

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2011
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Derecho de reproducción. Copias en local público. Denegación de la figura de la copia privada.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª

FECHA: 17-10-2008

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto original del fallo aportado por UAIPIT- Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI: <http://www.uaipit.com>

OTROS DATOS: Sentencia 247/2008

SUMARIO:

“Las entidades demandantes, compañías discográficas productoras de fonogramas, así como una asociación que engloba a numerosas empresas productoras de fonogramas, interpusieron contra la entidad «FUTURE PLAY MULTISERVICIOS, S.L.» una demanda en la que ejercitaban acciones cesatoria y de indemnización de daños y perjuicios. Alegaban las demandantes que «FUTURE PLAY MULTISERVICIOS, S.L.» realiza una actividad, consistente en explotar un local en Madrid dedicado exclusivamente a albergar una serie de máquinas denominadas COPYPLAY que, a cambio del pago de determinado precio mediante la introducción de monedas en las máquinas en cuestión, reproducen fonogramas que originalmente se encuentren en formato vinilo, CD o casete, en un soporte CD”.

[...]

“El hecho de que el fabricante de las máquinas COPYPLAY haya abonado la compensación remuneratoria por copia privada del art. 25 de la Ley de Propiedad Intelectual no supone que cualquier uso que se realice de dichas máquinas, reproduciendo fonogramas en los que se encuentren registradas obras musicales o audiovisuales, sea lícito por estar amparado por la denominada excepción de copia privada, esto es, no supone que las copias realizadas por dichas máquinas sean privadas y entren por tanto dentro de la limitación de los derechos de propiedad intelectual prevista en el art. 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual. El pago de dicha remuneración compensa la limitación que para los derechos de los autores y otros sujetos titulares de derechos afines a aquellos supone la realización de copias privadas, caso de que sean de esta naturaleza las realizadas con el aparato o equipo en cuestión, pero no tiene la virtud de «transmutar» cualquier utilización de los aparatos o equipos cuya fabricación, importación o comercialización supone el devengo del canon compensatorio, en la realización de una copia privada, no necesitada de autorización por los titulares de tales derechos o de las

entidades que gestionan colectivamente sus derechos por entrar dentro de la limitación de dichos derechos prevista en el art. 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual”.

[...]

“... la conducta enjuiciada en el presente litigio no es la del fabricante o vendedor de máquinas que permiten realizar la copia de fonogramas, sino la de una empresa que regenta un local de negocio en el que se ofrece al público en general la posibilidad, mediante precio, de reproducir fonogramas en las máquinas instaladas en tal local, sin que para ello se haya obtenido autorización de las empresas titulares o gestoras de los derechos que la Ley de Propiedad Intelectual otorga sobre tales fonogramas a sus productores”.

[...]

“La excepción de copia privada (que se ha denominado en ocasiones por doctrina y jurisprudencia como «licencia legal» en tanto que es la propia ley la que autoriza a realizar la reproducción de una obra protegida por el derecho de autor y derechos afines) es una de las limitaciones que a los derechos reconocidos en la Ley de Propiedad Intelectual establece dicha ley. Concretamente limita el derecho de reproducción que el art. 18 de la Ley de Propiedad Intelectual reconoce, como uno de los derechos de explotación, a los autores, y el art. 115 a los productores de fonogramas”.

[...]

“... los parámetros en los que hay que interpretar las limitaciones a los derechos de propiedad intelectual, concretamente la limitación del de reproducción que supone la llamada «excepción de copia privada», deben llevar a excluir del concepto de copia privada tanto la reproducción que tiene un carácter mercantil por realizarse mediante precio y destinada al público en general como toda aquella que sea capaz de lesionar seriamente el potencial mercado de los titulares de derechos de propiedad intelectual, sean los autores o los demás titulares de derechos afines, como es el caso de las productoras fonográficas, por cuanto que una reproducción de esta naturaleza supone un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor y va en detrimento de la explotación normal de las obras objeto de propiedad intelectual”.

[...]

“Por tanto, la actividad de la demandada, al poner a disposición del público en general en el establecimiento que regenta, mediante precio, aparatos aptos para reproducir fonogramas, no puede acogerse a la "excepción de copia privada" del art. 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual y realizada sin la autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual sobre tales fonogramas, supone una infracción de los mismos”.

[...]

“Sentado lo anterior, la acción cesatoria ejercitada en la demanda ha de ser estimada plenamente por ajustarse a los términos previstos en el art. 139 de la Ley de Propiedad Intelectual ...”.

COMENTARIO: La llamada copia privada es lo que muchas legislaciones denominan copia para uso personal, definida como la reproducción de la obra de otra persona en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo, a lo que algunos textos agregan que dicha reproducción debe ser realizada por el interesado con sus propios medios. Esa duplicación, en los términos expuestos, es lícita, en muchos ordenamientos sometida a un derecho de remuneración compensatoria, ésta a ser pagada por los fabricantes o importadores de los equipos y soportes idóneos para realizarla. Ahora bien, una cosa es la copia privada (o para uso personal) que realiza el individuo y otra la conducta de quienes ponen a disposición del público los aparatos aptos para realizar esa reproducción (que puede no limitarse a una sola copia por persona, sino a varias de la misma obra) y, además, con propósitos lucrativos. © Ricardo Antequera Parilli, 2011.

TEXTO COMPLETO:

En Madrid, a 17 de octubre de 2008.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados D. Rafael Sarazá Jimena, D. Enrique García y D. Pedro María Gómez Sánchez, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 541/07, interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de marzo de 2007 dictada en el proceso núm. 1328/03 seguido ante el Juzgado 1ª Instancia núm. 7 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelantes PROMUSICAE, SONY BMG MUSIC ENTERTAINMENT ESPAÑA, S.L., EMI MUSIC SPAIN, S.A., WARNER MUSIC SPAIN, S.A. Y UNIVERSAL MUSIC SPAIN, S.L., representados por el Procurador D. Federico Ortiz Cañavate Levenfeld y defendidos por el Letrado D. Javier Fernández del Vallado García-Agulló, siendo apelada FUTURE PLAY MULTISERVICIOS, S.L., representada por la Procuradora Dª. Virginia Lobo Ruiz.

Es magistrado ponente D. Rafael Sarazá Jimena

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 14 de noviembre de 2003 por la

representación de EMI ODEON, S.A., BMG MUSIC SPAIN, S.A., SONY MUSIC

SPAIN, S.A., WARNER MUSIC SPAIN, S.A. Y ASOCIACIÓN FONOGRAFICA Y VIDEOGRAFICA ESPAÑOLA (AFYVE) ahora denominada como PROMUSICAE contra FUTURE PLAY MULTISERVICIOS, S.L., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba lo siguiente:

"[...] dicte sentencia por la que:

A) Ordene a FUTURE PLAY la suspensión inmediata de la actividad de reproducción de fonogramas con la máquina COPYPLAY en su establecimiento (139.1.a LPI).

B) Prohíba a FUTURE PLAY reanudar tal actividad (139.1b LPI)

C) Ordene la inutilización de la función reproductora de fonogramas de las máquinas COPYPLAY ubicadas en el establecimiento de la demandada, bien sea mediante la manipulación técnica que imposibilitase que dichas máquinas reprodujesen fonogramas o mediante la puesta fuera de servicio definitiva de dichas máquinas, o bien mediante el precinto y cierre del establecimiento que gestiona FUTURE PLAY, a fin de asegurar, en los términos dispuestos por el art. 18 LOPJ, el efectivo cumplimiento de la orden de cesación

de reproducción no autorizada en concordancia con las medidas a tal fin establecidas en el art. 139.1.d) LPI y, en su caso, 139.3 LPI.

D) Que se indemnice a mis representados a razón de 301,14 EUROS para BMG MUSIC SPAIN S.A., 193,18 € para EMI ODEON, S.A., 286,93 EUROS para SONY MUSIC SPAIN, S.A., 548,30 € PARA UNIVERSAL MUSIC SPAIN, S.A., y 477,27 EUROS para WARNER MUSIC SPAIN, S.A. por cada semana que haya estado en funcionamiento en el establecimiento de FUTURE PLAY desde la inauguración del mismo (septiembre 2003) hasta el cese efectivo de la actividad de reproducción de fonogramas, cuando ésta se produzca.

E) Condene a FUTURE PLAY al abono de las costas causadas en este litigio"

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado 1ª Instancia núm. 7 de Madrid dictó sentencia, con fecha 27 de marzo de 2007, cuyo fallo era el siguiente: "Que DESESTIMANDO la demanda de juicio ordinario interpuesta por el Procurador D. Federico Ortiz-Cañavate Levenfeld, en nombre y representación de EMI ODEON, SA. BMG MUSIC SPAIN SA y SONY MUSIC SPAIN SA. (estas dos últimas actualmente fusionadas en SONY BMG MUSIC ENTERTAINMENT-ESPAÑA SA), UNIVERSAL MUSIC SPAIN SA y ASOCIACIÓN FONOGRÁFICA Y VIDEOGRÁFICA ESPAÑOLA -AFYVE- (actualmente denominada PROMUSICAE PRODUCTORES DE MUSICA EN ESPAÑA) debo ABSOLVER Y ABSUELVÓ a la demandada FUTURE PLAY MULTISERVICIOS SL. de las pretensiones deducidas por la parte actora objeto de este procedimiento..-Se imponen las costas procesales a las demandantes".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de PROMUSICAE, SONY BMG MUSIC ENTERTAINMENT ESPAÑA, S.L., EMI MUSIC SPAIN, S.A., WARNER MUSIC SPAIN, S.A. Y UNIVERSAL MUSIC SPAIN, S.L. se interpuso recurso de apelación que, admitido

por el mencionado Juzgado y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase, siendo señalada la deliberación, votación y fallo del recurso el día 16 de octubre de 2008.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Las entidades demandantes, compañías discográficas productoras de fonogramas, así como una asociación que engloba a numerosas empresas productoras de fonogramas, interpusieron contra la entidad "FUTURE PLAY MULTISERVICIOS, S.L." una demanda en la que ejercitaban acciones cesatoria y de indemnización de daños y perjuicios. Alegaban las demandantes que "FUTURE PLAY MULTISERVICIOS, S.L." realiza una actividad, consistente en explotar un local en Madrid dedicado exclusivamente a albergar una serie de máquinas denominadas COPYPLAY que, a cambio del pago de determinado precio mediante la introducción de monedas en las máquinas en cuestión, reproducen fonogramas que originalmente se encuentran en formato vinilo, CD o casete, en un soporte CD.

Las actoras consideran que dicha actividad es ilícita puesto que no se encuentra amparada por la limitación de los derechos de propiedad intelectual que supone la denominada "copia privada" prevista en el art. 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual ni, naturalmente, por ninguna otra de las limitaciones legales de los derechos de propiedad intelectual de que son titulares o gestoras las demandantes. Por el contrario, la demandada considera su actividad amparada por la citada limitación de "copia privada" de los derechos de propiedad intelectual de las demandantes.

La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia consideró, resumidamente, que el

pago por el fabricante de las máquinas COPYPLAY de la remuneración compensatoria por copia privada presupone el reconocimiento de las copias realizadas por las máquinas COPYPLAY como copias privadas, considerando que no se puede hacer recaer sobre un sujeto que introduce en el mercado o comercializa un producto con fines legítimos la responsabilidad de conductas ilícitas que terceras personas lleven a cabo.

Contra esta sentencia se alzan las actoras en su recurso de apelación.

SEGUNDO

La objeción que la demandada, ahora recurrida, realiza en su contestación a la demanda en el sentido de que al reiterar las recurrentes las razones que esgrimieron en su demanda desnaturalizan el recurso de apelación, que por tanto debe ser desestimado, no puede ser atendida.

La cuestión litigiosa es de naturaleza sustancialmente jurídica. Las recurrentes, en su recurso, combinan la reproducción de los argumentos sustanciales que expusieron en su demanda con una crítica de los concretos argumentos que han servido en la sentencia para desestimar sus pretensiones. Ninguna objeción puede oponerse a esta técnica forense, y mucho menos puede provocar "per se" la desestimación del recurso.

TERCERO

La Sala entiende acertados, en lo sustancial, los argumentos esgrimidos por las actoras en su recurso de apelación.

El hecho de que el fabricante de las máquinas COPYPLAY haya abonado la compensación remuneratoria por copia privada del art. 25 de la Ley de Propiedad Intelectual no supone que cualquier uso que se realice de dichas máquinas, reproduciendo fonogramas en los que se encuentren registradas obras musicales o audiovisuales, sea lícito por estar amparado por la denominada excepción de copia privada, esto es, no supone que las copias realizadas por dichas máquinas sean

privadas y entren por tanto dentro de la limitación de los derechos de propiedad intelectual prevista en el art. 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual. El pago de dicha remuneración compensa la limitación que para los derechos de los autores y otros sujetos titulares de derechos afines a aquellos supone la realización de copias privadas, caso de que sean de esta naturaleza las realizadas con el aparato o equipo en cuestión, pero no tiene la virtud de "transmutar" cualquier utilización de los aparatos o equipos cuya fabricación, importación o comercialización supone el devengo del canon compensatorio, en la realización de una copia privada, no necesitada de autorización por los titulares de tales derechos o de las entidades que gestionan colectivamente sus derechos por entrar dentro de la limitación de dichos derechos prevista en el art. 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Es preciso, pues, valorar si la conducta de la demandada "FUTURE PLAY MULTISERVICIOS, S.L." está amparada o no por la excepción de copia privada, para lo cual carece de relevancia que el fabricante de los aparatos COPYPLAY haya abonado o no el canon compensatorio de copia privada.

Asimismo, el argumento utilizado en la sentencia apelada de que "no es razonable hacer recaer sobre un sujeto que introduce en el mercado o comercializa un producto con fines legítimos la responsabilidad de conductas ilícitas que terceras personas lleven a cabo" sería aceptable si la demandada fuera la fabricante o comercializadora de las máquinas en cuestión, y fueran unos terceros quienes hubieran realizado un uso de las mismas no amparado por las previsiones de la Ley de Propiedad Intelectual. Pero no es ese el caso. Es un tercero, ajeno al proceso y contra el que no se ejercita acción alguna, quien ha fabricado las máquinas en cuestión y ha pagado el canon compensatorio puesto que las mismas son aptas para reproducir fonogramas, y su conducta no es objeto de acción alguna por parte de las demandantes, al menos en el presente procedimiento. Pero la actividad ilícita que fundamenta la acción ejercitada en la demanda no es la de ese tercero, ajeno al

litigio, sino la de la demandada en cuanto que, como se razonará, ha utilizado dichas máquinas en un negocio en el que por medio de remuneración se ofrece a un colectivo indeterminado la posibilidad de reproducir fonogramas sobre los que las demandantes ostentan la titularidad o la gestión de derechos "afines" a los derechos de autor, concretamente los de los productores de fonogramas de los arts. 114 y siguientes de la Ley de Propiedad Intelectual.

CUARTO

Como se ha adelantado en el anterior fundamento, la conducta enjuiciada en el presente litigio no es la del fabricante o vendedor de máquinas que permiten realizar la copia de fonogramas, sino la de una empresa que regenta un local de negocio en el que se ofrece al público en general la posibilidad, mediante precio, de reproducir fonogramas en las máquinas instaladas en tal local, sin que para ello se haya obtenido autorización de las empresas titulares o gestoras de los derechos que la Ley de Propiedad Intelectual otorga sobre tales fonogramas a sus productores.

Discuten las partes si tal conducta se encuentra amparada por alguna de las limitaciones de los derechos de autor previstas en el capítulo segundo del título III del libro I de la Ley de Propiedad Intelectual, y más concretamente la denominada "excepción de copia privada" del art. 31.2 de dicha ley que, conforme a lo previsto en el art. 132 de la Ley de Propiedad Intelectual, es también aplicable al derecho exclusivo de autorizar la reproducción, directa o indirecta, de los fonogramas que, conforme al art. 115 de la Ley de Propiedad Intelectual, corresponde al productor de tales fonogramas.

Para la recurrente, siendo la demandada una empresa que regenta un local en la que se permite al público en general reproducir en máquinas automáticas, mediante remuneración, fonogramas, dicha conducta no se encuentra encuadrada en la excepción de copia privada del art. 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, interpretado conforme al

art. 10 del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, dictado al amparo de la habilitación contenida en el art. 25.10 de la Ley de Propiedad Intelectual, conforme a cuyo apartado 1 -a, "a los efectos de lo dispuesto en el presente título no tiene la consideración de reproducciones para uso privado del copista, en el sentido del apartado 2 del art. 31 de la Ley de Propiedad Intelectual : las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización". La conducta de la demandada sería plenamente encuadrable en el supuesto previsto en este último inciso, por lo que las reproducciones que se realizan en su establecimiento no son encuadrables en la excepción de copia privada del art. 31.2 citado.

La recurrida, y así lo planteó también en su contestación a la demanda, considera que el precepto reglamentario citado es nulo de pleno derecho por ser contrario a la Ley de Propiedad Intelectual, por lo que infringe el principio de jerarquía normativa, dado que la habilitación concedida al legislador por el art. 25.23 de la Ley de Propiedad Intelectual, en la redacción vigente aplicable al supuesto de autos por razón del momento en que se produjeron los hechos (coincidente en este inciso con lo que en su primer inciso prevé el actual art. 25.24 de la Ley de Propiedad Intelectual), prevé que "el Gobierno establecerá reglamentariamente los tipos de reproducciones que no deben considerarse para uso privado a los efectos de lo dispuesto en este artículo", y lo que hace el art. 10.1.a del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, es fijar un tipo de reproducción que no debe considerarse uso privado a los efectos del art. 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, no del 25 de dicho cuerpo legal, que es lo previsto en el referido inciso.

QUINTO

La Sala considera que para decidir si la conducta de la demandada se encuentra encuadrada en la "excepción de copia privada" del art. 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual (y, de paso, si la previsión reglamentaria

cuestionada puede considerarse "contra legem") es preciso interpretar dicho precepto legal de un modo sistemático dentro de la citada Ley de Propiedad Intelectual y en relación con los preceptos de convenios internacionales ratificados por España en la materia.

La excepción de copia privada (que se ha denominado en ocasiones por doctrina y jurisprudencia como "licencia legal" en tanto que es la propia ley la que autoriza a realizar la reproducción de una obra protegida por el derecho de autor y derechos afines) es una de las limitaciones que a los derechos reconocidos en la Ley de Propiedad Intelectual establece dicha ley. Concretamente limita el derecho de reproducción que el art. 18 de la Ley de Propiedad Intelectual reconoce, como uno de los derechos de explotación, a los autores, y el art. 115 a los productores de fonogramas.

Las normas comunitarias europeas y los convenios internacionales suscritos por España en esta materia permiten que las legislaciones nacionales establezcan limitaciones a los derechos de propiedad intelectual. Con carácter general, el art. 13 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), Anexo 1 C del Acuerdo por el que se establece la organización mundial del comercio, establece que "los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la normal explotación de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos".

La Directiva 2001/29 / CE, de 22 mayo, que en su art. 5.2.b prevé la denominada "excepción por copia privada" en términos similares a como está reconocida en la redacción del precepto de la ley nacional aplicable al caso de autos por razones temporales, prevé en su art. 5.5 que dicha excepción, al igual que las demás previstas en dicho artículo, "únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la

obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho".

Concretamente en relación al derecho de reproducción, el art. 9.2 del Convenio de Berna (revisión de París de 1971) establece: "se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de su autor".

También va específicamente referida al derecho de reproducción la previsión del art. 4-bis-2 de la Convención Universal sobre el derecho de autor de 24 de julio de 1971, ratificada por Instrumento de 7 marzo 1974, que establece: "no obstante, cada Estado contratante podrá establecer en su legislación nacional excepciones a los derechos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo [derecho exclusivo de autorizar la reproducción por cualquier medio], siempre que no sean contrarias al espíritu de las disposiciones de la presente Convención. Sin embargo, los Estados que eventualmente ejerciten esa facultad deberán conceder un nivel razonable de protección efectiva a cada uno de los derechos que sean objeto de esas excepciones".

El art. 40.3 de Ley 5/1998, de 6 marzo, introdujo un nuevo artículo en la Ley de Propiedad Intelectual, el 40.bis, conteniendo una "disposición común a todas las del presente Capítulo", que establece:

"Los artículos del presente Capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran".

Vemos, pues, que los parámetros en los que hay que interpretar las limitaciones a los derechos de propiedad intelectual, concretamente la limitación del de reproducción

que supone la llamada "excepción de copia privada", deben llevar a excluir del concepto de copia privada tanto la reproducción que tiene un carácter mercantil por realizarse mediante precio y destinada al público en general como toda aquella que sea capaz de lesionar seriamente el potencial mercado de los titulares de derechos de propiedad intelectual, sean los autores o los demás titulares de derechos afines, como es el caso de las productoras fonográficas, por cuanto que una reproducción de esta naturaleza supone un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor y va en detrimento de la explotación normal de las obras objeto de propiedad intelectual.

Interpretado en estos términos el art. 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, el desarrollo reglamentario contenido en el art. 10.1.a del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, es plenamente ajustado a la Ley de Propiedad Intelectual a la que sirve de desarrollo, sin que pueda reprochársele que la habilitación que al titular de la potestad reglamentaria establece el art. 25.23 (actual 25.24) de la Ley de Propiedad Intelectual lo sea a los efectos de tal artículo, puesto que el art. 25 está estrechamente vinculado al art. 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, de tal modo que no puede entenderse el uno sin el otro.

Así lo ha venido entendiendo la doctrina mayoritaria establecida por las sentencias de las Audiencias Provinciales. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, núm. 708/1998, de 2 de diciembre, declaró:

"para determinar si el uso de una obra en un caso concreto es leal y, por consiguiente, constituye una excepción lícita al derecho de reproducción, es necesario tomar en consideración los cuatro factores siguientes: 1.º El destino y el carácter del uso y, principalmente, la naturaleza comercial de aquél o su destino a fines no lucrativos; 2.º La naturaleza de la obra protegida; 3.º El volumen y la importancia de la parte utilizada con relación al conjunto de la obra protegida; y 4.º La influencia del uso sobre el mercado potencial de la obra protegida o sobre su valor."

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, núm. 284/2004, de 2 junio, declaró por su parte:

"Existe, sin embargo, un límite, que opera como salvedad, previsto en el artículo 31, el cual permite la reproducción sin autorización de obras ya divulgadas, entre otros casos, para uso privado del copista..., y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa,. Pero esta excepción que no será reconocible cuando se trate de reproducciones efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización, supuesto éste en que deberá obtenerse por tales empresas la previa autorización de los titulares de los derechos (a medio de la oportuna licencia), conforme establece el art. 10.1.a y 10.2 del RD 1434/1992, de 27 de noviembre. Y ello con independencia de la compensación remuneratoria a que se refiere el art. 25 TRLPI".

Por tanto, la actividad de la demandada, al poner a disposición del público en general en el establecimiento que regenta, mediante precio, aparatos aptos para reproducir fonogramas, no puede acogerse a la "excepción de copia privada" del art. 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual y realizada sin la autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual sobre tales fonogramas, supone una infracción de los mismos.

SEXO

Así lo ha entendido la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia núm. 629/2007, de 8 junio. Aunque se trata de una única sentencia, no es una sentencia aislada en el sentido de que se contraponga a otras que se pronuncien en un sentido distinto, y su doctrina es clara y precisa, sin que haya encontrado objeción alguno a la legalidad del reglamento cuestionado por la demandada. Declara el Alto Tribunal en el fundamento 9º de esta sentencia:

"La cuestión planteada en este proceso se

centra en determinar qué usuarios han de obtener licencia para realizar lícitamente copias, y por tanto, no están amparados por la licencia legal. La doctrina se ha enzarzado en una polémica acerca del significado de los términos 'privado' y 'copista', para tratar de delimitar el ámbito de aplicación personal y material. Para solucionar esta cuestión es necesario tener en cuenta diversas disposiciones normativas que integran los antecedentes y el desarrollo de la norma aplicable. En relación con la reproducción por medio de fotocopias, el RD 1434/1992, 27 noviembre, en desarrollo de lo establecido en el art. 25 de la LPI (derecho de remuneración por copia privada) decía en su art. 10 : «Supuestos no incluidos en la obligación. 1. A los efectos de lo dispuesto en el presente título no tiene la consideración de reproducciones para uso privado del copista en el sentido del apartado 2 del art. 31 de la Ley de Propiedad Intelectual: a) Las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización, b) Las que sean objeto de utilización colectiva o de distribución mediante precio. 2. Para poder efectuar las reproducciones a que se refiere el número anterior, deberá obtenerse la previa autorización de los titulares de los derechos».

Por su parte, el Convenio de Berna (revisión de París de 1971) en su art. 9.2 dice: «Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de su autor».

En el mismo sentido, la Convención Universal sobre el derecho de autor en el art. IV bis 2 dice: «No obstante, cada Estado contratante podrá establecer en su legislación nacional excepciones a los derechos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo (derecho exclusivo de autorizar la reproducción por cualquier medio), siempre que no sean contrarias al espíritu de las

disposiciones de la presente Convención. Sin embargo, los Estados que eventualmente ejerciten esa facultad deberán conceder un nivel razonable de protección efectiva a cada uno de los derechos que sean objeto de esas excepciones».

De estos antecedentes se desprende que uno de los supuestos posibles a los que aluden las convenciones es el recogido en el art. 31.2 LPI 1987, que se integra en el sistema con el art. 25 LPI 1987, en el que se establecía un derecho de remuneración para los autores y cesionarios que deben satisfacer los fabricantes e importadores en los casos de reproducciones realizadas exclusivamente para uso privado.

En atención estos antecedentes, con el fin de solucionar la cuestión planteada acerca de cuál es el ámbito de las reproducciones para uso privado del copista, es menester determinar las características de la actividad de reproducción en relación con el lugar y el fin con el que se realiza la reproducción. La actividad que consiste en reproducir total o parcialmente una obra en el ejercicio de una actividad mercantil y con ánimo de lucro (mediante precio) requiere autorización del autor, pero éste no es el caso planteado, pues la sentencia de instancia afirma que la reproducción de obras por la demandada no se realiza con una finalidad lucrativa.

Sin embargo, el RD excluye de la consideración como reproducciones para uso privado del copista también «[l]as efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización» y es esta cláusula la que la sentencia recurrida considera aplicable en el presente supuesto para considerar que no estamos en presencia de copias de carácter privado.

Los antecedentes de estos preceptos derivados de los convenios internacionales a que acaba de hacerse referencia llevan a la conclusión de que no solamente debe excluirse del concepto de copia privada aquella que tiene

un carácter propiamente mercantil por estar orientada al mercado, sino también aquella que, no estando destinada a esta finalidad, es capaz de lesionar seriamente el potencial mercado editorial. En ese sentido debe interpretarse, en el Real Decreto, la expresión de destino al público, que aparece como paralela y distinta de la reproducción para uso colectivo mediante precio. Aquella expresión se refiere a la posibilidad de utilización por parte de un grupo indeterminado de usuarios, más allá de la finalidad estricta profesional o de índole particular por parte del copista, es decir, de la persona o entidad que verifica la reproducción total o parcial de la obra. El derecho de autor puede sufrir serios perjuicios con el uso colectivo no sólo de las reproducciones, sino también de los aparatos reproductores. El mercado editorial no sólo puede verse perjudicado seriamente por las empresas dedicadas a la explotación de aparatos de reproducción, sino también por los centros o entidades de distinta naturaleza que tienen a disposición de un grupo indeterminado de personas este tipo de aparatos, cuya capacidad para hacer la competencia a la industria editorial mediante la reducción de los costes que implica la realización directa de copias es evidente. En estos casos, se daña seriamente el mercado potencial del sector editorial y no puede considerarse compensado por el sistema establecido en el art. 25 LPI 1987, si bien es conveniente advertir que esta cuestión es ajena a la regulación del sistema de compensación a los autores arbitrado por el artículo 25 LPI 1987, o al hecho de que se pretenda limitar el número de copias privadas que puede hacer cada uno de los usuarios".

La doctrina contenida en dicha sentencia confirma la conclusión antes expuesta de que la actividad de la entidad demandada que es objeto de las acciones de cesación e indemnización ejercitadas por las actora, en tanto que se realiza en un establecimiento abierto al público, con carácter lucrativo y poniendo a disposición del público en general la realización de reproducciones de fonogramas, no puede considerarse amparada por la excepción de copia privada del art. 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, y al haber

sido realizada sin licencia de los productores de fonogramas, infringe los derechos de éstos.

SÉPTIMO

Sentado lo anterior, la acción cesatoria ejercitada en la demanda ha de ser estimada plenamente por ajustarse a los términos previstos en el art. 139 de la Ley de Propiedad Intelectual, salvo en la petición alternativa que se hace de que se proceda al precinto y cierre del establecimiento de la demandada, por considerarlo excesivo e innecesario, debiendo entenderse que las medidas que para la cesación se acuerdan de modo alternativo deberán en su caso concretarse en ejecución de sentencia del modo que permitan la cesación eficaz de la conducta ilícita, conjugándolo con la evitación de gravámenes innecesarios para la demandada.

Respecto de la acción indemnizatoria ejercitada, la demandada opuso en su contestación a la demanda que la misma era improcedente "por no corresponder a los datos de la realidad empresarial" de la demandada, puesto que durante el ejercicio 2003 tuvo pérdidas, "constituyendo único documento válido a efectos de valorar los ingresos y gastos de la sociedad los libros oficiales que describen al detalle el estado financiero y contable de la mercantil [demandada]", y que "los demandantes no han acreditado daño alguno. No puede haber indemnización donde no se ha acreditado daño alguno".

La demandada confunde los términos en los que las actoras han ejercitado la acción indemnizatoria. Acogiéndose a lo previsto en el art. 140 de la Ley de Propiedad Intelectual, la indemnización solicitada no lo ha sido por el daño emergente causado a las actoras, ni por el enriquecimiento injusto que haya podido obtener la demandada (que es para lo único para lo que los datos contables de dicha demandada que permitieran fijar sus beneficios serían relevantes), sino que han reclamado el lucro cesante, concretamente "el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita". A tales efectos los parámetros utilizados para calcular la

indemnización son el promedio de copias que, utilizando previsiones moderadas, pueden realizarse semanalmente en el establecimiento de la demandada y el beneficio medio que por cada soporte fonográfico obtienen las discográficas demandantes.

Al consistir la indemnización en el cálculo de los beneficios dejados de obtener por las demandantes por la actividad de reproducción realizada ilícitamente en el establecimiento de la demandada, mediante las máquinas puestas por ésta a disposición del público de modo oneroso, su cálculo exige la formulación de una serie de hipótesis. No se trata, pues, de tanto de constatar hechos realmente acaecidos como de formular hipótesis razonables y técnicamente fundadas sobre datos reales. La Sala entiende que el informe del perito contiene tanto unas como otros, exponiéndolos con mucho detalle, y que en líneas generales, a falta de otros datos e hipótesis alternativas que pueda considerarse mejor fundada, dado que la demandada no ha impugnado de modo razonado los datos y criterios utilizados por el perito, ha de considerarse razonable, con la salvedad que se expone a continuación.

No se considera acertada la equiparación que se hace en el informe pericial y se asume en la demanda de que cada copia que se ha podido realizar en el establecimiento de la demandada equivale a un soporte fonográfico comercializado por las demandantes que se ha dejado de vender por éstas. Entiende la Sala que en un determinado porcentaje, tal hipótesis puede ser cierta, pero no en los términos de equiparación total que se asume por la parte actora.

En consecuencia, se considera prudente rebajar la indemnización a abonar por la parte demandada a las demandantes a un 25% de lo solicitado por éstas en su demanda.

Por otra parte, dado que la cantidad final a abonar por la demandada puede ser calculada con una simple operación aritmética, tratándose de cantidades a devengar periódicamente hasta que la demandada cese en su actividad (por cumplimiento voluntario o

ejecución forzosa de la sentencia), no existe obstáculo legal derivado de los arts. 219 o 220 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para fijar la indemnización en los términos solicitados en la demanda.

No procede realizar pronunciamiento alguno respecto del devengo de intereses, al no haber sido interesado en la demanda, además de por no ser líquido el importe de la condena dineraria, sin perjuicio de que una vez sea fijada la cantidad importe de la indemnización en ejecución de la sentencia se aplique lo previsto en el art. 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, la sentencia apelada ha de ser revocada y la demanda, parcialmente estimada.

OCTAVO

La estimación del recurso de apelación determina, en materia de costas, que: 1º) no procede hacer expresa imposición de las derivadas de la primera instancia, según se establece en el núm. 2 del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser parcial la estimación de la demanda y entender la Sala que ninguna de las partes ha litigado con temeridad; y 2º) no proceda efectuar expresa imposición de las derivadas de esta alzada, a tenor de la regla prevista en el núm. 2 del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé que no se condenará en las costas del recurso a ninguno de los litigantes en caso de estimación total o parcial del mismo.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso.

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1 Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de PROMUSICAE, SONY BMG MUSIC ENTERTAINMENT ESPAÑA, S.L., EMI MUSIC

SPAIN, S.A., WARNER MUSIC SPAIN, S.A. Y UNIVERSAL MUSIC SPAIN, S.L. contra la sentencia dictada el 27 de marzo de 2007 por el Juzgado 1ª Instancia núm. 7 de Madrid, en el procedimiento núm. 1328/03 del que este rollo dimana.

2 Revocamos la resolución recurrida, y en su lugar acordamos:

2.1.- Ordenar a FUTURE PLAY la suspensión inmediata de la actividad de reproducción de fonogramas con la máquina COPYPLAY en su establecimiento.

2.2.- Prohibir a FUTURE PLAY la reanudación de dicha actividad.

2.3.- Ordenamos la inutilización de la función reproductora de fonogramas de las máquinas COPYPLAY ubicadas en el establecimiento de la demandada, bien sea mediante la manipulación técnica que imposibilite que dichas máquinas reproduzcan fonogramas o mediante la puesta fuera de servicio definitiva de dichas máquinas a fin de asegurar el

efectivo cumplimiento de la orden de cesación de reproducción no autorizada.

2.4.- Condenamos a la demandada a que indemnice en las cantidades de 75,29 euros a BMG MUSIC SPAIN S.A., 48,30 euros a EMI ODEON, S.A., 71,73 euros a SONY MUSIC SPAIN, S.A., 137,08 euros a UNIVERSAL MUSIC SPAIN, S.A., y 119,30 euros a WARNER MUSIC SPAIN, S.A. por cada semana que haya estado en funcionamiento en el establecimiento de FUTURE PLAY desde septiembre de 2003 hasta el cese efectivo de la actividad de reproducción de fonogramas, cuando ésta se produzca.

2.5.- No hacemos expresa imposición de las costas de primera instancia.

3 No hacemos expresa imposición de las costas derivadas del recurso de apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos Señores Magistrados integrantes de este Tribunal.