPI, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración.

b) Declare la obligación de CINES PALAFOX, S.A. de satisfacer a ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) la remuneración devengada por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales realizada en las salas de exhibición cinematográfica que explota desde el 1 de enero de 2005 hasta la fecha de la interposición de la presente demanda calculada conforme al parámetro de la tarifa general del 0,26% de los ingresos de taquilla de cada una de dichas salas de cine, todo ello de acuerdo con la tarifa general establecida y notificada por ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) al Ministerio de Cultura, condenando a CINES PALAFOX, S.A. a estar y pasar por dicha declaración e igualmente condenando a la misma, a satisfacer a mi mandante ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) la cantidad de OCHO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UNO CON DIECIOCHO CENTIMOS DE EURO (8.831,18 €) más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de interposición de esta demanda.

c) Declare la obligación de CINES PALAFOX S.A. de satisfacer a ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) la remuneración devengada por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales realizada en las salas de exhibición cinematográfica que explota desde la fecha de la interposición de la presente demanda de acuerdo con la tarifa general establecida y notificada por ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) al Ministerio de Cultura, condenando a CINES PALAFOX S.A. a estar y pasar por dicha declaración y satisfacer el importe resultante de la aplicación de dicho parámetro de la tarifa general, cuyo importe deberá concretarse en fase de ejecución de Sentencia.

d) Condene a la demandada al pago de las costas causadas a mi representada ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) por el presente procedimiento".

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid dictó sentencia con fecha 29 de diciembre de 2009, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor :

"DESESTIMAR LA DEMANDA formulada por "ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA" (AIE), frente a "CINES PALAFOX, S.A.", absolviendo a "CINES PALAFOX, S.A." de los pedimentos formulados en su contra.

Se condena en costas a la actora".

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la Sociedad ARTISTAS INTERPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTION DE ESPAÑA (AIE), se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual ARTISTAS, INTERPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTION DE ESPAÑA (en adelante, A.I.E.) interpuso demanda contra la mercantil CINE PALAFOX S.A. en reclamación de 8.831,18 euros correspondientes a la remuneración -circunscrita a los artistas musicales- devengada por la comunicación pública de obras audiovisuales llevada a cabo en las salas de exhibición cinematográfica que explota dicha demandada desde el 1 de enero de 2005, todo ello en aplicación del 0,26 % de los ingresos de taquilla obtenidos por esta última que constituye el porcentaje previsto al efecto en las tarifas de la demandante notificadas al Ministerio de Cultura. La acción se funda en el Art. 108-5 de la Ley de Propiedad Intelectual en aquél particular por el que señala que ".Los usuarios de grabaciones audiovisuales que se utilicen para cualquier acto de comunicación al público, distinto de los señalados en el párrafo anterior y de la puesta a disposición del público prevista en el apartado 1.b), tienen asimismo la obligación de pagar una remuneración equitativa a los artistas intérpretes o ejecutantes, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3.", por remisión al Art. 20-2, b) del mismo texto legal que considera -entre otros- como acto de comunicación pública "La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás audiovisuales". Todo ello situado dentro del contexto representado por el apartado 6 del Art. 108 con arreglo al cual "El derecho a las remuneraciones a que se refieren los apartados 3, 4 y 5 se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. La efectividad de los derechos a través de las respectivas entidades de gestión comprenderá la negociación con los usuarios, la determinación, la recaudación y la distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquéllos".

En su contestación a la demanda, CINE PALAFOX S.A. opuso tanto argumentos que cuestionaban la legitimación y representatividad de la demandante como argumentos relativos al carácter no equitativo del criterio tarifario manejado por AIE (0,26 % de los ingresos de taquilla). La sentencia de primera instancia rechazó los primeros pero, en cambio, consideró que no había quedado acreditado el carácter equitativo de la tarifa, de manera que, entendiendo que la determinación cuantitativa de la remuneración procedente no podía ser diferida a la fase de ejecución de sentencia por impedirlo el Art. 219 L.E.C., desestimó íntegramente la demanda.

Disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza A.I.E. a través del presente recurso de apelación. Teniendo en cuenta cuál fue el sentido de la resolución apelada, el recurso se ha centrado esencialmente en combatir los puntos de vista que condujeron a aquella a negar a las tarifas de la apelante la expresada característica (carácter equitativo). Pese a ello, el hecho de que la apelada CINE PALAFOX S.A. haya reproducido por vía de oposición sus primitivos planteamientos contrarios al reconocimiento de un régimen de representatividad "universal y exclusiva" (en su propia terminología) a la demandante A.I.E. en relación con los artistas musicales, obliga a abordar también la cuestión en esta instancia de conformidad con el Art. 465-4 L.E.C. En cualquier caso, un examen detenido de los argumentos manejados al respecto por parte de CINE PALAFOX S.A. pone de relieve que la diferenciación entre una y otra clase de alegatos es más artificial que real y que el propósito de los mismos no es tanto el de cuestionar en abstracto la legitimación de A.I.E. para reclamar el tipo de devengo que es objeto de su demanda como el de poner de relieve circunstancias que, mermando el ámbito de representación de dicha demandante, sean capaces de hacer mella en las tarifas privándolas del carácter equitativo que la ley exige.

SEGUNDO.- En vista de la naturaleza de los referidos planteamientos, obligado resulta, pese al carácter recurrente de la temática y pese a ser de sobra conocido para ambas litigantes, reproducir el punto de vista que, de manera invariable desde la conocida sentencia de 29 de octubre de 1999, ha venido manteniendo el Tribunal Supremo al respecto : ".cuando el hoy art. 145.1 LPI establece que "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", 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..". Punto de vista reiterado, entre otras, en las S.T.S. de 18 de octubre de 2001, 24 de septiembre y 15 de octubre 2002, 31 de enero y 10 de marzo de 2003, 24 de noviembre y 12 de diciembre de 2006, reproduciéndose también dicho criterio en la sentencia de 18 de febrero de 2009 que, junto a la de 7 de abril del mismo año, ha sido tan profusamente invocada en el presente litigio, y últimamente en la sentencia de 15 de septiembre de 2010.

CINE PALAFOX S.A. plantea que A.I.E. no ostenta la representación universal de todos los músicos del mundo y que la representación que tiene no la puede ostentar de manera exclusiva. Aun cuando el alegato

de la no universalidad y el de la no exclusividad han constituido una referencia constante que la apelada ha manejado de manera relativamente indiferenciada, se trata de dos cuestiones diferentes que merecen un tratamiento separado:

A.-) Cuando señala que la representación de A.I.E. no es universal, CINE PALAFOX S.A. maneja una acepción estricta de la noción de representación, entendiendo que su capacidad representativa debe quedar circunscrita a aquella que se origina en un fenómeno de representación voluntaria mediante el cual (vgr, contrato de gestión del Art. 153 L.P.I.) los artistas titulares del derecho de remuneración equitativa le confían expresamente su gestión. Para llegar a esta conclusión la apelada acude al empleo de un argumento "a contrario sensu" fundado en el examen comparativo del Art. 20-4 c) de la Ley de Propiedad Intelectual (que contempla lo que denomina un régimen de gestión colectiva obligatoria "ampliada" mediante el cual se encomienda a las entidades del ramo correspondiente la gestión de los derechos de los titulares que no se la hayan encomendado a ninguna) con el Art. 108-6 (que contemplaría un simple sistema de gestión colectiva obligatoria que, a falta de explícita mención legal en este caso, no podría hacerse extensiva -en el sentir de la apelada- a todos aquellos titulares que no hubieran confiado a la entidad respectiva la gestión de su derecho). Pues bien, cualquiera que fuere el grado de validez de este argumento, lo cierto es que el mismo resulta frontalmente contrario al criterio jurisprudencial ya enunciado y con arreglo al cual la legitimación de las entidades no puede considerarse circunscrita a los concretos derechos cuya gestión se les haya confiado expresamente mediante contratos individuales o acuerdos colectivos. Por lo tanto, aun siendo desde luego legítimo que la apelada aspire mediante dicho planteamiento a provocar un cambio jurisprudencial sobre el particular, es patente que este tribunal nunca podría satisfacer esa aspiración aun cuando compartiese el expresado punto de vista (Art. 1-6 del Código Civil). En todo caso, no lo comparte: ya la propia S.T.S. de 18 de febrero de 2009 anteriormente citada nos previene frente a la debilidad que ordinariamente caracteriza a los argumentos contrarios, aun cuando lo haga en relación con un tema colateral al que ahora nos ocupa como lo es el relativo a la nota de la irrenunciabilidad de derechos, no prevista expresamente en alguno de los apartados del Art. 108 L.P.I. y sí en otros. Dice al respecto dicha resolución lo siguiente: ".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 ". En suma, pues, la actuación de las entidades de gestión -que se discute en el campo doctrinal si es de naturaleza verdaderamente representativa o si se trata más bien de una actuación en nombre propio que responde a un reconocimiento de legitimación "ex lege" justificado por la finalidad legal que las anima- es una actuación que se desarrolla en provecho de la universalidad de los titulares del derecho gestionado, pues son ellos, sin exclusión y sin distinción entre asociados y no asociados o entre titulares y no titulares de un contrato del Art. 153, los destinatarios del fruto que la entidad obtiene de su gestión.

Dentro de este mismo capítulo, CINE PALAFOX S.A. nos habla de la existencia de músicos extranjeros -especialmente de los norteamericanos- que no gozarían en España, por aplicación del Art. 164 L.P.I., del derecho de remuneración equitativa previsto en el Art. 108-5. Ahora bien, incluir esta cuestión en sede de debate sobre legitimación o representatividad constituye un planteamiento desenfocado del problema. Cuando se dice que las entidades gestionan de manera universal los derechos correspondientes, ya se encuentra implícita en dicha afirmación -sin la menor necesidad de especificación- la idea de que ese deber de gestión va referido a derechos de propiedad intelectual existentes y no a derechos inexistentes. Si, como asegura la apelada, los músicos norteamericanos no gozan de ese derecho, entonces es patente que la actividad gestora de las entidades no puede estarse llevando a cabo en provecho de sus inexistentes titulares, lo cual en nada enturbia la naturaleza "universal" de su gestión, gestión que no se desarrolla -como indica la apelada- en provecho de "todos los músicos del mundo" sino solamente en provecho de todos los músicos que ostenten en España el derecho de remuneración legalmente definido. De ese modo, la toma en consideración de esa virtual circunstancia (ausencia de derecho en los artistas norteamericanos) únicamente se encontraría

justificada dentro del debate relativo al carácter equitativo o inequitativo del "quantum" de la remuneración exigida a los usuarios/deudores, pero ninguna relación guarda con el problema dogmático concerniente a la representatividad "in genere".

B.-) Problema distinto al que acaba de analizarse en el apartado que precede es el relativo a la inexistencia de un régimen de exclusividad para dichas entidades. Es cierto que dentro del actual diseño legal de la gestión de los derechos de propiedad intelectual cabe perfectamente la posibilidad de que dos o más entidades concurren en la gestión de un mismo derecho. Argumenta CINE PALAFOX S.A. que, si ello es así, no es posible concebir que la gestión de cada una de las entidades concurrentes sea universal porque ello determinaría que ".los ámbitos de representación, esto es, los repertorios de cada entidad concurrente se solaparían sin remedio." (pag. 16 del escrito de oposición al recurso). Pero la Sala tampoco comparte este argumento. Si tenemos en cuenta que las entidades de gestión tienen atribuidas, entre otras, tanto la función de recaudar como la de distribuir lo recaudado (en lo que ahora concierne, Art. 108-6 L.P.I.), podemos examinar el riesgo de solapamiento que la apelada invoca desde ambas vertientes: a) Desde el punto de vista de la función de distribución de lo recaudado entre la universalidad de los titulares del derecho, el referido riesgo no constituye un problema jurídico sino meramente material: se puede conjurar adecuadamente mediante los convenientes mecanismos de coordinación que las entidades concurrentes deben establecer en evitación, en especial, de la duplicidad de pagos que podría producirse en relación con aquellos titulares no asociados que, además, no hayan confiado a ninguna de ellas la gestión de su derecho mediante el correspondiente contrato. b) Desde la otra vertiente, esto es, la de la función recaudatoria, el riesgo de solapamiento se encuentra legalmente suprimido en origen, es decir, yugulado de raíz, a través de un mecanismo tan primario y elemental como lo es el del "pago" (especialmente contemplado por el Art. 150-2 L.P.I. como argumento de oposición frente a la reclamación de cualquiera de las entidades de gestión concurrentes y genéricamente concebido por el 1.156 del Código Civil como modo de extinción de las obligaciones). En definitiva, concurriendo varias entidades en la gestión de un mismo derecho, el pago efectuado por el deudor de la remuneración equitativa a cualquiera de ellas posee para él efectos liberatorios y paraliza las eventuales reclamaciones de las demás, con lo que resulta evidente la inexistencia, por definición, del menor riesgo de solapamiento.

Consciente, probablemente, de los precedentes obstáculos argumentales, CINE PALAFOX S.A. ha tratado de combatirlos en su mismo origen razonando que la doctrina del Tribunal Supremo tantas veces mencionada no resulta aplicable al supuesto examinado y no puede desplegar respecto de él, por lo tanto, la vinculación característica de toda doctrina jurisprudencial. Se dice, por un lado, que la expresada doctrina recayó en torno a un problema distinto cual era el de determinar si la entidad de gestión estaba o no obligada a acreditar -y de qué modo- la representación de sus socios, pero siempre partiendo de la base de que esa representación se encontraba circunscrita a ellos, mientras que en el presente caso se discute el ámbito mismo de la representatividad de las entidades de gestión y, más concretamente, si dentro de ese ámbito se encuentra o no la defensa de aquellos titulares de derechos que no les han confiado gestión alguna. Sin embargo, las sentencias dictadas al respecto no dan pie para efectuar ese tipo de acotación, no solo porque el argumento defensivo tradicionalmente manejado por los demandados, consistente en la falta de acreditación de la representación, llevaba implícita la negación de que las entidades gozasen de legitimación "in genere", sino también porque la interpretación que CINE PALAFOX S.A. propugna resulta contraria a la propia literalidad del texto que, de manera prácticamente invariable, se ha venido reproduciendo en las sucesivas sentencias, texto en el que se aclara de manera elocuente que los derechos confiados a la gestión de las entidades no son solamente aquellos respecto de los cuales reciben encargos expresos mediante contratos individuales o acuerdos colectivos. Por otra parte, se razona que las sentencias tradicionalmente reseñadas se refirieron a supuestos en los que la entidad de gestión demandante no concurría -como aquí sucede- con otras en la gestión del derecho que en cada caso motivaba la reclamación. Ahora bien, sin necesidad de acometer un laboriosísimo examen de los antecedentes fácticos de todas y cada una de dichas sentencias, no es difícil extraer de su lectura la conclusión de que la inexistencia de entidades de gestión concurrentes constituye un tipo de circunstancia que no desempeñó en ninguna de ellas el menor protagonismo ni, por tanto, se integró en su "ratio decidendi". Antes bien, del sentido mismo de las expresiones empleadas por el Alto Tribunal se deduce más bien que el problema que resuelve al hablar de la legitimación "in genere" es, precisamente, un tipo de problema al que no resulta ajena la posibilidad teórica -de acuerdo con el nuevo diseño legal- de que se produzca concurrencia entre varias entidades en la gestión de un mismo tipo de derecho de propiedad intelectual. Más adelante (pags. 27 y 28 del escrito de oposición), pese a incluirlos bajo el mismo epígrafe dedicado a negar el valor de doctrina jurisprudencial aplicable al caso al contenido de las citadas sentencias, se manejan por parte de CINE PALAFOX S.A. otros argumentos que, lejos de perseguir ese específico objetivo, se limitan a reiterar sus puntos de vista contrarios a la referida doctrina jurisprudencial, circunstancia esta que nos dispensa de reiterar comentarios que ya hemos efectuado.

Otra de las cuestiones que CINE PALAFOX S.A. ha planteado es que A.I.E. no se encuentra legalmente habilitada para establecer tarifas generales cuando, como en el caso, se trata de recaudar un derecho de remuneración equitativa por cuanto, según deduce del análisis del Art. 157 L.P.I., esa facultad solamente aparece contemplada, con determinadas excepciones, para la gestión de derechos exclusivos pero no para la de los derechos de remuneración equitativa. Consideramos que se trata de una interpretación voluntarista que soslaya el hecho de que el Art. 157-1,b) L.P.I. impone de manera general a las entidades de gestión la obligación de ".establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio ." sin efectuar esa clase de acotación; interpretación que, además, no se compadece gramaticalmente con la propia literalidad del Art. 108-5, párrafo 2º, concerniente al tipo de remuneración que es objeto del presente litigio, cuando utiliza la palabra "asimismo", pues no cabe duda de que, situada en su propio contexto discursivo (en el párrafo anterior se acaba de someter un derecho afín a su cálculo mediante tarifas), el indicado vocablo "-asimismo"- no puede tener otra significación que la de constituir una afirmación de igualdad, semejanza, conformidad o relación (Diccionario de la R.A.E.).

En todo caso, no vemos de qué manera podría influir en el presente debate el hecho de que A.I.E. goce o no de capacidad legal para el establecimiento de tarifas. Téngase en cuenta que el requisito legal (carácter equitativo) se predica de la remuneración y no de tarifa alguna, tarifa a la que el precepto ni siquiera menciona expresamente. Por lo tanto, si tenemos en cuenta que lo que sí atribuye el Art. 108-6 L.P.I. de una manera clara a las entidades de gestión es la facultad, al menos en principio, de "determinar" la remuneración procedente, es manifiesto que lo que debe ser objeto de examen en el litigio es, única y exclusivamente, si la suma reclamada de 8.831,18 €, resultante de aplicar el 0,26 % sobre los ingresos de taquilla de la demandada, constituye o no una remuneración equitativa, y todo ello con total independencia de que la regla aplicada figure de manera preestablecida en una tarifa o, por el contrario, haya sido calculada mediante un hipotético sistema -desde luego mucho más enojoso e inseguro- de determinación individual o caso por caso. Por lo demás, debe tenerse en cuenta que CINE PALAFOX S.A. no planteó inconveniente alguno relativo a la mencionada facultad cuando aceptó por escrito que A.I.E. practicaba tarifas generales oportunamente comunicadas al Ministerio de Cultura (folio 118).

Expuesto cuanto antecede y, teniendo en cuenta las razones que condujeron a la sentencia apelada a considerar que no había quedado acreditado el carácter equitativo de la remuneración resultante de la aplicación de las tarifas de AIE, seguiremos en el análisis de dicho problema la siguiente sistemática: en primer lugar analizaremos si el porcentaje utilizado (0,26 %) y la base a la que se ha aplicado (ingresos de taquilla) integran o no un punto de partida correcto o si, por el contrario, debiera tomarse como referencia inicial un porcentaje y/o una base diferentes; una vez despejada esa cuestión, y, cualquiera que fuere el punto de partida que se estime correcto, examinaremos la pertinencia de aplicar o no sobre él los factores correctores que CINE PALAFOX S.A. ha planteado, a saber: existencia o inexistencia en los músicos de nacionalidad estadounidense del derecho de remuneración equitativa previsto para los españoles, concurrencia de A.I.E. con otra entidad de gestión (AISGE) en la recaudación del mismo derecho remuneratorio y, finalmente, comparativa del porcentaje aplicado (0,26 %) con la remuneración pactada en convenios del sector.

TERCERO.- Comenzando por el primero de los pasos del desarrollo argumental anunciado, conviene tener en cuenta que a instancia de A.I.E. se ha practicado en el presente proceso prueba pericial a cargo del economista Don Ángel, miembro de la firma NERA ECONOMIC CONSULTING, prueba cuyos resultados, en caso de reputarse correctos, respaldarían la idea de que el porcentaje del 0,26 % sobre los ingresos de taquilla representa una magnitud en principio aceptable. Por su parte, CINE PALAFOX, S.A. no ha adoptado iniciativa probatoria alguna tendente a demostrar el desacierto de dicho informe ni a combatirlo de manera indirecta (vgr., mediante aportación de informe alternativo capaz de evidenciar que resulta más equitativa otra magnitud diferente). La sentencia apelada no valora -ni positiva ni negativamente- la prueba pericial desarrollada por el economista Sr. Ángel. Se limita a invocar los celos que la doctrina jurisprudencial mostraba hacia los informes periciales elaborados a instancia de parte, doctrina jurisprudencial recaída en aplicación de la L.E.C. de 1881 que, de suyo, no contemplaba esa clase de informes como medio probatorio. Debe tenerse presente, sin embargo, que en el nuevo diseño legal de la prueba pericial acometido por la vigente L. E.C. 1/2000 la aportación de informes elaborados por peritos designados por las partes constituye el modo natural de producirse esa clase de prueba (Arts. 336 y ss.) en contraste con la pericia acometida por experto de nombramiento judicial, que ha pasado a concebirse como una modalidad excepcional, solamente admisible bajo determinados presupuestos.

Por otro lado, este tribunal considera correctamente admitida por el juzgado la mencionada prueba pericial al amparo del Art. 338 L.E.C. Niega la apelada CINE PALAFOX S.A. la posibilidad de aplicar el mencionado precepto cuando los informes periciales extemporáneamente aportados tratan de arrojar luz sobre

aspectos técnicos que forman parte de un debate previo al proceso y ello en la medida en que en tal caso -se razona- no puede afirmarse en puridad que la necesidad de su aportación obedezca causalmente a los argumentos vertidos en el escrito de contestación al tratarse de una necesidad preexistente que la parte actora debió de valorar. Ahora bien, si bien es cierto que en una situación de confrontación previa al proceso la entidad de gestión puede razonablemente predecir que se le opondrá el argumento de la falta de equidad, no por ello es razonable suponer que aquella está capacitada para vaticinar la especificidad de los alegatos en los que se fundará ese argumento, y, de hecho, es la primera vez que, pese a una trayectoria ya dilatada en la especialidad, los miembros de esta Sala se enfrentan a argumentos tan específicos como los que ha esgrimido en su defensa la demandada CINE PALAFOX S.A. en orden a justificar la falta de carácter equitativo en la remuneración pretendida en la demanda. Por otro lado, debe indicarse que las resoluciones judiciales que han acogido -en la interpretación del Art. 338 - la idea de la predecibilidad del argumento de oposición que la pericia extemporánea trata de neutralizar han recaído, en general, en supuestos en los que el debate preexistente había tenido lugar entre las mismas partes que en el litigio en el que se invoca el mencionado precepto legal. Pero, cuando ello no es así, lo que no parece razonable es exigir a la parte demandante la aportación con su demanda de informes periciales que desvirtúen argumentos solamente virtuales, es decir, argumentos que la parte demandada podría eventualmente llegar a esgrimir pero que se ignora si utilizará o no, cuando no necesariamente tiene que encontrarse al corriente de los argumentos defensivos que se estén haciendo valer -o que ya se han hecho valer- en otros procesos. En tal hipótesis, imponer esa carga procesal equivaldría a obligar a la demandante a facilitar a la demandada información valiosa sobre posibles líneas defensivas susceptibles de ser utilizadas frente a su propia pretensión. En suma, cuando tal cosa sucede no puede afirmarse con rigor que la pericia que se pretende introducir en el proceso al amparo del Art. 338 L.E.C. no obedezca a una necesidad argumental suscitada por la contestación a la demanda, pues solamente cuando esta se produce puede la actora conocer si en ella ha decidido o no la demandada utilizar los argumentos - siempre contingentes- que aquella prueba estaría llamada a desvirtuar.

CUARTO.- Se impone, pues, sin más preámbulos, el examen de la única prueba pericial practicada en el proceso con el fin de determinar, en principio, si el 0,26 % sobre ingresos de taquilla puede o no considerarse como una magnitud ponderada, sin perjuicio de analizar posteriormente eventuales elementos correctores. El autor del informe comienza tomando en consideración determinados postulados que cabe compartir, con carácter general, a partir de principios de eficiencia característicos del mercado: que el exhibidor de obras cinematográficas adopta sus decisiones en torno a los largometrajes que va a exhibir en función de expectativas razonables de optimización de ingresos y, por otro lado, que las decisiones del productor en torno al peso específico que, dentro de los costes totales, está dispuesto a asignar a la parte musical es capaz de transmitir una idea sobre la importancia relativa que, dentro del éxito comercial de la obra, cabe atribuir a dicho elemento artístico. A partir de ahí establece la siguiente correlación: los costes asociados al uso de la música en las películas, es decir, los derechos de comunicación pública, en tanto que porcentaje del coste total de la actividad de exhibición de las salas de cine, deben ser iguales a la participación de la música en el éxito comercial de la obra. Y a continuación da forma matemática a dicha correlación mediante la siguiente ecuación: $\text{valor comercial de la música} / \text{valor de la taquilla} = \text{costes del contenido musical de la obra} / \text{coste total de exhibición de la obra para la sala de cine}$ (incluyendo en este último concepto tanto el coste por la comunicación pública de la música como, por otro lado, los restantes factores que integran el coste total de exhibición). El experto asigna valores a los diferentes elementos de la ecuación menos al coste de la comunicación pública de la música (por ser ésta la incógnita que se trata de despejar) y para ello se vale de información recabada al efecto, especialmente de una muestra significativa de las películas que han gozado de mayor éxito de taquilla con el detalle de sus costes de producción, lo que le permite asignar un porcentaje al coste de la música en relación con el total. En relación con este punto, ante la alternativa de comparar el coste de la música exclusivamente con el coste de los restantes elementos que componen la parte artística de la obra (lo que hubiera asignado a la música una proporción muy superior), el experto opta por un criterio de prudencia (criterio conservador en la terminología del informe) y decide incluir también dentro de los costes totales de producción la importante partida (alrededor del 35% de la producción total) que concierne a los gastos de marketing y publicidad del largometraje. Por otro lado, establece la proporción que, dentro de los ingresos totales obtenidos por los exhibidores españoles, corresponde a los ingresos por taquilla, y determina, dentro de los costes totales de exhibición, la proporción que corresponde a los que más directamente se encuentran relacionados con dicha actividad exceptuando los propios costes de comunicación pública de la música. Continúa con el desarrollo matemático de estos elementos y finalmente, despeja la variable que se trata de determinar asignando un 1,18 % al derecho por comunicación pública de la música en relación con los ingresos por taquilla obtenidos por las salas de cine españolas (se ha examinado al respecto una muestra bastante significativa: empresas que

ingresaron en torno al 50% de la recaudación española total). Establecido ese 1,18 % por la música, a continuación lo distribuye entre autores e intérpretes basándose en el criterio de distribución legal establecido para el reparto de la remuneración compensatoria por copia privada así como en el criterio seguido por los estatutos de la SGAE para despejar el porcentaje atribuible a los autores musicales dentro de la remuneración correspondiente a todos los creativos que intervienen en la obra audiovisual (8,3 %) y, por otra parte, toma en cuenta los acuerdos alcanzados entre AIE y AISGE para la distribución entre actores y músicos.

Del precedente desarrollo concluye el perito que un nivel justificado para la remuneración equitativa por la comunicación pública de las interpretaciones musicales contenidas en las obras audiovisuales objeto de exhibición en salas comerciales se situaría en torno al 0,52 % de los ingresos por taquilla, es decir, el doble del porcentaje que AIE está practicando (0,26 %) y en el que se funda la reclamación objeto del presente litigio.

Este tribunal no advierte la concurrencia en dicho informe pericial de elementos que permitan cuestionar el modelo seguido o la corrección de las bases tomadas en cuenta para su desarrollo argumental y matemático. Tampoco ha tenido a la vista la Sala ningún otro informe de contraste eventualmente capaz de hacerle reparar en que las variables manejadas, o alguna de ellas, pudieran partir de presupuestos incorrectos o determinar unos resultados desenfocados o distorsionados. Hay que tener en cuenta, por otro lado, que las críticas que la apelada CINE PALAFOX S.A. vierte sobre dicho informe se refieren más bien a cuestiones de principio o de método, pero ello sin cuestionar la realidad de los datos numéricos que el experto ha manejado ni la bondad del tratamiento matemático de dichos datos. Si excluimos de dichas críticas aspectos que ya han sido tratados en la presente resolución o que van a serlo con posterioridad (carece de sentido, vgr., atacar el informe pericial por el hecho de que el economista que lo ha desarrollado no haya realizado una tarea interpretativa relativa a la naturaleza y alcance de los derechos que en España quepa atribuir a los músicos norteamericanos), podemos sintetizarlas del modo siguiente:

1.- Considera CINE PALAFOX S.A. que el criterio de utilizar como base para la aplicación del porcentaje los ingresos de taquilla es contrario a la doctrina jurisprudencial contenida en las S.T.S. de 18 de febrero y 7 de abril de 2009, las cuales habrían proclamado, en el sentir de dicha apelada, que no es equitativa una tarifa que consista en un porcentaje fijo sobre ingresos de explotación. Sin embargo, ninguna de dichas resoluciones (que no hablan de "ingresos de explotación" sino de "rendimientos de explotación") dice exactamente lo que la apelada le atribuye. Lo que en ellas se indica es que ".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 .", lo que no se consigue -razonan dichas sentencias- si se toman como referencia los rendimientos de explotación que incluyen, como es natural, una multiplicidad de variables muchas de las cuales no guardan la menor relación con la "utilización efectiva" de las interpretaciones musicales. Dicho lo cual, parece difícil de imaginar en la práctica un criterio alternativo que se ajuste mejor que el de ingresos por taquilla al criterio de aproximación a la utilización efectiva que el Tribunal Supremo propugna, toda vez que, del total de los ingresos que obtiene un exhibidor de cine, los de taquilla constituyen expresión inmediata y directa de las personas que han pagado una entrada por disfrutar del largometraje exhibido. La apelada nos habla irónicamente de la "magnanimidad" de A.I.E. al utilizar un parámetro (ingresos por taquilla) que excluye del cómputo otros ingresos de origen heterogéneo y ajeno a la comunicación pública de obras musicales (alquiler de las salas de exhibición para fines diferentes, cafetería, etc.). Pero parece no reparar en que, para lograr el máximo acercamiento al criterio de la "utilización efectiva", de lo que se trata, precisamente, es de excluir o no tomar en consideración aquellos ingresos que nada tienen que ver con dicha utilización. En otras palabras: no es que A.I.E. se comporte con magnanimidad sino que, al utilizar el aludido criterio, hace justamente lo que se espera que haga. De hecho, no se advierte en el discurso de CINE PALAFOX S.A. la menor sugerencia en torno a otro criterio alternativo al de ingresos por taquilla que sea capaz de cumplir más eficazmente ese propósito.

2.- Al inicio del informe pericial, su autor nos explica que el enfoque seguido para su elaboración ha sido el denominado "Enfoque de la Oferta" ya que trata de encontrar en el éxito de la película (fenómeno "ex post") la explicación de las decisiones del inversor -el productor- sobre las características o magnitudes de la inversión que va a efectuar. Se indica también que la opción por dicho método, frente al método alternativo o "Enfoque de Demanda", se fundó en la mayor complejidad de este último y su escasa viabilidad al precisar de una multiplicidad de datos de difícil disposición. Pues bien, CINE PALAFOX S.A. critica esta opción por entender que el experto ha escogido aquél método cuyos resultados son más favorables a su proponente A.I.E. Se echa en falta, sin embargo, un mínimo desarrollo argumental que nos explique las razones por cuya virtud el método alternativo hubiera arrojado resultados menos halagüeños para la demandante, y se echa en falta, desde luego, una adecuada pericia que, practicando los cálculos pertinentes mediante la aplicación

de ese método alternativo, ratifique precisamente esa suposición de la apelada. Pericia que dicha mercantil se ha abstenido de instar o proponer.

3.- La apelada atribuye al perito algo que este no dice: que el exhibidor de películas tiene la posibilidad de optar por la banda sonora que acompañará a la obra que decide exhibir. Contrariamente, lo único que el experto indica es que el exhibidor adopta sus decisiones en torno a una combinación de factores (actores, guión, banda sonora etc..) que se encuentran relacionados con el rendimiento que espera alcanzar pero que, lógicamente, aparecen "cerrados" al no poderlos configurar a su gusto.

4.- Finalmente, se critica que la muestra de obras audiovisuales tomada en consideración se nutra de películas que han alcanzado relevantes éxitos de taquilla y que no se hayan incluido otras cuyos resultados comerciales fueron más modestos. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el examen de campo que desarrolla el perito toma en consideración otras variables que están interconectadas con el éxito de taquilla, en particular los costes de producción de las películas de referencia, y siempre bajo la suposición de que existe estadísticamente cierta relación entre el coste de producción y el éxito de taquilla. En consecuencia, se podrá discutir si esa correlación se ajusta o no a la realidad, pero si este aspecto de la cuestión no es atacado, carece de sentido fijarse solamente en una de las variables (los ingresos de taquilla generados por las películas) haciendo abstracción de las demás que han operado en el estudio con total interdependencia de ella. Téngase en cuenta que la conclusión que se extrae del informe no consiste en una magnitud absoluta sino en un porcentaje y, por tanto, en una determinada idea de proporción o correlación.

En virtud de cuanto acaba de razonarse, consideramos, pues, como punto de partida correcto el porcentaje del 0,26 % de los ingresos de taquilla, porcentaje que -se insiste- representa la mitad de lo sugerido como razonable en la prueba pericial.

QUINTO.- A partir del expresado presupuesto, uno de los factores correctores en los que CINE PALAFOX S.A. ha hecho mayor hincapié a lo largo del proceso es el que consiste en tomar en consideración, por un lado, que las películas de nacionalidad estadounidense son las que ocupan mayor espacio en la cartelera de las salas de exhibición españolas, y, por otra parte, que en el sentir de dicha apelada los artistas, intérpretes o ejecutantes de obras musicales de dicha nacionalidad no son en España acreedores de la remuneración equitativa prevista en el Art. 108-5 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual por no concurrir en ellos los presupuestos exigidos por su Art. 164 para que los nacionales de terceros países no comunitarios gocen en España de los derechos reconocidos en favor de los artistas, intérpretes y ejecutantes españoles.

Lo primero que debe señalarse es que CINE PALAFOX S.A. no ha desarrollado el menor esfuerzo probatorio por determinar qué proporción de los músicos cuyas interpretaciones aparecen fijadas en obras audiovisuales de producción estadounidense poseen, efectivamente, dicha nacionalidad, sin que existan razones que nos autoricen a partir de la suposición de que tal circunstancia concurre en la totalidad o en la generalidad de los casos. Con independencia de esa consideración, y, en lo que ahora interesa, el referido Art. 164 L.P.I. contempla tres criterios, de manera escalonada y en régimen de subsidiariedad, para el otorgamiento de protección: 1.-) En primer lugar se sitúan una serie de supuestos de vinculación o asimilación del artista extranjero al español (residencia habitual en España, ejecución de la obra en España, etc..) 2.-) En defecto de las precedentes circunstancias de asimilación, es decir, no concurriendo ninguna de las hipótesis de vinculación con España de las previstas en el precedente apartado, los artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de terceros países no comunitarios gozarán en España de la protección que corresponda en virtud de los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte; 3.-) Finalmente, en defecto de ambos criterios, dichos artistas "estarán equiparados a los artistas intérpretes o ejecutantes españoles cuando éstos, a su vez, lo estén a los nacionales en el país respectivo."

Lo primero que debe indicarse es, por un lado, que entre los supuestos de asimilación que contempla el referido Art. 164-2 se encuentra en el apartado c) el referido al caso en los que la interpretación artística sea grabada en un fonograma o en un soporte audiovisual protegidos conforme a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual, y, por otra parte, que las obras de naturaleza audiovisual se encuentran protegidas de manera general y cualquiera que fuere la nacionalidad de su autor por el Art. 163-2 a no ser que el Gobierno español haya hecho uso de la facultad de restringir esa protección, lo cual no consta que haya acaecido hasta el momento presente.

En cualquier caso, y prescindiendo de los criterios de asimilación contemplados en el Art. 164-2, consideramos que existe base suficiente como para concluir que los artistas norteamericanos gozan, en todo caso, de protección con arreglo al primero de los mecanismos previstos en el apartado 3 de dicho precepto legal, a saber, la protección dispensada por vía de Convenios y Tratados internacionales.

En efecto, los canjes de notas son convenios que se rigen por las reglas propias de los tratados internacionales. Según la certificación expedida por la coordinadora de la División de Tratados Internacionales del Ministerio de Asuntos Exteriores (f.408), no consta que el Canje de Notas entre España y Estados Unidos de América para la protección de la Propiedad Intelectual de 6 y 15 de julio de 1896 haya sido denunciado por ninguna de las Partes. Tanto España como los Estados Unidos han ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, de manera que la interpretación de dicho Canje de Notas ha de hacerse conforme a lo dispuesto en los arts. 31 y 32 de dicha Convención. De esta forma el Canje de Notas debe ser interpretado de buena fe con arreglo al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Al sentido de sus términos, a su objeto y a su finalidad nos referiremos a continuación.

Las Notas intercambiadas tienen un contenido similar. Según la Nota española "[los] ciudadanos americanos disfrutaban en España, sus provincias y posesiones de ultramar, en todo lo concerniente a la propiedad intelectual (artística y literaria), de los mismos derechos que los súbditos españoles". Del mismo modo, la Nota americana concede a "los súbditos españoles en dicho asunto las ventajas otorgadas por el Acta del Congreso de 3 de marzo de 1891", norma entonces en vigor en los Estados Unidos.

Por un lado es evidente que ambas Partes se remiten a sus propias legislaciones de propiedad intelectual, legislaciones que se han visto modificadas con el paso del tiempo en gran medida derivadas de los Tratados internacionales suscritos en materia de Propiedad Intelectual. Entre los tratados multilaterales suscritos por los dos países podemos citar el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, revisado en París el 24 de junio de 1971, la Convención Universal sobre los Derechos de Autor, revisada en París el 24 de julio de 1971 o el Convenio para la protección de productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada, hecho en Ginebra el 29 de octubre de 1971, entre otros tratados.

Pues bien, a pesar de la evolución y desarrollo de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito internacional y en el interno, tanto España como los Estados Unidos han mantenido en vigor el Canje de Notas, lo que expresa la voluntad de ambos países de su aplicación cualquiera que sea la legislación interna de cada uno de ellos que en un determinado momento se encuentre en vigor. Obviamente en el caso de los Estados Unidos ya no es el Acta del Congreso de 3 de marzo de 1891, ni en España la Ley de 10 de enero de 1879, de manera que ha resultado evidente la voluntad de aplicación de lo dispuesto en el Canje de Notas a las sucesivas normas de Propiedad Intelectual en vigor en cada país, cualquiera que sean los derechos que contemplen. Esto es consecuente con el propio contenido de lo acordado, en cuanto lo que se recoge es el compromiso de igualdad de trato, la asimilación de los norteamericanos a los nacionales a la hora de beneficiarse de la tutela dispensada por los derechos de propiedad intelectual. Este es además un principio común a muy diversos tratados internacionales en la materia, como el citado Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886 -art. 5 -, la Convención Universal sobre los Derechos de Autor -art. II -, la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961 -art. 5 -, el Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas -art. 4º -, que aplica el principio de trato nacional respecto de derechos de exclusiva y del derecho a una remuneración equitativa en el caso de fonogramas- o el Tratado OMPI sobre derechos de autor -art. 3º -.

Por otra parte la referencia a la propiedad intelectual "artística y literaria" en ningún caso refleja limitación de las obras a las que afecta el Canje de Notas y a las que se aplicaría el principio de igual trato o de tratamiento nacional. En el ámbito internacional, el Convenio de Berna, de 9 de septiembre de 1886, para la protección de las obras literarias y artísticas definía los términos "obras literarias y artísticas" comprendiendo, entre otras muchas, las obras cinematográficas. En el ámbito interno, la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879, en su art. 1º, comprendía en el objeto de la propiedad intelectual, al margen de las obras científicas, las literarias o artísticas que puedan darse a la luz por cualquier medio, e incluso el art. 1º del Reglamento de 3 de septiembre de 1880 efectuaba una enumeración meramente ejemplificativa, incluyendo cualquiera de los sistemas impresores o reproductores conocidos o que se inventen en lo sucesivo.

En consecuencia, la vigencia y aplicabilidad del Canje de Notas obliga a atribuir en España a los artistas, intérpretes o ejecutantes norteamericanos la misma protección que se confiere a los nacionales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 164.3 TRLPI.

A la amplia protección conferida por el actual art. 164 TRLPI se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2010, que destaca lo siguiente:

"No es cierto que la finalidad del art. 161 [actual 164] TRLPI sea limitar al máximo la protección en España de las actuaciones de artistas de terceros Estados ni que su criterio general sea la excepcionalidad de la protección al artista extranjero. Muy al contrario, si el apdo. 1 de dicho artículo protege incondicionalmente a los artistas, intérpretes o ejecutantes que sean nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y las letras a) y b) de su apdo. 2 extienden la protección de la ley española, también incondicionalmente, a los artistas, intérpretes o ejecutantes de terceros países, sin distinción, cuando tengan su residencia habitual en España o cuando la interpretación o ejecuciones efectúe en territorio español, resulta que las letras c) y d) del mismo apartado amplían aún más la protección al otorgarla cuando la interpretación o ejecución sea grabada en un fonograma o en un soporte audiovisual protegidos conforme a lo dispuesto en esta Ley y cuando la interpretación o ejecución, aunque no haya sido grabada, se incorpore a una emisión de radiodifusión protegida conforme a lo dispuesto en esta Ley. Así las cosas, la alusión a los Convenios y Tratados internacionales y al principio de reciprocidad en el apdo. 3 del mismo artículo, para aplicarlos "en todo caso", debe interpretarse más como un cierre a cualquier resquicio que permita eludirlos, amparándose en el apdo. 2, que como regla general de excepcionalidad propugnada en el motivo."

SEXTO.- Aun cuando no se compartiese el punto de vista que acaba de exponerse, entendemos que la protección del músico estadounidense se encontraría amparada, en cualquier caso, por el tercero de los mecanismos previstos en el tan citado Art. 164, a saber, en de la equiparación o reciprocidad. Obligado resulta, para examinar dicho factor, determinar previamente por cual, de entre los dos conceptos posibles de reciprocidad (material o formal), debemos decantarnos a la hora de aplicar el Art. 164 L.P.I. Con arreglo al criterio de la reciprocidad material (o "derecho a derecho"), el reconocimiento en España al músico norteamericano del derecho de remuneración equitativa previsto en el Art. 108-5 L.P.I. solo sería posible en el caso de que en E.E.U.U. se reconociera al músico español un derecho sustancialmente equivalente. En cambio, con arreglo al criterio de la reciprocidad formal (principio de trato nacional), para que el músico norteamericano disfrute en España de aquel derecho bastaría con que el músico español no recibiera en E.E.U.U. un trato discriminatorio con respecto a los nacionales de dicho país, es decir, cuando disfrute allí de los mismos derechos que los súbditos estadounidenses aun cuando esos derechos no sean equiparables a los que contempla la legislación española. Pues bien, frente al punto de vista mantenido en el presente proceso por parte de CINE PALAFOX S.A. (reciprocidad material), este tribunal considera que existen argumentos de peso que avalan la interpretación con arreglo a la cual lo exigido por el Art. 164-3 "in fine" L.P.I. , como criterio supletorio y último, es simplemente un trato no discriminatorio que se satisface con una reciprocidad meramente formal. Nos fundamos para hacer esta afirmación en las siguientes razones:

1.- En primer lugar, entendemos que ni siquiera sería preciso rebasar el plano puramente gramatical para alcanzar dicha conclusión dada la claridad de la terminología elegida por el legislador a la hora de redactar el precepto en cuestión. En efecto, de acuerdo con el mencionado Art. 164-3 "in fine", para que el artista, intérprete o ejecutante de un tercer país no comunitario quede equiparado en España al artista, intérprete o ejecutante español, basta con que este se encuentre "equiparado" en ese tercer país a los nacionales del mismo. Pues bien, si tenemos en cuenta cuáles son las cualidades semánticas de la voz "equiparar" (aplicada a los seres humanos, significa considerar o tratar a una persona igual que a otra según el D.R.A.E.), no se precisa de un intenso esfuerzo interpretativo para colegir que el requisito legal se satisface con un trato al artista español que, simplemente, sea no discriminatorio en el tercer país (trato nacional).

2.- Si nos elevamos al plano sistemático, la anterior conclusión no hace otra cosa que implementarse. En efecto, son los propios preceptos limítrofes (Arts. 163 y 165 L.P.I.) los que, junto a una norma de idéntica redacción a la examinada, contemplan también determinadas hipótesis en las que se confiere al Gobierno la facultad de exigir un trato "suficiente" o "equivalente" y no un mero trato equiparable o no discriminatorio, introduciendo así ciertos temperamentos que comportan una mayor exigencia y que se acercan más a la noción de la reciprocidad material. Así, cuando el Art. 163-1, b) confiere derechos a los autores nacionales de terceros países que no tengan su residencia habitual en España respecto de sus obras publicadas por primera vez en territorio español o dentro de los treinta días siguientes a que lo hayan sido en otro país, faculta no obstante al Gobierno para restringir el alcance de dicho principio en el caso de extranjeros que sean nacionales de Estados ".que no protejan suficientemente las obras de autores españoles en supuestos análogos." (una previsión similar contiene el Art. 165-1, "b", entre otros, para los productores extranjeros de fonogramas y obras audiovisuales). Y cuando el apartado 2 de dicho precepto legal (Art. 163) confiere a todos los autores de obras audiovisuales, cualquiera que sea su nacionalidad, el derecho a percibir una remuneración proporcional por la proyección de sus obras, dispone también que ".No obstante, cuando se trate de nacionales de Estados que no garanticen un derecho equivalente a los autores españoles, el Gobierno podrá determinar que las cantidades satisfechas por los exhibidores a las entidades de gestión por este concepto sean destinadas a los

finde de interés cultural que se establezcan reglamentariamente.", norma que -dicho sea de paso- no dispensa a los exhibidores de la obligación de pago correspondiente. Y ambos preceptos -Arts. 163 y 165- contienen al final una norma o cláusula de cierre idéntica a la del Art. 164-3 "in fine" que estamos comentando y que exige una simple equiparación o "trato nacional". Es patente, en consecuencia, que cuando el legislador desea introducir criterios correctores basados en el principio de reciprocidad material, así lo hace expresamente y con un extraordinario grado de claridad. Señal inequívoca, por lo tanto, de que cuando se limita a exigir una simple equiparación en el trato o (trato nacional o no discriminatorio) como cláusula de cierre del sistema, es porque está consagrando, con carácter general, un criterio de reciprocidad meramente formal.

3.- Si nos situamos dentro de ese examen sistemático en un grado más elevado, nos encontramos con un principio general como el consagrado por el Art. 27 del Código Civil a cuyo tenor "Los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los Tratados". Ciertamente, en el presente caso existe una ley especial -el Art. 164 de la Ley de Propiedad Intelectual - que modula o restringe dicho principio, pero, precisamente, en tanto que ley restrictiva de un principio general cual es el de atribución al extranjero de igualdad de derechos que al español en materia de derechos civiles, no puede ser interpretada de manera expansiva (Art. 4-2 del Código Civil), y no otro sería el resultado al que conduciría postular para una norma jurídica gramaticalmente clara como lo es el Art. 164-3 "in fine" una interpretación que constriñe el ámbito de protección que deriva de los propios términos en los que aparece redactada.

4.- Es conocido, por lo demás, el rechazo que tradicionalmente ha suscitado en el campo doctrinal la aplicación, en materia de derechos civiles, de un principio como el de reciprocidad material que, de hecho, representa un mecanismo de retorsión al implicar la penalización del particular por el comportamiento del Estado al que pertenece. En el terreno jurisprudencial es de destacar que, a la hora de interpretar una norma jurídica cuya redacción era desde luego mucho más ambigua que el Art. 164-3 "in fine" L.P.I. que ahora comentamos (se trataba del Art. 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 que condicionaba el otorgamiento a los inquilinos extranjeros del beneficio de la prórroga forzosa a la existencia de un principio de reciprocidad en sus respectivos países en favor de los españoles), el Tribunal Supremo declaró en su sentencia de 11 de julio de 1985, con cita de otras, lo siguiente: ".es de tener en cuenta que lo discutido fue la aplicación de beneficio de la prórroga forzosa del artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en un contrato en que el arrendatario es extranjero, para lo que no es suficiente la normativa genérica del artículo 27 del Código Civil que atribuye a los extranjeros los mismos derechos civiles que a los españoles, porque añade "salvo lo dispuesto en las leyes especiales", como en este caso es la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuyo artículo siete concede a los extranjeros los beneficios en ella establecidos, "siempre que prueben la existencia del principio de reciprocidad en los países respectivos", que en el supuesto examinado, es Marruecos; reciprocidad, que puede ser diplomática (si existe Tratado, Convenio o simple Canje de notas) o legislativa si legalmente se establece la igualdad, sin discriminación, entre nacionales y extranjeros, bien en leyes de carácter general -al no existir legislación especial de arrendamiento inmobiliario- o bien en la Ley especial caso de existir; pero siempre, sin necesidad de que comprenda la hipótesis concreta, que aquí sería el beneficio de la prórroga cuestionado, como proclamó la doctrina legal reiterada, recogida, entre otras, en las Sentencias de 20 de junio de 1959, 6 de diciembre de 1961, 31 de octubre de 1963, 4 de mayo de 1964, 28 de octubre de 1968, 29 de enero de 1969 y 22 de diciembre de 1979." (énfasis añadido).

5.- La apelada CINE PALAFOX S.A. repara en la concreta hipótesis de protección o de vinculación del artista extranjero prevista en el Art. 164-2 c) L.P.I. ("Cuando la interpretación o ejecución sea grabada en un fonograma o en un soporte audiovisual protegidos conforme a lo dispuesto en esta Ley. ") que, en su sentir, comporta un reenvío exclusivo a la hipótesis de protección del productor del fonograma o soporte audiovisual prevista en el Art. 165-1,b) ("Cuando sean nacionales de terceros países y publiquen en España por primera vez o, dentro de los treinta días siguientes a que lo hayan sido en otro país, las obras mencionadas."), hipótesis en la cual la norma faculta al Gobierno, como vimos anteriormente, para restringir el alcance de dicha protección en el caso de nacionales de Estados que no protejan suficientemente las obras o publicaciones de españoles en supuestos análogos. Y argumenta que, en el caso de que el Gobierno haga uso de dicha facultad, se daría la paradoja de que el artista extranjero asimilado al español sería de peor condición o gozaría de un grado de protección más débil que el extranjero no asimilado, quien, en cambio, disfrutaría de protección plena acogiéndose al Art. 164-3 "in fine" si es que este último ha de interpretarse en el sentido de que el régimen de reciprocidad que consagra es el de una reciprocidad meramente formal. Pues bien, lo primero que debemos de indicar al respecto es que juzgamos incorrecta esa técnica interpretativa que consiste en negar que la norma interpretada tenga el sentido que gramatical y sistemáticamente le corresponde sobre la base de concebir una específica hipótesis en la que su aplicación sería capaz de originar un resultado injusto. Porque

si ello fuera efectivamente así y el legislador no hubiera reparado en esa consecuencia aplicativa indeseable, podrá postularse su rectificación a nivel legislativo, pero lo que no nos parece consistente es sostener que la interpretación correcta de la norma es aquella que propicia la evitación de esa consecuencia colateral cuando el sentido gramatical y la ubicación sistemática de la misma nos están indicando todo lo contrario. En otras palabras: no se puede hacer decir a una norma lo que esta no dice aduciendo exclusivamente que lo que sí dice puede conducir en determinada hipótesis a consecuencias que juzgamos no deseadas. Dicho lo cual, hemos de indicar también que resulta sumamente dudoso que la hipótesis de riesgo que la apelada nos propone pueda realmente producirse, ya que ello implicaría concebir el supuesto anormal e insólito en el que el Gobierno llegara a hacer uso de su facultad de restricción para los extranjeros "asimilados" dejando en cambio a salvo a los "no asimilados". Y es que en realidad el resultado injusto frente al que la apelada nos alerta se construye sobre la base de considerar que la facultad restrictiva está atribuida al Gobierno solo respecto de los primeros pero no de los segundos cuando todo parece indicar, más bien, que si la facultad restrictiva aparece situada, dentro de la norma, a continuación de la hipótesis del productor extranjero "asimilado" es solamente porque, gracias a la circunstancia generadora de dicha vinculación (publicación de la obra en España dentro de determinado plazo), ese extranjero "asimilado" es acreedor, en principio, de una protección preeminente o al menos más clara y evidente, de manera que la previsión restrictiva se predica específicamente de esa hipótesis de protección porque,

precisamente por ello, la restricción gubernamental ha de comportar un sacrificio más evidente o palmario del derecho que, en principio, corresponde al extranjero. Pero no parece razonable deducir de ello que el Gobierno español, que se encuentra habilitado para hacer lo más (restringir el derecho del extranjero "asimilado") no pueda en cambio hacer lo menos (restringir el derecho del extranjero "no asimilado" y protegido exclusivamente por el principio de reciprocidad formal).

SEPTIMO.- Si consideramos, pues, que la línea interpretativa correcta es la nos conduce a concluir que el Art. 164-3 "in fine" consagra un régimen de reciprocidad meramente formal, debe destacarse que en ningún momento ha cuestionado CINE PALAFOX S.A. que ese criterio se cumpla, es decir, que los músicos españoles reciban en E.E.U.U. un trato no discriminatorio con respecto al que allí se otorga a los músicos nacionales. Su caballo de batalla ha consistido en poner de relieve que las leyes norteamericanas no reconocen a sus artistas, intérpretes o ejecutantes nacionales un derecho sustancialmente equivalente al de remuneración equitativa que el Art. 108-5 L.P.I. otorga a los artistas españoles, de donde extrae la deducción, plausible por lo demás, de que estos no verán allí reconocido tal derecho. Pero en ningún momento ha negado que E.E.U.U. dispense a los artistas españoles un trato nacional, es decir, un trato no discriminatorio en lo referente a aquellos derechos que su legislación sí contempla para sus propios ciudadanos.

Además de no haber resultado cuestionado ni controvertido tal extremo, la existencia de reciprocidad formal con E.E.U.U. es más que evidente. Como señaló la S.T.S. de 11 de julio de 1985 anteriormente comentada, la reciprocidad puede ser tanto diplomática (si existe Tratado, Convenio o simple Canje de notas) como legislativa (si legalmente se establece en el tercer país la igualdad, sin discriminación, entre nacionales y extranjeros). Pues bien, con independencia de cuál sea al respecto el contenido de su legislación interna, es patente que E.E.U.U. se encuentra internacionalmente obligada a respetar en la materia el principio de reciprocidad formal o trato nacional con respecto, entre otros muchos, a los artistas españoles aun cuando lo sea en relación con derechos de propiedad intelectual no identificables con el de remuneración equitativa que en el presente litigio nos ocupa. Así se desprende inequívocamente de los siguientes datos:

1.- E.E.U.U. es, al igual que España, uno de los 153 países firmantes del Acuerdo sobre los ADPIC por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994, de manera que, en virtud de lo previsto en el Art. 14 y concordantes de dicho Acuerdo, E.E.U.U. se encuentra obligada a amparar dentro de su territorio a los artistas, intérpretes o ejecutantes españoles cuyas interpretaciones hayan sido fijadas en un fonograma en su derecho a impedir que, sin su autorización, se lleven a cabo, entre otros actos, los de comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones en directo, lo que, en definitiva, implica que les reconoce también el derecho a extraer de ese "ius prohibendi" la rentabilidad económica inherente a la facultad de otorgar permisos o licencias.

2.- E.E.U.U. es, al igual que España, firmante del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 (EEUU 20 de mayo de 2002). El Art. 15 de dicho Tratado establece lo siguiente: "1.- Los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales. 2.- Las Partes Contratantes pueden establecer en su legislación

nacional que la remuneración equitativa y única deba ser reclamada al usuario por el artista intérprete o ejecutante o por el productor de un fonograma o por ambos. Las Partes Contratantes pueden establecer legislación nacional que, en ausencia de un acuerdo entre el artista intérprete o ejecutante y el productor del fonograma, fije los términos en los que la remuneración equitativa y única será compartida entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas. 3.- Toda Parte Contratante podrá, mediante una notificación depositada en poder del Director General de la OMPI, declarar que aplicará las disposiciones del párrafo 1 únicamente respecto de ciertas utilidades o que limitará su aplicación de alguna otra manera o que no aplicará ninguna de estas disposiciones. 4.- A los fines de este artículo, los fonogramas puestos a disposición del público, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, serán considerados como si se hubiesen publicado con fines comerciales". Haciendo uso de la facultad prevista en el apartado 3 de dicho precepto, E.E.U.U. notificó al Director General de la OMPI una reserva con arreglo a la cual solo aplicaría las disposiciones del apartado 1 del mismo ".en relación con ciertos actos de radiodifusión y comunicación al público por medios digitales respecto de los cuales se percibe una remuneración directa o indirecta con motivo de la recepción o por otras retransmisiones o comunicaciones sobre fonogramas digitales en el modo previsto por las leyes de los Estados Unidos de América.". Se trata, sin duda, del mismo derecho que el relativo a las grabaciones sonoras limitado al contexto de las transmisiones digitales de audio, derecho que, según refiere el informe del abogado norteamericano Don Julián que la apelada aportó al proceso (folios 518 y ss.), se reconoce en la legislación de aquél país a los artistas de dicha nacionalidad a partir de la Digital Performance Rights in sound recordings Act de 1995. Derecho que, por virtud del Tratado OMPI, reconoce también E.E.U.U., entre otros, a los músicos españoles.

A través de las precedentes citas no pretende, desde luego, este tribunal establecer una equiparación entre los referidos derechos y el derecho de remuneración equitativa que contempla el Art. 108-5 L.P.I. Se trata, mucho más modestamente, de constatar -como de hecho se constata plenamente- que por vía de reciprocidad "diplomática" los músicos españoles disfrutaban en E.E.U.U. -porque no puede ser de otro modo- de los mismos derechos de los que gozan los músicos nacionales, con lo que, en definitiva, queda plenamente satisfecho el criterio de reciprocidad formal que enuncia el mismo Art. 164-3 en su último inciso.

Cierto es, por otro lado, que la S.T.S. de 18 de febrero de 2009 parece decantarse por el criterio opuesto -el de la reciprocidad material- aunque la reflexión que al efecto lleva a cabo no constituye la "ratio decidendi" de la resolución, toda vez que la protección del artista extranjero la extrae el Alto Tribunal, en función de las particularidades concurrentes en el caso, del hecho de tratarse de ejecuciones incorporadas a emisiones de radiodifusión realizadas por un organismo de radiodifusión domiciliado en España (TELECINCO). En todo caso, aun cuando adoptásemos ese punto de vista, tampoco podríamos eludir la consideración que esa misma sentencia realiza y conforme a la cual ".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 ." (énfasis añadido). Consideración con arreglo a la cual no habría base para sostener que a los músicos españoles no se les dispensa en E.E.U.U. un régimen de protección sustancialmente similar -que es lo único que exige el principio de reciprocidad material- al que reciben en España por razón de sus ejecuciones musicales.

Todo lo cual nos lleva, en definitiva, a concluir que los artistas estadounidenses sí son merecedores en España de los mismos derechos que la Ley de Propiedad Intelectual confiere a los españoles cualquiera que fueren los mecanismos que las entidades de gestión españolas hayan arbitrado para hacer llegar a los mismos una parte de la recaudación que obtienen en la gestión del derecho de remuneración equitativa por actos de comunicación pública, e incluso aun cuando hasta la fecha no hubieren arbitrado ninguno: se trata de una cuestión interna que concierne a la responsabilidad de las entidades en relación con los titulares de los derechos que gestionan, cuestión a la que son ajenos los deudores cuya obligación nace del uso efectivo de interpretaciones musicales para la realización, en su propio provecho, de actos de comunicación pública de las mismas.

En vista, pues, de los precedentes planteamientos, no se juzga pertinente la utilización del factor corrector que propone CINE PALAFOX S.A. con base en el origen nacional de las producciones exhibidas en las salas españolas: en cuanto a las de origen estadounidense, por lo que acaba de razonarse, y, en cuanto a

las demás, porque no consta que sea significativo el número de obras audiovisuales ofertadas en la cartelera española que, sin ser de origen estadounidense, tampoco hayan sido producidas en ningún país comunitario.

OCTAVO.- Otro de los factores de corrección a la baja que CINE PALAFOX S.A. postula es el que consiste en tomar en consideración el hecho de que durante el periodo al que se refiere la deuda reclamada la demandante A.I.E. concurría, cuando menos en abstracto y en aplicación de las previsiones estatutarias respectivas, con otra entidad -A.I.S.G.E- en la gestión del mismo derecho de propiedad intelectual, invocando al respecto el criterio jurisprudencial (S.T.S. de 18 de febrero de 2009, ya comentada anteriormente) que obliga a tomar en consideración el repertorio de cada entidad a la hora de valorar el carácter equitativo de las remuneraciones cuyo pago exige.

Consideramos, de entrada, que debe matizarse cuál es el alcance o el protagonismo que en ese tipo de ponderación cabe atribuir al repertorio. Retomando conceptos ya expuestos al inicio de esta resolución, hay que tener en cuenta que la gestión de las entidades es de vocación universal y así nos lo recuerda la propia S.T.S. mencionada de 18 de febrero de 2009 cuando, al hablar del factor "repertorio", nos indica que ".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." (énfasis añadido). El problema reside en que, propugnando la jurisprudencia la toma en consideración de ese factor "repertorio", persiste no obstante una relevante incógnita cual es la de determinar el modo en que dicho factor deba operar en la configuración de una remuneración que sea equitativa.

Si por "repertorio" entendemos el número de interpretaciones o ejecuciones de artistas que se encuentran vinculados a cada entidad de gestión (por su condición de socios de las mismas y/o por virtud de un contrato de gestión individual), no hay razón para que dicha variable tenga, en principio y salvo lo que se dirá, influencia alguna en la cuantificación de la remuneración equitativa, porque la gestión de cobro de la entidad se estaría desarrollando no solo en provecho de los artistas a ella vinculados sino en provecho de la universalidad de los artistas del mismo ramo. Si abandonamos el plano interno (relación de la entidad con los artistas/titulares del derecho gestionado) y acudimos al plano externo (relación de la entidad con los deudores de la remuneración), la consecuencia no puede ser diversa: sean muchos o pocos los deudores a los que cada una de las entidades concurrentes se dirige para gestionar el cobro, la deuda que estos han de satisfacer se encuentra exclusivamente relacionada con la intensidad con la que se han beneficiado de la utilización efectiva de las interpretaciones artísticas. Si en la cuantificación de esa deuda pudiera influir el número de artistas que ocasionalmente se encuentran vinculados a la concreta entidad de gestión que haya decidido dirigirse al deudor para efectuar el cobro, entonces no solamente se resentirían los derechos de los artistas no vinculados en cuyo provecho también actúa "in genere" la entidad de gestión, sino que se daría lugar a una situación injusta y manifiestamente anómala: el deudor no pagaría en función de la utilización efectiva que ha realizado de las interpretaciones musicales sino en función de algo tan mudable y contingente como la concreta entidad que haya decidido dirigirse a él para llevar a cabo la gestión de cobro. Consideración que -se insiste- resulta absolutamente independiente de que en la actualidad los sistemas para la distribución entre los artistas no vinculados de los fondos recaudados por las entidades de gestión sean perfectos o, por el contrario, mejorables, pues se trata de una cuestión a dirimir exclusivamente en el plano interno (relación de las entidades con los artistas/titulares de derechos).

Nos inclinamos a pensar, en consecuencia, que el factor "repertorio" ha de tener un protagonismo mucho más discreto. En efecto, el número de artistas titulares de derechos que se encuentren vinculados a la entidad (y, correlativamente, el número de sus ejecuciones) influirá necesariamente en el porcentaje que de la recaudación total debe detraer la entidad de gestión para atender a los gastos administrativos o de otra índole que comporta la necesidad de dar atención -en cuanto a distribución de derechos u otros aspectos- a dichos artistas vinculados. Por lo tanto, debiendo permanecer intangible la parte de la deuda destinada a los artistas "in genere", entendemos que solamente en la expresada medida el número de los vinculados, en cuanto elemento indicador del nivel de implantación de la entidad y de su coste de funcionamiento, puede ser tomado en consideración para poder operar como factor de corrección en el cálculo de la remuneración equitativa.

Pues bien, siendo ello así, no vemos qué influencia pueda tener en el caso examinado dicho factor cuando, más allá de las discrepancias de todo orden habidas entre las dos referidas entidades de gestión

(A.I.E. y A.I.S.G.E.) y más allá del hecho de que el ámbito abstracto de la actividad gestora prevista en sus respectivos estatutos fuese coincidente, no ha resultado seriamente controvertido en el proceso el hecho de que desde antiguo ha existido "de facto" una distribución precisa con arreglo a la cual era A.I.E. quien se ocupaba de la gestión de los derechos correspondientes a los artistas, intérpretes o ejecutantes de obras musicales en tanto que A.I.S.G.E. hacía lo propio respecto de los artistas e intérpretes no musicales, y, de hecho, bajo ese entendimiento había concertado ya CINE PALAFOX S.A. con A.I.E. y A.I.S.G.E. contratos pretéritos. Tan es así que CINE PALAFOX S.A. admite expresamente en su contestación a la demanda que dichas entidades de gestión vinieron funcionando mediante un pacto interno de distribución de lo recaudado del siguiente tenor: 24,5% para A.I.E. y 75,5% para A.I.S.G.E. Y, desde luego, no consta que desde la ruptura del vínculo existente entre ambas entidades A.I.S.G.E. haya pasado a vincular a artista alguno del ramo musical.

NOVENO.- Finalmente, nos detendremos en el examen de otro de los factores de corrección que puede influir, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial reiteradamente invocada, en la determinación de la remuneración equitativa: nos referimos a la comparación de la remuneración pretendida con la prevista en convenios alcanzados entre la entidad de gestión respectiva y entidades o asociaciones de entidades de deudores entre cuyo objeto mercantil se encuentra la utilización de las obras de cuya protección se trata.

En la sentencia apelada es este factor el único que, en definitiva, determina la convicción de la juzgadora con arreglo a la cual no habría quedado probado el carácter equitativo de la remuneración pretendida por A.I.E. La sentencia toma como referencia el Convenio marco de 1 de enero de 2002 alcanzado entre A.I.E. y A.I.S.G.E. y la asociación del sector de exhibidores de cine denominada FEECE en el que se pactó un porcentaje anual creciente sobre los ingresos de taquilla del 0,233 %, 0,265 % y 0,286 % y repara en que el porcentaje que se aplica en la demanda -0,26 %- es superior a alguno de los expresados tramos pese a que lo allí pactado lo fue en provecho y para su distribución entre las distintas clases de artistas -musicales y no musicales- de las dos entidades (A.I.E. y A.I.S.G.E.) y no solo en provecho de A.I.E.

Si examinamos el cuadro de condiciones económicas incluido en el referido Convenio de 2002 (folio 118), enseguida apreciamos que lo que en él se hace figurar como tarifa general es el 1,06 %, y ello significa, de acuerdo con el criterio de distribución interna A.I.E.- A.I.S.G.E. al que antes hemos aludido (24,5 %-75,5%), que la tarifa aplicable ya entonces por parte de A.I.E. era del 0,2597 %, es decir, una magnitud prácticamente idéntica a la del 0,26% en la que se funda la presente demanda, y que la progresión que figura en la columna de la derecha es el resultado de una bonificación -ciertamente relevante- que se concede como consecuencia, precisamente, de la firma del convenio. De ahí que tenga poco sentido la insistente queja formulada por CINE PALAFOX S.A. cuando critica que, sin que haya concurrido circunstancia alguna que lo justifique, se le ha pasado de aplicar una tarifa del 0,07 % a otra del 0,26%, lo que supone un incremento de más del 300%. Pues no hay tal: el 0,07% que venía satisfaciendo a A.I.E. no era el resultado de aplicar tarifa alguna sino el resultado de aplicar un convenio que contemplaba una importante bonificación con relación a la tarifa, tarifa que ya en el año 2002 -y así lo admitía la asociación mayoritaria de exhibidores de cine, y con ella la propia CINE PALAFOX S.A.- se situaba en un nivel prácticamente idéntico al actual del 0,26%.

Lo que persigue el factor de corrección que ahora examinamos (comparación tarifa/convenios del sector) es evitar que el deudor que no ha considerado oportuno integrarse o aceptar los términos de un convenio se vea injustamente discriminado mediante una cuantificación de su deuda desproporcionadamente desigual con la deuda que resultaría en caso de haberse adherido a aquél. Por lo tanto, en el caso de que la remuneración que se reclama se haya establecido mediante el sistema de tarifas generales, lo que ha de ser objeto de comparación -por respeto al principio de homogeneidad- es, por un lado, la remuneración que se exige al deudor disidente en aplicación de tal tarifa y, por otro, la remuneración que resultaría de la aplicación de las reglas de un convenio que se hubiere celebrado una vez vigente esa misma tarifa.

Si establecemos la comparación con el Convenio alcanzado entre A.I.E. y la asociación de exhibidores de cine S.E. C.I.E.S. (folio 143), ciertamente minoritaria, comprobamos que en el mismo se estableció, para quienes a él se adhirieran y con efectos desde el 1 de enero de 2005, un sistema escalonado para cinco años (2005-2009, coincidente con el periodo al que corresponde la deuda reclamada en el presente litigio), de porcentajes sobre ingresos de taquilla cuya media aritmética representa el 0,154 %, lo que significa que, en comparación con la tarifa aplicada a CINE PALAFOX S.A., concurriría una diferencia en perjuicio de ésta de en torno a diez centésimas. No existe la posibilidad de efectuar una comparación directa entre el 0,26 % y un convenio actual de A.I.E. con la asociación mayoritaria (FECE) por la sencilla razón de que tal convenio no existe. Ahora bien, teniendo en cuenta que FECE suscribió en 2007 un convenio con la otra asociación (A.I.S.G.E.) para cinco años (de 2005 a 2009), sí existe la posibilidad de realizar una comparación indirecta realizando una proyección ideal que tome por base el antiguo criterio de distribución interna entre ambas

entidades (24,5 % y 75,5 %) y que nos posibilite alcanzar una idea de la remuneración que se habría pactado en favor de A.I.E. si se hubiera continuado la tradición de suscribir los convenios conjuntamente con aquellas. De acuerdo con ello, representando lo pactado por A.I.S.G.E. para el periodo 2005-2009 un sistema progresivo cuya media se sitúa en el 0,474 %, la remuneración ideal que hubiera correspondido a A.I.E. representaría una media para esos mismos cinco años del 0,153 %, magnitud prácticamente coincidente, como puede verse, con la que resulta del convenio SECIES. Ese mismo porcentaje es el que se aprecia, con relación al periodo 2005-2009, en el reciente convenio celebrado entre A.I.E. y otra asociación minoritaria de exhibidores de cine -NAECE- (folio 2143), con la sola particularidad de que, comprendiendo este convenio un periodo mayor (de 2005 a 2012), la media de la progresión total de 7 años que finaliza en el año 2011 con un 0,26% se sitúa en el 0,18014 %.

Las precedentes consideraciones nos obligan a deducir que la horquilla dentro de la cual debemos situar el debate relativo a la comparación convenios/tarifa es la relativa al margen comprendido entre el 0,15 % y el 0,26%, representando esta segunda magnitud una diferencia del 73,33 % respecto de la primera, diferencia que es, desde luego, muy considerable y que no resultaría asumible en ausencia de justificación pese a haberse considerado con anterioridad, a partir de la prueba pericial, que el pico superior de ese margen (0,26 %) constituye en abstracto una magnitud aceptable para la retribución de la ejecución musical. A la hora de determinar cuál pueda constituir una cifra equitativa dentro del aludido margen, debe tenerse en cuenta que lo que la doctrina contenida en la S.T.S. tantas veces mencionada de 18 de febrero de 2009 propugna no es una equiparación de trato entre el deudor adherido y el no adherido al convenio que se tome como referencia. Lo único que exige es que la diferencia de trato no sea desproporcionada, consideración que se encuentra plenamente justificada si se tiene en cuenta que la existencia de cierta diferencia se explica por el ahorro de costes en la gestión de cobro del derecho que para la entidad supone la adhesión de los deudores a un convenio (entre los que revisten importancia no menor los costes generados por la litigiosidad asociada a dicha gestión), circunstancia que hace que nos encontremos ante discriminaciones no arbitrarias. No en vano lo que nos indica la mencionada sentencia es que ".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 ." (énfasis añadido). En suma, pues, debe proscribirse toda diferencia entre tarifa y convenio que no venga justificada por las ventajas que reporta la firma de este en términos de facilidad de gestión y análogas con el consiguiente ahorro de costes. En la S.T.S. de 22 de diciembre de 2008 se apreció la concurrencia de desproporción discriminatoria o no justificada en una diferencia del 37 %. Sin embargo, dicho criterio no resulta aplicable al caso que ahora nos ocupa. En efecto, lo que en el litigio resuelto por dicha sentencia se hacía objeto de comparación no era una tarifa y un convenio sino un convenio celebrado con una asociación representativa y el contrato tipo que la entidad de gestión practicaba con empresarios individuales. El Tribunal Supremo entendió que, no habiendo suministrado la entidad de gestión prueba relativa al ahorro de costes que comportaba el convenio respecto de los contratos individuales, la diferencia del 37 % era discriminatoria, conclusión lógica si se tiene en cuenta que, a falta de prueba al respecto, nada permitía considerar que los contratos que resultasen de la firma del convenio con la asociación de empresarios fueran a reportar a la entidad de gestión mayores ventajas de las que, en orden a la facilitación de la recaudación, era susceptible de proporcionar la firma de contratos con empresarios individuales. Distinto es, en cambio, el problema ahora planteado,

donde la comparación va referida a un binomio diferente (convenio/ausencia de convenio), y donde la ventaja inherente a la firma de un convenio (y sus contratos individuales derivados) constituye un tipo de deducción susceptible de obtenerse "in re ipsa" : piénsese que el convenio y sus contratos derivados suprimen de raíz la mayor parte de la litigiosidad (incluida la labor relativa a requerimientos y restantes trámites previos a los procesos) que pudiera provenir no solo de la cuantificación de la deuda por el uso de las fijaciones musicales sino también de la obligación misma de satisfacer la remuneración, permitiendo a la entidad operar en su gestión con un conocimiento anticipado bastante aproximado de lo que constituirán sus ingresos regulares.

Dicho lo cual, este tribunal, aun consciente de la volubilidad inherente a este tipo de estimaciones, considera que, dentro del expresado gradiente "0,15 %-0,26 %" y a falta de pruebas adicionales, una magnitud ponderada y equitativa sería la representada por la tarifa del 0,20%, porcentaje que se sitúa en lugar intermedio entre ambas y que representa una diferencia al alza del 33,33 % respecto del tipo medio de convenio para

cinco años (el 0,154 % del periodo 2005-2009 en el convenio SECIES) y del 11,10 % respecto del tipo medio de convenio para 7 años (el 0,18014 % del periodo 2005-2011 en el convenio NAECE).

Por lo tanto, si tomamos como referencia, por su mayor perspectiva temporal, el convenio NAECE, que contempla una progresión de tramos que en los 7 primeros años culmina con el 0,26 % en 2011, la concreción del criterio estimativo que acaba de indicarse conduce a aplicar a cada tramo anual un incremento constante del 11,10 % sobre los porcentajes correspondientes a cada anualidad. Y ello nos conduce a establecer como progresión idónea y equitativa, siempre con el límite máximo del 0,26 % que es coherente con lo peticionado en la demanda, la siguiente escala: año 2005, el 0,129 %; año 2006, el 0,143 %; año 2007, el 0,175 %; año 2008, el 0,191 %; año 2009, el 0,216 %; año 2010, el 0,255 %; y año 2011 y sucesivos, el 0,260 %.

Por otra parte, no resulta atendible la pretensión de la apelante de que se imponga a CINE PALAFOX S.A. una condena al abono de intereses pues, como señala la tan reiterada S.T.S. de 18 de febrero de 2009, ".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".

NOVENO.- Estimándose en parte el recurso de apelación, no es procedente efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada de conformidad con el número 2 del Art. 398 de la L.E.C., y tampoco en relación con las causadas en la instancia precedente de acuerdo con lo previsto en el Art. 394-2 de la misma ley.

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

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda :

1.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de ARTISTAS, INTERPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTION DE ESPAÑA contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.

2.- En consecuencia, con estimación parcial de la demanda y con reconocimiento a la demandante A.I.E. del derecho de gestión respectivo, condenamos a CINE PALAFOX S.A. a satisfacer a aquella la cantidad que en ejecución de sentencia resulte de aplicar a los ingresos de taquilla obtenidos por dicha demandada desde el 1 de enero de 2005 hasta la fecha de interposición de la demanda, así como sobre los ingresos obtenidos o que obtenga con posterioridad mientras continúe ejerciendo la industria de exhibición cinematográfica, la siguiente progresión de porcentajes: año 2005, el 0,129 %; año 2006, el 0,143 %; año 2007, el 0,175 %; año 2008, el 0,191 %; año 2009, el 0,216 %; año 2010, el 0,255 %; y año 2011 y sucesivos, el 0,260 %.

3.- No efectuar especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en ninguna de las dos instancias.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.