

1.

DOS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE ENERO DE 2008

De nuevo sobre los televisores en las habitaciones hoteleras como actos de comunicación pública. Exigencia de equidad en las tarifas de las Entidades de Gestión

Comentario a cargo de:

MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ ANDRÉS
Abogado Socio Bird & Bird

SENTENCIAS DE 15 DE ENERO DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán

Asunto: el artículo 157.1.b) de la Ley de Propiedad Intelectual impone a las Entidades de Gestión de Derechos de Propiedad Intelectual, entre otras obligaciones, la consistente en «establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa».

Las dos Sentencias de Pleno objeto de análisis (Sentencias n° 1393/2008 y 1394/2008) siguen expresamente el criterio establecido en la Sentencia, también de Pleno, de 16 de abril de 2007, comentada en el Tomo I de la presente obra, y reiteran que la posibilidad de ver la televisión mediante receptores instalados en las habitaciones de establecimientos hoteleros constituye un acto de comunicación pública. Las Sentencias ahora analizadas consideran ajustado a Derecho que el importe de la remuneración correspondiente se determine, en defecto de acuerdo, mediante la aplicación de las tarifas generales de la Entidad de Gestión actuante, siempre que las mismas sean equitativas.

En las Sentencias n° 1393/2008 y 1394/2008 no se reconducen a la unidad criterios jurisprudenciales de la propia Sala Primera que estuvieran enfrentados, por lo que la razón de la avocación de la resolución de ambos asuntos por el Pleno ha tenido que ser necesariamente otra: muy probablemente, la implícita voluntad de

establecer de futuro un criterio unívoco en una cuestión compleja y de trascendentales repercusiones prácticas. Así ha venido a confirmarlo la Sentencia 59/2009, de 18 de febrero, dictada al cierre de estas páginas, que completa el presente comentario y que, previsiblemente, no será la única sobre la materia.

Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008

De nuevo sobre los televisores en las habitaciones hoteleras

MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ ANDRÉS
Abogado Socio Bird & Bird

Resumen de los hechos

Las Sentencias 1393/2008 y 1394/2008 ponen término a sendos procesos judiciales iniciados por la Entidad de Gestión de los Derechos de Propiedad Intelectual de los Productores Audiovisuales (EGEDA) frente a las compañías Balneario de Puente Viesgo S.A. y Aranzazu S.A. (anteriormente Carlton Moya S.A.), que comparten supuestos de hecho sustancialmente semejantes. Tanto en uno como en otro caso, la demanda de la Entidad de Gestión actora persigue la inmediata suspensión de las actividades de retransmisión de las obras y grabaciones audiovisuales que realizaba la respectiva demandada, la prohibición expresa de reanudar tales actividades, la declaración del derecho de la demandante a ser indemnizada y la condena, a cada una de las demandadas respectivas, al pago de una indemnización cuyo importe habría de fijarse en ejecución de Sentencia de acuerdo con las tarifas generales de la propia Entidad de Gestión conforme al número de habitaciones y apartamentos que hubieran estado ocupados durante el periodo en que se hubiera llevado a cabo la actividad ilícita, y la condena a la respectiva demandada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos, así como al pago de las costas del proceso.

Adviértase, respecto a la pretensión de resarcimiento, formulada con reserva de liquidación, que ambos procesos fueron iniciados en el año 1997, sustanciándose por los trámites del juicio declarativo ordinario de menor cuantía, y, por ende, sin que la actora tuviera que asumir la carga de cuantificar pretensiones que en Derecho vigente imponen, con carácter general, los artículos 253 y concordantes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Los recursos de apelación y casación se sustanciaron asimismo conforme a los trámites de Derecho anterior.

La suerte que corrieron demandas tan similares fue paradójicamente dispar. La dirigida contra Balneario de Puente Viesgo S.A. se vio coronada por el éxito íntegramente desde la primera instancia, que consideró que existía acto de co-

municación pública en la retransmisión de la señal a las habitaciones, siendo la decisión inicial confirmada en la alzada y ulteriormente en la Sentencia 1393/2008. Por el contrario, la formulada frente a Aranzazu S.A. fue desestimada con costas, unánimemente, en las instancias inferiores, al entender ambos órganos que no existía acto de comunicación pública. Por ello, al ser revocada la de apelación por la Sentencia 1394/2008, ésta se extiende con mayor detalle que la Sentencia 1393/2008 en la aplicación al caso de la doctrina contenida en la Sentencia de 16 de abril de 2007, comentada en el volumen I de la presente colección.

COMENTARIO

Sumario: 1. **Introducción.** 2. **La doctrina contenida en las Sentencias 1393/2008 y 1394/2008.** 2.1. Las tarifas generales como elemento sustitutivo del precio y su necesario carácter equitativo. 2.2. La cuestión de la legitimación activa. Recaudación y reparto. 3. **La posterior aplicación, por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, de las pautas interpretativas fijadas en sus Sentencias 1393/2008 y 1394/2008.** 4. **Bibliografía.**

1. Introducción

El análisis conjunto de las Sentencias que son objeto de estudio no se debe tanto a que ambas resuelvan de idéntica manera supuestos de hecho semejantes, ni a que reiteren, en lo esencial aunque con distinto grado de detalle, la doctrina sentada por el Pleno en la Sentencia de 16 de abril de 2007. Antes al contrario, viene determinado por la circunstancia de que ambas aborden la capital cuestión de la aplicación instrumental de las tarifas generales de las Entidades de Gestión para determinar el importe de las indemnizaciones que éstas reclaman en interés de los titulares cuyos derechos gestionan.

Es ésta una materia particularmente compleja, en la que inciden factores muy diferentes: una regulación legal antigua, que data de 1987 –no de 1996–, elaborada con carácter previo a la autorización de las actuales ocho Entidades de Gestión de Derechos de Propiedad Intelectual; un mecanismo de control de las tarifas basado en una única exigencia específica y de carácter meramente formal –su simple notificación al Ministerio de Cultura–; y, quizás por ello, una casuística caracterizada por la apertura, cada vez más frecuente, de un segundo frente junto al de los procesos iniciados por los titulares de derechos y sus gestoras: la aplicación del Derecho de la Competencia, en el que las tarifas, y los parámetros que las componen, desempeñan un papel protagonista a la hora de determinar si la Entidad de Gestión de turno –que de ordinario habrá tenido éxito al reclamar judicialmente la indemnización por los actos de explotación no autorizados– ha incurrido o no en prácticas anticoncurrenciales y, singularmente, en abuso de posición de dominio, si es que en las tarifas se viera, acaso, un mecanismo de imposición abusiva de precios.

Los límites de este comentario impiden entrar a analizar en detalle, con la exhaustividad a la que la materia invita, la problemática de las tarifas generales y, sobre todo, su fijación y aplicación, pero sí, cuando menos, el criterio que, sobre esta cuestión, sientan ambas Sentencias, así como su proyección en la Sentencia 59/2009, de 18 de febrero, dictada al cierre de estas páginas, que aplica por primera vez los criterios sentados en las Sentencias 1393/1998 y 1394/1998, confirmando la función de guía de la interpretación y aplicación que los Tribunales hayan de realizar en el futuro en tan controvertida materia.

2. La doctrina contenida en las Sentencias 1393/2008 y 1394/2008

2.1. Las tarifas generales como elemento sustitutivo del precio y su necesario carácter equitativo

Las Sentencias entroncan directamente con la doctrina constante y reiterada que el Tribunal Supremo ha venido estableciendo, con arreglo a la cual las tarifas generales de las Entidades de Gestión son un parámetro válido para cuantificar el importe de las indemnizaciones derivadas de los actos de explotación no consentidos, en defecto de acuerdo con el obligado al pago. Así venía sucediendo incluso desde antes de la entrada en vigor de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, como se refleja en la Sentencia de 18 de enero de 1990, que resolvió una controversia surgida entre SGAE y TVE antes de la entrada en vigor de dicha Ley.

Las Sentencias 1393/2008 y 1394/2008 tampoco aportan novedades relevantes respecto de la Sentencia, también de Pleno, de 16 de abril de 2007, salvo dejar expresamente indicado, en la Sentencia nº 1393/2008, que no siendo la posibilidad de ver la televisión en las habitaciones un servicio *de primera necesidad* para una explotación hotelera, la disyuntiva es clara: o se presta o no se presta tal servicio, pero, en el primer caso, el pago de los correspondientes derechos de Propiedad Intelectual es ineludible.

Por el contrario, lo verdaderamente novedoso es la expresión de que las tarifas que las Entidades de Gestión aplican deban atenerse a criterios equitativos; o, mejor dicho, el corolario que el Pleno extrae de tal aseveración: que, de no ajustarse a tales criterios, las tarifas no prevalecerán *sin más* frente a la oposición de los obligados al pago.

Y es que la cuestión se suscita respecto de actos de explotación en los que las tarifas generales de las entidades que gestionan derechos que, directa o indirectamente, se integran en el sector audiovisual –además de EGEDA (productores audiovisuales), protagonista en los procesos resueltos por ambas Sentencias, SGAE (autores), AGEDI (productores fonográficos), AIE (intérpretes musicales) y AISGE (actores)–, contempladas en su conjunto, han utilizado a lo

largo de los años criterios muy diversos para determinar el importe de la remuneración, en buena medida condicionados por los vaivenes jurisprudenciales acerca de la atribución o no del carácter de acto de comunicación pública a la posibilidad de ver televisión –o escuchar música– en las habitaciones, polémica que el Pleno de la Sala Primera vino a zanjar en su Sentencia de 16 de abril de 2007. Así, no es extraño observar que algunas Entidades de Gestión incluyan en sus tarifas como parámetro de cálculo la categoría de los hoteles (sus *estrellas*), o hayan incluido, en algún caso, el aforo o número de habitaciones de que dispusiera el establecimiento hotelero, prescindiendo del hecho de que las mismas estuvieran o no ocupadas; o combinaran tales elementos con el número de receptores situados en las zonas comunes del establecimiento, como mecanismo de autodefensa frente a la corriente jurisprudencial contraria a los derechos gestionados.

En los casos resueltos por las Sentencias comentadas, sin embargo, el criterio primordial que se utiliza es el del número de habitaciones ocupadas en cómputo diario, cuyo carácter equitativo ambas resoluciones sancionan sin ambages: en el caso de la primera de ellas, señalando la congruencia de tal posibilidad con el criterio general de ponderación de la equidad que se establece en el primer inciso del artículo 3.2 del Título Preliminar el Código Civil, añadiendo ambas, además, que *la invocación a la equidad no puede implicar que la fijación de la indemnización debida quede simplemente al arbitrio del Juez*, congruentemente con el principio general que, en tal sentido, establece el segundo inciso del citado artículo 3.2.

La doctrina jurisprudencial que fijan las Sentencias objeto de análisis posee una importancia primordial no sólo por el hecho de tratarse de resoluciones dictadas por el Pleno de la Sala Primera con vocación, por tanto, de sentar un criterio inequívoco de interpretación, que habrá de guiar la que realicen en el futuro los Tribunales inferiores, sino también por el hecho de que la regulación sustantiva a partir de la cual se construye la doctrina jurisprudencial presenta unas características singulares, que dificultan la tarea de aplicación de la norma.

En efecto, el Derecho vigente es particularmente exiguo, como lo demuestra el hecho de que las tarifas sean objeto de apenas un par de menciones en la regulación de las Entidades de Gestión. Además, la regulación legal de tales Entidades y, como ella, las aisladas referencias legales a las tarifas, fueron redactadas *ex ante*, con carácter previo a la autorización de siete de las ocho Entidades de Gestión de Derechos de Propiedad Intelectual existentes actualmente (todas, con la excepción más que centenaria de la SGAE, que tuvo que pasar por una necesaria reconversión de la naturaleza jurídico-pública que ostentaba en Derecho anterior), y no ha experimentado modificaciones relevantes, ni aun aclaraciones o armonizaciones gubernamentales al elaborarse el Texto Refundido en 1996, a excepción del tradicionalmente polémico artículo 150 en materia de legitimación de las Entidades de Gestión –que no alude a las tarifas–,

por lo que la experiencia acumulada durante más de veinte años de aplicación de dicha regulación no ha tenido reflejo en modificaciones legislativas, habiendo sido la hermenéutica jurisprudencial el único elemento dinamizador, dentro de los estrictos márgenes que impone la Ley, de dicha regulación.

Llama poderosamente la atención la petrificación de dicha normativa en cuanto se repara que la regulación de la Propiedad Intelectual, desde 1987, ha sido objeto de cinco modificaciones legales, todas, salvo la primera, al hilo de las novedades introducidas en el Ordenamiento por sendas Directivas comunitarias, que hubieron de ser refundidas mediante el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 13 de abril: la Ley 20/1992, de 7 de julio, de modificación de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual; la Ley 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 91/250/CEE, del Consejo, de 14 de mayo, sobre protección jurídica de programas de ordenador; la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CEE, del Consejo, de 19 de noviembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la Propiedad Intelectual; la Ley 27/1995, de 11 de octubre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/98/CEE, del Consejo, de 29 de octubre, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines; y la Ley 28/1995, de 11 de octubre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/83/CEE, del Consejo, de 27 de septiembre, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

Ninguna de las normas precedentemente enumeradas se utilizó para actualizar la regulación de las Entidades de Gestión, como tampoco se aprovechó para ello la trasposición de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo, sobre la protección jurídica de las bases de datos, mediante la Ley 5/1998, de 6 de marzo (que al introducir cinco artículos de nuevo cuño, los artículos 133 a 137, es la responsable del *baile* de números que se aprecia en algunos fragmentos aislados de las Sentencias comentadas).

La Disposición Final Segunda de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, limitó su innovación a la reforma de los preceptos procesales contenidos en la Ley de Propiedad Intelectual –no debía ser de otra manera–, entre los que figuraba el artículo 150 en materia de legitimación de Entidades de Gestión. Y, de análoga manera, la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de Propiedad Intelectual e Industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos Reglamentos comunitarios, y la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, tampoco se aprovecharon para actualizar el régimen jurídico de las Entidades de Gestión, pese a que se habían acumulado, ya entonces, las experiencias de casi diecinueve años de aplicación del régimen legal.

El carácter exiguo de la regulación material de las tarifas lo demuestra patentemente el hecho de que sólo dos preceptos legales se refieran a ellas, y ambos los mencionan expresamente las Sentencias analizadas: los artículos 157.1.b) y 159.3 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. El primero de ellos enumera, entre las obligaciones que deben cumplir las Entidades de Gestión, la consistente en *establecer tarifas generales por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa*. El segundo, por su parte, añade, en lo aquí pertinente, que *las Entidades de Gestión están obligadas a notificar al Ministerio de Cultura [...] las tarifas generales y sus modificaciones*.

2.2. La cuestión de la legitimación activa. Recaudación y reparto

El requisito de la equidad de las tarifas generales, aunque las Sentencias objeto de análisis no lo mencionan expresamente, habrá de extraerse necesariamente de la regla general del inciso inicial del artículo 3.2 del Título Preliminar del Código Civil y, de manera primordial, de la apelación que se efectúa en el artículo 157.1.b) de la Ley de Propiedad Intelectual al repertorio administrado por la Entidad de Gestión correspondiente, pues las reducciones a favor de entidades no lucrativas es puramente subjetiva y no resulta aplicable, por obvias razones, a los establecimientos hoteleros.

La Sentencia 1394/2008, con evidente error de concepto a mi juicio, menciona también en su fundamentación el artículo 122.3 de la Ley de Propiedad Intelectual. El error a que aludo resulta patente en dos fases sucesivas del razonamiento lógico que se contiene en la Sentencia.

En primer término, porque el artículo 122.3 se refiere a un derecho distinto al que constituye el objeto del proceso, pues dicha norma alude al derecho de remuneración –que no exclusivo o de autorización– que el apartado 2 del mismo precepto atribuye conjuntamente a los productores de grabaciones audiovisuales y a los artistas intérpretes o ejecutantes, respecto de determinados actos de comunicación pública, los mencionados en los apartados f) y g) del artículo 20.2 de la Ley de Propiedad Intelectual: los consistentes, respectivamente, en la retransmisión, por cualquier medio de los mencionados en los apartados anteriores de la norma (radiodifusión, satélite, cable o cualquier otro análogo e idóneo), y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida; y en la emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida.

En los casos resueltos por las Sentencias analizadas se plantea la efectividad, no ya de la indicada remuneración del artículo 122.2, sino la del derecho exclusivo del artículo 122.1, como lo demuestran las pretensiones ejercitadas en las demandas que dan origen a las respectivas actuaciones, amén del hecho de que sólo EGEDA (y no ésta conjuntamente con AIE y AISGE o mandatada por éstas) ocupa la posición procesal de parte demandante.

Acaso podrá objetarse que la apelación al artículo 122.3 en la fundamentación de las resoluciones mencionadas pudiera estar justificada técnicamente en una cierta suerte de aplicación analógica por tratarse, la indicada remuneración, de una figura tan próxima, incluso físicamente –en el mismo artículo–, a la norma que constituye *ratio decidendi* primordial.

A mi juicio tal analogía no es posible desde el momento en que se continúa el razonamiento lógico y se constata que las modalidades de ejercicio del derecho exclusivo del artículo 122.1 y de la remuneración del artículo 122.2 son no ya distintas sino ontológicamente opuestas e incompatibles. En efecto, el derecho exclusivo de autorizar o prohibir los actos de comunicación pública –en general– de grabaciones audiovisuales, que los productores ostentan al amparo del artículo 122.1 de la Ley de Propiedad Intelectual no obsta, en nada, a que cualquier productor ejercitara por sí mismo tal derecho, y dedujera las pretensiones que EGEDA, colectivamente, trató de hacer valer en las demandas que dan origen a ambas Sentencias. En cambio, si se lee bien el artículo 122.3 se constata que el mismo completa expresamente la regulación de la remuneración compartida prevista en el artículo 122.2 con dos menciones más que relevantes, a los presentes efectos: de un lado, califica tal remuneración como *equitativa y única*, y, de otro lado, señala que tal derecho *sólo puede hacerse efectivo a través de las Entidades de Gestión de los derechos de Propiedad Intelectual*.

La conclusión que se extrae es, en mi opinión, muy evidente: el derecho exclusivo del artículo 122.1 es susceptible de ejercicio individual, mientras que, por el contrario, la remuneración, por el doble motivo del carácter único de ésta y por el hecho de su ejercicio exclusivo y excluyente a través de las Entidades de Gestión autorizadas para ello, es de ejercicio colectivo obligatorio, lo que impide considerar jurídicamente correcta la invocación del artículo 122.3 que la Sentencia 1394/2008 efectúa, en su fundamentación, para justificar su respuesta en Derecho a pretensiones inequívocamente basadas en el derecho exclusivo del artículo 122.1.

Ello no obstante, si se ponen en conexión las Sentencias 1393/2008 y 1394/2008 con la anterior Sentencia de Pleno sobre la materia, dictada el 16 de abril de 2007, suscitan una cuestión incluso de mayor calado: las tres resuelven demandas de EGEDA fundadas en el derecho exclusivo del artículo 122.1 de la Ley de Propiedad Intelectual y, pese a ello, todas utilizan instrumentalmente en su fundamentación el concepto de retransmisión, que la Ley vincula al artículo 122.2 por la expresa remisión que en éste se efectúa al apartado f) del artículo 20.2. Por ello, una de dos: o lo que hacen los hoteles al conducir la señal de televisión a las habitaciones no es retransmisión en el sentido del artículo 20.2.f) sino simple *difusión*, en el significado con el que el artículo 20.1 utiliza esta expresión para delimitar el concepto de comunicación pública, al señalar que *no se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté conectado o integrado en una red de difusión de cualquier tipo*, y que conduce a considerar que hay comunicación pública en las habitacio-

nes de los hoteles por no ser éstas un *ámbito estrictamente doméstico*, o, por el contrario, si lo que los hoteles hacen es una retransmisión de la prevista en el artículo 20.2.f), en tal hipótesis las demandas que han dado origen a las Sentencias 1393/2008 y 1394/2008 no podrían haber prosperado en lo relativo a la condena al cese en la explotación *ilícita* (obsérvese que no se dice *no autorizada*), ni en lo concerniente a la prohibición de reanudarla, pues estarían ambas incursas en el ámbito de la remuneración del artículo 122.2, cuyo contenido no integra la facultad de autorizar o prohibir. Por no mencionar, adicionalmente que, en tales supuestos, por tratarse de una *remuneración equitativa y única*, conforme disponía el artículo 122.2 (y también, pues contenía idéntica norma, el artículo 108.3 pº 1), en su redacción anterior a la introducida por la Ley 23/2006, la demanda debería haber sido entablada por EGEDA conjuntamente con AISGE y AIE, al ser la indicada remuneración un derecho compartido con los artistas intérpretes o ejecutantes.

Evidentemente, el hecho de que de tales circunstancias no haya huellas de debate en ninguna de las dos Sentencias ahora comentadas, ni tampoco en la de 16 de abril de 2007, es demostración palmaria de que las menciones que las Sentencias 1393/2008 y 1394/2008 efectúan al concepto de *retransmisión*, y a su utilización instrumental por aquélla, han de interpretarse en el sentido de que las mismas no se corresponden con la acepción estricta que a este término atribuye el artículo 20.2.f). O eso, o que haya que entender implícitamente que los derechos exclusivo y de remuneración reconocidos en los apartados 1 y 2 del artículo 122 sean derechos compatibles y cumulativamente aplicables respecto de un mismo acto de explotación; interpretación, ésta, que contradice la propia esencia del sistema de los derechos de remuneración, siempre orientados a compensar equitativamente el perjuicio económico que, de determinados derechos de explotación, cuya realización los derechohabientes no pueden controlar (la reproducción para uso privado quizás sea el ejemplo más claro) y que por razones de política legislativa se estima inadecuado prohibir, de manera que la protección por equivalente que comportan los derechos de remuneración comience donde se extinga el derecho exclusivo del sujeto de Propiedad Intelectual; y ello por más que, en algunos casos en los que se suscita la duda de aplicar un derecho exclusivo o un derecho de remuneración sobre un determinado tipo de actos de explotación, no sea infrecuente en la práctica encontrar Entidades de Gestión que propugnen la aplicación acumulada de ambas, recurriendo luego a las más variadas filigranas al establecer sus tarifas generales para evitar objeciones a las mismas basadas en que tales Entidades tratan de *cobrar dos veces* por un mismo acto de explotación.

A mi juicio, la relación entre las normas contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 122 de la Ley de Propiedad es, al menos sobre el papel, clara: entre uno y otro existe relación de género a especie, de manera que la aplicación acumulada de ambos no es jurídicamente correcta. El apartado 1 se aplica a la generalidad de los actos de comunicación pública a excepción de dos: la retrans-

misión y la comunicación pública en lugar accesible al público, en los términos en que ambos actos de explotación aparecen definidos en el artículo 20.2, no sólo positivamente, en los subapartados f) y g), respectivamente, de dicho precepto, sino también negativamente, al ser delimitados respecto de otros actos típicos de comunicación pública cercanos a ellos y enumerados en los restantes apartados del precepto. Resulta desafortunada la alusión, que se efectúa en las Sentencias 1393/2008 y 1394/2008, al artículo 122.3 en sendos asuntos en los que ambas resoluciones consideran atendibles las tesis de la Entidad de Gestión actora basadas en el derecho exclusivo del artículo 122.1, y no en la remuneración del artículo 122.2.

Al margen de la cuestión relativa a la utilización instrumental del concepto de retransmisión en las Sentencias comentadas, y de la relación entre los dos primeros apartados del artículo 122 de la Ley de Propiedad Intelectual, el corolario final que se deriva de los razonamientos precedentemente expuestos es que va a ser el *repertorio*, y no otro, el concepto instrumental a utilizar necesariamente para poder evaluar el carácter, equitativo o no, de la tarifa aplicada, cuando se trata de determinar el importe de la indemnización a percibir como consecuencia de la infracción de un derecho susceptible de ejercicio individual. Sin embargo, las Sentencias comentadas no llegan, lamentablemente, tan lejos. Se detienen ambas en el hecho de que las tarifas de cuya aplicación al caso tratan son jurídicamente correctas en cuanto que utilizan, como criterio primordial para determinar el importe de la indemnización, el de los días de ocupación de las habitaciones disponibles, y no meramente el del aforo o cabida del establecimiento hotelero demandado en cada procedimiento.

De no ser cierto el anterior corolario, se produciría un fenómeno paradójico: si un productor audiovisual decidiera ejercitar por sí mismo el derecho reconocido en el artículo 122.1 de la Ley de Propiedad Intelectual, tal reclamación habría de ser atendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1162 del Código Civil, por cuanto el mismo establece de manera taxativa que *el pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviera constituida la obligación, o a otra autorizada para recibirla en su nombre*, posibilidad, ésta última, que intencionadamente excluyo de dicho planteamiento hipotético.

En todo caso, el hecho de que, por haberse iniciado los procesos resueltos por las Sentencias bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1880, la determinación del importe de la indemnización es tarea que queda reservada a la fase de ejecución y no deba abordarse en el plenario, siquiera para dejar establecidas las bases para el cálculo mediante una sencilla operación aritmética como sucedería en Derecho vigente, justifica en buena medida que las Sentencias no aborden esta cuestión, como hubiera sido por otra parte deseable cuando la auténtica novedad que ambas aportan es, precisamente, el análisis del carácter equitativo de las tarifas. Hubiera sido sencillo, en el contexto de la fundamentación de ambas resoluciones, y deseable por cuanto habría contribuido a simplificar notablemente su ejecución, que ambas se hubieran referido a la segunda di-

mención que es inherente al concepto de repertorio, como lo es el reparto de las cantidades recaudadas. Porque la tarea de las Entidades de Gestión no se completa con la mera percepción de la indemnización, sino con la distribución de la misma entre los titulares de los derechos en cuyo interés actúa.

El reparto, pese a ser elemento capital del sistema de gestión colectiva, es abordado únicamente en el actual artículo 154 de la Ley de Propiedad Intelectual, cuyo contenido permanece inalterado desde la Ley 22/1987 (allí numerado como artículo 139), señalando que el mismo deberá efectuarse *equitativamente entre los titulares de las obras o producciones utilizadas, con arreglo a un sistema predeterminado* [que no pormenorizadamente incluido] *en los Estatutos y que excluya la arbitrariedad*, completándose tal previsión con otra, contenida en el apartado 2 del mismo precepto: que *las Entidades de Gestión deberán reservar a los titulares una participación en los derechos recaudados proporcional a la utilización de sus obras*.

La apelación a la equidad pone de manifiesto el necesario vínculo entre recaudación y reparto que, de no existir cuando de derechos susceptibles de ejercicio individual se trata –en el caso de los derechos de ejercicio colectivo obligatorio el régimen es, en mi criterio, diferente, por las razones que más adelante se expresan–, acarrearía, desde la perspectiva del usuario, un pago indebido, por excesivo, que llevaría aparejada la consiguiente posibilidad de repetición frente a la Entidad de Gestión, fundada en los artículos 1895 a 1901 del Código Civil.

Ahora bien, la última previsión contenida en el actual artículo 154 evita interpretaciones rigoristas e interesadas que pudieran intentar extraerse del presente razonamiento, pues prevé expresamente que la Entidad de Gestión tenga que *reservar* a los derechohabientes una participación proporcional a la utilización de sus obras, entendido este término como sinónimo de objeto protegido por las normas de Propiedad Intelectual (no es un mandato legal cuyos destinatarios exclusivos sean los autores y sus Entidades de Gestión, en la actualidad SGAE, CEDRO, VEGAP y DAMA, y no las restantes).

Tal posibilidad de reserva es perfectamente congruente con los planteamientos procesales que, acerca de la legitimación de las Entidades de Gestión, se efectúan en la Sentencia 1393/2008. Ésta, reiterando criterios jurisprudenciales consolidados con anterioridad, considera que el artículo 150 de la Ley de Propiedad Intelectual establece a favor de las Entidades de Gestión una presunción *iuris tantum* de pertenencia a la misma de los titulares cuyos derechos están autorizadas a gestionar –y a reclamar en juicio–, y tasa los medios de prueba que se pueden utilizar para desvirtuarla, pues no cabe utilizar cualquiera que pudiera resultar en abstracto idóneo, sino sólo tres de ellos: *la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente*.

La enumeración de los medios de prueba aptos para destruir la presunción tuvo una génesis compleja, pues fue aportación del Gobierno al redactar

el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en ejercicio de las facultades de delegación legislativa que le confirieron las Cortes Generales con la máxima amplitud constitucionalmente admitida (no de mera refundición, sino también de aclaración y armonización), y no obtuvo carta de naturaleza de Ley formal hasta que la Disposición Final Segunda de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, le atribuyera el tenor hoy vigente, no sin antes ver prosperar diversos recursos contencioso-administrativos directos frente al Texto Refundido por no haber recabado el Gobierno, en la génesis del precepto, el informe del Consejo General del Poder Judicial, preceptivo y no vinculante atendida la naturaleza procesal del precepto.

Evidentemente, la interpretación puramente literal no es bastante –en puridad de técnica jurídica nunca, o si acaso rara vez, lo es– para precisar con el necesario grado de detalle los contornos concretos de la norma. En el caso presente, el elemento sistemático resulta fundamental para que cualquiera de los tres medios que recoge el tenor de la misma puedan resultar idóneos para destruir la presunción.

Así, a título puramente ilustrativo, *la falta de representación de la actora* sólo se aplicará al caso de los derechos susceptibles de ejercicio individual, en los cuales el demandado podrá apoyar, aunque sólo *prima facie*, por lo que seguidamente se indica, el que la demandante no haya sido autorizada para la gestión del derecho por el titular del mismo. *La autorización del titular del derecho exclusivo* hará improsperable la acción ejercitada cuando el demandado haya contratado directamente con –y obtenido la pertinente autorización del– titular del derecho exclusivo, susceptible de ejercicio individual (todos los exclusivos lo son, salvo el de retransmisión por cable internacional, entre diferentes Estados miembros de la Unión Europea, a que se refiere el artículo 20.4 de la Ley; cfr. su subapartado c), que establece el ejercicio colectivo obligatorio de tal derecho), relativa al acto de explotación respecto que constituya la base de las pretensiones que la demandante trate de hacer valer en el proceso. Y, finalmente, *el pago de la remuneración correspondiente* enervará, con carácter general, pretensiones encaminadas a percibir indemnizaciones derivadas de actos de explotación que ya han sido resarcidos, pero no resultará idóneo para detener acciones entabladas por Entidades de Gestión autorizadas para hacer valer derechos de ejercicio colectivo obligatorio, de cuyo poder de disposición priva la Ley al titular individual para revestir con él a la Entidad de Gestión, precisamente con la finalidad, tan implícita como evidente, de que lo ceda en las negociaciones con terceros, habida cuenta del desequilibrio económico –y, por ende, del muy diferente grado de libertad contractual– que preside las posiciones de las partes que negocian la realización de actos de explotación.

El hecho de que la primera de tales excepciones, *la falta de representación de la actora*, vaya directamente vinculada a una presunción *iuris tantum* es perfectamente congruente con el hecho de que el artículo 154.2 de la Ley prevea que *las Entidades de Gestión deberán reservar a los titulares una participación en los derechos*

recaudados proporcional a la utilización de sus obras. Sin tal presunción no se entendería el empleo de la expresión *reservar* cuando se predica de personas jurídicas que, por imperativo legal (cfr. art. 147 pº 2 actual), carecen de ánimo de lucro.

No se trata, en fin, de una reserva frente a la Entidad de Gestión, sino de una reserva a favor de los titulares de derechos que no estén de presente incorporados a la Entidad pero que hayan de incorporarse a ella. Porque no debe olvidarse que, aunque la regulación sustantiva no lo establezca de manera expresa, el principio general consolidado con la práctica seguida desde 1987, con la sola excepción de DAMA, es que las Entidades de Gestión ostenten una posición de monopolio de hecho en la gestión de los derechos, al menos a nivel nacional; y que el legislador no es ajeno al hecho de que, en muchos casos –la mayoría de los de las Entidades que gestionan derechos de personas físicas–, la afiliación a ellas de los titulares de derechos, y la declaración del repertorio de cada uno de ellos, comporta inevitables dilaciones, por lo que habrá de ser necesariamente en ejecución de sentencia donde se determine la proporción existente entre el conjunto de obras u objetos protegidos por los derechos que se ejercitan en el proceso y el repertorio gestionado, cuando se trate de gestionar derechos susceptibles de ejercicio individual.

Si se tiene en cuenta, además de lo expuesto, que el reparto es consustancial al mecanismo de la gestión colectiva, pues no basta con recaudar sino que hay que repartir lo recaudado, y que el reparto ha de estar basado en criterios de equidad, no se entiende fácilmente la mención, que se repite en las dos Sentencias analizadas aunque como mero *obiter dictum*, de apelar a *la insuperable dificultad probatoria sobre cuál fue realmente la programación televisiva de la cadenas captadas por los aparatos de televisión de cada habitación*, porque, aunque tal aseveración sea cierta en la fase de recaudación de los derechos (aunque cada vez menos, con la tecnología digital actual, pero no al tiempo de realizarse los actos que las Sentencias consideran ilícitos), no lo es en la fase de reparto, pues, si así fuera, ¿cómo podría efectuarse la distribución de las sumas obtenidas entre los titulares de derechos que, recuérdese, ha de ser por imperativo legal proporcional a la utilización de las obras?

La respuesta a esta cuestión está implícita en el artículo 154, y la práctica de las Entidades de Gestión viene a refrendarla: el hecho de que, conforme a aquél, el reparto haya de ser equitativo de manera que excluya la arbitrariedad y siendo proporcional a la utilización de las obras, ha obligado a las Entidades de Gestión a idear e invertir en sistemas más o menos imaginativos, todos ellos en alguna medida indirectos, habituales en el sector audiovisual para conocer de la manera más aproximada a la realidad, mediante la acumulación de indicios suficientes, el grado de utilización de las obras, producciones y actuaciones protegidas.

De manera nada sorprendente, dichos sistemas han tenido como campo de experimentación un acto de explotación distinto de la comunicación públi-

ca como es la reproducción de las obras, y, más concretamente, la compensación equitativa (en terminología legal actual, remuneración compensatoria en *nomen iuris* utilizado hasta la Ley 23/2006; nuevamente la equidad la trae el legislador, esta vez por imperativo comunitario, al primer plano) aneja al límite de la realización de copias para uso privado o, *canon por copia privada*, en terminología más generalizada socialmente, cuyo importe no podría repartirse sin acudir a medios estimativos indirectos de la utilización de las obras, pues es obvio que no puede establecerse objetivamente, de manera directa, qué obras, actuaciones o producciones son objeto de copia privada mediante la utilización de los aparatos y soportes sujetos a la indicada compensación equitativa.

A mi modo de ver, la adecuación a Derecho de tales sistemas indirectos no ofrece duda, siempre que cumplan el requisito de no incurrir en arbitrariedad y generar un reparto proporcional a la utilización de las obras. Y ello no sólo por la naturaleza de las cosas, sino también por un evidente argumento de Derecho: la proscripción de la arbitrariedad es un concepto acuñado en el Derecho público, constitucionalizado en los artículos 9.3 y concordantes de la Norma Fundamental, para someter a control y fiscalización jurídicos un ámbito concreto de la actividad de los poderes públicos y, en particular, de la Administración: los actos discrecionales que, frente a los actos reglados, ofrecen un margen más amplio para la actuación administrativa, con el fin de posibilitar una gestión más eficaz de los intereses generales de los que las Administraciones Públicas son portadoras, con arreglo a criterios de oportunidad. Que este concepto jurídico-público se traslade por esta vía al ámbito del Derecho Privado no es casual: el legislador de 1987 era consciente de que resultaba imprescindible dejar a las Entidades de Gestión, en este punto, un ámbito de actuación que les permitiera, dentro de los márgenes enumerados en el artículo 154, una cierta flexibilidad. La vinculación al criterio de la equidad al que se refieren las Sentencias 1393/2008 y 1394/2008 se aprecia, también, en este ámbito, si bien *praeter sententias*.

Las cuestiones últimamente apuntadas obedecen al criterio de delimitar negativamente la doctrina contenida en las Sentencias estudiadas. La problemática de las tarifas generales de las Entidades de Gestión es un fenómeno complejo, que ofrece facetas que, por los contornos singulares de las controversias específicamente planteadas en los casos resueltos por las Sentencias 1393/2008 y 1394/2008 no han sido abordados. Sin embargo, el hecho de que la práctica de la Sala Primera haya incorporado a su producción las Sentencias de Pleno, que constituyen la razón de ser de la presente colección, unido a la vigente regulación del recurso de casación y a la interpretación que la propia Sala hace de ella, como la rigurosa regulación del trámite de admisión, que ha de desembocar en una relevante limitación de los asuntos enjuiciados, seguramente habrán de conducir a criterios más exigentes en cuanto a la plenitud del análisis de las materias –no sólo de las cuestiones– planteadas en los asuntos que el Pleno resuelva. Máxime cuando la vocación de estas Sentencias es servir

de pauta y de orientación interpretativa en cuestiones en las que ha existido, o se prevé que puedan existir, interpretaciones contrapuestas entre los Tribunales inferiores, ya se trate de Audiencias Provinciales o de Tribunales Superiores de Justicia, de manera que las Sentencias de Pleno cumplan su finalidad cualificada de complementar el Ordenamiento.

El principio de seguridad jurídica se beneficiará de ello.

3. La posterior aplicación, por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, de las pautas interpretativas fijadas en sus Sentencias 1393/2008 y 1394/2008

El hecho de que las Sentencias 1393/1998 y 1394/1998, contrariamente a lo que su numeración pueda sugerir, hayan sido dictadas en fecha tan temprana como lo es el día 15 de enero de 1998, y no obstante versar ambas sobre materias tan específicas, ha determinado que la Sala Primera del Tribunal Supremo haya tenido oportunidad de aplicar su doctrina en al menos tres ocasiones, mediante sendas Sentencias deliberadas y votadas por seis de sus Magistrados, y no por el Pleno de la misma.

La primera fue en la Sentencia de 20 de julio de 2008, en la que la Sala, entre otras circunstancias, mantuvo el criterio expresado por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de 27 de julio de 2000, que consideró abuso de posición de dominio la imposición de unas tarifas no equitativas sin previa negociación por parte de las Entidades de Gestión concernidas: las mencionadas EGEDA, AISGE y AIE, también en un caso de comunicación pública en las habitaciones de hoteles.

La segunda ha sido en la muy reciente Sentencia 36/2009, de 26 de enero de 2009, que en un procedimiento de idéntica base iniciado por EGEDA frente a un establecimiento hotelero aplica expresamente la doctrina aquí analizada, así como la contenida en la Sentencia de 16 de abril de 2008.

Y, finalmente, en la recientísima Sentencia 59/2009, de 18 de febrero, de la que ha sido Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, Presidente de la Sala, en la que se pone término a una reclamación entablada por AIE y AISGE frente a GESTEVIÓN TELECINCO S.A., para hacer efectivo el derecho de remuneración equitativa y única que, por actos de comunicación pública distintos de los enumerados en los apartados f) y g) del artículo 20.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, correspondía a los artistas por actos de emisión o transmisión de grabaciones audiovisuales contenidas en la programación de la cadena de televisión demandada.

Aunque el acto de comunicación pública es diferente del analizado en las Sentencias 1393/2008 y 1394/2008, esta última Sentencia contiene, quizás por

este motivo, consideraciones nuevas acerca de las tarifas generales de las Entidades de Gestión.

En síntesis, el caso resuelto por esta Sentencia –de inusitada extensión– versaba sobre la efectividad de la remuneración citada, que a los artistas intérpretes o ejecutantes les reconoció el artículo 7.3 pº 2 de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, en vigor desde el 1 de enero de 1995, luego reconvertido en el artículo 108.3 pº 2 del Texto Refundido, y finalmente reenumerado como artículo 108.5 pº 2 del mismo cuerpo legal por la Ley 23/2006, de 7 de julio, que le dota de nueva y diferente redacción, sustituyendo el criterio de la unicidad de la remuneración por la determinación del importe de la misma mediante la aplicación de las tarifas generales aprobadas por la respectiva Entidad de Gestión. El derecho en cuestión está configurado como de gestión colectiva obligatoria desde su nacimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 7.3 de la Ley 43/1994, luego 108.4 en la redacción originaria del Texto Refundido y actualmente reenumerado como artículo 108.6 del mismo cuerpo legal, conforme a las modificaciones legislativas precedentemente descritas.

Por decirlo gráficamente, el derecho objeto de debate era paralelo al reconocido a los productores en el artículo 122.2 de la Ley, naciendo al decir de las actoras de los actos de comunicación pública en que consistían las emisiones de televisión realizadas por la demandada.

La tramitación del proceso fue resumidamente la siguiente: la demanda de las gestoras fue parcialmente estimada en primera instancia, siendo después confirmada en la apelación. Pendiente el recurso de casación interpuesto por GESTEVISIÓN TELECINCO S.A., ésta y AISGE alcanzaron un convenio transaccional, frente a la oposición de AIE, quien se basó para ello, sin éxito y entre otros argumentos, en el carácter único de la remuneración objeto de debate, quedando así ésta como apelada única.

La Sentencia de la Sala Primera, estimando parcialmente el recurso de casación interpuesto, lleva a cabo pronunciamientos de indiscutible interés, pioneros en el ámbito jurisprudencial, pero que aquí son colaterales, relacionados con el reconocimiento mismo de la existencia y efectividad de la remuneración y el carácter irrenunciable de ésta (cuestionados por la demandada por razón de la refundición efectuada por el Gobierno); el devengo de la remuneración como consecuencia del acto de comunicación pública independientemente de que la grabación comunicada públicamente hubiera sido producida por la propia demandada o por una productora independiente de ésta (se argüía, por la recurrente, que en el primer caso se incurría en un *doble pago* a los artistas: al contratarlos y al emitir); y la configuración legal del derecho como de gestión colectiva obligatoria, siendo el mismo por tanto irrenunciable para sus titulares e indisponible por contrato, por ser tal posibilidad incompatible con la gestión colectiva obligatoria.

Lo relevante, a los presentes efectos, es que la Sentencia 59/2009, de 18 de febrero, considera que:

- a) El cumplimiento del deber de notificar las tarifas generales al Ministerio de Cultura no basta para justificar la adecuación a Derecho de las mismas.
- b) La existencia de un periodo de negociación, por prolongado que sea, no justifica la aplicación de unas tarifas que no se ajusten a criterios de equidad. Las tarifas cuya aplicación se enjuiciaba consistían en un determinado porcentaje sobre los ingresos de explotación de la demandada, sin discriminar la fuente de procedencia de tales ingresos.
- c) La aplicación judicial de unas tarifas a quien no alcanza un acuerdo tras un periodo de negociación, tarifas que resultan más gravosas que las negociadas por competidores directos que sí alcanzaron tal acuerdo, no es jurídicamente correcta.
- d) Las tarifas generales deben fijarse de conformidad con la utilización del repertorio de la Entidad de Gestión que las establece, con arreglo a lo dispuesto en el actual artículo 157.1.b) de la Ley de Propiedad Intelectual, que declara infringido por la Sentencia recurrida al aceptar como conformes a derecho las tarifas consistentes en un porcentaje de los ingresos de explotación del obligado a su pago.

Con la urgencia que la publicación de este comentario suscita, me limito a dejar apuntados algunos de los frentes que los anteriores pronunciamientos dejan sin respuesta.

En primer término, un procedimiento de ejecución de Sentencia de extraordinaria complejidad, en el que habrán de ponderarse muy probablemente no sólo la extensión del repertorio sino otros factores diversos, como la intensidad del uso, pues no ha de ser lo mismo, buscando la justicia del caso concreto, el día y la hora en que se produzca el acto de comunicación pública, o los ingresos publicitarios que tales actos de comunicación pública generan. En el caso de la extensión del repertorio, no deberá olvidarse los pronunciamientos que, a efectos del artículo 150, se contienen en la Sentencia 1393/2008, si es que no se pretende limitar los efectos derivados de la presunción que, como la indicada Sentencia, y las que ésta cita, reconocen expresamente, al plenario, para luego obligar a las Entidades de Gestión a *sacar los contratos* que éstas tengan con cada uno de los artistas intérpretes o ejecutantes, por más que, por principio de proximidad probatoria, y en aplicación del artículo 217 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, pueda obligarse al obligado al pago a aportar prueba directa de su programación y de todos y cada uno de los intérpretes que han intervenido en las grabaciones audiovisuales que la componen (recuérdese lo indicado más arriba acerca de los sistemas indirectos con los que las Entidades de Gestión efectúan los repartos entre los titulares de derechos, ante la notoria imposibilidad actual de determinar la cuota correspondiente a cada uno de ellos). En definitiva, la Sentencia pone término a un proceso judicial para comenzar otro de igual o mayor complejidad.

En segundo lugar, llama poderosamente la atención la reducción de la función del Ministerio de Cultura a simple buzón receptor de las tarifas generales a la que esta última Sentencia reduce el papel de un organismo entre cuyas facultades figura, por imperativo expreso del artículo 159 de la Ley de Propiedad Intelectual, la obligación de *vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta Ley* y, entre ellas, la de notificar las tarifas que impone, a las Entidades de Gestión, el apartado 2 del mismo precepto. Evidentemente, semejante título supervisor no posee ni la amplitud ni la intensidad de efectos derivados de funciones administrativas generalizadas en otros ámbitos del Ordenamiento (piénsese en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria), pero no es menos cierto que el hecho de notificar unas tarifas y que el Ministerio de Cultura no cuestione nada acerca de las mismas durante no menos de diez años, según resulta de la fecha de interposición de la demanda, resulta contradictorio con los pronunciamientos de la Sentencia.

Y, en último término, de la Sentencia 59/2009, de 18 de febrero, y de la inacción del Ministerio de Cultura en este ámbito (crónica, pues en lo que este comentarista conoce, ni dicho Ministerio –ni ninguna Comunidad Autónoma con competencias en la materia; véase al respecto la Sentencia 196/1997, de 13 de noviembre, del Tribunal Constitucional– han cuestionado jamás la legalidad de tarifa alguna de ninguna Entidad de Gestión) se extrae un corolario difícilmente aceptable: que de lo que se trata es de resistirse numantamente a cualquier intento de pago voluntario porque, en el peor de los casos, siempre acabará uno pagando una cantidad análoga a la que otros hayan satisfecho, pues será difícil que las tarifas generales resulten, en tal hipótesis, equitativas, al no valorarse la resistencia al pago como una agravante. No debe olvidarse que, en el caso resuelto por la Sentencia, la apelante cuestionaba incluso la existencia misma del derecho objeto de debate. Se aproxima así, esta última Sentencia, a la interpretación que algunos Tribunales inferiores han venido dando tradicionalmente al mecanismo indemnizatorio del *royalty presunto* del artículo 140 de la Ley de Propiedad Intelectual, lo cual incentiva la infracción, pues mientras no sea demandado –y ejecutado– el infractor, la explotación le resulta gratuita y, cuando sea demandado, sólo podrá ser condenado a lo que habría pagado de haber realizado la explotación de manera paccionada.

Pero eso ya es otra historia.

4. Bibliografía

La bibliografía sobre las tarifas generales de Entidades de Gestión y su equidad es prácticamente inexistente. Puede citarse, con carácter general, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Tecnos, 3ª. Edición, Madrid, 2007.