

Id Cendoj: 06015370022010100244  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Badajoz  
Sección: 2  
Nº de Recurso: 179/2010  
Nº de Resolución: 245/2010  
Procedimiento: Recurso de apelación  
Ponente: FERNANDO PAUMARD COLLADO  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

MATERIAS NO ESPECIFICADAS

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

BADAJOZ

**SENTENCIA: 00245/2010**

SENTENCIA NUM: 245/2010

SEÑORES DEL TRIBUNAL

ILUSTRISIMOS SRES

PRESIDENTE

D.ISIDORO SÁNCHEZ UGENA.

MAGISTRADOS

D.CARLOS CARAPETO MÁRQUEZ DE PRADO

D.FERNANDO PAUMARD COLLADO.

En la ciudad de BADAJOZ, a tres de septiembre de dos mil diez.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de JUICIO VERBAL (D. DE RECTIFICACION) 0001309 /2009, seguidos en el JDO.DE 1A INSTANCIA N. 6 de BADAJOZ, RECURSO DE APELACION 0000179 /2010; seguidos entre partes, de una como recurrente/s D/Dª. Alejandro , representado/s por el/la Procurador/a D/Dª FEDERICO GARCIA-GALAN GONZALEZ, dirigido/s por el Letrado D. RAMON FERNANDEZ CALDERON, y de otra como recurrido/s D/Dª. S. GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (S.G.A.E.), representado/s por el/la Procurador/a D/Dª MARTA PILAR GERONA DEL CAMPO y dirigido/s por el/la Letrado/a D/ª MERCEDES LENA MARIN. Actúa como Ponente, el/la Iltrmo/a. Sr/Sra. D/ª D.FERNANDO PAUMARD COLLADO.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO .- Por el JDO.DE 1A INSTANCIA N. 6 de BADAJOZ, se dictó sentencia de fecha 23-12-09 , cuya parte dispositiva, dice: "FALLO: ".

Que estimando integramente la demanda interpuesta por el Procurador Gerona del Campo en nombre y representación de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), contra D. Alejandro , debo condenar y condeno a dicho demandado a que abone a la Sociedad actora, la suma de 2766,62 euros, más los intereses legales correspondientes, y, todo ello, con expresa imposición de las costas a la parte demandada.

SEGUNDO .- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandada el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el *art. 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil* ; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, habiéndose celebrado vista pública con práctica de prueba, quedó el procedimiento para votación y fallo.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Apoya el apelante -D. Alejandro - su recurso en una supuesta valoración errónea de la prueba, pues, en su opinión, a través de las pruebas desplegadas en el procedimiento habría quedado suficientemente demostrado que el apelante reproduce, en el local de su propiedad, Pub " Discoli", de Fregenal de la Sierra, obras de la llamada " música libre", o sea, música descargada de "Internet" de autores, que autorizan su acceso libre y por ello, está fuera del repertorio protegido o representado por la Sociedad General de Autores de España( SGAE). Igualmente, a través de aquellas mismas pruebas, dice el recurrente, se ha demostrado que el recurrente difunde en su local, obras musicales mediante sistemas de derechos de autor libres, con amparo en licencias conocidas como " creative commons" o mediante sistemas de derechos de autor libres ( "copyleft")-

En conclusión, dice el recurrente, se ha acreditado o de los motivos que el *art. 150. del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual* exige para fundamentar la oposición del demandado: " el demandado sólo podrá fundar su oposición, en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente".

SEGUNDO.- El recurso que se examina tiene, necesariamente, que prosperar porque, si bien es cierto que existe la presunción de que llevándose a cabo, en el establecimiento de la demanda, la difusión de obras de contenido musical, además como un servicio esencial e prestación a sus clientes, dada la amplitud de repertorio de obras musicales gestionado por la demandante SGAE, de partida es dable el establecimiento de una presunción " iuri tantum" de realización de actos de comunicación pública de la obra protegida en el local de la parte demandada, incumbiendo a ésta la prueba de la no utilización de las obras musicales del repertorio de la actora; igualmente, la mera existencia e un aparato de televisión o de una radio o equipo de música en un establecimiento abierto al público , como un servicio más que se presta a la clientela, genera una presunción " iuris tantum" de utilización de los mismos de forma habitual y a todo evento, con la consiguiente posibilidad de ejecución de actos de comunicación pública de obras gestionadas por la SGAE y objeto de propiedad intelectual; correspondiendo a la demanda la carga de probar que no explota derechos de autor o que los que explota no están gestionados por la actora o que está pagando por dicha utilización a un particular o a otra entidad de gestión, para entonces, destruida la presunción verse cumplida la actora a probar que en el local en cuestión se alcanza efectivamente a reproducir obras musicales integrantes de su repertorio (ss. A.PI Pontevedra, 21.1.2010;28-12-2008; Lugo 18-12-2009)).

Pues bien, en el supuesto que es hoy objeto de apelación, el demandado, aduce en defensa de su tesis, que , en su local, sólo reproduce música libre o independiente por medio del empleo de música " copyleft", colgada en la red a través de descarga en Internet, con licencia " Creative common"; y tales argumento, debidamente acreditados mediante la protección de grabaciones musicales (cd's) de música sobre de autores cuya reproducción está autorizada libremente y mediante la aportación de un "pendrive" done aparecen reflejados en multitud de archivos musicales obras musicales con la licencia de " crative commons", cuyos autores permiten y autorizan la descarga libre en Internet de sus composiciones; es decir, se ha demostrado que ,en el local se reproduce, únicamente, música que no forma parte del repertorio representado y protegido por la SGAE.

Vemos, así pues, cómo aquella presunción legal de que viene asistida la SGAE ha sido desvirtuada por prueba en contrario. Y es que, en efecto, si bien hasta ahora, la mayor parte de la jurisprudencia ha venido sosteniendo que una vez acreditada la existencia de los aparatos reproductores existe un hecho base suficiente para presumir que hay comunicación pública, cuya presunción determina una necesaria inversión de la carga de la prueba, pudiendo desvirtuarse la presunción si el demandado creía que las obras musicales objeto de comunicación pública no forman parte del repertorio gestionado por la actora siendo, por el contrario, autores que no han encomendado a dicha entidad la gestión de sus derechos de propiedad intelectual sobre sus obras y si bien hasta fechas muy recientes, esta posibilidad de desvirtuar la presunción se tornaba ciertamente difícil, en los últimos tiempos está alcanzando cierto auge el movimiento denominado " música libre" fenómeno que ha originado la concurrencia o coexistencia de diferentes

módulos de difusión de contenidos en relación con las nuevas posibilidades ofrecidas por la tecnología.

De lo actuado en este procedimiento - sobre todo tras el examen del " pendrive" incorporado como prueba practicada en la segunda instancia-, si bien es cierto que no puede desprenderse que haya quedado rotundamente probado que todas y cada una de las obras musicales que se comunican públicamente en el establecimiento del apelante fueran temas originales cedidos gratuitamente por sus autores a través de licencias "Creative Commons" o similares, (pues exigir dicha prueba, como ya dijo la S.A.P. San Sebastián de 28-7-2009; sería una prueba diabólica ) no puede ignorarse que la discusión se centra en si el apelante ha usado música procedente de autores que tienen confiada la gestión de sus derechos a la SGAE, pero lo que sí se ha demostrado es que la apelante dispone de medios personales y capacidad técnica para acceder " a música libre"y, por ello, destruida la presunción que amparaba a la actora, correspondía a ésta acreditar que en el local del demandado se reproduce música gestionada por la actora.

En este sentido, se debe poner de manifiesto que los Cd's aportados, como prueba, durante la primera instancia, que recojen la música que se reproduce en el local , no corresponden con los Cd's habituales de música comercial; que la filosofía del local no se corresponde, tampoco con locales de música comercial, como la gestionada por la SGAE ( Asi lo revela la testifical de Rogelio , cliente habitual), como lo demuestra el listado de autores cuya música reproducen el local (folios 84 al 87) y los archivos musicales almacenados en el pendrive correspondientes a autores bajo licencia " Creative Commons" que permiten la descarga libre de sus obras a través de portales como [www.jamendo.com](http://www.jamendo.com).

TERCERO.- La estimación del recurso conlleva la revocación de la Sentencia de instancia y, en consecuencia, la desestimación de la demanda rectora de la litis y la imposición de las costas de la primera instancia a la demandante (*art. 394 LEC*), sin que haya lugar a pronunciamiento sobre las costas del recurso (*art. 398 LEC*).

Vistos los artículos citados y demás normas de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española y en nombre de SM. el Rey,

#### **FALLAMOS :**

QUE ESTIMANDO, COMO ESTIMAMOS, el recurso de apelación deducido por la representación procesal de D. Alejandro , contra la sentencia nº 232/09, de 23 de diciembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Badajoz nº 6 , en el juicio verbal nº 1309/09 DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS INTEGRAMENTE, dicha resolución y, en su consecuencia, con desestimación de la demanda rectora de la litis DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al mencionado Sr. Alejandro de las pretensiones contra él deducidas por la Sociedad General de Autores y Editores, a la que se imponen las costas de la primera instancia, sin declaración sobre costas de esta apelación.

Contra la presente resolución no cabe interponer ulterior recurso.

Así, por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La pongo yo, el Secretario Judicial, para hacer constar que la sentencia de fecha 3-9-10 , es entregada en este órgano judicial, uniéndose el original al legajo correspondiente para su posterior encuadernación, y registrándose en el libro de Sentencias y Autos definitivos, con el nº 245/10 que por orden correlativo, según su fecha de publicación, le ha correspondido. La presente Sentencia es pública. Doy fe.-

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.