

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2008  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## **Derecho de remuneración por copia privada. Naturaleza jurídica.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª

**FECHA:** 4-5-2007

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Civil)

**FUENTE:** Texto del fallo a través del Portal del Consejo General del Poder Judicial de España, por <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>

**OTROS DATOS:** Sentencia 246/2007

### **SUMARIO:**

*“... el derecho previsto en el artículo 25 del TRLPI <sup>1</sup> tiene pleno sentido como compensación por lo que dejan de percibir los autores por la reproducción para uso privado de sus obras. No es una exacción pseudofiscal y su finalidad última es controlar de algún modo, sin impedirlo, el fenómeno de la copia privada, de manera que no se restrinja, con interpretaciones más rígidas de la extensión del derecho de autor, el acceso de los ciudadanos a los bienes culturales. Por lo tanto no hay razón para suscitar dudas fundadas sobre la constitucionalidad de dicho canon, pues tiene un fundamento racional y legítimo, aunque es cierto que no era el único de los sistemas posibles de entre los que el legislador pudo adoptar para compensar a los autores”.*

*“El artículo 25 del TRLPI se proyecta sobre aquéllos que ponen en el mercado a disposición del público la posibilidad de «copiar», pero el copista privado no es el sujeto del canon del artículo 25 y la posibilidad de repercusión solo supone una ínfima contribución al coste de la remuneración del artículo 25, ya que por el juego de la competencia el precio de los productos no aumenta de forma proporcional al canon que abonan fabricantes y distribuidores”.*

*“La remuneración compensatoria por copia privada a que alude el mentado precepto y en que se funda la demanda es del siguiente tenor:*

*«1. La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, ideogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una compensación equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en el párrafo b) del apartado 4, dirigida a compensar los derechos*

---

<sup>1</sup> Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española, nota del compilador.

*de propiedad intelectual que se dejaran de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes.*

*2. Esa compensación se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera de éste para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio»”.*

*Ha quedado probado en autos que los CD DATA o informáticos son hábiles para la reproducción de música como un CD de Audio porque sólo se distinguen en la estructura de la información que almacena y reproduce, aunque las características externas sean las mismas. De otro lado, la posibilidad de convertir la obra musical en formato digital, y su puesta a disposición en redes de comunicación, ha generado una nueva forma de explotación de las creaciones musicales cuyos límites y repercusiones son imprecisos y que consiste en la comunicación pública de la obra musical, que en el caso de copias privadas a través de los distintos formatos quedan sometidos a esta Ley porque son «idóneos» a los fines pretendidos, e «idóneo» conforme al Diccionario de la RAE, es «Adecuado y apropiado para algo», en el caso para grabar fonogramas. Es más, la parte demandada ha reconocido que efectuaba autoliquidaciones sobre CD de audio, y si es así no se entiende porque no lo reconoce respecto de los data pues aunque está pensado para reproducir «datos informáticos» ello no es obstáculo para que efectivamente el usuario lo puede utilizar como de audio, y en este sentido es "idóneo", es apto, para ello”.*

*“La Exposición de Motivos Ley 23/2006, de 7 de Julio reformó tal precepto con las siguientes consideraciones que sirven de pauta interpretativa para lo que diremos a continuación: «Los derechos armonizados son los patrimoniales de reproducción, distribución y comunicación pública. Las modificaciones que se introducen en nuestra legislación en relación con dichos derechos van dirigidas a mencionar de forma expresa o a aclarar lo que ya se entendía implícito en ella. Otra de las novedades más importantes es la nueva regulación del régimen de copia privada en la que se han intentado mantener los principios ya asentados en nuestro ordenamiento que originan la debida compensación que los fabricantes e importadores de equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para reproducir obras protegidas deben pagar a los autores y demás titulares de derechos de propiedad intelectual. Esta nueva regulación responde a la necesidad de armonizar los intereses tanto de los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados por la limitación de copia privada, establecida en el art. 31.2 de la ley, como de los distribuidores de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación por copia privada, y trata de establecer un marco equilibrado que constituya un régimen en beneficio de todos los agentes afectados y adecuado a las nuevas realidades sociales y tecnológicas de la sociedad de la información. La reforma del régimen de copia privada introduce las debidas diferencias entre el entorno analógico y el digital, ya que la copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico. Así, se establece un régimen jurídico con la flexibilidad suficiente para adecuarse debidamente a la realidad tecnológica en constante evolución. Por ello, a partir de la entrada en vigor de esta ley, el apartado 5 del vigente art. 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual sólo será de aplicación a los equipos, aparatos y soportes materiales analógicos» (Para los digitales se habilita el número 6)”.*

*“De esta Exposición de Motivos se concluye una interpretación auténtica del legislador en el sentido de que viene a clarificar algunas dudas que se venían suscitando y viene a responder además, al avance tecnológico que, como no podía ser de otro modo, va por delante del legislativo. Es lo cierto, que como indica el juzgador a quo, se introduce un apartado 6 en el que se contempla el canon a pagar por los soportes de reproducción digitales, y en el 5 ya se contenían los analógicos y es en este sentido donde concluimos con la AP de Barcelona en SAP de 20 de julio de 2005 que «CDR es un soporte que permite registrar y almacenar en su superficie, con gran capacidad, cualquier información representada en código binario, desde un grabador integrado dependiente de un ordenador, y hacerla perceptible a los sentidos mediante su visualización o audición de forma reiterada. Dentro del género caben diversas especies. El CDR Data o Informático se diferencia del CDR Audio en la estructura de la información que almacena y reproduce, aunque las características externas sean las mismas. El CD informático no está excluido del régimen de remuneración por copia privada en el artículo 25.1 del Texto refundido (que extiende su previsión a otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales) ni en las normas a que se remite el apartado 23 del mismo precepto, pese a las particularidades que ofrece el fenómeno digital, a las posibilidades técnicas de control que tolera y a la aptitud del soporte para ser utilizado en actividades que no necesariamente encajan en el concepto de reproducción de obras divulgadas. En todo caso, posibilita esa reproducción para uso privado del copista sin hacer necesaria la autorización del autor (artículo 31.2 del Texto refundido) y ello basta para justificar la compensación económica de que se trata, en beneficio y a cargo de las personas que menciona el artículo 25»”.*

*“La circunstancia de que este tipo de soporte admita otros usos no protegidos (del ámbito estrictamente privado, doméstico o personal) no excluye la aplicación del precepto del mismo modo que en cualquier otro tipo de soporte (p.ej. TV) cabe le emisión de obras, material o espacios protegidas por la Ley de P.I. y otros que no, sin que por ello se deje de pagar el canon cuando de comunicación pública se trata. Es más, siendo aptos o idóneos un tipo y otro de CD, no existe excusa para la no sujeción al pago del canon, por más que unos sean más adecuados que otros, porque la Ley emplea el término idoneidad, que no el comparativo «más idóneo o más apto» como pretende el recurrente”.*

## **TEXTO COMPLETO:**

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Mercantil No. 2 DE PONTEVEDRA, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

*“Que estimo parcialmente la demanda deducida por la representación procesal de ASOCIACION DE GESTION DE DERECHOS INTELLECTUALES (AGEDI), ASOCIACION DE ARTISTAS, INTERPRETES O EJECUTANTES SOCIEDAD DE GESTION DE ESPAÑA, (AIE), y SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE), y en consecuencia, condeno a la demandada, INFORMATICA*

*CANGAS, S.L. a abonar a la actora la suma de 144.675 euros (ciento cuarenta y cuatro mil seiscientos setenta y cinco euros) que*

*devengarán el interés legal desde la fecha de la reclamación judicial. Condeno a la demandada a facilitar a las actoras los datos y documentación necesarios para comprobar el efectivo cumplimiento de la obligación legal y, en especial, la siguiente: a) libro oficial de inventarios y cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2000 a 2005; b) balance de sumas y saldos al cierre de cada ejercicio sujeto a revisión; c) la totalidad de las facturas de importaciones y adquisiciones intracomunitarias con el fin de obtener los artículos sujetos, y el mayor de las cuentas de*

compras; y d) la totalidad de las facturas de compra de aquellos proveedores nacionales previamente seleccionados a partir de los balances de la sociedad; con desestimación del resto de pretensiones formuladas. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y la mitad de las comunes."

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por la parte demandada Informática Cangas S.L. se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día 3 de mayo de 2.007 para la deliberación de este recurso.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

### **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.-** En virtud del precedente Recurso por Informática Cangas, S.L. se pretende la revocación de la Sentencia dictada en el Juicio Ordinario No. 93/06 por el Juzgado de lo Mercantil No. 2 de esta ciudad que estimó la pretensión actora sobre reclamación de cantidad fundada en los derechos de la propiedad intelectual que contempla el art. 25 de la LPI que se dejaron de percibir en el año 2004 como consecuencia de la reproducción realizada para uso privado de obras divulgadas en la forma y soportes comercializados por la demandada ( cuyo objeto social era el comercio al por menor de aparatos de informática y oficina, así como sus repuestos, accesorios y consumibles), así como reclamaba su facultada para ejercer el control del cumplimiento efectivo del derecho, mediante la comprobación de datos y documentos contables necesarios a tal fin.

Aduce la recurrente que concurre falta de legitimación pasiva, que no se atendió a su pretensión de intervención provocada con la llamada al pleito como interesados los responsables solidarios con el demandado a los efectos del Art.14 de la LEC . Que el soporte que comercializan no está sujeto al abono del canon, y siendo así que en su caso la tarifa debe ser más reducida que la reclamada por la parte actora.

No debe prestarse ni someterse al control documental pretendido.

**SEGUNDO.-** Intervención provocada.

Habrà de comenzarse por el análisis de la impugnación de la Sentencia que formula la condenada única, toda vez, que de ser acogido, ello implicaría la reposición de las actuaciones y la necesidad de emplazamiento por la vía de la intervención provocada del art. 14.2 de la LEC que se ha desestimado en la instancia, si bien no habiendo seguido el trámite previsto en el mencionado precepto, pero que sí ha sido resuelto en la Audiencia Previa.

En primer lugar conviene precisar que aún cuando la mercantil demandada renunció en el acto de la Audiencia previa a la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario con cita del art. 25 de la LPI que atribuye la condición de deudores y responsables solidarios del pago de la remuneración reclamada en virtud de estos autos a los distribuidores, minoristas, sucesivos adquirentes de esos equipos, materiales o aparatos, salvo que acrediten haber satisfecho a aquéllos la remuneración, es lo cierto que debemos volver sobre ella como presupuesto de la solicitud de intervención provocada de los mismos, que se mantiene en la segunda instancia. Ello es así porque la apelante confunde la "solidaridad legal" del art. 25 de la LEC con la llamada necesaria al proceso cuando se invoca la intervención provocada del art. 14.2 de la LEC.

La figura del litisconsorcio necesario, de creación jurisprudencial y apreciable de oficio, se produce como consecuencia del fenómeno de la pluralidad de partes cuya presencia es exigida, tanto por razones de método y economía procesal, como cuando dada la relación jurídica material, se hace necesaria la intervención en el proceso, como demandantes o demandados, de todas aquellas personas físicas o jurídicas, que puedan ser afectadas por la resolución que haya de poner fin al litigio, y ello, para mantener incólumes los principios de derecho que preconizan que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en el pleito, y el de la santidad de la cosa juzgada, evitando la posibilidad de sentencias

*contradictorias en un mismo asunto (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1986, 11 de noviembre de 1988, 11 de diciembre de 1990, 7 de enero de 1992, y 30 de enero de 1993).*

*Puede estimarse el litisconsorcio pasivo necesario no sólo en el supuesto de que las personas no llamadas al proceso intervinieran en la misma relación jurídica, sino que es suficiente que aún sin haber intervenido en la misma relación tengan un interés directo legítimo que pueda ser perjudicado por una resolución recaída en el proceso en que no han sido oídos con la consiguiente conculcación del principio de bilateralidad de la audiencia y la posibilidad de que después se siguiera otro proceso contra los ahora no demandados cuya resolución final podría ser contradictoria con la recaída en el proceso anterior, es igualmente doctrina reiterada ( Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1988, de 6 de abril, y Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 11 de junio de 1991, 9 de junio de 1992, y 1 de abril de 2004); se hace innecesario dirigir la demanda contra terceros, cuando los efectos de la resolución que se dicte produzca en aquéllos efectos meramente indirectos o reflejos, pues si los efectos hacia el tercero se producen con carácter reflejo, por una simple conexión, o porque la relación material le afecta simplemente con carácter prejudicial, su posible intervención en el litigio no es de índole necesaria, pudiendo no obstante ese tercero intervenir en el proceso como coadyuvante.*

*Mientras tanto el art. 1144 del C. Civil permite sostener que donde hay solidaridad no hay litisconsorcio de modo que la demandante puede elegir contra quien o quienes interpone su demanda, y la sentencia que en su día se dicte no podrá ejecutarse contra los deudores solidarios y en este sentido no les podrá afectar.*

*Por su parte, mediante esta figura de la intervención provocada una parte llama a un tercero cuyo derecho es común o al que pueden extenderse los efectos de la sentencia, para que intervenga en el proceso coadyuvando al éxito de la contestación. Ahora bien, mientras las posibilidades de intervención adhesiva pueden ser muy diversas, los*

*supuestos de intervención provocada ESTÁN TASADOS, previstos en la ley, y no en la procesal, sino en las normas de derecho sustantivo. Por consiguiente, las partes no son libres para provocar la entrada en el proceso de cualquier persona y en cualquier supuesto, sino sólo en aquéllos casos de expresa previsión legal. Así lo establece el Art. 14 de la LEC: "en caso de que la ley permita que el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso...", de manera que si no existe una previsión legal concreta -material o sustantiva- que permita la intervención, no es posible acceder a la petición, lo que deja fuera de la institución supuestos tales como el del artículo 1.145 del Código Civil para las obligaciones solidarias, el de la llamada del deudor principal por el fiador de los artículos 1830 y 1843 CC o los recogidos en los artículos 511 y 1559 CC, y todo ello sin perjuicio de que los terceros puedan solicitar, si les conviene, su intervención al amparo del artículo 13.*

*Los supuestos de intervención provocada más comunes son así, la del Art. 1084 del C. Civil en relación a los coherederos, la llamada en garantía de un tercero que debe garantizar al que le llama los resultados del mismo de los Art. 1475 y ss del mismo texto legal; la *laudatio actoris* del que detenta la posesión inmediata de la cosa que es demandado en relación a la propiedad o posesión llama al propietario para que intervenga en el proceso para defender sus derechos ( Art. 511 o 1559 del C. Civil); llamada al tercero pretendiente previsto en el Art. 1176-2 del Código sustantivo. Ninguna llamada existe similar a las indicadas en la Ley de Propiedad Intelectual.*

*En conclusión, que la LEC no regula supuestos concretos de intervención provocada sino que lo que hace es remitirse a los supuestos en que venga permitido por la ley y la LPI no lo contempla en la acción indemnizatoria vía art. 25 de la LPI que se ejercita sin que pueda confundirse la posible solidaridad en la deuda con la necesidad de intervención, de la manera que menos dejado indicado.*

*El primer motivo de recurso decae.*

**TERCERO.-** CD Data como soporte idóneo para devengar el canon compensatorio por copia privada.

Se ejercitaba por la parte actora la acción destinada al cobro del canon de copia privada previsto en el art. 25 de la LPI correspondiente al soporte CD-R DATA porque con la evolución tecnológica se convirtieron en soportes aptos para la grabación de obras musicales a partir de fonogramas y de música en formato digital, actuación esta que se ha popularizado y que es más económica que con el empleo de los llamados CD de audio exclusivamente.

Se argumentaba en la contestación a la demanda, y se reproduce en esta alzada que el CD-DATA no es un soporte idóneo para grabaciones o reproducciones cuyo uso origina el derecho al cobro del canon por la sociedad de gestión actora, esta situación solo la genera el CD-R para música, cosa distinta es que la evolución de la tecnología también permita la grabación de material protegido por la LPI, pero eso es algo que escapa a la demandada que no puede controlar el uso que se ha hecho de tales instrumentos. Es más la LPI no amparaba la reclamación de este canon y los supuestos que contemplaba eran *numerus clausus*.

Debemos recordar que el derecho previsto en el artículo 25 del TRLPI tiene pleno sentido como compensación por lo que dejan de percibir los autores por la reproducción para uso privado de sus obras.

No es una exacción pseudofiscal y su finalidad última es controlar de algún modo, sin impedirlo, el fenómeno de la copia privada, de manera que no se restrinja, con interpretaciones más rígidas de la extensión del derecho de autor, el acceso de los ciudadanos a los bienes culturales. Por lo tanto no hay razón para suscitar dudas fundadas sobre la constitucionalidad de dicho canon, pues tiene un fundamento racional y legítimo, aunque es cierto que no era el único de los sistemas posibles de entre los que el legislador pudo adoptar para compensar a los autores.

El artículo 25 del TRLPI se proyecta sobre aquéllos que ponen en el mercado a disposición del público la posibilidad de

"copiar", pero el copista privado no es el sujeto del canon del artículo 25 y la posibilidad de repercusión solo supone una ínfima contribución al coste de la remuneración del artículo 25, ya que por el juego de la competencia el precio de los productos no aumenta de forma proporcional al canon que abonan fabricantes y distribuidores.

La remuneración compensatoria por copia privada a que alude el mentado precepto y en que se funda la demanda es del siguiente tenor:

"1. La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, ideogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una compensación equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en el párrafo b) del apartado 4, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaron de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes.

2. Esa compensación se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera de éste para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio."

Ha quedado probado en autos que los CD DATA o informáticos son hábiles para la reproducción de música como un CD de Audio porque sólo se distinguen en la estructura de la información que almacena y reproduce, aunque las características externas sean las mismas. De otro lado, la posibilidad de convertir la obra musical en formato digital, y su puesta a disposición en redes de comunicación, ha generado una nueva forma de explotación de las creaciones musicales cuyos límites y repercusiones son imprecisos y que consiste en la comunicación pública de la obra musical,

que en el caso de copias privadas a través de los distintos formatos quedan sometidos a esta Ley porque son "idóneos" a los fines pretendidos, e "idóneo" conforme al Diccionario de la RAE, es "Adecuado y apropiado para algo", en el caso para grabar fonogramas. Es más, la parte demandada ha reconocido que efectuaba autoliquidaciones sobre CD de audio, y si es así no se entiende porque no lo reconoce respecto de los data pues aunque está pensado para reproducir "datos informáticos" ello no es obstáculo para que efectivamente el usuario lo puede utilizar como de audio, y en este sentido es "idóneo", es apto, para ello.

La Exposición de Motivos Ley 23/2006, de 7 de Julio reformó tal precepto con las siguientes consideraciones que sirven de pauta interpretativa para lo que diremos a continuación: "Los derechos armonizados son los patrimoniales de reproducción, distribución y comunicación pública. Las modificaciones que se introducen en nuestra legislación en relación con dichos derechos van dirigidas a mencionar de forma expresa o a aclarar lo que ya se entendía implícito en ella.

Otra de las novedades más importantes es la nueva regulación del régimen de copia privada en la que se han intentado mantener los principios ya asentados en nuestro ordenamiento que originan la debida compensación que los fabricantes e importadores de equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para reproducir obras protegidas deben pagar a los autores y demás titulares de derechos de propiedad intelectual.

Esta nueva regulación responde a la necesidad de armonizar los intereses tanto de los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados por la limitación de copia privada, establecida en el art. 31.2 de la ley, como de los distribuidores de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación por copia privada, y trata de establecer un marco equilibrado que constituya un régimen en beneficio de todos los agentes afectados y adecuado a las nuevas realidades sociales y tecnológicas de la sociedad de la información.

La reforma del régimen de copia privada introduce las debidas diferencias entre el entorno analógico y el digital, ya que la copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico.

Así, se establece un régimen jurídico con la flexibilidad suficiente para adecuarse debidamente a la realidad tecnológica en constante evolución. Por ello, a partir de la entrada en vigor de esta ley, el apartado 5 del vigente art. 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual sólo será de aplicación a los equipos, aparatos y soportes materiales analógicos." (Para los digitales se habilita el número 6). De esta Exposición de Motivos se concluye una interpretación auténtica del legislador en el sentido de que viene a clarificar algunas dudas que se venían suscitando y viene a responder además, al avance tecnológico que, como no podía ser de otro modo, va por delante del legislativo. Es lo cierto, que como indica el juzgador a quo, se introduce un apartado 6 en el que se contempla el canon a pagar por los soportes de reproducción digitales, y en el 5 ya se contenían los analógicos y es en este sentido donde concluimos con la AP de Barcelona en SAP de 20 de julio de 2005 que "CDR es un soporte que permite registrar y almacenar en su superficie, con gran capacidad, cualquier información representada en código binario, desde un grabador integrado dependiente de un ordenador, y hacerla perceptible a los sentidos mediante su visualización o audición de forma reiterada. Dentro del género caben diversas especies. El CDR Data o Informático se diferencia del CDR Audio en la estructura de la información que almacena y reproduce, aunque las características externas sean las mismas.

El CD informático no está excluido del régimen de remuneración por copia privada en el artículo 25.1 del Texto refundido (que extiende su previsión a otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales) ni en las normas a que se remite el apartado 23 del mismo precepto, pese a las particularidades que ofrece el fenómeno digital, a las posibilidades técnicas de control que tolera y a la aptitud del soporte para ser utilizado en actividades que no necesariamente

encajan en el concepto de reproducción de obras divulgadas.

En todo caso, posibilita esa reproducción para uso privado del copista sin hacer necesaria la autorización del autor (artículo 31.2 del Texto refundido) y ello basta para justificar la compensación económica de que se trata, en beneficio y a cargo de las personas que menciona el artículo 25".

La circunstancia de que este tipo de soporte admita otros usos no protegidos (del ámbito estrictamente privado, doméstico o personal) no excluye la aplicación del precepto del mismo modo que en cualquier otro tipo de soporte (p.ej. TV) cabe la emisión de obras, material o espacios protegidos por la Ley de P.I. y otros que no, sin que por ello se deje de pagar el canon cuando de comunicación pública se trata.

Es más, siendo aptos o idóneos un tipo y otro de CD, no existe excusa para la no sujeción al pago del canon, por más que unos sean más adecuados que otros, porque la Ley emplea el término idoneidad, que no el comparativo "más idóneo o más apto" como pretende el recurrente.

Asimismo, y sobre esta cuestión debemos rechazar el argumento de la apelante en el sentido de que el "pilar" de la resolución recurrida sea el acuerdo entre "Asimelec" y las entidades de gestión de los derechos de autor, puesto que como la misma sentencia reconoce -y el apelante en contradicción con lo anteriormente afirmado, también- no es aplicable a esta demandada porque no ha suscrito este Convenio.

Es suma, que la sentencia sólo utiliza este argumento como refuerzo de su criterio interpretativo con total acierto y claridad. Es decir, en virtud de este Convenio entre la Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones, representativa de los importadores, fabricantes, distribuidores, mayoristas y minoristas a que se refiere, como deudores del canon el art. 25 LPI y entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, han incluido expresamente, entre otros, los soportes de CD-

R/RW DATA. Constituye un elemento a tener en cuenta porque se trata de importantes miembros de este sector, que efectivamente entienden que están sometidos a este canon (por la idoneidad de los soportes a los que afecta) aunque ello no vincule a estos concretos litigantes.

Para finalizar en cuanto a este motivo de recurso, consideramos que la realidad social como criterio interpretativo de la Ley consagrado en el art. 3.2 del C. Civil nos lleva a la conclusión contraria del recurrente en el sentido de que aún cuando la LPI hasta la reforma de 7 de julio de 2006 no contemplase la remuneración por soportes digitales idóneos para originar el derecho de remuneración no quiere decir que no se hallase incluido en el supuesto del art. 25.2 de la misma, y es tan así que expresamente la Exposición de Motivos así lo entiende cuando explica que la voluntad del legislador era aclarar cierto confusionismo derivado del avance tecnológico y que, ello no obstante, "...Las modificaciones que se introducen en nuestra legislación en relación con dichos derechos van dirigidas a mencionar de forma expresa o a aclarar lo que ya se entendía implícito en ella...."

**CUARTO.-** Excepción de pluspetición. Carga de la prueba.

Explica la recurrente que esta excepción está vinculada en esta vertiente al destino o finalidad que se le dé a estos CD's Data, ya que son susceptibles de ser destinados a grabación, conservación y reproducción de material libre, no protegido, tal como fotografías personales, económicos, fiscales, etc; además de permitir la grabación y reproducción de material protegido. Por ello las actoras no pueden reclamar el importe del 100% de derecho de remuneración respecto de los CD's Data.

Se encuentran amparados en tal pretensión porque el art. 25 de la Ley prevé que "la reproducción realizada exclusivamente para uso privado originará una remuneración equitativa y única por cada una de las modalidades de reproducción mencionadas, a favor de las personas que se expresan en el párr. b) del apartado 4 del presente artículo dirigida a compensar los derechos de la



*propiedad intelectual que se dejaren de percibir por razón de la expresada reproducción". Si se reclama por todos los CD's Data se produciría un lucro indebido porque no el uso o destino de todos ellos será el de una copia privada que sí habría que compensar.*

*Se trata en efecto de una compensación por el beneficio dejado de percibir que la recurrente cifra en 19.097,10 euros para el período de 2004 según el cálculo estadístico que ha hecho la Asociación Asimelec o de 121.237,65 según el de la SGAE respecto de porcentaje de CDs dedicados al uso no protegido y libre designado en cada caso. Asimismo la carga de la prueba del destino dado a los CDs Data, que justifica el cobro de la remuneración, corre a cargo de la parte que reclama puesto que no existe "la presunción legal del destino protegido" que pretende el juzgador a quo.*

*A la luz de lo que hemos venido señalando supra entendemos que en el sistema aplicado por la Ley no cabe distinción en la práctica dado su carácter polivalente, entre soportes de audio y video por medio de CDs que resulten destinados a la copia privada y los que se empleen para otros fines tales como los personales a que alude la recurrente. En efecto, el sistema opera sobre un único tratamiento porque no es viable invadir derechos de los usuarios, como el de su intimidad, incompatible con la posibilidad de obligarles a declarar o de permitir la comprobación de qué empleo se hace de ellos en cada domicilio o despacho particulares. De ahí que se sustente sobre la aptitud del mecanismo o material para realizar con él la copia, con independencia del uso que finalmente se le acabe dando. Lo determinante es la posibilidad de que sea destinado a la copia, aunque esto último no pueda ser objeto de efectiva constatación, y de acuerdo con unas tarifas aprobadas oficialmente.*

*Ahora bien, no está exento de razón el apelante ni tampoco íntegramente la resolución dictada por el juzgador a quo cuando se afirma que "lo que el legislador ha establecido,...es un derecho de compensación por las ganancias dejadas de obtener por los titulares de derechos protegidos por la legislación de propiedad intelectual al reconocerse el derecho a la copia privada, mediante la implantación de*

*un sistema de remuneración compensatoria a través de un canon único, determinando los diferentes aspectos el contenido de la obligación legal."*

*Decimos que no está exento de razón el apelante toda vez que aunque el legislador establezca un canon único en el art. 25.5 -que es el que reclama la parte actora en su demanda- lo es con arreglo a un precepto que efectivamente estaba vigente para la época a que se contrae la reclamación de estos autos, 2004, respecto de "soportes materiales de reproducción analógicos" no siendo hasta la citada Ley de 2006 que ha reformado la LPI cuando se incorpora el canon para el "soporte digital" que queda pendiente de aprobación por el Ministerio de Cultura. Según el mentado apartado 6º del art. 25 de nueva factura, las tarifas que finalmente se aprueben, y por disposición legal deberán tener en cuenta el perjuicio efectivamente causado, el grado de uso de dichos equipos o soportes, capacidad de almacenamiento y calidad de las reproducciones...Dichas tarifas a la fecha de presentación de la demanda no habían publicadas ni aprobadas, no existiendo, además acuerdo en el sector.*

*En esta tesitura entiende la Sala que no pueden condenarse con arreglo a un porcentaje que el propio legislador entiende que debe ser distinto según se trate de soporte analógico o digital, este último, todavía estaba pendiente de establecer. Es por ello que a falta de otra referencia, y considerando que los diversos porcentajes en que se estima según las encuestas y cálculos estadísticos realizados por una y otra parte son muy alejados (porcentaje en tanto por ciento que representa el destino de este soporte que se dedica a copia privada de material protegido) entendemos que debe aplicarse la tarifa que las partes actoras han venido reconociendo a otros empresarios del sector y en particular del Convenio que ha aportado. Ello, en el buen entendimiento que NO se trata de vincular a la demandada a un contrato que no ha suscrito, y que claramente no le afecta, pero sí se toma como referencia más justa a efectos del caso concreto, puesto que está claro que la tarifa prevista en la Ley para el soporte analógico que se pretende cobrar por las actoras no se*

*halla justificada ni tiene amparo legal para el tipo de soportes CD Data a que se contrae este pleito en cuanto los argumentos de las entidades de gestión actoras se fundamentan en que son hábiles, con el progreso tecnológico para grabar y reproducir la información digital y tiene en cuenta para fijar estas tarifas "los hábitos de grabación de obras y la incidencia de esos hábitos en el mercado profesional y doméstico, actuaciones y producciones objeto de remuneración por copia privada, la durabilidad de los materiales y soportes y la especial incidencia que para la capacidad de grabación de dichos materiales y soportes tiene los sistemas de compresión de datos".*

*En suma, que los 0,18 euros por hora de grabación en soportes audio, o 0,003005 por minuto de grabación (apartado 5 del art. 25 ) que origina los 144.675 euros deben ser sustituidos por los previstos para 2004 en el citado convenio, sin que ello implique vulneración del art. 219 de la LEC en la medida que se realizará respecto de las cantidades facturadas por la Proveedora de la demandada el porcentaje fijado en aquel Convenio.*

**QUINTO.-** *En virtud de lo dispuesto en el Art. 398 de la LEC cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, se aplicarán en cuanto a las costas*

*del recurso lo dispuesto en el Art. 394. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.*

*Al estimarse parcialmente la demanda no se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas de ambas instancias.*

*En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey*

### **FALLAMOS**

*Que estimando parcialmente el Recurso de Apelación formulado por Informática Cangas S.L. representada por el Procurador D. Francisco Javier Almón Cerdeira contra la Sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario Nº 93/06 por el Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de esta ciudad la debemos revocar y revocamos únicamente en cuanto a que la cantidad objeto de condena será la que se determine en ejecución de sentencia por aplicación de la tarifa prevista en el Convenio Asimelec con las Entidades de Gestión de 31 de Julio de 2003 para la anualidad de 2004 en relación a la facturación sobre la que presentó la demanda sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de ambas instancias.*