

# CONSIDERACIONES SOBRE LA NULIDAD DE LA ORDEN PRE/1743/2008, DE 18 DE JUNIO, DE REGLAMENTACIÓN DEL CANON DIGITAL (Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de marzo de 2011)

Por Fernando CARBAJO CASCÓN  
Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad de Salamanca

## SUMARIO:

I. ANTECEDENTES NORMATIVOS: REGLAMENTACIÓN DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA DIGITAL EN LA LEY 23/2006 Y EN LA ORDEN MINISTERIAL PRE/1743/2008, DE 18 DE JUNIO. II. LAS SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL DECLARANDO NULA DE PLENO DERECHO LA ORDEN MINISTERIAL PRE/1743/2008, DE 18 DE JUNIO. III. POSIBLES CONSECUENCIAS DE LA PREVISIBLE NULIDAD DE LA ORDEN PRE/1743/2008. 1. EFECTOS RETROACTIVOS DE LA NULIDAD DE LA ORDEN MINISTERIAL: RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CANON DIGITAL. 2. SOBRE LA DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES. 3. CONSECUENCIAS DE LA ANULACIÓN DE LA ORDEN MINISTERIAL PARA EL FUTURO DEL CANON DIGITAL POR COPIA PRIVADA.

## **I. ANTECEDENTES NORMATIVOS: REGLAMENTACIÓN DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA DIGITAL EN LA LEY 23/2006 Y EN LA ORDEN MINISTERIAL PRE/1743/2008, DE 18 DE JUNIO**

Como es sobradamente conocido, la *Ley 23/2006 de 7 de julio, de reforma del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996*, modificó el art. 25 TRLPI relativo a la compensación equitativa por copia privada, aunque ratificando el modelo preexistente de compensación en forma de canon o cuantías fijas sobre equipos, aparatos y soportes de reproducción. Partiendo de unas reglas comunes, dispuso dos subsistemas para la determinación de la compensación equitativa relativa a copias privadas analógicas y digitales<sup>1</sup>, introduciendo importantes novedades en los criterios y procedimientos de fijación del canon sobre los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital.

---

<sup>1</sup> Vid. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La copia privada y la compensación por copia privada*, en AA.VV., *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 140 y ss.

Para la fijación de los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital afectados por el nuevo canon digital y las tarifas aplicables, el art. 25.6 TRLPI previó la celebración con carácter bianual (o inferior si así se acordara por los Ministerios competentes: Cultura e Industria) de un procedimiento para alcanzar acuerdos entre las entidades de gestión y las asociaciones sectoriales de la industria afectada, dando así prioridad a la autorregulación de las partes. Dicho procedimiento autorregulador debería ser impulsado por los Ministerios de Cultura e Industria en el plazo máximo de un mes desde la entrada en vigor de la Ley.

Las partes implicadas en ese proceso de autorregulación deberían elevar una propuesta —en el plazo máximo de cuatro meses— sobre los equipos, aparatos y soportes digitales sujetos al pago de la compensación equitativa, y sobre las cantidades a abonar por los deudores. En el plazo de tres meses desde que las partes comunicaran el acuerdo alcanzado o, en su caso, desde el agotamiento del plazo establecido sin que se hubiera alcanzado acuerdo alguno, los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio debían establecer mediante Orden Ministerial, la relación de equipos, aparatos y soportes materiales, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y, en su caso, la distribución de lo recaudado entre las diferentes modalidades de reproducción de libros, de sonido y visual o audiovisual, previa consulta al Consejo de Consumidores y Usuarios y previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda. Esta Orden Ministerial conjunta podría diferir del acuerdo alcanzado en su caso por las partes siempre que se motivara suficientemente la decisión. Finalmente se disponía, en relación con el proceso de revisión bianual previsto, que en tanto no se apruebe la Orden Ministerial correspondiente a cada periodo (se entiende que por falta de acuerdo de las partes), se prorrogaría la vigencia de la Orden anterior.

A los efectos de aprobación de la Orden Ministerial conjunta, el artículo 25.6, regla 4ª TRLPI establece una serie de criterios informadores (los cuales desarrollan los parámetros orientadores recogidos en el Considerando 35 de la Directiva 2001/29/CE, basados en el principio general de «justo equilibrio» entre los intereses de los titulares de derechos y los usuarios de obras y prestaciones afines) que deben tener en cuenta las partes en el proceso negociador previo y, en todo caso, los Ministerios de Cultura e Industria, a la hora de fijar el canon digital por copia privada<sup>2</sup>. Asimismo, para evitar problemas sobre el alcance del canon, el art. 25.7 TRLPI dispone una lista de equipos, aparatos y soportes de reproducción que deben quedar excluidos del pago de la compensación

---

<sup>2</sup> Estos criterios informadores son: a) el perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos, teniendo en cuenta que si el perjuicio causado al titular es mínimo no podrá dar origen a una obligación de pago; b) el grado de uso de los equipos, aparatos y soportes materiales para la realización de copias privadas; c) la capacidad de almacenamiento de los equipos, aparatos y soportes materiales; d) la calidad de las reproducciones; e) la disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas de control del copiado; f) el tiempo de conservación de las reproducciones; g) la necesidad de guardar una proporción económica entre los importes del canon y el precio medio final de venta al público de los equipos, aparatos y soportes sobre los que recaiga.

equitativa por copia privada, entre los que destaca —por su relevancia— la exclusión de los discos duros de ordenador [art. 25.7 b) TRLPI], motivada por —supuestas— razones de política legislativa.

Hasta que este nuevo (e ingenuamente esperanzador) sistema basado en la autorregulación de las partes interesadas se pusiera en funcionamiento<sup>3</sup>, la *Disposición Transitoria única de la Ley 23/2006*, estableció un régimen transitorio para la reglamentación de la compensación equitativa por copia privada digital, disponiendo que la compensación aplicable será la establecida en los acuerdos suscritos con anterioridad entre entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y las asociaciones representativas de los deudores del pago del canon; acuerdos que deberán regirse por los criterios fijados en dicha Disposición transitoria, los cuales —dice— serán de general aplicación. Tales criterios (que están fundamentalmente en los distintos acuerdos suscritos con anterioridad entre las entidades de gestión y las asociaciones representativas de los deudores del pago por copia privada) determinan los equipos, aparatos y soportes digitales sujetos al pago de la compensación equitativa, así como las tarifas aplicables en cada caso. Así, siguiendo la sistemática del art. 25 TRLPI, la Disposición Transitoria distingue entre equipos o aparatos digitales de reproducción de libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente (donde destaca la inclusión de los escáneres y los equipos multifunción), equipos o aparatos digitales de reproducción de fonogramas y de videogramas, soportes materiales digitales específicos de reproducción sonora y soportes materiales digitales específicos de reproducción visual o audiovisual, incluyendo además por primera vez de forma expresa los soportes de reproducción mixta, sonora y visual o audiovisual (soportes universales). Asimismo, atendiendo a la multifuncionalidad de muchos equipos y soportes de reproducción digital, aptos para la reproducción de todo tipo de obras y materiales susceptibles de digitalización, la Disposición Transitoria establece unas reglas para el reparto entre los distintos acreedores de la compensación que se derive de los soportes de reproducción mixta, sonora y visual o audiovisual.

El apartado tercero de la Disposición Transitoria señala que la primera Orden Ministerial que se dicte en aplicación de lo previsto en el art. 25.6 TRLPI para fijar el canon digital, tendrá efectos a contar desde la fecha de entrada en vigor de la Ley 23/2006. Por lo tanto, la Orden Ministerial de desarrollo del art. 25.6 TRLPI tendría efectos retroactivos, hasta la fecha de entrada

---

<sup>3</sup> El proceso se puso en marcha mediante la publicación en el BOE de 24 de agosto de 2006 de la Resolución conjunta de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Cultura y de la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio por la que se hace público el inicio del procedimiento para la determinación de la compensación equitativa por copia privada. Como era de esperar, las partes implicadas en el proceso negociador no lograron alcanzar un acuerdo, comunicando el fracaso de las negociaciones cuatro meses después, con lo cual la reglamentación del canon digital pasó a la competencia exclusiva de los Ministerios afectados.

en vigor de la Ley, con lo cual se podría plantear un primer e importante problema si las cantidades finalmente establecidas por la Orden Ministerial fueran inferiores a las que venían cobrando las entidades de gestión en virtud de la Disposición Transitoria tercera, ya que podrían obligar a las entidades a devolver el exceso debido al carácter retroactivo declarado.

Finalmente, ante la falta de acuerdo entre entidades de gestión y asociaciones de deudores del canon y tras no pocos avatares, fue promulgada la *Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, por la que se establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción*.

La Orden Ministerial se caracteriza por fijar con claridad los equipos, aparatos y soportes sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada y las cuantías o tarifas aplicables, así como por establecer criterios de reparto o distribución de lo recaudado entre los diferentes titulares de derechos, en función de la modalidad de reproducción. Pero destaca también por cuantificar económicamente el daño global que la copia privada digital origina en los titulares de derechos a partir de las ventas estimadas de los distintos equipos, aparatos y soportes de reproducción de libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente y de fonogramas, videogramas y otros soportes sonoros y de reproducción visual y audiovisual en nuestro país, poniendo así límites mínimos y máximos a la recaudación de las entidades de gestión<sup>4</sup>.

La Orden Ministerial PRE/1743/2008 entró en vigor el 20 de junio de 2008. Para resolver los problemas de aplicación retroactiva derivados de lo previsto en el

---

<sup>4</sup> Según indica el apartado II del Preámbulo, analizada la repercusión que el límite de copia privada tiene en nuestro país mediante el uso que del mismo hacen los ciudadanos en sus modos de consumo de las creaciones protegidas y la influencia que sobre estos modos ha tenido la aparición y desarrollo de las nuevas tecnologías, se ha estimado que el perjuicio anual correspondiente a la modalidad de reproducción de obras divulgadas en forma de libros o y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros está comprendido entre 34.800.000 € y 37.200.000 €, y el correspondiente a la modalidad de reproducción de fonogramas u otros soportes sonoros y de reproducción visual o audiovisual está comprendido entre 75.400.000 € y 80.600.000 €. Dentro de esta horquilla se sitúa la compensación equitativa que las entidades de gestión deben recaudar efectivamente. La compensación equitativa aplicable a cada uno de los equipos se calcula mediante una estimación de ventas de los mismos que puede diferir en la práctica de la venta efectiva que se produzca. El artículo tercero de la Orden Ministerial señala que si la cantidad devengada por las entidades de gestión en concepto de canon digital por copia privada entre los días 1 de julio de 2008 y 30 de junio de 2009, se sitúa por debajo o por encima de las cantidades indicadas para cada modalidad de reproducción, las compensaciones y distribuciones establecidas en los apartados primero y segundo se revisarán al objeto de que las cantidades devengadas se sitúen dentro los límites mínimo y máximo anteriores, correspondientes a cada modalidad de reproducción citadas. En principio esa revisión (que debería tener en cuenta en todo caso los criterios informadores previstos en la regla 4ª del art. 25.6 TRLPI) tendría lugar mediante Orden Ministerial que tendría una vigencia de un año. Pero, de acuerdo con la Disposición final única de la Orden Ministerial, si esa revisión no tiene lugar, se prorrogará lo establecido en la misma Orden hasta que tenga lugar una futura revisión de acuerdo con lo establecido en el art. 25.6 TRLPI.

ya comentado apartado tercero de la Disposición Transitoria única de la Ley 23/2006 (ya que podría suponer en unos casos la devolución y en otros el pago de cantidades por equipos no sometidos a la compensación equitativa antes de la publicación de la Orden Ministerial o por la fijación de cuantías diferentes para los mismos equipos), la Disposición Final única dispuso que a la relación de equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digital indicados en la Disposición Transitoria única de la Ley 23/2006, se aplicarían las tarifas o cuantías previstas en esa Ley 23/2006 para el periodo transitorio comprendido entre la entrada en vigor de la misma (20 días después de su publicación en el BOE, que tuvo lugar el 8 de julio de 2006, al no disponer otra cosa la propia Ley; cfr. art. 2 CC) y el 30 de junio de 2008; aplicándose la relación de equipos, soportes y materiales de reproducción y las nuevas tarifas fijados por la Orden Ministerial a partir del 1 de julio de 2008 y hasta que, en su caso, se produjera su revisión o modificación de acuerdo con lo previsto en el apartado tercero número 2 (revisión de cantidades a percibir por las entidades de gestión que no ha llegado a producirse). Finalmente, la Disposición Final única señala que la Orden Ministerial PRE/1743/2008 se aplicaría hasta el 31 de diciembre de 2009 o hasta transcurrido un año desde la entrada en vigor de la Orden de modificación (que, como acabo de decir, no se ha producido), indicando no obstante que se prorrogará hasta que queden fijadas otras compensaciones de acuerdo con el procedimiento de revisión previsto en el art. 25.6 TRLPI.

La Orden Ministerial PRE/1743/2008 no ha sido objeto de revisión ni modificación alguna desde su promulgación, por lo que se ha prorrogado automáticamente y siguen aplicándose las listas de dispositivos y cuantías previstos en la citada Orden desde el 1 de julio de 2008<sup>5</sup>, frustrándose con ello la intención presente en la Ley 23/2006 y en la propia Orden Ministerial de ajustar la com-

---

<sup>5</sup> Esta circunstancia podría haber servido a las entidades de gestión para reclamar la revisión obligatoria de las cantidades a recaudar si, por las circunstancias, se produjera una reducción por debajo del valor mínimo de la horquilla fijada para cada modalidad de reproducción. Esta circunstancia se habría producido ya por la disminución de ingresos que están experimentando las entidades de gestión tras la publicación de la STJUE de 21 de octubre de 2010 (Padawan), que, como sabemos, excluye —en principio— del pago del canon digital a quienes adquieran equipos, materiales y soportes de reproducción con fines manifiestamente distintos de la copia privada. Así es, actualmente muchas personas jurídicas y empresarios individuales y profesionales se niegan a abonar el canon, incluso aunque no acrediten suficientemente que los equipos y materiales adquiridos se destinan a usos manifiestamente distintos a la copia privada, lo cual ha provocado un nuevo repunte de la litigiosidad. La consiguiente disminución de ingresos puede contravenir los ingresos mínimos garantizados en la Orden Ministerial y obligar a una urgente revisión de tarifas (incremento) sobre los equipos y materiales de reproducción que deberían soportar ahora exclusiva o fundamentalmente las personas físicas que adquieran esos dispositivos para (presuntamente) reproducir obras y prestaciones afines con fines de uso privado, así como las personas jurídicas que, en su caso, adquieran los dispositivos para ponerlos a disposición de usos privados de sus miembros o empleados (vid. al respecto, GARCÍA de PABLOS, J.F., «Consecuencias de la sentencia del TJUE sobre el canon digital en España», *Diario La Ley*, n° 7610, 13 de abril de 2011, Ref. D-161). Sin embargo, esa posible revisión parece haber quedado definitivamente descartada tras la anulación de la Orden Ministerial por la Audiencia Nacional y a la vista de las propuestas para suprimir el canon digital por los principales partidos políticos.

pensación equitativa a la evolución tecnológica y al uso efectivo de equipos y soportes de reproducción en nuestro país, buscando el justo equilibrio de intereses entre titulares de derechos y usuarios de acuerdo con los principios o criterios informadores establecidos en la DDASI y en el art. 25.6 TRLPI.

A pesar de todo, la Orden PRE/1743/2008 parecía haber aportado cierta estabilidad a la reglamentación del canon digital. Pero era solo apariencia. Industria de equipos y materiales de reproducción y asociaciones de consumidores siguieron combatiendo activamente el canon, denunciando de manera insistente su aplicación indiscriminada al margen del uso real o efectivo dado a los mismos por parte de sus adquirentes y sin tener en cuenta la mayor o menor capacidad de copia y el destino de uso principal de cada uno de los distintos dispositivos.

Esta lucha ha dado sus frutos. El tortuoso debate sobre el alcance de la compensación equitativa por copia privada digital en forma de canon e incluso sobre la existencia misma del canon digital, se ha reactivado y complicado extraordinariamente tras la STJUE de 21 de octubre de 2010 (As. C-467/2008, Padawan), que declara contraria al Derecho comunitario la aplicación indiscriminada de la compensación equitativa por copia privada, y más aún con la posterior anulación de la Orden Ministerial PRE/1743/2008 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha de 22 de marzo de 2011.

## **II. LAS SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL DECLARANDO NULA DE PLENO DERECHO LA ORDEN MINISTERIAL PRE/1743/2008, DE 18 DE JUNIO**

Con fecha de 22 de marzo de 2011, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sala Tercera) de la Audiencia Nacional dictó seis Sentencias en las que declara la nulidad de pleno derecho de la Orden PRE/1743/2008 que regula la lista de dispositivos sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución de la recaudación entre las diferentes entidades de gestión.

Las seis sentencias responden a la iniciativa de diversas empresas deudoras del canon (MOTOROLA<sup>6</sup>, NOKIA<sup>7</sup> y SONY-ERICSSON<sup>8</sup>), de las asociaciones del sector (AETIC<sup>9</sup> y ASIMELEC<sup>10</sup>) y, finalmente de la Asociación de Internautas (AI)<sup>11</sup>. El contenido de las resoluciones es sustancialmente el mismo, anulando

---

<sup>6</sup> Recurso N° 775/2008.

<sup>7</sup> Recurso N° 731/2008.

<sup>8</sup> Recurso N° 776/2008.

<sup>9</sup> Recurso N° 769/2008.

<sup>10</sup> Recurso N° 774/2008.

<sup>11</sup> Recurso N° 704/2008.



la Orden Ministerial por defectos graves de forma en su tramitación, sin entrar a valorar otras cuestiones formuladas por las entidades actoras (como la inclusión en la OM de equipos y soportes que deberían estar excluidos de esa relación; arbitrariedad de la Administración por no justificar suficientemente los criterios y la metodología empleados para determinar la compensación equitativa correspondiente a cada uno de los dispositivos incluidos en la relación; arbitrariedad de la Administración por incluir algunos dispositivos como equipos móviles y tarjetas de memoria prescindiendo de los principios que rigen la copia privada y la compensación equitativa; incumplimiento de la regla *de minimis* establecida como principio informador en la DDASI y en el art. 25.6 TRLPI; incumplimiento de la obligación de tener en cuenta la aplicación o no de las medidas tecnológicas de control del copiado; ultra vires, infracción del principio de jerarquía normativa y arbitrariedad de la Administración al determinar un daño mínimo anual de la compensación equitativa por copia privada; nulidad con efectos retroactivos de toda recaudación realizada de forma improcedente y devolución de cantidades percibidas indebidamente; cese del cobro indiscriminado de la compensación equitativa por parte de las entidades de gestión...).

Como cuestión previa fundamental, el Tribunal se plantea si la Orden Ministerial PRE/1743/2008 constituye una disposición de carácter general (reglamento, como reclaman las entidades demandantes) o un mero acto administrativo aplicativo (como defienden la Administración y las entidades codemandadas). Como digo, se trata de un aspecto fundamental del caso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues las entidades actoras reclaman con carácter liminar la nulidad de la Orden Ministerial por infracción de procedimiento debida a la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado, y también por omisión de las correspondientes memorias justificativa y económica; exigibles ambas al considerar las actoras la OM como un Reglamento o disposición de carácter general dictada en ejecución de una Ley, y no un simple acto administrativo.

Pues bien, la Sala se pronuncia claramente a favor de la consideración reglamentaria de la citada Orden Ministerial que regula el canon digital.

Señala al respecto que el art. 25.6 TRLPI introducido por la Ley 23/2006 se remitía a un procedimiento posterior para la determinación de los dispositivos incluidos en la obligación legal de compensación equitativa por copia privada y de las cuantías correspondientes en cada caso, el cual concluiría con una Orden Ministerial que debería tener en cuenta en todo caso los principios informadores incluidos en la regla 4ª del art. 25.6 TRLPI. Entiende así que la extensión de la compensación equitativa por copia privada a los dispositivos de copia digitales precisó de una nueva Ley (la Ley 23/2006), con lo cual el legislador no consideró suficiente una Orden Ministerial como acto administrativo meramente aplicativo del art. 25 del inicial TRLPI. En la misma línea argumentativa, el Tribunal apunta que basta la mera lectura de la Orden Ministerial PRE/1743/2008 para

constatar que en la misma se incluye una regulación nueva en relación a determinados equipos y soportes digitales (como las grabadoras informáticas de soportes CD y DVD mixtos, los teléfonos móviles, memorias USB, tarjetas de memoria, discos duros no exentos y descodificadores) que pasan a estar sujetos al régimen de compensación equitativa por copia privada y al importe de la misma; regulación —dice— que no tiene equivalente ni en el TRLPI 1996 ni en la modificación operada por la Ley 23/2006 ni, en particular, en su Disposición Transitoria que estableció un régimen transitorio para la compensación equitativa digital hasta que se aprobase la correspondiente Orden Ministerial de desarrollo del art. 25.6 TRLPI incluido por esa misma Ley.

Basándose en la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que distingue entre acto administrativo y reglamento<sup>12</sup>, la Audiencia Nacional aprecia que la OM PRE/1743/2008 tiene vocación de ser aplicada reiteradamente, que es claro el carácter general y abstracto de la misma, que tiene un carácter claramente innovador del ordenamiento jurídico (al sustituir la compensación equitativa por copia privada regulada en la Disposición transitoria única de la Ley 23/2006), que es revocable *ad nutum* conteniendo incluso una previsión de revisión temporal que no se ve afectada por las limitaciones de revocación que afectan a los actos administrativos, que fija la fecha de su entrada en vigor (propia de las disposiciones generales), que aunque se fija un proceso de autorregulación por los sectores implicados el art. 25.6 TRLPI indica claramente que la aprobación del canon digital debe hacerse por Orden Ministerial, y que carecería por completo de cualquier sentido que la fijación de los dispositivos y las cuantías del canon analógico se hiciera por una norma de aplicación general (art. 25.5 TRLPI) y que, por el contrario, las determinación de los dispositivos digitales y cuantías correspondientes del canon digital se realizara por un simple acto administrativo.

Se concluye así en todas las Sentencias referidas que la Orden PRE/1743/2008 es una disposición general, y más concretamente un Reglamento dictado en ejecución de una norma con rango legal, indicando —siguiendo la Jurisprudencia del Alto Tribunal— que incluso un Reglamento puede ir más allá de la mera ejecución para desarrollar reglas simplemente enunciadas en la Ley o aclarar preceptos que resulten imprecisos en la Ley. En consecuencia, el

---

<sup>12</sup> STS (Sala Tercera, Contencioso) de 15 de septiembre de 1995, donde el Alto Tribunal señala que el acto administrativo se diferencia del Reglamento en que este es norma jurídica, y por ello susceptible de aplicación reiterada, mientras que aquél no lo es y sus efectos se producen solo una vez, agotándose al ser aplicado; añadiendo que los reglamentos innovan el ordenamiento, mientras que los actos administrativos aplican el existente; y también que la ilegalidad de un reglamento implica su nulidad de pleno derecho, en tanto que la ilegalidad de un acto solo implica, como regla general, su anulabilidad. Sobre la diferencia entre acto administrativo y disposiciones de carácter general en la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo (LRJAPC), vid. por todos en la doctrina, AA.VV., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 351 y ss. (art. 51) y 429 y ss. (art. 62).



proceso de elaboración de la citada Orden debería satisfacer las exigencias de forma previstas para las disposiciones reglamentarias, en tanto en cuanto los Reglamentos son normas jurídicas de carácter general que complementan a la Ley (normas de colaboración) en cuestiones secundarias necesarias para la puesta en práctica de esta. Por lo tanto, si la Administración participa en la elaboración del ordenamiento jurídico, su actuación en este campo no es incondicionada, sino que estará sometida a la Constitución y a las Leyes y será controlada por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a la que corresponderá determinar la validez o ilegalidad de un Reglamento cuando sea impugnado, sancionando en su caso la nulidad de pleno derecho con eficacia *erga omnes* (arts. 62.2 LRJAPC)<sup>13</sup>.

Desde la perspectiva formal, el ejercicio de la potestad reglamentaria debe respetar el procedimiento de elaboración legalmente establecido al efecto (arts. 22 a 26 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno)<sup>14</sup>. En este sentido, estimando la denuncia efectuada por las distintas entidades demandantes, la Sala aprecia importantes vicios de forma en la tramitación de la OM PRE/1743/2008. En concreto, la omisión del dictamen del Consejo de Estado (art. 24.2 Ley 50/97 y art. 22.3 de la Ley Orgánica 3/80, de 22 de abril, del Consejo de Estado) y de las memorias justificativa y económica (art. 24.1 a. Ley 50/97).

Por lo que se refiere a la omisión del dictamen del Consejo de Estado, de acuerdo con la Jurisprudencia reiterada del TC y del TS, la Sala de la Audiencia Nacional concluye que, apreciando en la OM PRE/1743/2008 un Reglamento ejecutivo o «Reglamento de Ley» (en tanto en cuanto se dicta como consecuencia de una norma de rango legal que acota la regulación pormenorizada que debe desarrollarse en el Reglamento, la cual, además, innova o desarrolla el ordenamiento jurídico)<sup>15</sup>, resultaba preceptivo solicitar y obtener el dictamen del Consejo de Estado (por imperativo de lo dispuesto en el art. 24.2 Ley 50/97 en relación con el art. 22.3 LO 3/80), y que la omisión de dicho informe constituye una omisión de un trámite esencial que aboca inexorablemente a la nulidad de pleno derecho de la norma reglamentaria (*ex* art. 62.2 LRJAPC), por cuanto dicho dictamen constituye una garantía esencial en el procedimiento que encuentra su justificación directamente en el principio de legalidad, por estar destinado a someter la actividad de la Administración a la Ley y al Derecho. A ello se añade que no se aprecian razones singulares o excepcionales que permitan aplicar el principio de economía procesal para flexibilizar la concurrencia del preceptivo dictamen del Consejo de Estado (admitido excepcionalmente por nuestra

---

<sup>13</sup> STS (Sala Tercera, Contencioso) de 15 de junio de 2010.

<sup>14</sup> SSTs (Sala Tercera, Contencioso) de 14 de octubre de 2008 y de 29 de abril de 2009.

<sup>15</sup> Frente a los reglamentos meramente interpretativos (que se limitan a aclarar la Ley sin innovar lo que la misma dice), los reglamentos que se limitan a seguir o desarrollar de forma inmediata otros reglamentos y los reglamentos independientes u organizativos (que establecen normas de organización en el ámbito interno de la administración). Cfr. STS (Sala Tercera, Contencioso) de 25 de junio de 2009.

Jurisprudencia), pues la Sala considera que es claro el elemento cualitativo de innovación del ordenamiento jurídico que introduce la Orden PRE/1743/2008, al regular la lista de dispositivos sujetos al canon digital por copia privada y las cuantías o tarifas correspondientes en cada caso, sustituyendo el régimen provisional establecido al efecto por la Disposición transitoria única de la Ley 23/2006.

Aunque la omisión del dictamen del Consejo de Estado determina por sí sola la nulidad de pleno derecho de la Orden Ministerial, la Sala aprecia, a mayor abundamiento, otro vicio de forma consistente en la omisión de las preceptivas memorias justificativa y económica inherentes a todo Reglamento (art. 24.1 a. Ley 50/97). Memorias que la Jurisprudencia considera preceptivas en todo caso, sin perjuicio de su posible carácter sucinto, pues con las mismas el Gobierno dispone de los elementos de juicio suficientes para adoptar decisiones con el suficiente conocimiento de causa valorando además el coste aproximado de su decisión; y los administrados, por su parte, podrán conocer la razones de la decisión de la Administración (principio general de transparencia, *ex* art. 3.5 LRJAPC), cumpliendo así una función análoga a la de la motivación de los actos administrativos<sup>16</sup>. La ausencia de tales memorias constituye, pues, un nuevo indicio de nulidad de pleno derecho que se acumula al anterior (art. 62.2 LRJAPC).

La Sala remarca que la ausencia de las mencionadas formalidades determinantes de la nulidad de pleno derecho de la Orden Ministerial, no se puede entender convalidada por los informes consultivos previos del Consejo de Consumidores y Usuarios y del Ministerio de Economía y Hacienda, exigidos por la regla 3ª del art. 25.6 TRLPI, introducido por la Ley 23/2006, de 7 de julio, y que fueron evacuados de forma efectiva durante la tramitación de la Orden PRE/1743/2008, tal y como se hace constar en el apartado III *in fine* de su Preámbulo. Ambos informes consultivos —dice la Sala— regulan tan solo las peculiaridades propias del procedimiento de elaboración de la Orden Ministerial de Presidencia, lo cual no empece la necesaria atención de otras formalidades correspondientes a las normas generales del procedimiento de elaboración de los reglamentos y, más en concreto, de los reglamentos ejecutivos, no estando facultada la Ley 23/2006 (en función de la dinámica correspondiente a las fuentes del Derecho) para derogar las exigencias generales sobre dictamen del Consejo de Estado y memorias económica y justificativa en el concreto procedimiento de elaboración de la Orden Ministerial encargada de regular los dispositivos sujetos al canon digital por copia privada.

En definitiva, la Sala concluye decretando la nulidad de pleno derecho de la Orden PRE/1743/2008 *in totum*, lo cual —señala— aconseja en el caso concreto no entrar en el estudio de los motivos de fondo reclamados en las demandas de las entidades actoras y que ponían en entredicho la normativa específica de

---

<sup>16</sup> SSTs (Sala Tercera, Contencioso) de 27 de noviembre de 2006 y de 9 de febrero de 2010.

la Orden Ministerial. En conexión con ello, al quedar las cuestiones de fondo al margen del pronunciamiento judicial de la Audiencia Nacional (basado exclusivamente en defectos de forma), entiende la Sala asimismo que no resulta pertinente ni plantear la cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 25 y 31 TRLPI suscitada por la Asociación de Internautas (que además, señala, no está debidamente justificada en la demanda), ni remitir al TJUE las cuestiones prejudiciales de interpretación reclamadas por las otras entidades demandantes; añadiendo además al respecto que las cuestiones prejudiciales solicitadas exceden con mucho del contenido propio de la Orden Ministerial, la cual —de acuerdo con su carácter reglamentario— se limita a establecer la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago del canon digital y las cantidades aplicables a cada uno de ellos, así como la distribución entre los diferentes acreedores en función de la modalidad de reproducción, pero en ningún caso crea ni define las bases de la compensación equitativa por copia privada digital (que es, al fin y al cabo lo que discuten las demandantes), la cual tiene su fundamento en la propia normativa comunitaria (art. 5.2 b. DDASI) y en su incorporación al TRLPI (art. 25.6) por la Ley 23/2006.

Por lo demás, como el fallo judicial debe estar en conexión directa con el *petitum* de las respectivas demandas, tras declarar la nulidad de pleno derecho de la totalidad o partes concretas de la Orden Ministerial impugnada (en función de lo pedido en cada recurso) la Sala advierte que no es posible en esta sede jurisdiccional acceder al resto de peticiones interesadas por la ASOCIACIÓN DE INTERNAUTAS y por ASIMELEC, con origen en la mentada nulidad reglamentaria, en el sentido de exigir la devolución de la recaudación por compensación equitativa y ordenar el cese del cobro indiscriminado de dicha compensación equitativa; y ello —dice— por la sencilla razón de que dicha compensación tiene una naturaleza jurídico-privada, ajena por tanto al alcance de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Las SSAN de 22 de marzo de 2011 fueron recurridas en casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo por la Administración y por algunas de las entidades codemandadas. Entiendo, no obstante, que las resoluciones están sobradamente motivadas y que la argumentación a favor de la consideración de «Reglamento de Ley» de la OM PRE/1743/2008 parece, en principio, bastante clara, firme y contundente; no pudiendo en tal caso considerar accesorios o circunstanciales (y, por lo tanto, prescindibles por principios de economía procesal) requisitos de forma como las memorias económica y justificativa y, sobre todo, el dictamen del Consejo de Estado.

Es, efectivamente, la propia regulación del canon digital —en particular, el procedimiento para su determinación— prevista en el art. 25.6 TRLPI lo que justifica de forma objetiva el carácter de reglamento ejecutivo o Reglamento de Ley (que innova el ordenamiento jurídico) de la posterior Orden PRE/1743/2008. La mera sustitución del régimen transitorio de la Ley 23/2006 por la Orden

Ministerial de 18 de junio de 2008, junto a la exacta determinación del tiempo de aplicación de uno y otra por la propia Orden PRE (Disposición final única), así como la fijación por esta última de las cuantías mínimas o máximas en las que debe situarse la compensación equitativa por copia privada en función de las distintas modalidades de reproducción de obras y prestaciones afines, parecen dejar fuera de cualquier duda el referido carácter innovador y, por lo tanto, de reglamento de ley, de la Orden.

Todo ello hace —en mi opinión— más que previsible la confirmación de las SSAN por el Alto Tribunal. En cualquier caso, hasta que el TS no se pronuncie la Orden PRE/1743/2008 sigue en vigor y la lista de dispositivos con las tarifas correspondientes debe seguir aplicándose<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Sin perjuicio de que judicialmente se declare su inaplicación en casos concretos, por la vía del art. 6 LOPJ («Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa»), por considerar la Orden PRE/1743/2008 contraria a las disposiciones de Derecho comunitario (DDASI) y Derecho nacional (art. 25 TRLPI) sobre la materia. Véase al respecto la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid de 31 de enero de 2011 (caso Nokia), que, interpretando la normativa de acuerdo con el criterio sentado por el TJUE en la Sentencia de 21 de octubre de 2010 (Padawan), declara inaplicable la Orden PRE/1743/2008 y por tanto nula la compensación equitativa establecida en la misma para los teléfonos móviles con funcionalidad para la reproducción de fonogramas en formato comprimido, así como las tarjetas de memoria no integradas, por resultar una aplicación indiscriminada contraria al concepto comunitario de compensación equitativa, en tanto en cuanto no distingue las que están presumiblemente destinadas a personas físicas y jurídicas y, dentro de las primeras, las que presumiblemente estarán destinadas a la realización de copias privadas con fines no comerciales. En la misma línea se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 bis de Madrid de 7 de junio de 2011 (caso Motorola), en relación, también, con teléfonos móviles con funcionalidad de reproducción de fonogramas en formato comprimido. Según estas sentencias la OM no discrimina debidamente entre los dispositivos que presumiblemente estarán destinados a realizar reproducciones por personas físicas de los que no, sin especificar los elementos, datos técnicos o circunstancias que conforman aquella presunción legal de subsunción del canon por copia privada; razón por la que resulta contraria al Derecho comunitario y nacional que regula la compensación equitativa por copia privada. Se indica asimismo que corresponde a las entidades de gestión demandantes la carga de la prueba (art. 217 LEC) de que los aparatos y soportes de reproducción comercializados por las entidades demandadas en territorio nacional se han destinado exclusivamente a su adquisición por personas físicas. Pero el caso es que difícilmente una disposición reglamentaria puede distinguir a priori qué dispositivos están presumiblemente destinados a realizar reproducciones para uso privado por personas físicas y cuáles no, salvo que la propia Ley decida excluir de la compensación equitativa determinados dispositivos de copia por presumir que serán utilizados exclusivamente o fundamentalmente para uso distintos a la copia privada (algo muy difícil de establecer ante la polifuncionalidad de la mayoría de equipos, aparatos y soportes actuales). Antes bien, la propia STJUE de 21 de octubre de 2010 (esgrimida por los Jueces como argumento principal en sus resoluciones) recuerda que el Considerando 35 DDASI menciona como «criterio útil» para determinar la forma, las modalidades y la cuantía de la compensación equitativa, el «posible daño» que un acto amparado por un límite (en este caso la copia privada) haya causado (o pueda causar) a los titulares de derechos (aps. 57 y 58), presumiendo con ello que el daño existe ante la mera aptitud o idoneidad de los dispositivos de reproducción para realizar copias privadas de contenidos, y que, en consecuencia, los dispositivos idóneos o aptos para realizar copias privadas quedarán sujetos a la compensación equitativa sin que sea necesario verificar que se realizan o no copias privadas ni, por tanto, que se cause o no un perjuicio a los titulares de derechos de propiedad intelectual. Como ya he manifestado en otro lugar (vid. CARBAJO CASCÓN, F., «Presente y futuro del canon por copia privada tras la Sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010 en el caso Padawan», *Diario La*

Al recurrir en casación ante el TS, es muy posible que la Administración y las entidades de gestión codemandadas hayan buscado, más que la anulación de las Sentencias de la AN, ganar tiempo a la espera de una reforma de la regla-

Ley, nº 7648, Sección Tribuna, 9 de junio de 2011, pp. 7-8), estas decisiones judiciales son discutibles, pues muchos teléfonos móviles incorporan la función de reproducción de fonogramas en formato comprimido, mostrándose así como dispositivos aptos o idóneos para la reproducción de contenidos sonoros con fines privados y para causar potencialmente un daño a los titulares de derechos (autores, intérpretes y productores); y ello independientemente de si la función de reproducción de fonogramas juega un papel principal o meramente accesorio en el dispositivo. Lo mismo puede decirse de las tarjetas de memoria, que pueden tener muchos usos, entre ellos la reproducción de contenidos para su disfrute en teléfonos móviles u otros dispositivos similares. Además, el hecho de que los teléfonos móviles sean adquiridos por empresas, administraciones o despachos profesionales no excluye ni mucho menos su posible utilización por personas físicas para usos de copia privada, pues son dispositivos que se adquieren para ponerlos a disposición de usuarios privados (los empleados o miembros de la empresa, administración o despacho profesional) y la función de reproducción de fonogramas no puede decirse que se pueda reservar para usos manifiestamente distintos de la copia privada. Sin perjuicio de lo anterior, parece que aquellos teléfonos móviles de baja gama, con escasa capacidad de memoria que además debe compartirse con otras capacidades del aparato, sí podrían excluirse del canon digital atendiendo a la regla del perjuicio mínimo y del grado de uso de los mismos, pues raramente serán usados con dicha finalidad de reproducción de fonogramas y, en caso de emplearse con tal fin, el perjuicio causado será poco apreciable. No podrá decirse lo mismo de las tarjetas de memoria no integradas (salvo que sean también de escasa capacidad), las cuales precisamente suelen ofrecerse como complemento de memoria para dispositivos con escasa capacidad de memoria. Entiendo, en definitiva, que los órganos jurisdiccionales deberían limitarse a excluir del pago del canon dispositivos concretos que no se ajusten a los parámetros legales sobre copia y a los principios o criterios informadores establecidos en la normativa comunitaria y nacional, pero no deberían realizar exclusiones generalizadas basándose en una más que discutible falta de adecuación de la normativa reglamentaria a la normativa legal, como sucede precisamente en la Sentencia del caso Nokia. Como apuntó en su día la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 29 de mayo de 2009, resulta absolutamente inviable que los obligados (fabricantes, importadores, distribuidores) deban someterse al constante escrutinio de las entidades de gestión, las cuales deben limitarse a gestionar el cobro de los dispositivos aptos objetivamente para realizar reproducciones para uso privado. La posibilidad de que un dispositivo no sea utilizado en la práctica para confeccionar copias privadas o de que, siendo apto para ello, el perjuicio causado sea mínimo teniendo en cuenta la capacidad y calidad del mismo o cualquier otra circunstancia, deberá ser tomada en cuenta por el legislador para modular el importe o cuantía del canon o para excluir directamente ese concreto dispositivo de la obligación de pago del canon. En tanto en cuanto no se produzca una necesaria reforma legislativa o al menos reglamentaria (una nueva Orden Ministerial), los órganos jurisdiccionales deberían limitarse a excluir puntualmente del canon a los equipos, aparatos y soportes que no cumplan con los parámetros y criterios legales que sirven para delimitar el alcance del canon (matizando el principio de idoneidad objetiva), tal y como han sido interpretados por la Sentencia del TJUE en el caso Padawan; pero dentro de sus estrictos términos, que, como se ha intentado exponer, son mucho más restrictivos que las interpretaciones que de la misma vienen realizando algunos jueces y tribunales. Asimismo es preciso denunciar la exigencia de que sean las entidades de gestión demandantes quienes prueben que los dispositivos de copia fueron adquiridos por personas físicas para uso privado (en la misma línea mantenida por la SAP Barcelona, Sección 15ª, de 2 de marzo de 2011 (caso Padawan): las entidades de gestión no pueden saber a quién se venden los dispositivos de copia y exigirles que lo acrediten significa abocar al fracaso cualquier reclamación que dirijan contra los deudores legales del canon quienes, sin embargo, sí que están en mejores condiciones de demostrar quiénes son los adquirentes de los equipos y soportes de copia. Como señala el maestro Rodrigo BERCOVITZ («Las desgracias del canon», Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 4/2011, BIB 2011/993), bastaría con deducir del pago del canon reclamado por las entidades el importe de las ventas realizadas a empresas, entidades y profesionales. (Aún así habría casos en que el pago resultaría procedente si no se acredita fehacientemente que esos dispositivos fueron destinados a usos manifiestamente distintos a la copia privada.)

mentación del canon digital que solucione los graves problemas asociados a la nulidad de la reglamentación vigente, y con el ánimo de eludir hasta entonces o al menos retrasar una posible cascada de reclamaciones de devolución de las cantidades abonadas en concepto de canon.

### III. POSIBLES CONSECUENCIAS DE LA PREVISIBLE NULIDAD DE LA ORDEN PRE/1743/2008

La posible —y previsible— confirmación de la nulidad de pleno derecho de la Orden Ministerial PRE/1743/2008 por el Tribunal Supremo, unida a los efectos de la STJUE de 21 de octubre de 2010 (As. C-467/08, Padawan)<sup>18</sup>, puede provocar seguramente (si no se pone remedio mediante una nueva reglamentación que solucione los desajustes provocados por dicha nulidad) efectos devastadores en la (ya de por sí complicada) recaudación del canon digital por parte de las entidades de gestión<sup>19</sup>. Esa posible nulidad obliga, por tanto, a plantearse las consecuencias de los efectos retroactivos (*ex tunc*) de la misma: en particular el régimen que deberá aplicarse a la compensación equitativa por copia privada digital en caso de que finalmente se confirme la nulidad de pleno derecho de la Orden PRE/1743/2008 y desde su entrada en vigor el 1 de julio de 2008; pero también —en relación directa con lo anterior— la pertinencia de la devolución de cantidades recaudadas en virtud de la OM por las entidades de gestión.

Conviene asimismo analizar someramente las consecuencias que la previsible anulación de la Orden PRE/1743/2008 puede acarrear para el futuro inmediato de la compensación equitativa por copia privada, pues aunque la Disposición final duodécima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), recogió el compromiso del Gobierno (en sintonía con la mayoría de los partidos de la oposición) de modificar la regulación de la compensación equitativa por copia privada en el plazo de tres meses, mediante Real Decreto y con plena conformidad al marco normativo y jurisprudencial de la Unión Europea, los círculos políticos y periodísticos (haciéndose eco de las reivindicaciones del amplísimo círculo de seguidores «anti-canon» en nuestro país, y al calor de las próximas elecciones generales) han interpretado la decisión de la Audiencia Nacional como el espaldarazo definitivo a la supresión del canon digital. Así

---

<sup>18</sup> Efectos que son objeto de fuertes discusiones entre la doctrina. Como muestra de las diferentes posturas, vid. GARCÍA DE PABLOS, J.F., «Consecuencias de la sentencia del TJUE sobre el canon digital en España», *Diario La Ley*, n° 7610, 13 de abril de 2011, Ref. D-16.1; RAMÍREZ IGLESIAS, J., «Sobre el impacto del caso “Padawan” en los sistemas de cánones por copia privada en Europa: Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de octubre de 2010 (Asunto C-467/2008)», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, n° 20, marzo-abril 2011; CARBAJO CASCÓN, F., «Presente y futuro del canon por copia privada tras la Sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010 en el caso Padawan», *Diario La Ley*, n° 7648, Sección Tribuna, 9 de junio de 2011.

<sup>19</sup> Así lo manifiesta BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Las desgracias del canon», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2011 (BIB 2011/993).



lo confirma el hecho de que no se haya llevado a cabo la revisión del régimen jurídico del canon digital en el plazo comprometido en la LES, y, más aún, la posterior aprobación unánime en el Congreso de los Diputados con fecha de 12 de julio de 2011 de una proposición no de ley presentada por el Partido Popular para suprimir el canon digital y sustituirlo *«por otras fórmulas menos arbitrarias e indiscriminadas y, por tanto, más justas y equitativas de remuneración de la propiedad intelectual basadas en el uso efectivo de las obras y prestaciones»*.

1. EFECTOS RETROACTIVOS DE LA NULIDAD DE LA ORDEN MINISTERIAL:  
RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CANON DIGITAL

Tras la publicación de las Sentencias de la Audiencia Nacional se sucedieron interpretaciones de muy diferente signo, dependiendo de los intereses defendidos en cada caso: asociaciones de consumidores y asociaciones de fabricantes y distribuidores de dispositivos de reproducción, de una parte, y entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, de otra parte.

Entre los primeros se ha llegado a defender que las resoluciones de la Audiencia Nacional han anulado el canon digital con carácter retroactivo, no solo desde la publicación de la Orden PRE/1743/2008, sino desde la promulgación misma de la Ley 23/2006<sup>20</sup>, por lo que —al no existir ya regulación específica alguna de la compensación equitativa por copia privada digital— los deudores señalados en el art. 25.4 a) TRLPI no deberían abonar cantidad alguna en concepto de canon digital ni podrían tampoco repercutirlo a los consumidores de dispositivos de reproducción. Desde el otro círculo de intereses no falta quien postula una interpretación radicalmente contraria; a saber, que las Sentencias de la Audiencia Nacional no han anulado la regulación del canon digital (la Orden PRE/1743/2008), sino solamente las disposiciones relativas a la determinación y tarifas de algunos equipos, aparatos y soportes de reproducción concretos, apuntando además que esa nulidad parcial no tiene efectos retroactivos y que es obligatorio seguir abonando el canon digital para los dispositivos no incluidos en la declaración de nulidad.

Una lectura serena de las Sentencias de la Audiencia Nacional permite salvar estas posturas maximalistas (formuladas bajo el signo perturbador de evidentes intereses económicos y políticos de signo contrario) y situar las cosas en su justo punto. Es preciso señalar, no obstante, como punto de partida necesario, que hasta que el Tribunal Supremo no confirme —en su caso— las Sentencias

<sup>20</sup> La nulidad de la Orden PRE/1743/2008 dejaría como única alternativa regulatoria la Disposición transitoria única de la Ley 23/2006, si bien se argumenta que, precisamente por su carácter transitorio o provisional, esta habría perdido su vigencia con la entrada en vigor de la Orden Ministerial, por lo que sería irregular su reactivación tras la anulación de esta. En consecuencia, hasta que no se promulgue una nueva Orden Ministerial de acuerdo con lo previsto en el art. 25.6 TRLPI y en la Disposición final duodécima LES, el canon digital permanecerá sin regulación y por tanto no habrá obligación de abonarlo.

de la Audiencia Nacional, la Orden Ministerial sigue vigente y en consecuencia teóricamente los deudores tendrían que seguir abonando el canon digital en la forma dispuesta en la misma.

Es claro, ante todo, que las Sentencias de 22 de marzo de 2011 se limitan a anular la Orden PRE/1743/2008 y no el canon digital como tal (o, mejor dicho, la compensación equitativa por copia privada en forma de canon sobre dispositivos de reproducción digital), el cual está establecido por una disposición anterior de rango legal, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (arts. 31.2 y 25) en la versión dada por la Ley 23/2006, y desarrollado provisionalmente por la Disposición transitoria única de la misma Ley 23/2006. De modo que, en caso de que finalmente se anule la Orden Ministerial por el Tribunal Supremo, no puede discutirse la eficacia *ex tunc* de la declaración de nulidad, retrotrayéndose la situación hasta la fecha de entrada en vigor de dicha Orden (el 1 de julio de 2008).

Así las cosas, quedaría automáticamente restablecido el régimen provisional previsto en la Disposición transitoria única de la Ley 23/2006, quedando sujetos al canon los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción determinados en las cuantías señaladas en la misma. Defender que el régimen transitorio habría decaído con la aprobación de la Orden PRE/1743/2008 y que la nulidad de esta no podría reactivarlo en ningún caso porque ya habría perdido su razón de ser provisional, parece una postura muy forzada, que denota falta de objetividad y cierta ceguera jurídica. Ciertamente el régimen provisional de la Disposición transitoria resultaba aplicable hasta la aprobación de la Orden Ministerial prevista en el art. 25.6 TRLPI, la cual —por cierto— prorrogó los efectos del régimen legal transitorio hasta el 31 de junio de 2008 para salvar los problemas prácticos asociados a la retroactividad prevista en la propia Disposición transitoria de la Ley 23/2006. Pero responde a la más pura lógica jurídica y a un conocimiento básico del sistema de fuentes, que si la Orden encargada de desarrollar el canon digital es declarada nula, deberá restablecerse el régimen normativo vigente hasta la fecha de entrada en vigor de la orden anulada. Régimen que seguirá siendo «provisional» hasta que se promulgue una nueva Orden Ministerial o hasta que —llegado el caso— se modifique nuevamente el TRLPI para sustituir la compensación equitativa por copia privada en forma de canon por otro tipo de sistema compensatorio; o incluso para suprimir definitivamente el límite de copia privada y, con él, la compensación equitativa, que perdería así su razón de ser<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Como se ha llegado a proponer desde la industria del sector de los dispositivos de reproducción e incluso desde algunos otros sectores contrarios al canon digital. En ambos casos —obviamente— con pleno conocimiento de la ineficacia de las actuales medidas de control del copiado y, en consecuencia, del reducido éxito de los modelos de negocio basados en sistemas de licencia de pago por uso.

Paradójicamente, las cantidades fijadas en la Disposición transitoria de la Ley 23/2006 resultan ser más elevadas para la mayoría de los equipos, aparatos y soportes materiales incluidos en la misma que las establecidas posteriormente en la Orden PRE/1743/2008 para esos mismos dispositivos. Circunstancia esta sumamente relevante a la hora de valorar posibles reclamaciones de devolución de las cantidades abonadas «indebidamente» a las entidades de gestión en virtud de la Orden ministerial anulada (caso de que llegue a confirmarse la devolución), pues bien podría darse el caso de que las entidades formulen una demanda reconventional exigiendo el pago de la diferencia en virtud de las cantidades establecidas en el régimen transitorio de la Ley 23/2006, revivido tras la anulación de la Orden Ministerial llamada a sustituirla.

En el caso de los equipos, aparatos y soportes de reproducción incluidos en la Orden Ministerial y no contemplados anteriormente en la Disposición Transitoria de la Ley 23/2006 (memorias USB y otras tarjetas de memoria no integradas en otros dispositivos; discos duros integrados o no en un equipo no excluidos en virtud del art. 25.7 b. TRLPI, y teléfonos móviles con funcionalidad de reproducción de fonogramas en formato comprimido), parece —en principio— que deberían quedar excluidos del pago del canon digital. Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de que quedasen incluidos por analogía entre los aparatos de reproducción de fonogramas (en el caso de los teléfonos móviles con funcionalidad específica de reproducción de fonogramas) o entre los soportes materiales de reproducción mixta, sonora o visual y audiovisual (en el caso de memorias USB y tarjetas de memoria). Al fin y al cabo estos dispositivos son aptos (en abstracto) para realizar reproducciones para uso privado, ajustándose así al criterio de idoneidad objetiva previsto con carácter general en el art. 25.2 TRLPI y en la propia DDASI (pues son susceptibles de causar un «posible daño» por su capacidad de copia para uso privado, *ex Cdo.* 35), por lo que del mismo modo que se puede declarar inaplicable la OM para los dispositivos de copia que causen un perjuicio mínimo a los intereses de los titulares de derechos, podría invocarse la obligación de abonar el canon a los dispositivos que —por sus características objetivas, teniendo en cuenta los criterios informadores de la regla 4ª del art. 25.6 TRLPI— sean susceptibles de emplearse para realizar copias privadas de obras y prestaciones afines y de causar un daño apreciable a los titulares de derechos.

## 2. SOBRE LA DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES

Uno de los principales problemas que se asociaron inmediatamente a las sentencias de la Audiencia Nacional fueron las posibles reclamaciones de las cantidades abonadas en concepto de canon en virtud de la OM. Como hemos visto, la Audiencia Nacional rechaza responder a la petición de devolución de cantidades cobradas «indebidamente» formuladas por algunas de las entidades actoras, alegando que se trata de una cuestión ajena a la jurisdicción conten-

cioso-administrativa por ser la compensación equitativa por copia privada una obligación legal de derecho privado. Por lo tanto, las posibles devoluciones quedarán diferidas —caso de anularse definitivamente la OM— a las reclamaciones que en su caso decidan efectuar los interesados en la jurisdicción pertinente, que no es otra que la Jurisdicción civil (mercantil), al ser la compensación equitativa una obligación legal de derecho privado como señala la propia AN.

Es este un problema en el que el afán anti-canon de algunos (particularmente las asociaciones de consumidores más viscerales en esta materia y algunos de sus letrados o colaboradores) ha generado un elevado grado de tensión y confusión. Es asimismo un problema directamente conectado con el tratado en el punto anterior: el régimen jurídico aplicable al canon digital desde que, en su caso, se produzca la confirmación de la nulidad de la Orden PRE. También se sitúa en clara conexión con los efectos de la STJUE de 21 de octubre de 2010 (Padawan) que declara contrario al derecho comunitario la aplicación indiscriminada del canon digital, ya que desde su publicación, además de reducirse drásticamente la recaudación de las entidades de gestión, no ha parado el debate sobre la devolución de las liquidaciones efectuadas por los deudores del canon y de las cantidades abonadas en tal concepto por los usuarios finales de los equipos, aparatos y soportes de reproducción.

Debe señalarse, en primer lugar, que el hecho de que las cantidades en concepto de canon digital se hayan cobrado indebidamente por las entidades de gestión (sea por la aplicación indiscriminada del canon o sea por la nulidad de la Orden PRE) no significa que se hayan cobrado «abusivamente», tal y como se denuncia desde algunos sectores. Las entidades han cobrado la compensación equitativa por copia privada digital reconocida con carácter general por el ordenamiento jurídico español (art. 25.6 TRLPI) aplicando las cantidades correspondientes sobre la lista de equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción establecidas primero en la Disposición Transitoria de la Ley 23/2006, de 7 de julio (desde su entrada en vigor hasta el 30 de junio de 2008) y después en la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, a partir del 1 de julio de 2008.

Cuestión distinta es que los pagos realizados en virtud de una obligación legal de derecho privado (la compensación equitativa por copia privada) que, tal y como ha sido configurada en el ordenamiento español, ha sido declarada contraria al Derecho comunitario (en el caso del pago realizado por empresarios, profesionales y entidades que hubieran usado los dispositivos de copia para fines manifiestamente distintos a la reproducción de obras y prestaciones con fines de uso privado) y anulado su desarrollo reglamentario por sentencia judicial (caso de confirmarse la anulación de la Orden PRE), deban ser objeto de devolución en virtud de lo establecido en el art. 1895 CC (cobro de lo indebido o *condictio indebiti*), según el cual cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido definitivamente entregada, surge la obligación de restituirla. Aunque parece, en principio, una consecuencia lógica,

creo que no está exenta de discusión. Y es que el pago realizado en virtud del canon no se hizo *stricto sensu* «por error», ya que en el momento de efectuarse existía un régimen legal y reglamentario vigente y plenamente aplicable. Los acreedores del canon y las entidades de gestión encargadas de su recaudación actuaron en todo momento de buena fe, respaldados por el sistema legal vigente, por lo que no resulta del todo claro que una posterior anulación de ese sistema —por error manifiesto de la Administración en la tramitación formal de la Orden Ministerial— o una corrección de su alcance —en línea con la sutil doctrina fijada por el TJUE— les obligue a devolver las cantidades recaudadas —insisto— de buena fe y bajo el palio legal y reglamentario<sup>22</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, como ya dije anteriormente, es esta una materia muy sensible y compleja por la cadena de reclamaciones que pueden producirse entre usuarios, deudores del canon, entidades de gestión, titulares de derechos de autor y conexos e, incluso, la propia Administración Pública. Y es un tema en el que los usuarios de dispositivos de copia y los deudores legales del canon deberán valorar cuidadosamente la conveniencia de efectuar esas reclamaciones de devolución de las cantidades abonadas, pues (sin descartar posibles desestimaciones fundadas en los argumentos antes expuestos) se podrían encontrar con nuevas liquidaciones y reclamaciones de las entidades de gestión colectiva aplicando a esos mismos soportes las tarifas —más elevadas— previstas en la Disposición Transitoria única de la Ley 23/2006, cuyo régimen provisional se reactivaría automáticamente desde el 1 de julio de 2008 en caso de ser definitivamente declarada la nulidad de la Orden PRE. Cuestión distinta serían las reclamaciones de devolución de cantidades abonadas por los equipos, aparatos y soportes no incluidos previamente en la Disposición transitoria de la Ley 23/2006, como teléfonos móviles con reproductor de audio, las memorias USB y tarjetas de memoria no integradas o los discos duros portátiles; si bien, como antes se apuntó, no puede descartarse la posibilidad de que estos dispositivos pudieran quedar sujetos al pago del canon si, a petición de las entidades de gestión interesadas, así lo declarase un Juez o Tribunal aplicando el principio general de idoneidad objetiva del art. 25.2 TRLPI y recurriendo a la analogía para fijar los importes correspondientes en cada caso (teniendo en cuenta siempre los criterios informadores de la regla 4<sup>a</sup> del art. 25.6 TRLPI).

Ahora bien, aunque las entidades de gestión puedan girar nuevas liquidaciones y reclamaciones con las tarifas de la Ley 23/2006, los Jueces encargados de resolverlas

---

<sup>22</sup> El enriquecimiento injusto que provoca el cobro de lo indebido requiere un empobrecimiento de una parte con el correlativo enriquecimiento de la otra y la ausencia de justa causa. La cuestión clave, entonces, es si en este caso, las entidades de gestión que recaudan el canon pueden alegar justa causa en la existencia de un sistema legal y reglamentario vigente que justificaba su posición a la hora de liquidar y recaudar el canon. Y desde otra perspectiva habrá que establecer si no existe justa causa cuando el cobro se ha realizado en virtud de una disposición normativa legal disconforme con el marco legal comunitario y en una disposición reglamentaria anulada por defectos de forma.

deberán tener en cuenta necesariamente los criterios establecidos por la STJUE de 21 de octubre de 2010 (Padawan), excluyendo del pago del canon aquellos dispositivos adquiridos por empresarios, entidades privadas o públicas y profesionales que acrediten que se han empleado para fines manifiestamente distintos de la copia privada por personas físicas. Y entiendo que la carga de la prueba debe recaer en este caso sobre quienes reclamen la devolución de esas cantidades y no (como sorprendentemente declara la SAP Barcelona, Sección 15ª, de 2 de marzo de 2011) sobre las entidades de gestión, pues en tal caso la acreditación de esas circunstancias se convierte en prueba diabólica<sup>23</sup>.

Dicho lo anterior, procede ahora realizar una serie de reflexiones sobre la legitimación activa para realizar las reclamaciones de las cantidades abonadas de forma improcedente.

Las reclamaciones efectuadas por particulares (personas físicas) que hubieran adquirido dispositivos de copia con fines —presumiblemente, según la doctrina del TJUE— de reproducción para uso privado de obras y prestaciones afines, solo podrían efectuar las reclamaciones en virtud de la —en su caso— nulidad de la Orden Ministerial (no de la STJUE en el caso Padawan). Sin embargo, no parece que los usuarios particulares tengan legitimación activa para dirigirse contra las entidades de gestión, pues en rigor no son ellos los deudores legales del canon (art. 25.4 a. TRLPI) sino a lo sumo deudores indirectos<sup>24</sup>, y solo en aquellos casos en que los deudores legales (fabricantes y distribuidores) les hubieran repercutido el coste del canon por copia privada en el precio final del producto. Los usuarios podrán dirigir sus reclamaciones contra los distribuidores que les vendieron los dispositivos de copia, quienes, a su vez, tendrán que efectuar luego la oportuna reclamación de devolución a las entidades de gestión correspondientes. Aunque por razones de economía procesal

---

<sup>23</sup> Vid. las consideraciones en esta línea de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Las desgracias del canon», cit.

<sup>24</sup> Así lo dice expresamente la STJUE de 21 de octubre de 2010 (Padawan, ap. 48), la cual ratifica además la plena licitud de la compensación equitativa en forma de canon, sin necesidad de verificar en modo alguno que las personas físicas que adquieren dispositivos de reproducción los hayan utilizado para realizar copias privadas de obras y prestaciones protegidas, ni que, por tanto, hayan causado un daño efectivo a los titulares de derechos (ap. 54). Como ya tuve ocasión de señalar en otro lugar (CARBAJO CASCÓN, F., «Presente y futuro del canon por copia privada tras la Sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010 en el caso Padawan», *Diario La Ley*, n° 7648, Sección Tribuna, 9 de junio de 2011, pg. 4), el Tribunal se aferra así al presumible uso de equipos y soportes de reproducción para realizar copias privadas y al perjuicio potencial que eso conlleva para los titulares de derechos para establecer la presunción absoluta de que los equipos y soportes de reproducción que se ponen a disposición de una persona física para usos privados se usan o se pueden usar para realizar copias privadas de obras protegidas y que, en consecuencia, quedarán sujetos a la compensación equitativa por copia privada sin que sea necesario verificar que se realizan o no copias privadas ni, por tanto, que se cause o no un perjuicio a los titulares de derechos de propiedad intelectual. Con lo cual quedaría descartada una valoración del caso concreto, en particular del uso real de los equipos y soportes de reproducción y del daño efectivamente causado a los titulares de derechos. Las sentencias que admiten la existencia de una presunción *iuris tantum* que admite prueba puntual en contrario (como la SAP Málaga de 19 de septiembre de 2006).



cabría la posibilidad de llamar al Juicio a las entidades de gestión colectiva a través del mecanismo de la «intervención provocada» (art. 14 LEC), para que intervengan en el proceso sin la cualidad de demandadas pero disponiendo de las mismas facultades de actuación que la Ley concede a las partes; de modo que la resolución final del proceso vincularía de algún modo a las entidades de gestión para devolver a los fabricantes y distribuidores (sin necesidad de mayores pleitos)<sup>25</sup> las cantidades fijadas en la sentencia. En cualquier caso, las reclamaciones de los consumidores solo podrán prosperar en el caso de que presenten los tickets o facturas acreditativos de la adquisición donde aparezca desglosado el importe abonado en concepto de canon<sup>26</sup>.

Los empresarios, autónomos y entidades de derecho privado o público podrían reclamar la devolución de las cantidades abonadas por equipos, aparatos o soportes materiales de reproducción siempre que acrediten que fueron adquiridos para usos manifiestamente distintos a la copia privada, siguiendo la doctrina establecida por el TJUE en el caso Padawan (ap. 59). Pero también en estos casos las reclamaciones deberán fundarse en facturas o tickets acreditativos de las adquisiciones y dirigirse contra los distribuidores de los dispositivos de copias, quienes, posteriormente, podrán realizar las reclamaciones pertinentes a las entidades de gestión (sin perjuicio, como antes he dicho, de recurrir al mecanismo de la intervención provocada del art. 14 LEC y de sus efectos o consecuencias).

Por lo que se refiere a las hipotéticas reclamaciones de los deudores legales del canon que liquidaron el canon digital en virtud del régimen legal y reglamentariamente establecido, quedaría pendiente en una fase ulterior el reintegro a los adquirentes finales de las cantidades que hubieran sido repercutidas en el precio en caso de que aquellas reclamaciones llegaran a prosperar. Lo contrario supondría un caso evidente de enriquecimiento injusto para los fabricantes y distribuidores, que podría ser corregido caso por caso mediante las reclamaciones de los adquirentes finales<sup>27</sup>.

Por último, en el caso de que las entidades de gestión se vieran forzadas (judicialmente) a devolver las cantidades cobradas en concepto de canon (sea

---

<sup>25</sup> Salvo que las entidades decidieran reconvenir para exigir el pago de las tarifas previstas en la Disposición Transitoria de la Ley 23/2006 o, en su caso, exigir la inclusión de dispositivos no previstos en esa DT en virtud del principio de idoneidad objetiva del art. 25.2 TRLPI determinando la cuantía por analogía con otros dispositivos que cumplan funciones similares.

<sup>26</sup> Si no aparece desglosado habría que demostrar la repercusión del canon en el precio final por cualquier otro medio admitido en Derecho. Para su determinación habrá que estar a las tarifas previstas para el dispositivo en cuestión en la Orden PRE/1743/2008.

<sup>27</sup> Ahora bien, si las entidades exigieran luego el pago de las tarifas más elevadas previstas en la Disposición transitoria de la Ley 23/2006 y el Juez o Tribunal aceptara esta reclamación-compensación, no parece posible —por razones procesales y materiales— que los fabricantes y distribuidores pudieran luego dirigirse contra los adquirentes finales exigiéndoles el pago de la diferencia. Un motivo más a tener en cuenta por los deudores legales del canon a la hora de definir la estrategia a seguir en este espinoso asunto.

en virtud de los efectos de la STJUE o en caso de confirmarse la nulidad de pleno derecho de la OM), no puede descartarse la posibilidad teórica de que exigieran luego la devolución de las cantidades abonadas en tal concepto a los titulares de derechos de autor y de derechos afines. Sin embargo, entiendo que estamos una vez más en el terreno de la simple hipótesis teórica, por razones de economía procesal, de justificación material y, sobre todo, de imagen de las entidades de gestión.

De las anteriores observaciones se desprende la complejidad que puede acarrear el ejercicio masivo de demandas civiles en reclamación de cantidad por el canon digital. Tanto los usuarios finales como los deudores legales deberían pensar cuidadosamente la estrategia a seguir, ante el riesgo de encontrarse en situaciones más perjudiciales para sus intereses.

Por ello es probable que el problema se redirija hacia la responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado, *ex arts.* 139 y ss. Ley 30/92 (LRJAPC), para recuperar las cantidades abonadas en concepto de un canon digital aprobado por el legislador español que, primero, no incorporó correctamente la legislación comunitaria y, segundo, no cumplió con todas las formalidades necesarias en el desarrollo reglamentario.

Centrándonos en la posible anulación de la Orden PRE/1743/2008<sup>28</sup>, esta vía podría servir tanto a quienes abonaron el canon digital en contravención de la normativa comunitaria (carácter indiscriminado del canon) y nacional (en caso de anularse la OM) como a las entidades de gestión que se vieran abocadas a devolver las cantidades recaudadas en caso de prosperar las demandas de reclamación contra ellas.

De acuerdo con el art. 139 LRJAPC los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor; siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. El daño alegado habrá de ser, en todo caso, efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una per-

---

<sup>28</sup> En relación con la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por una incorrecta incorporación del Derecho comunitario en materia de compensación equitativa por copia privada, a raíz de la STJUE de 21 de octubre de 2010, véase el trabajo de GARCÍA DE PABLOS, J.F., «Consecuencias de la sentencia del TJUE sobre el canon digital en España», *Diario La Ley*, cit., el cual considera que no se dan las circunstancias requeridas por el TJUE (Sentencia de 19 de noviembre de 1991, As. Acumulados C-6/90 y C-9/90, Francovich) para imputar responsabilidad al Estado por daños causados a los particulares con motivo de una incorrecta trasposición de las Directivas comunitarias. Y ello por cuanto el art. 5.2 b) DDASI no otorga un derecho a la persona física para la realización de una copia privada, sino que establece una excepción al derecho exclusivo de reproducción. La solución, sin embargo, puede ser distinta si quien reclama a la Administración son las entidades de gestión representativas de los derechos de autores y titulares de derechos afines si se vieran abocadas a una devolución del canon digital en virtud de la Sentencia Padawan.

sona o grupo de personas. Circunstancias estas que parecen concurrir en el caso del pago del canon en virtud de una OM anulada por defectos de forma.

El art. 141 LRJAPC establece, en este sentido, que solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley; y que no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos. El posterior art. 142.4 LRJAPC dispone que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, en principio, derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva.

Por lo tanto, la previsible anulación de la Orden PRE/1743/2008 por razones de forma puede determinar la responsabilidad de la Administración por las cantidades abonadas indebidamente por los usuarios o por los deudores legales (o, en su caso, por las cantidades forzadas a devolver a las entidades de gestión por sentencias judiciales del orden civil), debiendo interponerse la oportuna reclamación en el plazo de un año desde que el TS emita —si finalmente es así— la sentencia definitiva confirmando las de la Audiencia Nacional. No parece que la Administración pueda alegar en este caso la concurrencia de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos<sup>29</sup>.

### 3. CONSECUENCIAS DE LA ANULACIÓN DE LA ORDEN MINISTERIAL PARA EL FUTURO DEL CANON DIGITAL POR COPIA PRIVADA

Habrà que seguir muy de cerca la evolución de esta problemática en los próximos meses, a la espera de la Sentencia del Alto Tribunal y también de la futura regulación de la copia privada y de la compensación equitativa, toda vez parece haber acuerdo de fondo entre los diferentes grupos políticos para su modificación en la siguiente legislatura.

---

<sup>29</sup> Sin embargo, tengo serias dudas de que no pudiera invocarse este argumento en el caso de las devoluciones que, en su caso, tuvieran lugar como consecuencia de la aplicación indiscriminada del canon en virtud de la STJUE Padawan. En este caso, quizás podría argüirse que la ciencia jurídica no conocía hasta ese momento los sutiles entresijos del concepto de compensación equitativa, interpretado por primera vez por el TJUE en dicha sentencia. Y podría alegarse también que la aplicación indiscriminada del canon analógico y digital se ha venido produciendo en forma idéntica o similar en la mayoría de los Estados miembros de la UE con tradiciones jurídicas comunes a la nuestra.

En este sentido, a raíz de las propuestas presentadas por el Partido Popular y asumidas por el conjunto del Congreso de los Diputados en sesión de 12 de julio de 2011, parece adquirir fuerza la postura por un cambio de modelo en la compensación equitativa por copia privada, sustituyendo el modelo de compensación en forma de canon aplicado sobre dispositivos de reproducción por una compensación equitativa en forma de canon aplicado sobre la copia original de la obra o prestación.

Baste aquí con decir (pues esta problemática excede la finalidad de este trabajo) que este modelo puede servir en apariencia para reducir la litigiosidad y hacer más eficiente y menos problemática la recaudación de la compensación equitativa, pero no creo que sea en esencia un modelo más justo. El canon en la copia original de la obra o prestación beneficiará mucho a los fabricantes y distribuidores así como a los adquirentes de dispositivos de reproducción, pero puede perjudicar y mucho a los titulares de derechos de autor y conexos, poniendo en entredicho el principio de «justo equilibrio» exigido por la Directiva comunitaria, además de encarecer el precio final de los productos culturales y de entretenimiento, lo cual, a la postre, puede servir como acicate (e incluso como justificación demagógica) para que se incremente (¡aún más!) la lacra de la piratería de contenidos en Internet.

Como ya expuse en un trabajo anterior, en tales condiciones es muy posible que el límite de copia privada resultara contrario a la prueba de los tres pasos (art. 5.5 DDASI y 40bis TRLPI), pues la copia privada masiva podría perjudicar la explotación normal de la obra y perjudicar injustificadamente los legítimos intereses de los titulares de derechos; solo si la compensación equitativa es adecuada el perjuicio padecido por los titulares de derechos se tornaría en «no injustificado»<sup>30</sup>.

En cualquier caso, a la espera de acontecimientos, si finalmente se opta por un cambio de modelo, será prioritario luchar activamente contra todas las formas de piratería digital de contenidos, y también crear una nueva compensación equitativa (distinta de la copia privada) de los usos digitales de contenidos no autorizados a través de Internet que se haga recaer sobre las operadores de redes, pues solo así se conseguiría alcanzar el «justo equilibrio» entre los intereses de los titulares de derechos y los intereses de los usuarios de contenidos.

---

<sup>30</sup> CARBAJO CASCÓN, F., «Presente y futuro del canon por copia privada tras la Sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010 en el caso Padawan», pp. 10-11.