

Roj: STS 2885/2010
Id Cendoj: 28079110012010100342
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1339/2006
Nº de Resolución: 284/2010
Procedimiento: Casación
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Mayo de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el número 1339/2006, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Luis Pedro , aquí representado por el procurador D. Jesús Iglesias Pérez, contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo número 56/2006 por la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 23 de marzo de 2006, dimanante del procedimiento ordinario número 1232/2003 del Juzgado de Primera Instancia número 21 de Madrid. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO), representado por la procuradora D.ª Sara Martínez Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado de Primera Instancia n.º 21 de Madrid dictó sentencia de 23 de septiembre de 2005 en el procedimiento ordinario n.º 1232/2003, cuyo fallo dice:

«Fallo: Que estimando la demanda formulada por la procuradora de los Tribunales D.ª Sara Martínez Rodríguez, en nombre y representación de Centro Español de Derechos Reprográficos, Cedro, debo declarar y declaro:

»Que se ha llevado a cabo por el demandado D. Luis Pedro una actuación merecedora de ser calificada como de reproducción ilícita de obras impresas o reprografía ilegal vulneradora de derechos de **propiedad intelectual**.

»Que para la utilización, mediante el sistema de reproducción por reprografía o máquinas fotocopadoras, de las obras impresas protegidas cuyos derechos de **propiedad intelectual** gestiona Cedro, el demandado se halla obligado a solicitar de la actora la pertinente autorización o licencia de reproducción.

»Que mientras el demandado no cuente con la pertinente autorización o licencia para reproducir las obras que forman el repertorio de la actora, no puede fotocopiar las mismas.

»Y asimismo debo condenar y condeno al demandado D. Luis Pedro a estar y pasar por las anteriores declaraciones; a cesar en la actividad ilícita de reproducción o fotocopiado de obras protegidas por la legislación sobre **propiedad intelectual**, con prohibición de reanudarla, en tanto no cuente con la pertinente licencia de reproducción. Y a indemnizar a mi mandante Cedro, en concepto de daños y perjuicios, en la cuantía de 3 881,83 euros.

»Las costas causadas como consecuencia de la tramitación del presente procedimiento se imponen a la parte demandada».

SEGUNDO .- La sentencia contiene, entre otros, el siguiente fundamento jurídico:

«Quinto. Acreditada la explotación ilícita de las obras la demandante concreta en el acto del juicio la cantidad reclamada en 3 881,83 euros en base a las máquinas existentes, ubicación del establecimiento y período desde la primera reproducción.

»Sobre la indemnización y su cálculo sostiene la actora que se hace realizando reproducción íntegra de obra impresa cuyos derechos gestiona Cedro y la indemnización habrá de calcularse en atención al

porcentaje reproducido. La demandada por su parte con apoyo jurisprudencial mantiene que la remuneración caso de ser estimada sería la correspondiente a la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación. El artículo 140 de la Ley de Propiedad Intelectual establece que el perjudicado podrá optar como indemnización entre el beneficio que hubiera obtenido presumiblemente de no mediar la utilización ilícita o la remuneración que hubieran percibido de haber autorizado la explotación. Aun cuando la cuestión es controvertida la SAP de Gerona de 18 de junio de dos mil cuatro , señala que "resultaría que la consecuencia jurídica de la realización de un acto que contraviene la Ley con perjuicio de los legítimos derechos en ella reconocidos sería la misma que si se hubiera solicitado la debida autorización y concedido la misma, con la matización de que como la autorización se limitaría en principio a la reproducción del diez por ciento en todo caso la actuación de la demandada sería extralimitándose en la autorización concedida y sin ninguna consecuencia. Esta conclusión no puede tener acogida en el ordenamiento jurídico porque la consecuencia de los actos ilícitos y los ilícitos en cuanto a las obligaciones impuestas por el mismo no pueden ser idénticas ya que ello propiciaría su vulneración"»

TERCERO .- La Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia de 23 de marzo de 2006 el rollo de apelación n.º 56/2006 , cuyo fallo dice:

«Fallamos

»Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Luis Pedro contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 21 de Madrid en el proceso del que dimanen las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes de la presente resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas».

CUARTO .- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. Por la representación procesal de Centro Español de Derechos Reprográficos, Cedro, se interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Luis Pedro , como titular del establecimiento comercial denominado Godoy través de la cual se interesaba la declaración de que se ha llevado a cabo por el demandado una actuación de reproducción ilícita de obras impresas o reprografía ilegal vulneradora de los derechos de **propiedad intelectual**, reproducción para la que se requiere autorización. A tal efecto se aportó como documento n.º 6 de la demanda la reproducción íntegra, por medio de fotocopias, del libro titulado "Estiramientos Analíticos Manuales. Técnicas pasivas", editado por Editorial Médica Panamericana ISBN 84-7903-349-5, así como una nota de entrega en la que figura el concepto, la fecha (17/3/2003) y el precio del trabajo realizado, con el membrete y sello del establecimiento (documento n.º 7). Se aportó también la reproducción por fotocopias del libro "Actualizaciones en fisioterapia", de la misma editorial con ISBN 84-7903-624-9 (documento n.º 8) y la correspondiente nota de entrega, de fecha 4 de abril de 2003 e iguales características que la anterior (documento n.º 9). Como documento n.º 10 se presenta acta de presencia notarial autorizada por el notario de Madrid D. Carlos Solís Villa, de 7 de julio de 2003 en la que consta lo siguiente: "Diligencia. El mismo día, siendo las 18:15 horas, me constituí en compañía del requirente en la puerta del local indicado, quedándome, yo, el notario, en la vía pública y pasando al interior el requirente. Previamente a la entrada el requirente me ha hecho entrega de su cartera y me he cerciorado de que no lleva ningún libro ni fotocopia en las manos. Desde el exterior del local, en la vía pública, puedo ver perfectamente lo que ocurre en el interior, a través de la puerta acristalada, sin perder de vista en ningún momento, durante el tiempo que ha estado dentro del local, al requirente. El personal del establecimiento que se encuentra al otro lado del mostrador le entrega, lo que puedo ver, un juego de fotocopias encuadernadas y un libro. El requirente paga y le entregan un ticket de compra. Acto seguido sale a la calle, y junto al local, me entrega el juego de fotocopias y el libro, así como el ticket de compra, cuya entrega también he visto, y lo guardo todo en mi cartera. Ya en mi despacho, examino el juego de fotocopias y el libro, resultando, que está compuesto por 108 fotocopias por una cara, están encuadernadas con gusanillo y protección de plástico transparente anterior y de cartulina blanca posterior y reproducen íntegramente el libro 'Promoción de la Salud y Apoyo Psicológico al Paciente'. De los autores Fernando Ballano y Angélica Esteban. Editorial: Editex, que consta de 213 páginas, cuyo ejemplar tengo a la vista. Dichas fotocopias son selladas en mi despacho. Incorporé fotocopia del citado ticket de compra."

»En su contestación a la demanda niega la parte demandada que en su establecimiento se realicen reproducciones de obras protegidas por la Ley de **Propiedad Intelectual** sin la preceptiva autorización y aporta fotografías en las que figuran diversos carteles en los que se dice: "No se fotocopian libros", así como se aprecian las características del local. Anuncia la demandada la aportación de un acta de presencia notarial. En dicho documento, autorizado por la notario de Madrid D.ª Isabel Griffo Navarro, de fecha 13 de enero de 2004 (folio 120) se diligencia lo siguiente: "Diligencia. La extiendo yo, el Notario, para hacer constar que

siendo las diecisiete horas y quince minutos del día quince de enero de dos mil cuatro, me he constituido en el domicilio indicado en el acta, acompañada por la esposa del requirente comprobando: 1.º Que las 14 fotografías indicadas, coinciden con la realidad que plasman, salvo en lo que se refiere a las personas que en las mismas aparecen fotografiadas, así como algunos objetos y papeles que en las mismas vienen reflejadas. 2.º Que desde el exterior de la puerta de acceso al local, y a través del cristal, no tengo una visión clara del interior. 3.º Que desde el interior de la puerta de acceso al local hasta el mostrador situado frente a ella, existe una distancia aproximada de ocho metros y medio, resultándome muy difícil, desde dicha ubicación, por no decir casi imposible, expresar cuál sería el contenido de cualquier papel o documentación que existiera colocado sobre el mostrador, y más, aún, si delante de tal mostrador estuviere alguna persona".

»La sentencia recurrida considera que se ha producido la explotación ilícita de obras protegidas mencionando expresamente la documentación presentada, documentos relativos a la reproducción íntegra de la obra expuesta en su fundamento 2, tickets de caja y acta de presencia notarial a requerimiento de Cedro y señala que "no desvirtúa tal hecho el que puedan existir carteles indicando que no se fotocopian libros como se desprende del acta de presencia notarial a requerimiento de la demandada, pues son de fecha posterior a la primera o significar que por ello no se realizan, sobre la posible contradicción de las actas notariales o que la segunda pueda sembrar dudas resulta indudable lo contrastado en la primera y así ha sido recogido en el fundamento segundo". Añade dicha resolución respecto a la prueba testifical de la actora que la condición de empleado no priva de eficacia por sí a la declaración, poniendo de relieve que el encargo de fotocopiar las obras únicamente precisaba dos días para su ejecución".

»Segundo. Se alza el recurrente contra la citada sentencia y considera como primer motivo en el que sustenta su recurso, que se ha producido la infracción del *artículo 218.2 LEC*. El motivo se basa en las pruebas tenidas en cuenta por el juez a quo y en concreto en que se otorga más validez a lo manifestado por un notario "en detrimento de lo manifestado por otro notario" sin explicitar el porqué de dicha decisión. Considera el apelante también que el hecho de que el testigo ostente dependencia laboral con una de las partes otorga a su testimonio escasa credibilidad. Pretende en último término que se ha contrarrestado el testimonio del notario e "invalidado" el de la testigo no se acredita que se efectúan reproducciones de obras protegidas.

»La oposición considera que se han examinado y valorado debidamente la totalidad de las pruebas y a tal efecto se detiene en los fundamentos de la sentencia, en el alcance de los documentos públicos y en la credibilidad que merece el testigo.

»Ciertamente no puede admitirse que el juez a quo no hubiera valorado el acta de presencia notarial presentado por la demandada y su alcance probatorio cuando en relación al mismo expresamente se destaca en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia que no se desvirtúa lo acreditado por la actora, en cuanto el acta es de fecha posterior, ni puede concluirse por ello que la reproducción no se realice, considerando indudable lo contrastado en la primera (acta aportada por la demandante).

»La apelante sustenta su recurso sobre la base de desgajar la prueba y sustituir la valoración judicial por la propia. Sin embargo, la prueba documental de la parte actora, en relación con la testifical, ofrece un concluyente y creíble resultado, acorde con lo decidido en la instancia, sin resquicio para la duda o para inferir la falta de veracidad de la declaración del testigo. Cuando se trata de la valoración probatoria, la revisión de la sentencia debe centrarse en comprobar que aquella aparece suficientemente expresada en la resolución recurrida y que no adolece de error, arbitrariedad, insuficiencia, incongruencia o contradicción.

»La parte recurrente pretende sustituir la valoración del conjunto probatorio realizada por el juez a quo y suficientemente justificada por el criterio propio. Este Tribunal comparte la apreciación elaborada por la sentencia recurrida por cuanto descansa en una valoración lógica y racional de las pruebas practicadas en el procedimiento, llegando a una conclusión absolutamente correcta. El acta notarial aportado por Cedro acredita sin ningún género de duda que se produjo el ilícito, de conformidad con su alcance probatorio (*art. 319.1 LEC*), sin que los hechos que se constatan queden desvirtuados por lo que presencie otro notario mucho tiempo después. Es más, en este segundo documento, lo que considera casi imposible la notario autorizante es expresar el contenido de un papel. Esto no tiene nada que ver con lo que se pretende acreditar con el acta de presencia notarial elaborado a instancia de la actora. Por otra parte, como señala el juez a quo, lo que aprecie el segundo notario nada tiene que ver con el hecho de que muchos meses antes se constatará por otro aquello que recoge en su acta de presencia. El segundo documento en cuestión no desvirtúa el primero.

»La valoración que se efectúa de la prueba testifical es igualmente acertada y debe ponerse en relación, como se hace, con el conjunto de los medios de prueba, considerando que el *artículo 376 LEC* establece que los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de

la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre estas se hubiere practicado. Este conjunto probatorio ha sido valorado en idéntico sentido en numerosas resoluciones sobre la misma materia (SSAP de Zamora de 5 de junio de 2003, Cantabria (Sec. 4.^a) de 5 de enero de 2004 y Orense (Sec. 2.^a) de 20 de octubre de 2004 , entre otras).

»Tercero. Para sustentar el segundo de los motivos del recurso alega la apelante que en modo alguno la LPI sanciona como infracción la de fotocopiar fotocopias citando el *art. 10.1 de la Ley* especial. Es evidente, y en ello incide el escrito de oposición, que la parte apelante parte de confundir la obra protegida con su soporte o con los medios de reproducción, y acaba identificando el libro con la obra original. El libro es el objeto material en el que se exterioriza la creación, entre otros posibles y la obra protegida no son los libros o las fotocopias, como pretende el recurrente.

»Cuarto. El último de los motivos en que se sustenta el recurso hace referencia al importe de la indemnización en concepto de daños y perjuicios. La demandante reclamaba por este concepto la cantidad que resulte de multiplicar por diez el importe correspondiente a las tarifas anuales para Centros Reprográficos Comerciales, considerando la capacidad de copia por minuto de todas las máquinas fotocopadoras existentes en el establecimiento de la demandada. Esta pretensión se basa en el *artículo 140 LPI* que permite al perjudicado optar, como indemnización, entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación. La demandante opta por este segundo criterio para determinar dicha indemnización. La licencia de reproducción que concede Cedro permite llevar a cabo la reproducción, mediante fotocopiado, de hasta un máximo del diez por ciento de cada ejemplar (documento n.º 4 de la demanda, folio 36). Por otra parte las tarifas de dicha entidad contemplan la posibilidad de que el usuario se exceda en los límites de reproducción autorizados, aplicando en tal caso el denominado índice Corsa (coeficiente de reproducción sin autorización). En las licencias de reproducción se dispone la aplicación de lo previsto en las tarifas en caso de incumplimiento, especialmente cuando se superen los límites autorizados (Condiciones segunda y séptima).

»Sostiene el apelante que reiterada jurisprudencia emanada de las Audiencias Provinciales ha venido desestimando la posibilidad de obtener la indemnización mediante la operación de multiplicar por diez las tarifas aplicables. Lo cierto es que en realidad existen criterios discrepantes en los tribunales, tan es así que la propia sentencia que se recurre cita la SAP de Gerona de 18 de junio de 2004 al señalar que 'resultaría que la consecuencia jurídica de la realización de un acto que contraviene la Ley con perjuicio de los legítimos derechos en ella reconocidos sería la misma que si se hubiera solicitado la debida autorización y concedido la misma, con la matización de que como la autorización se limitaría en principio a la reproducción del diez por ciento en todo caso la actuación de la demandada sería extralimitándose en la autorización concedida y sin ninguna consecuencia. Esta conclusión no puede tener acogida en el ordenamiento jurídico porque la consecuencia de los actos ilícitos en cuanto a las obligaciones impuestas por el mismo no pueden ser idénticas ya que ello propiciaría su vulneración'. Este mismo criterio se acoge en otras Audiencias, conforme a las sentencias que cita la apelada en su escrito de oposición, y en tal sentido también podemos citar las SSAP de Zamora de 5 de junio de 2003, Salamanca de 4 de julio de 2003 y Orense (Sec 2.^a) de 20 de octubre de 2004 .

»Reconociendo las discrepancias existentes hemos de inclinarnos por la cuantificación que efectúa la sentencia recurrida y ello considerando en primer lugar, que la cuantificación que se realiza no tiene carácter sancionador, sino reparador. En segundo lugar, porque la consecuencia del ilícito no puede ser equivalente en el caso de reproducir parte de la obra que en el caso de reproducir la totalidad. Quedaría afectado de otro modo el principio del resarcimiento integral que rige en nuestro Derecho, puesto que en definitiva nos encontramos ante una acción indemnizatoria fundada en una responsabilidad civil extracontractual. En tercer lugar, porque la indemnización así fijada atiende al criterio establecido en el *artículo 140 LPI* en cuanto de haber obtenido licencia, en su exceso se aplicaría el índice Corsa, índice previsto en las tarifas de la entidad de gestión. En cuarto lugar, si dejamos de lado el daño y atendemos exclusivamente a la remuneración, no es lo mismo la reproducción parcial que la total a estos efectos.

»Por otro lado debe rechazarse que la limitación de las reproducciones al diez por ciento del ejemplar suponga una limitación de la indemnización. Una cosa no guarda relación con la otra, o dicho de otro modo, la contravención de límites legales o convencionales no implica que el resarcimiento no deba ser íntegro. Tampoco puede admitirse que se trate de aplicar un criterio arbitrario o poco razonable, porque el citado índice se aplica sobre tarifas que ya tienen en cuenta el ámbito de la actividad en que se efectúa la reproducción o el tipo de máquinas empleadas y el índice a su vez tiene en cuenta el porcentaje en que se excede la autorización. No se aprecia, por último, desproporción entre el daño acreditado y las consecuencias indemnizatorias. No

se trata por lo tanto de establecer cantidades sin justificación o irracionales, por mucho que al infractor le resulten incómodas.

»Quinto. En consecuencia de lo expuesto el recurso debe ser desestimado, con imposición al recurrente de las costas causadas por aplicación del *artículo 398 LEC* ».

QUINTO .- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Luis Pedro se formulan los siguientes motivos de casación:

Motivo primero. «Se articula el presente motivo de recurso con base en el *artículo 477.2.3.º LEC* por la infracción legal cometida en la sentencia en la aplicación del *artículo 140 de la Ley de Propiedad Intelectual* , al haber resuelto una cuestión sobre la que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, al resolver la misma cuestión, como expresamente reconoce la propia sentencia ahora recurrida».

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Existe jurisprudencia de las Audiencias Provinciales contradictoria, pues en aplicación del *artículo 140 LPI se admite en unos casos que se multiplique por diez* la indemnización que corresponde a Cedro y en otros no se admite ese índice corrector.

Cita como sentencias que sí admiten la aplicación del índice corrector consistente en multiplicar por diez el importe de la indemnización:

- SAP Barcelona núm. 87/2005 (Sección 15.ª) de 24 de febrero (recurso de apelación 526/2003).
- SAP Barcelona núm. 256/2005 (Sección 15.ª) de 27 de mayo (recurso de apelación 249/2004).
- SAP Orense núm. 273/2004 (Sección 2.ª) de 20 de octubre (recurso de apelación 176/2003).
- SAP Zamora núm. 156/2003 (Sección única) de 5 de junio (recurso de apelación núm. 163/2003).
- SAP Salamanca núm. 277/2003 (Sección única) de 4 de julio (recurso de apelación 335/2003).

Cita como sentencias que sirven de fundamento del interés casacional en sentido contrario a la sentencia recurrida, es decir, que consideran no amparado por la *Ley de Propiedad Intelectual la aplicación del índice corrector denominado Corsa, consistente en multiplicar por diez* la cantidad resultante de aplicar las tarifas generales de Cedro:

- SAP Madrid núm. 61502/2004 (Sección 25.ª) de 11 de noviembre (recurso de apelación 677/2003) cuyos FD 4.º y 5.º se transcriben parcialmente. Cedro, solicita en su escrito de demanda, en concepto de indemnización, la cantidad que se fije en cualquier fase del procedimiento cuando se facilite el número y características de las máquinas fotocopiantes, consistente en multiplicar por diez el importe resultante de aplicar las tarifas anuales aprobadas por Cedro y aportadas al procedimiento. No obstante, la pretensión de la demandante no puede ser estimada íntegramente. En efecto, tal y como se reconoce en el propio escrito de recurso, la autorización de copias hasta un 10% no es una cuestión predeterminada ni estatutariamente ni de forma legal que impida la cuantificación de las licencias en función de la extensión de las copias hasta un 100%. Las tarifas de la actora establecen los criterios y parámetros para su cálculo, estableciendo un límite máximo, no conteniendo indicación alguna a esa posibilidad de copia del 100%, circunstancia por la cual pretender su cuantificación mediante la simple operación aritmética de multiplicar por diez lo autorizado es inadmisibles por no estar prevista como tarifa aplicable con arreglo a lo estatutariamente previsto.

- SAP Cuenca núm. 171/2005 (Sección 1.ª) de 27 de julio (recurso de apelación 152/2005) cuyo FD 4.º se transcribe parcialmente. Se declara que la Sala comparte el criterio mantenido por la SAP de Burgos de 28 de enero 2002 , invocada por la parte apelante (criterio que igualmente hicieron propio, por ejemplo, las SSAP de Asturias de fechas 29 de junio y 15 de julio de 2004) en el sentido de que el *artículo 140 LPI* permite optar al perjudicado entre reclamar el beneficio dejado de obtener presumiblemente, de no haber mediado la utilización ilícita (que, naturalmente, requerirá de la correspondiente prueba), o la remuneración que hubiera podido percibir en el caso de haber autorizado la explotación. Elegida esta segunda vía, como aquí ha sucedido, debió la parte demandante limitarse a interesar la aplicación de sus tarifas generales, teniendo en cuenta el número y la clase de máquinas, así como las características de la población donde radica el establecimiento, sin que pueda ser doble la aplicación, de forma automática y unilateral, de una suerte de coeficiente corrector que operaría sobre las propias tarifas confeccionadas por la actora.

- SAP Vizcaya (Sección 4.ª) de 1 de septiembre de 2005 (recurso de apelación 457/2004) cuyo FD 3.º se transcribe parcialmente. Se declara que en el suplico de la demanda se solicita la condena de Lankor, S. L., a indemnizar a Cedro en la cuantía que resultare de multiplicar por diez las tarifas generales en el periodo

de realización de la actividad ilícita, al número, modelo y características de las máquinas fotocopiadoras existentes en el establecimiento de la demandada. Añade que el Tribunal ya se ha pronunciado en la sentencia recaída en el recurso de apelación de la dictada en primera instancia en el procedimiento ordinario núm. 262/04, en el sentido de que la aplicación automática y unilateral del índice corrector interesado por Cedro al multiplicar la cuantía de la licencia por diez excede de lo previsto en el *art. 140 LPI*, que sólo se refiere al importe de la retribución correspondiente, si se hubiere autorizado la explotación, todo ello en base a que estamos ante una indemnización legal y tasada, en la cual no cabe aplicar criterios distintos de los establecidos ni índices correctores por razones de equidad, que no pueden ser atendidos, teniendo como presupuesto que en la documentación presentada por Cedro, consta que la autorización comprende el 10% de la obra.

- SAP Asturias (Sección 4.^a) de 15 de julio de 2004 (recurso de apelación 135/2004), cuyo FD 4.º se transcribe parcialmente. La Sala se remite a su sentencia de 29 de junio del año en curso, así, la aplicación automática y unilateral de dicho coeficiente excede de lo previsto en el *art. 140*, que sólo se refiere al importe de la retribución correspondiente, si se hubiere autorizado la explotación, sin que quepa imponer a la demandada un incremento tan importante con base a las tarifas confeccionadas por la actora. Sin desconocer la existencia de criterios discrepantes sobre el tema, la literalidad del *art. 140* y la concreta opción elegida para fijar la indemnización, impide, a juicio de Sala, aceptar la tesis propuesta por la demandante.

- SAP Madrid (Sección 25.^a) de 22 de julio de 2004 (recurso de apelación 202/2003) cuyo FD 2.º se transcribe parcialmente, la cuestión que aquí se plantea es objeto de jurisprudencia contradictoria por parte de las Audiencias Provinciales. En efecto, existen resoluciones que acogen el criterio cuantificador de indemnización de daños y perjuicios expuesto por la actora, de multiplicar por diez el importe de la tarifa que correspondería a las características del centro explotado por la demandada, frente a las que consideran viable únicamente la pretensión en relación a las tarifas aprobadas, independientemente de la extensión de lo fotocopiado, en relación al 10% de la obra o al 100%. Las tarifas de la actora establecen los criterios y parámetros para su cálculo, estableciendo un límite máximo, no conteniendo indicación alguna a esa posibilidad de copia del 100%, circunstancia por la cual pretender su cuantificación mediante la simple operación aritmética de multiplicar por diez lo autorizado es inadmisibles por no estar prevista como tarifa aplicable con arreglo a lo estatutariamente previsto. Fundamentar en apoyo de dicha posibilidad el carácter ejemplarizante a efectos de sancionar a los incumplidores que no obtienen licencia frente a los que sí lo hacen con la limitación impuesta, excede del marco indemnizatorio de daños y perjuicios de los derechos de **propiedad intelectual** para introducir un carácter sancionador hacia ilícitos civiles, no previsto legalmente, que no puede ser admitido, debiendo limitarse la solicitud indemnizatoria a las tarifas aprobadas en función del tipo de establecimiento, número, modelo y características de las máquinas fotocopiadoras, a determinar en ejecución de sentencia con arreglo a las tarifas correspondientes para el año 2000.

- SAP Asturias (Sección 4.^a) de 29 de junio de 2004 (recurso de apelación 169/2004), cuyos FFDD 3.º y 4.º se transcriben parcialmente. Considera la Sala que la aplicación automática y unilateral de este coeficiente excede de lo previsto en el *artículo 140 LPI* que sólo se refiere al importe de la retribución correspondiente si se hubiese autorizado la explotación, sin que quepa imponer a la demandada un incremento tan importante con base en las tarifas confeccionadas por la actora, sin intervención ni ulterior aprobación del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. En definitiva, aunque la Sala conoce la existencia de criterios discrepantes sobre el tema, considera que la aplicación del citado coeficiente, que en la práctica supone multiplicar por diez el importe de la retribución, carece de cobertura legal suficiente, implicaría la percepción por la entidad gestora de una suma muy superior a la prevista con arreglo a las tarifas que en circunstancias normales no cabría reclamar, y realmente desproporcionada.

- SAP Baleares (Sección 5.^a) de 27 de noviembre de 2003 (recurso de apelación 501/2003) cuyo FD 2º se transcribe parcialmente. Se declara que es conocedora la Sala de los contrapuestos posicionamientos de las Audiencias Provinciales sobre esta materia, decantándose algunas de ellas por la tesis que sostiene la parte apelada, y otras, como la de Burgos, por la mantenida por el apelante y a la vista de la motivación que contiene la sentencia de instancia considera que concurre motivo para revocarla. En efecto, no se ha constatado que la actuación ilícita de la demandada en el periodo al que se refiere la pretensión formulada por la actora hubiera consistido siempre en fotocopiar el 100% de los libros, ni parece adecuado, sin más, multiplicar por diez las tarifas generales que corresponden a la autorización por Cedro para la reproducción del 10% de libros y obras impresas, por cuanto no existe razón para que medie la misma proporción entre el porcentaje que se autoriza para producir mediante fotocopias y la cuantía de las tarifas correspondientes a cada autorización.

- SAP Guadalajara de 21 de noviembre de 2002 (recurso de apelación 332/2002) cuyo FD 1.º se transcribe parcialmente. Se declara que la indemnización no puede ceñirse a los perjuicios causados por las fotocopias de los mismos libros, sino que habrá de cuantificarse aplicando sus tarifas impagadas y cuyo abono hubiere hecho lícita la actividad de desarrollada por la demandada, determinándose la cantidad en función del tipo y características de las máquinas fotocopadoras instaladas en ese periodo anteriormente apuntado. No es de recibo, sin embargo, el incremento que pretende la actora de multiplicar por diez la indemnización que resulte de aplicar las tarifas en función del número de máquinas fotocopadoras y ello por cuanto estableciendo el *art. 140 del Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril* por el que se aprueba el Texto Refundido de la LPI, el perjudicado puede optar como indemnización entre el beneficio que hubiera obtenido presumiblemente de no mediar la utilización que hubiese percibido de haber autorizado la explotación, habiendo optado la entidad actora por la remuneración que hubiere percibido de la demandada de haber autorizado la explotación, por lo que no autorizando la *Ley reproducciones superiores al diez* por ciento no cabe legalmente obtener una remuneración que excede de ese porcentaje de aquí que trate de obtener el cien por cien excediéndose de la remuneración que hubiera podido obtener, que en ningún caso podría exceder del límite que la entidad admite como legal. Conclusión y consecuencia de lo expuesto es la concreción de la indemnización en la forma referida por el periodo señalado sin incrementar las tarifas en la proporción pretendida.

- SAP Madrid (Sección 18.ª) de 13 de junio de 2005 (Recurso apelación 114/2005) cuyo FD 5.º se transcribe parcialmente. Se declara que lo que no comparte la Sala es que aplicando ese modo de cálculo deba el resultado multiplicarse por diez. Es cierto, se añade, que si sólo se aplicase la remuneración por el 10% que es lo máximo que normalmente autoriza la actora para reproducir libros, le resultaría más rentable a la demandada incumplir la obligación de obtener la autorización que cumplirla puesto que en tanto no fuera descubierta su actividad nada abonaría y si se descubre sólo pagaría lo que debería haber pagado si hubiera actuado con arreglo a derecho. Pero no puede obviarse que, no autorizando la demandada la reproducción íntegra de obras, no existe base alguna para multiplicar por diez el resultado porque en tal caso también le sería más favorable a la demandante que los establecimientos de copistería incumplieran su obligación, determinando en cada caso percibir lo que en ningún caso hubieran percibido si hubieran concedido la autorización, con lo que no estaríamos en las prevenciones del *art. 140 LPI* . Ahora bien, en vez de limitarse a aplicar las tarifas generales, teniendo en cuenta el número y clase de máquinas y las características de la población donde radica el establecimiento, establece un incremento, denominado coeficiente de reproducción sin autorización (Corsa), multiplicando por diez lo que resultaría de las tarifas anteriores, en atención a que de autorizar esa actividad únicamente podría hacerlo del diez por ciento de la obra y no de su totalidad, siendo así que a juicio de esta Sala la aplicación automática y unilateral de dicho coeficiente excede de lo previsto en el *art. 140* , que sólo se refiere al importe de la retribución correspondiente, si se hubiere autorizado la explotación, sin que quepa imponer a la demandada un incremento tan importante con base a las tarifas confeccionadas por la actora y ello porque ni siquiera aunque hubiera mediado autorización percibiría tal suma.

En virtud de la doctrina jurisprudencial expuesta, el índice corrector aplicado por el Juzgado de Primera Instancia y confirmado por la Audiencia Provincial sobre la indemnización a percibir por Cedro excede de lo permitido por el *art. 140 LPI* y, por tanto, no debería haber sido aplicado.

Termina solicitando de la Sala «que teniendo por presentado este escrito en tiempo y forma, se digne admitirlo y tenga por formalizado recurso de casación contra la sentencia de la que se ha hecho mérito en virtud de los motivos formulados, por presentada la certificación de la sentencia recurrida expedida por este mismo Tribunal, y copia de las sentencias aducidas como fundamento del interés casacional y elevado a la Excma. Sala 1.ª del T. Supremo, por estimación de sus motivos case la sentencia, en el sentido de estimar el recurso de apelación interpuesto por esta parte contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 21, conforme a lo expresado en dicho recurso».

SEXTO. - Por ATS de 21 de octubre de 2008 se admitió el recurso de casación al amparo del *artículo 477.2.3.º LEC* .

SÉPTIMO. - En el escrito de oposición al recurso de casación presentado por la representación procesal del Centro Español de Derechos Reprográficos, Cedro, se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Todas las Audiencias Provinciales admiten la opción de Cedro de optar como indemnización por la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación -texto antiguo- o la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de **propiedad intelectual** en cuestión -texto vigente-.

Tampoco existe discrepancia en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, en cuanto a la aplicación de las tarifas generales de la entidad para hallar el importe de la indemnización de daños y perjuicios, como autoriza la STS de 18 de enero de 1990, en los supuestos de ausencia de precio convenido por la eventual explotación silenciada del producto intelectual que se ha de proteger, en este caso, los derechos de autor y de editor de obra impresa.

La cuestión y es ahí donde discrepan las Audiencias Provinciales es cómo calcular la cantidad que debe abonar el infractor: Si hay que limitarse a aplicar el epígrafe I de las tarifas generales de la entidad del que resulta la cantidad prevista, en este caso concreto para los centros reprográficos que han suscrito licencia general de reproducción y que cumplen el contenido de la misma o si sobre dicha cantidad ha de aplicarse, además, el llamado índice Corsa - coeficiente de reproducción sin autorización- también previsto en las tarifas generales. Con este índice se ajusta la tarifa al porcentaje efectivamente reproducido.

En la actualidad se decantan por admitir la cuantificación de la indemnización con aplicación de las tarifas, índice Corsa incluido, las siguientes Audiencias Provinciales: Albacete, Sección 2.^a, Gijón, Sección 7.^a, Barcelona, Sección 15.^a especializada en **propiedad intelectual**; Cantabria, Sección 2.^a; Ciudad Real, Sección 2.^a, Córdoba, Sección 3.^a, La Coruña, Sección 4.^a, Gerona, Sección 1.^a, Gijón, Sección 7.^a, Granada, Sección 3.^a, León, Sección 1.^a, Lugo, Sección 1.^a, Madrid, Sección 9.^a, Sección 11.^a, Sección 28.^a, esta última especializada en **propiedad intelectual**, Málaga, Sección 7.^a, Navarra, Sección 3.^a, Orense, Sección 2.^a, Palma de Mallorca, Sección 5.^a, Salamanca, Sevilla, Sección 6.^a, Valencia, Sección 9.^a, Valladolid, Sección 1.^a, Zamora y Zaragoza, Sección 1.^a.

No admiten la fórmula de cálculo de indemnización que Cedro interesa (índice Corsa) las siguientes Audiencias Provinciales: Alicante, Oviedo, Burgos, Castellón, Cuenca, Guadalajara, Murcia, Palencia, Pontevedra, Segovia y Vizcaya.

En el ejercicio de la gestión colectiva de los derechos de **propiedad intelectual** de autores y editores de textos impresos, la LPI obliga a Cedro a «contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración», y a tal fin, Cedro «debe establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio» (*artículo 157 TRLPI*). Las tarifas generales son notificadas anualmente al Ministerio de Cultura como ordena el *artículo 159.3 TRLPI*.

Cedro concede autorizaciones que permiten la reproducción de porcentajes variables de las obras que pueden llegar hasta el 100% de la misma en el caso de las licencias puntuales y varía en cada caso la cantidad a abonar por los licenciados. Tales autorizaciones las concede Cedro en nombre de los autores y editores miembros de la entidad a todo aquel que la solicita, mediante remuneración y en las condiciones que se contienen en los diferentes modelos de licencias que existen y que se adaptan a los usos y necesidades de los diferentes sectores de usuarios.

La remuneración por la licencia se cuantifica según la condición cuarta y declaración segunda de la licencia general en atención a las tarifas generales de la entidad y las máquinas y equipos de reproducción existentes en el establecimiento licenciado.

La consideración general séptima de las tarifas generales previene la indemnización de daños y perjuicios que Cedro solicitará al usuario que realice copias sin haber obtenido autorización o que, habiéndola obtenido, supere el límite de reproducción en ella establecido. Concretamente se establece que la indemnización se calculará multiplicando la tarifa que corresponde por el coeficiente de reproducción sin autorización (Corsa) de la obra y detalla cómo se obtiene el referido coeficiente de reproducción sin autorización.

Se trata de una sencilla fórmula que consiste en restar del porcentaje de obra efectivamente reproducida (100% si la reproducción es íntegra), el porcentaje de reproducción autorizado (o si el usuario no tiene autorización) y dividirlo entre el máximo de reproducción que permita la licencia que le corresponde al usuario que la tiene suscrita o que le correspondería si no la hubiera suscrito.

Es decir, hay que distinguir el supuesto en que el usuario licenciado excede el porcentaje autorizado y el supuesto en que el usuario no está licenciado.

En el primer caso, para calcular el índice Corsa de un centro reprográfico comercial licenciado para reproducir un máximo del 10% de cada ejemplar que haya realizado reproducciones íntegras habrá que restar de 100, 10 y dividirlo entre 10, resultando un Corsa de 9.

En el segundo caso, también para un centro reprográfico comercial no licenciado habrá que restar de 100, 0 y dividirlo entre 10, que es el máximo que autoriza la licencia general de reproducción a este tipo de centros, resultando un Corsa de 10.

Como se puede apreciar, el índice Corsa permite ajustar la indemnización al porcentaje de reproducción efectivamente realizado considerando las tarifas, el porcentaje de reproducción autorizado al usuario y el máximo porcentaje permitido por la licencia de reproducción en cada caso concreto (10% para el caso de la licencia general que se concede a establecimientos reprográficos).

La sentencia objeto de casación de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.^a, especializada en materia de **propiedad intelectual** ilustra perfectamente la corriente mayoritaria de la jurisprudencia menor en este punto.

En base al *artículo 140 TRLPI* y a la opción del Cedro como perjudicado, a la vista de la licencia general de reproducción que se concede a establecimientos reprográficos y que permite fotocopiar hasta un 10% de cada ejemplar y de las tarifas de la entidad que contemplan la posibilidad de que el usuario se exceda de los límites autorizados o que realice la reproducción sin autorización, en cuyo caso será de aplicación el índice Corsa para cuantificar la indemnización por daños y perjuicios, concluye que la cuantificación de la indemnización que efectúa el juzgador de primera instancia - tarifa por 10 - es correcta por los siguientes motivos:

- La cuantificación no tiene carácter sancionador sino reparador. Cuando Cedro opta por la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación lo que se busca es una compensación económica para los autores y editores de textos cuyo derecho exclusivo de reproducción gestiona Cedro de forma colectiva. De ahí, que Cedro interese como indemnización por daños y perjuicios la misma cantidad que hubiera percibido de haber autorizado la explotación.

- La consecuencia del ilícito no puede ser equivalente en el caso de reproducir parte de la obra y en el caso de reproducir la totalidad. Está claro. Si no se aplica el índice Corsa resultará que va a abonar la misma cantidad el titular de un centro reprográfico comercial licenciado que limita las reproducciones al 10% de cada ejemplar que autoriza la licencia general que el usuario no licenciado que sin autorización reproduce el 100% de cada ejemplar.

- La aplicación del índice Corsa como parte de las tarifas es consecuencia inmediata de la opción de Cedro en atención a las posibilidades que ofrece el *artículo 140 TRLPI* a los perjudicados por la infracción de los derechos.

- El hecho de que la licencia general de reproducción para establecimientos reprográficos limite la autorización para reproducir mediante fotocopia al 10% de cada ejemplar no implica que cuando se realiza una reproducción por encima de dicho porcentaje autorizado la cuantía de la indemnización no pueda ser superior y cubrir la infracción en toda su extensión.

- El daño acreditado y la consecuencia indemnizatoria guarda perfecta proporción. Por tanto, la sentencia recurrida no incurre en infracción legal en relación con la aplicación del *artículo 140 TRLPI*. Los motivos expuestos en la sentencia recurrida para determinar el importe de la indemnización en aplicación del citado precepto, son, entre otros, los que utilizan las Audiencias Provinciales en apoyo de su decisión de aceptar el cálculo y cuantificación de la indemnización por daños y perjuicios en la forma que Cedro propone como vía para resarcir a los autores y editores de los perjuicios que les ocasionan las reproducciones no autorizadas de sus textos.

La fórmula de cálculo de la indemnización por daños y perjuicios derivada de la reproducción íntegra e ilícita de obras impresas protegidas propuesta por Cedro - tarifas con índice Corsa- aceptada mayoritariamente por las Audiencias Provinciales, entre otras, en la sentencia objeto del presente recurso es conforme a derecho y por razones de justicia y equidad la que debe acogerse para unificación de doctrina.

La oportunidad de aplicar las tarifas generales de la entidad es clara, pues se elimina la arbitrariedad en la cuantía de la indemnización y es que las tarifas generales ya tienen en cuenta el ámbito de la actividad en que se efectúa la reproducción y el tipo de máquinas explotadas y, a su vez, el índice a aplicar tiene en cuenta el porcentaje en que se excede la autorización (SAP Madrid, Sección 28.^a, de 1 de diciembre de 2006).

Multiplicar por diez (índice Corsa) la cuantía resultante de aplicar las tarifas generales cuando se trata de un centro reprográfico comercial no licenciado o autorizado que ha realizado reproducciones íntegras de

obras impresas protegidas es una consecuencia lógica, pues el centro reprográfico comercial licenciado o autorizado para realizar reproducciones del 10% del ejemplar paga el importe de esas mismas tarifas.

En este sentido y en lo que a la aplicación del índice Corsa se refiere, las SSAP de Madrid, Sección 28.^a, de 23 de marzo y 1 de diciembre de 2006, 17 de marzo de 2007 y 19 de mayo de 2008, la multiplicación de un porcentaje proporcional a la extensión de lo fotocopiado (que puede ascender hasta un diez como máximo) de la tarifa de Cedro, ante los supuestos de reproducción de obras impresas sin previa obtención de licencia, merece la calificación de consecuencia reparadora y no sancionadora, aunque subyazca en la actora la voluntad de desincentivar la realización de reproducciones sin autorización (de ahí la inclusión en sus tarifas del denominado coeficiente Corsa), pues resulta lógico que la consecuencia del ilícito no sea equivalente en el caso de reproducción parcial de la obra (que es lo que contemplan la tarifa base) que en el caso de que lo fuese en su totalidad. De no admitirlo así de manera que no se pagase proporcionalmente más cuando se fotocopiase el libro en su integridad que cuando solo se hiciese en una parte, quedaría afectado el principio de resarcimiento integral que rige en nuestro Derecho, pues se trata de una acción indemnizatoria fundada en una responsabilidad civil extracontractual. Cita las SSAP de Barcelona de 24 de febrero y 27 de mayo de 2005, según las cuales el criterio de cuantificación del lucro cesante conforme prevé el artículo 140 TRLPI, se apoya en una ficción jurídica representada por una situación hipotética: que el titular del derecho vulnerado ha otorgado una licencia al infractor que le permite llevar a cabo la actuación que, en realidad, ha supuesto una vulneración del derechos de exclusiva. Pese a ser manifestación más propia del enriquecimiento injusto (en su vertiente de enriquecimiento negativo o *damnum cessans*) cumple también una función indemnizatoria: de un lado, impide al infractor disfrutar del beneficio que resulta del ahorro de la regalía o canon que hubiera debido pagar y, de otro, representa también una ganancia dejada de percibir por el titular, pues se parte de que el mismo no hubiera concedido una licencia gratuita a favor de un tercero. A la entidad de gestión le asiste la facultad de cuantificar el lucro cesante con arreglo al canon o tarifa que el infractor durante el periodo de infracción que se determine hubiera debido pagar para desarrollar la actividad que desarrollaba vulnerando el derecho de exclusiva ajeno y ningún precepto legal impide a Cedro otorgar licencias para producir por fotocopia la totalidad de las obras. Lo que pretende la actora es una regalía hipotética correspondiente a una licencia que permita la reproducción de la integridad de las obras impresas y su cuantía la obtiene aplicando una simple y conocida regla matemática: si por una licencia que permita la reproducción del 10% de las obras tiene fijada una tarifa de tanto, por otra que permita la reproducción íntegra al tarifa debe ser de tanto por diez.

De estimarse el recurso de casación y revocarse la sentencia recurrida, el usuario infractor no tendrá que indemnizar en su total extensión la vulneración cometida, disfrutará de un enriquecimiento injusto con lo que se lesionará el principio de reparación íntegra del daño causado. Además, tal situación sería una discriminación para los demás usuarios que cumplen con la norma y respetan los derechos de autor. Las más elementales normas de equidad impiden que acreditada una infracción de un derecho protegido legalmente, la consecuencia para el infractor sea la misma que hubiera debido afrontar de haber actuado correctamente.

Termina solicitando de la Sala «que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo; haber por formulado en tiempo y forma oposición al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Luis Pedro y, tras la ulterior tramitación legal, dictar sentencia por la que desestimándolo íntegramente, confirme en su integridad, la sentencia dictada por la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 23 de marzo de 2006 en rollo n.º 56/2006, dimanante de los autos de juicio ordinario 1232/2003 del Juzgado de Primera Instancia n.º 21 de Madrid, por ser conforme a derecho y aplicar correctamente el artículo 140 del TRLPI, por ser conforme a derecho».

OCTAVO . - Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 27 de abril de 2010, en que tuvo lugar.

NOVENO . - En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

AAPP, Audiencias Provinciales.

CEDRO, Centro Español de Derechos Reprográficos.

CORSA, coeficiente de reproducción sin autorización.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil .

LPI, texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril .

RA, recurso de apelación.

RD, Real Decreto.

SAP, sentencia de la Audiencia Provincial.

SSAP, sentencias de las Audiencias Provinciales.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - *Resumen de antecedentes.*

1. La representación procesal de CEDRO interpuso demanda contra el titular de un establecimiento comercial en el que se había realizado la reprografía no autorizada de obras impresas vulnerando los derechos de **propiedad intelectual**.

2. El Juzgado de Primera Instancia consideró probada la explotación ilícita de las obras de la demandante. Habiendo optado la parte demandante, con arreglo al *artículo 140 LPI* , por la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación, se fijó la indemnización en la cuantía de multiplicar por 10 el importe de la tarifa general anual fijada para la autorización por la sociedad demandante, aplicando el CORSA previsto en la misma tarifa.

3. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia fundándose, en síntesis, en que, aun existiendo criterios discrepantes en las AAPP, acepta el criterio de la sentencia de primera instancia por considerar que (a) la consecuencia del ilícito no puede ser equivalente en caso de reproducir el 10% de la obra, máximo autorizado, que en el caso de reproducir su totalidad; (b) la limitación en las tarifas al 10% de la reproducción no supone una limitación de la indemnización, pues se refiere a la autorización y no al resarcimiento; (c) el criterio no adolece de falta de equidad por cuanto las tarifas tienen en cuenta la capacidad de las máquinas de reproducción y el porcentaje en que se excede la autorización; (d) no hay desproporción entre el daño y su reparación.

4. Contra esta sentencia interpone recurso de casación la parte actora, el cual ha sido admitido al amparo del *artículo 427.2.3.º LEC* , por concurrir interés casacional.

SEGUNDO . - *Enunciación del motivo de casación.*

El motivo primero y único se introduce con la siguiente fórmula:

«Se articula el presente motivo de recurso con base en el *artículo 477.2.3.º LEC* por la infracción legal cometida en la sentencia en la aplicación del *artículo 140 LPI* , al haber resuelto una cuestión sobre la que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, al resolver la misma cuestión, como expresamente reconoce la propia sentencia ahora recurrida».

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que mientras muchas AAPP admiten la aplicación del índice corrector consistente en multiplicar por 10 el importe de la tarifa, otras consideran incorrecta esta solución, por entender que la operación aritmética de multiplicar la tarifa por 10 para cubrir una autorización de copia del ciento por ciento es inadmisibles por no estar prevista como tarifa aplicable.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO . - *Contradicción en la doctrina de las AAPP.*

A) En relación con la reproducción por medio de fotocopias, el *artículo 10 del RD 1434/1992, 27 noviembre* , en desarrollo de lo establecido hoy en el *art. 25 de la LPI* (derecho de remuneración por copia privada) excluye de la consideración como reproducciones para uso privado del copista, entre otras, «[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 añade que para poder efectuar estas reproducciones deberá obtenerse la previa autorización de los titulares de los derechos. Así se excluye este supuesto de la compensación mediante remuneración compensatoria, aplicable a la copia para uso privado del copista, con arreglo a lo dispuesto en el *artículo 25 LPI* , y se establece la consecuencia de que la reproducción sin autorización comporta una vulneración de los derechos de **propiedad intelectual**.

En el caso examinado se ha acreditado la existencia de una infracción de esta naturaleza consistente en la explotación sin autorización de obras cuyos derechos de **propiedad intelectual** gestiona la sociedad demandante. Esta infracción se ha acreditado, según se refleja en la exposición de hechos que realiza la sentencia recurrida, mediante la prueba de la reproducción íntegra sin autorización alguna en el establecimiento del demandado de tres obras protegidas por los derechos de **propiedad intelectual**.

El artículo 140 LPI , en la redacción aplicable al caso examinado, establece que el perjudicado podrá optar como indemnización entre el beneficio que hubiera obtenido presumiblemente de no mediar la utilización ilícita o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación. Tras la reforma llevada a cabo por la Ley 19/2006, el segundo término de la opción que se concede al perjudicado se configura como «[l]a cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de **propiedad intelectual** en cuestión.»

La demandante ha optado por el beneficio obtenido presumiblemente de no mediar la utilización ilícita o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación, y ha considerado que, dentro de las tarifas generales de dicha entidad, procede la aplicación de la tarifa correspondiente a la licencia de reproducción mediante fotocopias de hasta un máximo del 10% de cada ejemplar, multiplicado por 10, de acuerdo con el CORSA previsto en la propia tarifa para cuando se superan los límites autorizados, teniendo en cuenta que la reproducción de las obras tenía lugar con carácter íntegro, pues esta sería la remuneración que se hubiera percibido en el caso de haberse obtenido la autorización.

B) Como subraya la sentencia recurrida, y se ha acreditado por la parte recurrente para poner de manifiesto la existencia de interés casacional, existe doctrina contradictoria de las AAPP en la materia.

Por una parte, algunas AAPP (SSAP Alicante, Sección 8.^a, 13 de septiembre de 2007, Asturias, Sección 4.^a, 15 de julio de 2004, RA n.º 135/2004, Baleares, Sección 5.^a, 27 de mayo de 2003, Sección 5.^a, 2 de junio de 2003, Sección 3.^a, 17 de junio de 2003, Cuenca, Sección 1.^a, 27 de julio de 2005, RA n.º 152/2005, Madrid, Sección 25.^a, 22/07/2004, RA n.º 202/2003, Sección 25.^a, 11 de noviembre de 2004, RA n.º 677/2003, Sección 21.^a, 14 de abril de 2005, Vizcaya, 19 de julio de 2005, 9 de octubre de 2006, 8 de marzo de 2006, 21 de junio de 2006, Sección 4.^a, 1 de septiembre de 2005 RA n.º 457/2004, Sección 4.^a, 13 de marzo de 2007) mantienen que el cálculo de los beneficios dejados de obtener en virtud de la reproducción sin autorización debe calcularse con arreglo estrictamente a lo establecido en las tarifas generales fijadas por la sociedad gestora y que no puede introducirse alteración alguna aplicando el CORSA ni estableciendo una proporción entre el porcentaje de reproducción de la obra que tiene en cuenta la tarifa y el porcentaje de lo efectivamente reproducido. Esta apreciación se funda, en síntesis, en los siguientes argumentos:

(i) El artículo 140 LPI establece una indemnización legal y tasada, en la cual no cabe aplicar criterios distintos de los establecidos ni índices correctores por razones de equidad. Las tarifas de sociedad gestora están fijadas en función del tipo de establecimiento, número, modelo y características de las máquinas fotocopadoras y prevén un límite máximo para la autorización de reproducción por fotocopia de un 10%, pero no contienen indicación alguna sobre la posibilidad de copia de porcentajes superiores.

(ii) La aplicación del CORSA es improcedente, pues constituye un recargo fijado por la sociedad que implica una corrección unilateral de las tarifas. La discrepancia existente entre el artículo 140 LPI y el CORSA debe solucionarse dando preferencia al primero .

(iii) El artículo 140 LPI prevé una indemnización del perjuicio causado por la explotación sin autorización de los derechos de **propiedad intelectual**, pero la aplicación del CORSA comporta la imposición de una sanción sin cobertura legal para el caso de producirse una infracción consistente en exceder el porcentaje del 10% autorizado.

(iv) La operación aritmética de multiplicar por diez lo autorizado es inadmisibles por no estar prevista como tarifa aplicable.

(v) La aplicación del CORSA o la aplicación de un coeficiente de multiplicación de 10 (que dan resultados equivalentes) son desproporcionadas, pues implican la percepción por la entidad gestora de una suma muy superior a la que en circunstancias normales cabría reclamar. No puede establecerse una relación de proporción directa entre la tarifa aplicada a un porcentaje máximo de reproducción autorizado y la extensión de la obra reproducida ilícitamente que exceda de ese porcentaje.

(vi) No es suficiente con efectuar un cálculo proporcional sobre las tarifas previstas para la autorización de reproducciones del 10%, sino que la parte reclamante debe acreditar el importe de la remuneración que habría tenido derecho a percibir de haber autorizado la reproducción por la entidad demandada del 100% de los libros u obras impresas.

Otras AAPP (SSAP A Coruña, Sección 4.^a, 13 de febrero de 2008, Sección 4.^a, 15 de febrero de 2008, Asturias, Sección 4.^a, 29 de junio de 2004, RA n.º 169/2004, Sección 1.^a, 29 de mayo de 2009, Baleares 27 de mayo de 2003, Sección 5.^a, 27 de noviembre de 2003 RA n.º 501/2003, Barcelona 24 de febrero de 2004, 27 de mayo de 2004, 24 de febrero de 2005, RA 526/2003, 27 de mayo de 2005, RA n.º 249/2004, Granada, Sección

3.^a, 19 de enero de 2007, 25 de abril de 2008, Guadalajara, 27 de noviembre de 2002, RA n.º 332/2002, La Rioja, Sección 1.^a, 27 de febrero de 2009, Salamanca, 19 mayo 2003, 4 de julio de 2003, RA n.º 335/2003, Madrid, 22 de julio de 2004, 22 de marzo de 2005, 14 de abril de 2005, 23 de marzo de 2006 [la recurrida], 1 diciembre 2006, 15 de marzo de 2007, Sección 28.^a, 21 de septiembre de 2007, Sección 28.^a, 31 de enero de 2008, Orense, Sección 2.^a, de 20 de octubre de 2004, RA n.º 176/2003, Valencia, Sección 9.^a; 22 de julio de 2006, 28 marzo 2007, Zamora, Sección única, de 5 de junio de 2003, RA n.º 163/2003) han considerado procedente la aplicación del CORSA o la multiplicación por 10 de la tarifa prevista para la autorización de reproducción por fotocopia de hasta el 10%, fundándose, en síntesis, en los siguientes argumentos:

(i) No es obstáculo que la tarifa no esté expresamente prevista para porcentajes superiores a la reproducción del 10%, pues el criterio de cuantificación del lucro cesante según el 140 LPI, el cual se refiere expresamente a una utilización ilícita, se apoya en la hipótesis ficticia de que el infractor ha obtenido licencia. Se equipara, pues, la consecuencia jurídica de la infracción y la del acto realizado si se hubiera concedido la autorización.

(ii) Las tarifas de CEDRO y el índice CORSA fueron comunicadas a la Administración, están predeterminadas con antelación a la infracción, y deben ser conocidas, por todo ordenado comerciante.

(iii) El índice CORSA tiene su razón de ser en la determinación de las hipotéticas tarifas que se aplicarían para el caso de que se hubiese concedido autorización para reproducciones no autorizadas.

(iv) La indemnización prevista responde a un supuesto de enriquecimiento injusto y cumple también una función de reparación. Por una parte, impide al infractor disfrutar del beneficio que resulta del ahorro de la regalía o canon que hubiera debido pagar. Por otra parte, resarce al titular de la ganancia dejada de percibir.

(v) Ningún precepto legal impide a CEDRO otorgar licencia para reproducir por fotocopia la totalidad de las obras y de hecho así lo hace en ciertos supuestos.

(vi) El CORSA no constituye propiamente una tarifa, sino más bien una penalización, pero se llega a la misma solución si se aplica la lógica matemática estableciendo una proporción entre la tarifa para la reproducción del 10% y la reproducción de la totalidad de la obra, partiendo de estimar probado que las reproducciones o fotocopiado de los ejemplares son de la totalidad de la obra.

(vii) Mantener la postura contraria supondría primar al infractor.

(viii) La reforma llevada a cabo por la *Ley 19/2006* no modifica sustancialmente la redacción de la LPI en este punto y apoya el resultado de la aplicación de la regla proporcional.

CUARTO . - *Indemnización por reproducción sin autorización por medio de fotocopia en establecimientos abiertos al público.*

A) Esta Sala, en trance de unificar la doctrina existente en la materia, considera más atendibles los argumentos sustentados en la actualidad por la mayoría de las AAPP favorables a la aplicación de un porcentaje de incremento sobre la tarifa por reproducción de hasta el 10% de las obras, habida cuenta de que el carácter tasado de la tarifa y el hecho de que solo esté prevista para autorizaciones de reproducción del 10% de las obras no debe ser obstáculo para el cálculo por el tribunal de la llamada regalía hipotética en caso de explotación sin autorización, en los términos del *artículo 140 LPI* , de acuerdo con la real importancia económica de los derechos objeto de la infracción. Considera, sin embargo, que deben tenerse también en consideración los argumentos expuestos por las AAPP que consideran los obstáculos a la aplicación del CORSA. Entre ellos merece especial atención el argumento de la posible falta de proporcionalidad de un incremento del 10% sobre la tarifa general, si no se prueba que responda a la entidad económica calculable para las reproducciones efectivamente realizadas, y también el argumento de que el CORSA está concebido como un recargo impuesto con carácter sancionador y ejemplarizante que, sin ser incorrecto, por responder a una regla proporcional aceptable, puede resultar desproporcionado si se concibe con carácter automático para todo supuesto en que se demuestre la existencia de una infracción, pero no su alcance exacto.

De esto se sigue que debe estimarse que la aplicación del CORSA, o el cálculo proporcional que conduce al mismo resultado, debe aplicarse teniendo en cuenta, según la prueba practicada, el porcentaje medio de reproducción respecto del total de las obras que se haya hecho sin autorización. Por consiguiente, la aplicación del CORSA puede tener un carácter desproporcionado si se parte del presupuesto de que la reproducción por medio de fotocopias en todo caso alcanza el ciento por ciento de las obras reproducidas cuando se acredita la existencia de una infracción de los derechos de **propiedad intelectual**. Cuando solo se acredite que dicha reproducción íntegra ha tenido lugar respecto de un número reducido de obras, pero

no pueda estimarse probado que tiene lugar con carácter íntegro de modo general, o en una proporción determinada, debe admitirse como razonable que la reproducción en el establecimiento demandado no siempre alcanzará el expresado porcentaje y, en este supuesto, puede aceptarse como criterio razonable el que se ha seguido por algunos órganos jurisdiccionales (SAP Madrid, Sección 25.ª, 13 de junio de 2005 RA n.º 114/2005, y Juzgado de lo Mercantil de A Coruña de 30 de octubre de 2007) en el sentido de entender que el porcentaje que se estima proporcionalmente aceptable a falta de una prueba más concluyente es el intermedio de multiplicar por cinco la tarifa general prevista para la autorización del 10% de la obra, teniendo en cuenta que la parte frente a quien se reclama está en una situación favorable para demostrar que este porcentaje ha sido inferior.

B) Se fija la siguiente doctrina: la indemnización que debe fijarse al amparo del *artículo 140 LPI* por reproducción sin autorización por medio de fotocopias en establecimientos abiertos al público con arreglo a las tarifas generales de la sociedad demandante CEDRO, cuando ésta se acoge a la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación, debe fijarse en el importe de la tarifa general aprobada para la autorización de reproducciones del 10% de las obras, multiplicado por cinco. Si se prueba de manera suficiente que el porcentaje de promedio de reproducción de todas las obras fotocopias es inferior o superior al 50% de las obras la tarifa podrá multiplicarse por un coeficiente superior o inferior, y no podrá exceder de diez veces su importe.

QUINTO . - *Estimación del recurso.*

Siendo fundado el recurso de casación, y habiéndose este interpuesto al amparo del *artículo 477.2.3.º LEC* , procede casar la resolución impugnada y resolver sobre el caso declarando lo que corresponda según los términos en que se ha producido la contradicción entre AAPP, de acuerdo con el *art. 487.3 LEC* .

En el caso examinado la sentencia recurrida, al aceptar las conclusiones probatorias de la sentencia de primera instancia, fija como hechos probados que se ha realizado una explotación ilícita de los derechos de **propiedad intelectual**, pero no afirma que la prueba haya conducido a la convicción de que la reproducción en que esta explotación consiste se haya realizado en un porcentaje medio superior o inferior al 50% del total de las obras. En consecuencia, en aplicación de la doctrina fijada, debe estimarse el recurso de casación y sustituirse la indemnización acordada por la que resulte de multiplicar por cinco la tarifa aplicable.

En consonancia con lo razonado, procede, casando la sentencia recurrida, la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por D. Luis Pedro contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 21 de Madrid y revocar parcialmente dicha sentencia en cuanto al importe de la indemnización concedida por daños y perjuicios, que será de 1940,92 euros, resultado de sustituir el coeficiente multiplicador de 10 por el de 5 en la tarifa aplicada, sin imposición de costas. Esta cantidad, al ser inferior a la señalada por la sentencia de primera instancia, devengará costas procesales desde la fecha de dicha sentencia.

No ha lugar, de acuerdo con las normas generales, a imponer las costas de la apelación ni las de este recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Ha lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Luis Pedro contra la sentencia de 23 de marzo de 2006 dictada por la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación n.º 56/2006, cuyo fallo dice:

«Fallamos

»Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Luis Pedro contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 21 de Madrid en el proceso del que dimanen las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes de la presente resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas».

2. Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Luis Pedro contra la sentencia de 23 de septiembre de 2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 21 de Madrid en el procedimiento ordinario n.º 1232/2003 y revocamos parcialmente dicha sentencia en cuanto al importe de la indemnización concedida por daños y perjuicios, que será de 1940,92 euros, resultado de sustituir el coeficiente multiplicador de 10 por el de 5 en la tarifa aplicada, sin imposición



de costas. Esta cantidad devengará intereses procesales desde la fecha de la sentencia de primera instancia. Quedan subsistentes los restantes pronunciamientos de la sentencia de primera instancia.

4. Se fija la siguiente doctrina: la indemnización que debe fijarse al amparo del *artículo 140 LPI* por reproducción sin autorización por medio de fotocopias en establecimientos abiertos al público con arreglo a las tarifas generales de la sociedad demandante CEDRO, cuando ésta se acoge a la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación, debe fijarse en el importe de la tarifa general fijada para la autorización de reproducciones del 10% de las obras, multiplicado por cinco. Si se prueba de manera suficiente que el porcentaje de promedio de reproducción de todas las obras fotocopiadas es inferior o superior al 50% de las obras la tarifa podrá multiplicarse por un coeficiente superior o inferior, y no podrá exceder de diez veces su importe.

5. No ha lugar a la imposición de las costas causadas en el recurso de apelación interpuesto por D. Luis Pedro ni de las causadas en el recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios. Xavier O'Callaghan Muñoz. Jesus Corbal Fernandez. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel . Antonio Salas Carceller. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.