

CRISTINA BORRAS MOLLAR
Procuradora dels Tribunals
Consell de Cent 382, 2º 2ª
08009 BARCELONA
Tel. 93 207 10 99 - Fax 93 458 16 69
cristinaborras@telefonica.net

Ref. Proc.: A3068 / Cliente: SUPPORT & TECHNOLOGY, S.L.
Abogado: JOSEP JOVER PADRÓ S/Ref.:
Fax: 934366833
Jdo.: AUDIENCIA PROVINCIAL 15ª
Autos: RECURSO DE APELACION Núm. 744/07

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

ES COPIA

SECCIÓN DÉCIMO-QUINTA
ROLLO Nº 744/2007-1ª
JUICIO ORDINARIO Nº 521/2006
JUZGADO MERCANTIL Nº 3 DE BARCELONA

SENTENCIA núm. 516/11

IL·LUSTRE COL·LEGI PROCURADORS
DE BARCELONA
RECEPCIÓ NOTIFICACIÓ
- 5 -01- 12 - 9 -01- 12
Article 151.2 L.E.C. 1/2006

Ilmos. Sres. Magistrados

IGNACIO SANCHO GARGALLO
LUIS GARRIDO ESPA
JUAN F. GARNICA MARTÍN

En Barcelona a veintidós de diciembre de dos mil once.

Se ha visto en grado de apelación ante la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial el procedimiento de juicio ordinario seguido con el nº 521/2006 ante el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, en el que es parte demandante la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE), representada por el procurador Carlos Testor Ibars y asistida del letrado ~~_____~~, y demandada ~~_____~~, representada por la procuradora Cristina Borrás Mollar y bajo la dirección del letrado Josep Jover Padró. Penden ante esta Sala por razón del recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia dictada en fecha 19 de marzo de 2007.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Testor Ibars en nombre y representación de la entidad SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) se condena a la mercantil ~~_____~~ al pago de ~~_____~~ euros, intereses legales desde el 13 de abril de 2005 y costas del procedimiento; cantidades

reclamadas en concepto de remuneración compensatoria por copia privada referente al período 1-1-1999 a 31-10-2004 como consecuencia de las adquisiciones de productos sujetos a la misma, y respecto de los cuales la demandada no había hecho efectiva a sus proveedores el importe de dicho canon, no exigiendo especificación del mismo en las correspondientes facturas a pesar de su condición de responsable solidario de dicha remuneración".

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la demandada SUPPORT AND TECHNOLOGY S.L. que fue admitido a trámite. La parte demandante presentó escrito de oposición al recurso.

TERCERO. Recibidos los autos originales fue formado en la Sala el Rollo correspondiente. Por providencia de fecha 21 de mayo de 2008 se acordó la suspensión del presente procedimiento por quedar afectado por la cuestión prejudicial planteada por esta Sala ante el TJCE en el Rollo nº 822/2007.

Dictada Sentencia por el TJCE en fecha 21 de octubre de 2010 (asunto Padawan, C-467/08) resolviendo dicha cuestión, se alzó la suspensión por providencia de 8 de marzo de 2011 y se concedió a las partes un plazo de alegaciones sobre dicha Sentencia. Finalmente se señaló para votación y fallo el día 26 de octubre de 2011.

Es ponente el Ilmo. Sr. LUIS GARRIDO ESPA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Planteamiento de la controversia*

1. La SGAE, en su condición de entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual que corresponden a los autores y editores, reclamaba en su demanda a [REDACTED] el pago de 18.298,21 € en concepto de remuneración equitativa compensatoria que establece el art. 25 del TRLPI (en atención al porcentaje de participación que le corresponde con relación a las otras entidades de gestión: 50% en la modalidad de audio y 33% de video). Esta remuneración se habría devengado en el período comprendido entre 1999 y 2004, ambos inclusive en su totalidad, por la adquisición, por parte de la empresa demandada, que se dedica a la venta de productos y materiales informáticos, de ciertas cantidades de CDs, grabadoras de CDs, DVDs y reproductores MP3, sin haber satisfecho a sus proveedores la correspondiente remuneración. Todo ello a partir del informe de comprobación y liquidación realizado por la entidad DB & BD sobre la base de la documentación contable y soportes contables de la sociedad demandada.

La sentencia de primera instancia declara probados estos hechos básicos, que no se han desvirtuado y, tras razonar ampliamente la procedencia de la reclamación, condena a la demandada al pago de la cantidad reclamada más el interés legal, con imposición de costas a la parte demandada.

2. La demandada basa su recurso en una idea central, que reitera a lo largo de su escrito impugnatorio; no se acredita que los soportes o materiales adquiridos y luego vendidos hayan servido o hayan sido utilizados para realizar reproducciones o grabaciones de obras protegidas.

Algunos de los argumentos del recurso carecen de trascendencia, como los relativos al informe de comprobación contable, pues no se discuten los datos de facturación (que fueron proporcionados por la propia demandada a los técnicos que verificaron e informaron), y al dictamen del Sr. Aracil Santonja, cuyas conclusiones no son decisivas para determinar si los materiales o soportes informáticos están sujetos o no al canon o remuneración por copia privada.

Alega error en la valoración de la prueba porque no ha quedado acreditado que comercialice tales materiales o soportes digitales para los fines que se afirman en la demanda (la copia o reproducción), y debe distinguirse entre la idoneidad para realizar dicha reproducción y el efectivo destino que se les da. Afirma que se infringe el principio de seguridad jurídica si se considera que el art. 25 del TRLPI anterior a la reforma operada por la Ley 23/2006 incluía en su ámbito de aplicación los llamados soportes digitales, pues no los mencionaba expresamente.

3. Para analizar estos motivos de apelación, es necesario atender al fundamento de la reclamación de la SGAE para determinar si bajo la normativa vigente al tiempo de realizarse los actos objeto de enjuiciamiento (1999 a 2004) cabía aplicar la remuneración compensatoria por copia privada a los materiales y soportes digitales; y si, caso de ser procedente, cabía en este caso hacerlo.

Para ello es lógico que atendamos a nuestro precedente más próximo que es la Sentencia de 2 de marzo de 2011, dictada en el rollo de apelación 822/2007, en el que acordamos el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJCE sobre el alcance del derecho de compensación equitativa por el límite de la copia privada, y a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de octubre de 2010, C-467/08 (caso SGAE v. PADAWAN).

SEGUNDO. *Fundamento de la reclamación formulada por la SGAE*

1. En este caso, al igual que en aquel precedente, la reclamación de la SGAE se funda en la compensación económica que corresponde a los titulares de derechos de propiedad intelectual por la reproducción realizada exclusivamente para uso privado, que constituye un límite al derecho de reproducción, de acuerdo con la normativa comunitaria y nacional.

2. El art. 2 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, dispone que “*Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte:*

a) a los autores, de sus obras;

b) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones;

c) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas;

d) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas;

e) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite”.

Y el art. 5.2.b) de la Directiva dispone que “Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos: (...)”

b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa (...);”

3. La previsión contenida en el art. 2 de la Directiva 2001/29/CE encuentra su acomodo en el art. 17 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante TRLPI), que reconoce “al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, (...), que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley” y en los artículos concordantes, que extienden este derecho de reproducción a los demás titulares de derechos de propiedad intelectual. El art. 18 TRLPI aclara qué se entiende por reproducción: “la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella”.

En consonancia con lo previsto en el art. 5.2.b) de la Directiva comunitaria, el art. 31.1.2º TRLPI permite que las obras ya divulgadas puedan reproducirse sin autorización del autor para, entre otros casos, “uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 25 y 99 a) de esta Ley, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa”.

El art. 25, en su redacción anterior a la Ley 23/2006, regulaba de forma muy pormenorizada la compensación económica que correspondía a los titulares de derechos de propiedad intelectual por 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, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales”. Añadía que esta remuneración se determinará por cada modalidad en función de los equipos, aparatos y materiales idóneos para facilitar dicha reproducción...

La remuneración o compensación, que debía ser equitativa y única, consiste en un canon que se aplicaba, además de a los equipos o aparatos de reproducción de libros, a: los equipos o aparatos de reproducción de fonogramas y videogramas, y a los materiales de reproducción sonora, visual o audiovisual (art. 25.5 TRLPI). El canon debe aplicarse a los fabricantes e importadores de estos equipos y materiales, así como a los *"distribuidores, mayoristas y minoristas, sucesivos adquirentes de dichos productos"* (art. 25.4.a TRLPI), y se hace efectivo a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual (art. 25.7 TRLPI).

La Ley 23/2006, promulgada con posterioridad a los hechos objeto de enjuiciamiento, modificó el art. 25 TRLPI para extender expresamente este canon a los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital, aunque la determinación del importe de la compensación debía ser aprobada conjuntamente por los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, de acuerdo con una serie de premisas legales. En cumplimiento de lo anterior, la Orden de 1743/2008, de 18 de junio (BOE 19 de junio de 2008), dispuso que equipos, aparatos y soportes materiales digitales de reproducción debían quedar sujetos al pago de la compensación por copia privada, así como el importe de la compensación que deberá satisfacer cada deudor por cada uno de ellos.

El apartado 7 del art. 25 TRLPI establece tres excepciones a la aplicación de este canon:

"a) Los equipos, aparatos y soportes materiales adquiridos por quienes cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras, prestaciones artísticas, fonogramas o videogramas, según proceda, en el ejercicio de su actividad, lo que deberán acreditar (...) mediante una certificación de la entidad o de las entidades de gestión correspondientes (...)".

b) Los discos duros de ordenador en los términos que se definan en la orden ministerial (...). La Orden de 1743/2008, de 18 de junio (BOE 19 de junio de 2008) entiende por "disco duro de ordenador" el dispositivo de almacenamiento magnético de un ordenador en el que se aloja el sistema operativo de dicho ordenador, al cual está conectado con carácter permanente, de forma que éste sólo y exclusivamente pueda servir de disco maestro o del sistema en el sentido de que su conexión sólo le permite adoptar esa funcionalidad y no la de disco esclavo.

"c) Las personas naturales que adquieran fuera del territorio español los referidos equipos, aparatos y soportes materiales en régimen de viajeros y en una cantidad tal que permita presumir razonablemente que los destinarán al uso privado en dicho territorio".

Al mismo tiempo, este precepto autoriza al Gobierno a *"establecer excepciones al pago de esta compensación equitativa y única cuando quede suficientemente acreditado que el destino o uso final de los equipos, aparatos o soportes materiales no sea la reproducción prevista en el art. 31.2 " -la copia privada- [art. 25.7.d) TRLPI]*. Pero al margen de las excepciones previstas en las

letras a)-c) del art. 25.7 TRLPI, no consta que se haya eximido de este canon a los equipos, aparatos y soportes que, en atención a sus destinatarios, presumiblemente no van a ser destinados a la copia privada.

TERCERO. *Sobre la alegada infracción del principio de seguridad jurídica. Aplicación del canon a los materiales y soportes digitales antes de la Ley 23/2006*

No apreciamos que este sistema de compensación contradiga la seguridad jurídica que proclama el art. 9.3 CE por el hecho de que la normativa anterior a la Ley 23/2006 no regulara o especificara en el ámbito del art. 25 TRLPI los soportes digitales CDs, DVDs, CD-RWs y aparatos MP3.

En sentencias anteriores de esta Sala [Sentencias de 19 de abril de 2004 (RA 593/02) y 20 de julio de 2005 (RA 65/2003)] hemos entendido en relación con el CD informático, y lo hemos reiterado en la sentencia de 2 de marzo de 2011 (RA 822/2007) en relación con los soportes digitales CD-Rs, CD-RWs, DVD-Rs y aparatos de MP3, que estos materiales no estaban excluidos del régimen de remuneración por copia privada bajo la normativa anterior a la Ley 23/2006, que los incluyó explícitamente dentro del art. 25 LPI, pues este precepto extendía su previsión a "otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales", refiriéndose con amplitud a "equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar dicha reproducción". En realidad, basta que estos nuevos soportes posibiliten la reproducción para uso privado del copista sin hacer necesaria la autorización del autor (artículo 31.2 del Texto Refundido), para justificar la compensación económica de que se trata, en beneficio y a cargo de las personas que menciona el artículo 25 LPI.

Decíamos en esas sentencias anteriores, con referencia al CD informático (lo mismo es aplicable a las otras modalidades indicadas), que "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".

De este modo, la reclamación del actor tenía, y tiene ahora de forma más explícita, amparo en una norma legal, que legitimaba a los titulares de unos derechos de propiedad intelectual a gravar las transacciones sobre aparatos y materiales que permiten la reproducción digital, por constituir medios idóneos para la reproducción de sus obras para uso privado, con el cobro de un canon que sirva de compensación a la limitación de sus derechos de reproducción que conlleva el derecho de copia privada. Razón por la cual no cabe apreciar ninguna vulneración de la seguridad jurídica en el ejercicio, por parte de las entidades de gestión habilitadas legalmente para ello, de reclamación de dicho canon.

Cuestión distinta es que la aplicación indiscriminada del "canon" a empresas y profesionales que claramente adquieren los aparatos y soportes de reproducción digital para finalidades ajenas a la copia privada pudiera no ser conforme al concepto comunitario de "compensación equitativa". Ello fue objeto de la cuestión prejudicial planteada en el procedimiento anterior (RA 822/2007).

CUARTO. *Sobre la cuestión prejudicial planteada al TJCE*

1. Tal y como está regulado el derecho al cobro de la compensación equitativa por copia privada, a través de un canon, éste se aplica a todos los aparatos y materiales idóneos para la reproducción de obras objeto de propiedad intelectual para un uso privado, con las únicas excepciones previstas en el art. 25.7 TRLPI. En el caso de los aparatos y sobre todo materiales de reproducción digital, como son los CD y DVD regrabables, así como los lápices de memoria USB, se aplica sin hacer distinción de si el destino es para llevar a cabo copias privadas o para otros distintos, como puede ser el almacenamiento de datos e información generada por un profesional o una empresa.

Para no hacer esa distinción se aduce la dificultad de conocer el destino que el adquirente pueda dar a aquellos aparatos o materiales de reproducción digital. Lo cual no es del todo cierto, pues cabe distinguir situaciones que no ofrecen mucha duda. Así, por una parte, cabe presumir que, en la mayoría de los casos, los materiales y soportes de reproducción digital adquiridos por consumidores serán empleados, entre otras finalidades, para realizar copias privadas de obras de propiedad intelectual. Por contra, la venta de estos soportes y aparatos a entidades públicas, empresas o despachos profesionales, permite presumir que serán empleados, en la mayoría de los casos, para un uso distinto, como puede ser el almacenamiento de información generada por ellos mismos o que no es objeto de propiedad intelectual de terceros. Es por ello que si para aplicar el canon hay que analizar las unidades comercializadas de cada aparato o material, cabría discriminar y gravar sólo las ventas realizadas para ser utilizadas por consumidores, pero no por entidades públicas, empresas o despachos profesionales, lo que podría fácilmente observarse del análisis de la contabilidad.

En cualquier caso, la referida aplicación de la normativa española del canon por copia privada a todos los aparatos y materiales de reproducción digital de forma indiscriminada podría contrariar la referida Directiva comunitaria, por cuanto dejaría de existir una adecuada correspondencia entre la compensación equitativa y la limitación del derecho por copia privada que la justifica, al aplicarse en gran medida a supuestos distintos, en los que no existe la limitación de derechos que justifica la compensación económica.

2. Por todo lo anterior, procedimos a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre cómo debe interpretarse la "compensación equitativa" prevista en el art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29 /CE para los casos en que un Estado miembro introduzca la excepción por copia privada; si, caso de optarse por un sistema de recaudación que grave con un canon los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital, es conforme al concepto comunitario de "compensación equitativa" la aplicación indiscriminada

del referido "canon" a empresas y profesionales que claramente adquieren los aparatos y soportes de reproducción digital para finalidades ajenas a la copia privada; y, finalmente, si el sistema adoptado por el Estado español de aplicar el canon por copia privada a todos los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital de forma indiscriminada podría contrariar la Directiva 2001/29 /CE, por no existir una adecuada correspondencia entre la compensación equitativa y la limitación del derecho por copia privada que la justifica.

QUINTO. Concepto y justificación de la "compensación equitativa"

1. La cuestión fue resuelta por la Sentencia de 21 de octubre de 2010 (C-467/08) del TJCE. Esta Sentencia recuerda que el concepto de "compensación equitativa" del art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29 *"debe considerarse un concepto autónomo de Derecho de la Unión y ha de interpretarse de manera uniforme en el territorio de ésta"* (33), más en concreto, *"en todos los Estados miembros que hayan establecido una excepción de copia privada"* (37). Como explica el propio Tribunal de Justicia, ello viene corroborado por la finalidad perseguida por la Directiva. Esta finalidad, *"que está basada, en particular, en el artículo 95 CE y tiene por objeto armonizar determinados aspectos de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, así como impedir las distorsiones de la competencia en el mercado interior resultantes de la diversidad de normativas de los Estados miembros (sentencia de 12 de septiembre de 2006, Laserdisken, C-479/04, Rec. p. I-8089, apartados 26 y 31 a 34), implica el desarrollo de conceptos autónomos de Derecho de la Unión. La voluntad del legislador de la Unión de lograr una interpretación lo más uniforme posible de la Directiva 2001/29 se refleja, en particular, en el trigésimo segundo considerando de ésta, que insta a los Estados miembros a aplicar con coherencia las excepciones y limitaciones a los derechos de reproducción, con el fin de garantizar el buen funcionamiento del mercado interior"* (35).

Lo anterior justifica que, en relación con la procedencia del pago de la "compensación equitativa", la normativa nacional aplicable (arts. 25 y 31.2 TRLPI), aun la anterior a la Ley 23/2006, sea interpretada de conformidad con la Directiva 2001/29, siguiendo las pautas marcadas por el Tribunal de Justicia.

2. Como recuerda el Tribunal de Justicia, *"de los considerandos trigésimo quinto y trigésimo octavo de la Directiva 2001/29 se desprende que dicha compensación equitativa tiene por objeto recompensar a los autores «adecuadamente» por el uso que, sin su autorización, se haya hecho de sus obras protegidas"* (39). De modo que *"el concepto y la cuantía de la compensación equitativa están vinculados al perjuicio causado al autor mediante la reproducción para uso privado, no autorizada, de su obra protegida"* (40); y por ello *"debe calcularse necesariamente sobre la base del criterio del perjuicio causado a los autores de obras protegidas debido al establecimiento de la excepción de copia privada"* (42).

3. Un sistema de financiación de la compensación equitativa por medio de un "canon por copia privada", como el español, que no grava a las personas físicas afectadas, sino a quienes disponen de los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital, y los ponen a disposición de personas privadas o les prestan

un servicio de reproducción, “sólo es compatible con los requisitos del «justo equilibrio» en caso de que los equipos, aparatos y soportes de reproducción en cuestión puedan utilizarse para realizar copias privadas y, por consiguiente, puedan causar un perjuicio a los autores de obras protegidas” (52). Por ello, el propio Tribunal de Justicia concluye que “la aplicación indiscriminada del canon por copia privada en relación con todo tipo de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital, incluido el supuesto (...) de que éstos sean adquiridos por personas distintas de las personas físicas para fines manifiestamente ajenos a la copia privada, no resulta conforme con el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2001/29” (53).

SEXTO. Aplicación indiscriminada del canon por copia privada

1. En el presente caso, el canon por copia privada fue liquidado por la SGAE a la demandada, que se dedica a la venta al público de material informático, teniendo en cuenta las adquisiciones que, durante el periodo de tiempo relevante para este caso, había realizado la demandada de soportes idóneos para la grabación digital (CDs, grabadoras de CDs, DVDs y reproductores MP3), tal como resulta del informe emitido por la entidad DB&BD AUDITORES-ASESORES, S.L., que analiza las compras por la demandada de estos materiales en el periodo 1999 a 2004 inclusive. Sobre esas operaciones e importes se aplican las tarifas correspondientes al canon. Pero esta forma de gravar indiscriminadamente estos soportes impide distinguir si efectivamente todos ellos fueron o serán vendidos o puestos a disposición de particulares, dando con ello posibilidad de que pueda existir un “posible” uso de la copia privada.

2. Conviene advertir que si la justificación del canon viene determinada por la necesidad de compensar de forma equitativa la “copia privada”, si bien no es necesario acreditar un uso efectivo de la copia privada en el soporte afectado por el canon, sí que debe ser verosímil que adquirirá este destino, y, en principio, ello sólo ocurrirá cuando los adquirentes de estos soportes o materiales sean particulares, y no empresas o, también, profesionales que destinan esos productos a su actividad profesional (abogados, auditores, ingenieros, arquitectos...).

La interpretación que realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la “compensación equitativa” y la necesidad de que respete un “justo equilibrio” nos lleva a concluir que el art. 25 TRLPI no puede ser interpretado como pretende la actora, gravando “todo tipo de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital, incluido el supuesto (...) de que éstos sean adquiridos por personas distintas de las personas físicas para fines manifiestamente ajenos a la copia privada” [STJCE de 21 de octubre de 2010, C-467/08, (53)]. Al margen de si las tarifas responden al “justo equilibrio” porque pretendan compensar únicamente la copia privada y no eventuales defraudaciones a los derechos de propiedad intelectual, tan sólo está justificado el devengo del canon sobre los soportes digitales vendidos o puestos a disposición de particulares, que presumiblemente vayan a ser destinados a un uso privado, y no a una actividad profesional. No tiene sentido repercutir sobre una empresa o un profesional la financiación de la “compensación equitativa” por copia privada, al adquirir soportes digitales para su actividad empresarial o profesional.

Si bien, con anterioridad a la era digital, tenía cierto sentido que la aplicación del canon recayera sobre los medios de grabación analógica conocidos, principalmente cintas de casete o vídeos, pues, en su gran mayoría, iban destinados a la copia privada, ahora los soportes digitales no sólo sirven a esta finalidad, sino que, de forma generalizada, constituyen instrumentos de trabajo destinados a almacenar documentos propios, comerciales, empresariales o profesionales, ajenos a la copia privada de obras protegidas por derechos de propiedad industrial. Un gravamen indiscriminado de todos estos soportes resulta injusto, pues no responde a la justificación originaria de la "compensación equitativa", que es exclusivamente paliar el perjuicio generado por la excepción de copia privada.

3. En la actualidad, las entidades de gestión disponen de un instrumento procesal adecuado, como son las diligencias preliminares, para averiguar la información contable necesaria para poder conocer las operaciones gravadas por el canon. La actora, a través de una entidad de auditoría, tuvo acceso de la información contable de la demandada para conocer qué material podía ser gravado. El problema radica en que, guiado por una aplicación indiscriminada del canon, optó por fijarse en las facturas de compra de este material, que impide discriminar si, en atención al destinatario, ese material presumiblemente será empleado para copia privada de obras protegidas por propiedad intelectual.

De este modo, es el método empleado por la actora, que no permite discriminar qué material o soporte irá destinado al consumo de particulares y respecto del que podemos presumir su empleo para hacer uso de la copia privada, de aquél destinado a la actividad propia de una entidad pública, empresarial o profesional, sobre el que no cabe presumir con carácter general su uso para la copia privada, el que nos lleva a advertir una aplicación indiscriminada, y por ende injustificada, del canon digital. Por ello, sin perjuicio de que, como ya hicimos en nuestro precedente más próximo, reconozcamos a la SGAE el derecho a reclamar el canon respecto de los soportes digitales destinados a particulares, como no podemos distinguir cuántos de cada clase lo fueron, no estamos en condiciones de aplicar el canon, ni tampoco es posible dejar su determinación a la fase de ejecución, a la vista de lo prescrito en el art. 219 LEC, pues superaría la mera operación aritmética y requeriría de un pronunciamiento declarativo.

Por todo lo cual, estimamos el recurso de apelación y desestimamos la pretensión de condena al pago de las cantidades liquidadas por la actora en su demanda.

SÉPTIMO. Costas

La estimación del recurso de apelación, conlleva la no imposición de las costas de esta alzada (art. 398.2 LEC).

En cuanto a las costas de primera instancia, aunque han sido desestimadas todas las pretensiones de la demanda, no procede hacer expresa condena en costas en atención a la existencia de serias dudas sobre la aplicación indiscriminada del canon (arts. 394 y 397 LEC).

