

LA SOCIALIZACIÓN DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA: ¿UN DESATINO INCONSTITUCIONAL?

Por Javier AVILÉS GARCÍA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Oviedo
javiles@uniovi.es

Fecha de recepción: 10.10.2015
Fecha de aceptación: 30.11.2015

RESUMEN: Transcurridos tres años desde el inicio de la reforma del *texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual* al cobijo de la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible*, ésta parecía finalmente cerrarse tras la discutida aprobación de la *Ley 21/2014, de 4 de noviembre, de modificación del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*. Sin embargo, la última elección del legislador parece haber soslayado *de facto* los problemas de fondo en materia de compensación equitativa por copia privada, inclinándose por la inédita e insólita vía legal de traspasar una obligación de origen y naturaleza netamente privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. La cuestión prejudicial interpuesta a finales de 2014 por el *Tribunal Supremo* ante el *Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (TJUE), y, particularmente, el recurso de inconstitucionalidad de febrero de 2015 penden como espada de Damocles sobre la configuración jurídica actual y futura del derecho de compensación equitativa por copia privada en nuestro país. Sin embargo las claves jurídicas parecen estar prefiguradas y suficientemente fundadas en una dirección determinada, que parecen chocar en varios puntos con la nueva situación legal finalmente decantada tras la aprobación de la *Ley 21/2014*.

PALABRAS CLAVE: Propiedad intelectual; copia privada; canon o sistema de compensación equitativa; principio de primacía del Derecho europeo.

SUMARIO: I. PREVIO. EL PROBLEMA DE LA REVISIÓN DE LA LEGALIDAD DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA EN ESPAÑA. II. LA PRIMERA OBJECIÓN FORMAL: LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL TRIBU-

NAL SUPREMO ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 1. EL CARÁCTER PRIORITARIO DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y JURISPRUDENCIA QUE LO DESARROLLA. 2. LAS DUDAS DE FONDO DEL TRIBUNAL SUPREMO EN ESPAÑA. 2.1. *La separación entre el sistema de compensación equitativa sujeto al límite de copia privada y el mecanismo de pago.* 2.2. *Un procedimiento formal de financiación y recaudación que no desvirtúa la estructura del sistema compensatorio adoptado.* 2.3. *La argumentación apoyada en las consecuencias del nuevo mecanismo de financiación y recaudación de la compensación desde el año 2012.* III. LA SEGUNDA OBJECCIÓN SUSTANTIVA: EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 1. LA VULNERACIÓN DEL *CONTENIDO ESENCIAL* DEL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL. 2. LA SALVAGUARDA DE LOS *INTERESES PROTEGIDOS* POR LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA. 3. LA COMPETENCIA LEGISLATIVA Y LA INJERENCIA ESTATAL EN LA EQUITATIVA *DETERMINACIÓN* Y *ASIGNACIÓN* DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

TITLE: THE SOCIALIZATION OF THE FAIR COMPENSATION FOR PRIVATE COPYING: A UNCONSTITUTIONAL BLUNDER?

ABSTRACT: Three years after starting the reforming process of *Intellectual Property Act* through Act 2/2011, March 4, *Sustainable Economy*, this seemed to be finally concluded after entering into force Act 21/2014, 4 November, which amended the consolidated text of the *Intellectual Property Act*. However, the legislative body seems to have ignored the underlying problems, transferring to the state an obligation of private nature. The preliminary ruling puts in late 2014 by the *Supreme Court of Spain* to the *Court of Justice of the European Union (CJEU)*, and particularly the recent appeal of unconstitutionality of 2015 hang like a sword of Damocles on the current and future legal shape of the right to fair compensation for private copying in our country. Anyhow, despite the referred rules well founded solutions are not very difficult to find.

KEYWORDS: Intellectual property; private copying or fair compensation fee; the primacy of European Union law over national law.

CONTENTS: I. PREVIOUS. THE AMENDMENT OF EQUITABLE COMPENSATION FOR PRIVATE COPYING LAW IN SPAIN. II. FIRST FORMAL OBJECTION: THE QUESTION PUT BY THE SUPREME COURT TO THE COURT OF JUSTICE OF THE EU-

ROPEAN UNION. 1. THE PRIORITY OF THE PRINCIPLE OF PRIMACY OF EUROPEAN UNION LAW AND RELATED JURISPRUDENCE. 2. DOUBTS OF THE SUPREME COURT IN SPAIN. 2.1. *The separation of equitable compensation system subject to limit private copying and payment mechanism.* 2.2. *A formal financing procedure that does not detract structure of compensation system adopted.* 2.3. *The argument based on the consequences of new funding mechanism and compensation fund from 2012.* III. THE SECOND SUBSTANTIVE OBJECTIONS: THE CONSTITUTIONAL CHALLENGE TO CONSTITUTIONAL COURT. 1. THE INFRINGEMENT OF ESSENTIAL CONTENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF INTELLECTUAL PROPERTY. 2. DEFENDING THE INTERESTS PROTECTED BY THE EQUITABLE COMPENSATION FOR PRIVATE COPYING. 3. THE COMPETITION AND STATE LEGISLATIVE INTERFERENCE IN DETERMINATION AND FAIR ALLOCATION OF EQUITABLE COMPENSATION. IV. CONCLUSIONS. V. BIBLIOGRAPHY.

I. PREVIO. EL PROBLEMA DE LA REVISIÓN DE LA LEGALIDAD DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA EN ESPAÑA¹

El enfoque metodológico y finalidad de este trabajo parte de la referencia al contenido de dos sentencias de nuestro Tribunal Constitucional (STC 196/2009, de 28 de septiembre y STC 123/2010, de 29 de noviembre), estrechamente relacionadas entre sí, en razón de que ambas fueron en su día las sentencias que determinaron con precisión el muy relevante ámbito de la tutela legal efectiva de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor en su modalidad de acceso a la jurisdicción como derecho fundamental. Esto nos conducirá inequívocamente, si bien de manera elíptica, a la cuestión de fondo que afecta a la polémica sobre la naturaleza, contenido y alcance del derecho de compensación equitativa por copia privada en nuestro país en la actualidad. La situación de interinidad jurídica en la que nos encontramos es manifiesta en razón de la ausencia de una solución pacífica a la cuestión, y las dos últimas medidas tomadas por el legislador estatal, esto es, el Real Decreto 1657/2012 y reforma TRLPI por Ley 21/2014, están aún abiertas y pendientes de resolución en una doble instancia jurisdiccional, a saber, en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por decisión del Tribunal Supremo y en el Tribunal Constitucional. La reforma legal de la compensación equitativa por copia privada llevada a término por el legislador en dos fases legales sucesivas con un intervalo de dos años, entre 2012 y 2014 en concreto, está totalmente en entredicho en este

¹ Este estudio se ha realizado en el marco de las líneas establecidas como objetivo de trabajo del Grupo de Investigación reconocido y financiado bajo el nombre de «Garantías, jurisprudencia y reformas del Derecho europeo» (GAJUDE, 2015), cuyo IP responsable es el autor del mismo.

momento. Veamos las causas, sus argumentos y las propuestas de solución correspondientes².

Por vía indirecta, como es conocido, está abierta la discusión sobre la compensación equitativa a través de la interposición de la cuestión prejudicial planteada por la Sala lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sección Cuarta, Auto del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2014, ATS en adelante), que deberá pronunciarse en este punto en razón del recurso interpuesto contra la integridad del reglamento desarrollado por Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, que reguló *ex novo* el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (ATS 10 de septiembre de 2014)³. Asimismo por *vía directa* está abierto el debate, este de mayor alcance, toda vez que el pleno del Tribunal Constitucional ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad contra el nuevo *mecanismo de pago* de la compensación equitativa instaurado en nuestro país, luego refrendado por Ley 21/2014, con la nueva redacción dada por ésta al texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, concretamente a su artículo 25, en estrecha conexión con los límites a la copia privada regulados en el artículo 31 TRLPI. Veamos las cuestiones capitales que esta nueva normativa plantea partiendo del enfoque insoslayable que viene dando la reiterada doctrina jurisprudencial del TJUE de estos últimos años.

Partimos, en efecto, de que no era imprescindible que la redacción del fallo de la importante STC 123/2010, de 29 de noviembre, recogiera el argumento de que la solución sobre el «fondo controvertido» acerca del contenido del derecho de compensación equitativa por copia privada, debería resolverse en sede ordinaria por el Juez competente con base en las normas de nuestro ordenamiento interno con expresa invocación del TC de la normativa del Derecho comunitario vigente, una vez casada la sentencia recurrida del Juzgado de Primera Instancia que determinó la devolución de la compensación como cobro indebido⁴. Sin embargo aun siendo prescindible tal indicación hecha en el propio fallo de la STC 123/2010 en su Fundamento Jurídico cuarto (*iura novit curia*), el juicio acerca de la conveniencia y oportunidad de hacerlo con mención *expresa* de la STJUE de 21 de octubre de 2010 (asunto C-467/08, *Padawan*), publicada pocos días antes de esta misma STC 123/2010, nos parece muy pertinente teniendo en cuenta el estado de inseguridad jurídica e incerteza legal que gravitaba, y sigue gravitando, sobre el derecho a la compensación equitativa por copia privada en nuestro país. Asimismo, la utilidad y conveniencia de hacerlo radica en que se

² Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «El canon de copia privada: escaramuza sobre el fuero», *Revista Aranzadi Civil*, 2009, vol. II, pp. 2129-2132; *ídem*, «Una sentencia envenenada», *Revista Aranzadi Civil*, núm. 10, 2011, Tribuna, BIB 2010\2961.

³ Cfr. Auto del TS de 10 de septiembre de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Recurso núm. 34/2013, Ponente: L. Díez-Picazo Giménez.

⁴ Sentencia JPI de Alcalá de Henares, 15 de junio de 2005, FJ 3 (AC\2005\1031).

trata precisamente de la primera sentencia del TJUE en que, tras tantos años de vigencia de la Directiva 2001/29/CE, se abordan cuestiones esenciales que afectan al *contenido y alcance* de la compensación equitativa en los Estados miembros, incluyendo entre otras un tratamiento del *concepto e interpretación que debe darse a la idea de «compensación económica» previsto en el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE, 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*⁵.

Con esto debe reseñarse, además, que la misma resolución del caso *Padawan* del TJUE (2010) trae causa de la cuestión prejudicial planteada por un tribunal de nuestro propio país ante el TJUE mediante el Auto de la AP Barcelona, de 15 de septiembre de 2008⁶, tras admitirse un recurso de apelación interpuesto por la entidad gestora SGAE contra una sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona, donde se reclamaban las cantidades devengadas en concepto de compensación equitativa por copia privada por parte de una empresa española (*Padawan SL*) dedicada a la venta y comercialización de CD-R, CD-RW, DVD-R vírgenes y aparatos de reproducción MP3⁷.

En este punto conviene advertir que la Disposición Adicional 12^a de la Ley 2/2011, 4 de marzo, de Economía Sostenible, que abrió formalmente la reforma de la compensación equitativa en España, había señalado con meridiana nitidez que el Gobierno procedería a modificar la compensación equitativa de «*plena conformidad al marco normativo y jurisprudencial de la Unión Europea*». Pues bien, partimos de la idea de que este mandato legal, innecesario por otra parte, en ningún caso puede legitimar una modificación de la compensación equitativa como la llevada finalmente a término en España. Y no parece siquiera justificarlo en razón de alcanzar una mejor eficacia, adaptación e implementación de las bases y fundamentos jurídicos de cualesquiera directivas o de la propia jurisprudencia de la UE, por cuanto que, llamativa y paradójicamente, en estas ni tan siquiera se contempla como mera hipótesis de trabajo una compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos del Estado, siendo este mecanismo totalmente excepcional y posiblemente residual, siendo Noruega el único referente europeo vigente que compensa a los autores con cargo a los Presupuestos Generales del Estado⁸.

⁵ Cfr. STJUE 21 de octubre de 2010, Sala Tercera, asunto C-467/08, *Padawan*, S.L. y SGAE (Sociedad General de Autores y Editores), en la que también pleitean las entidades EGEDA (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales), AIE (Asociación de Artistas Intérpretes o Ejecutantes-Sociedad de Gestión de España), AGEDI (Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales) y CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos).

⁶ Cfr. Auto AP Barcelona, Sección 15^a, 15 de septiembre de 2008, Ponente: I. Sancho Gargallo.

⁷ Sentencia 143/2007 Juzgado de lo Mercantil número 4 Barcelona, 14 de junio de 2007.

⁸ Sirva apuntar, al margen de que Noruega no es un Estado miembro de la UE que, como pone de relieve el profesor Rogel Vide, este país nórdico cuenta con unos cinco millones de habitantes y en el año 2010 destinó a la remuneración por copia privada con cargo a los Presupuestos la cantidad de 50 millones de euros aproximadamente, es decir diez veces más de lo que nuestro Presupuesto

Siendo esto así es fácilmente comprensible que cuando el Gobierno de España proyectó llevar al Parlamento estatal la reforma de la financiación de la compensación equitativa con cargo a las arcas públicas, fuera la propia Comisión Europea quien reconviniere tal iniciativa al propio Gobierno español, indicándole que justificase si esa reforma respetaba el requisito básico establecido por la jurisprudencia del TJUE de que *la carga de la financiación de la compensación equitativa debe recaer necesariamente sobre los particulares responsables del daño o perjuicio causado*. La propia Comisión Europea buscaba una respuesta que pudiera cohonestarse con la diáfana jurisprudencia establecida desde la relevante STJUE de 21 de octubre de 2010 (asunto C-467/08, *Padawan*). En fin, la propia Comisión solicitaba una justificación jurídica convincente acerca de cómo se podría cumplir con el requisito sustancial de que la carga de financiar la compensación equitativa recayera sobre los responsables del daño, conforme establece la jurisprudencia reiterada del propio TJUE partiendo siempre de la relevante sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010 (asunto C-467/08, *SGAE contra Padawan*)⁹.

Hasta ahora no tenemos conocimiento de que exista contestación oficial alguna a aquella petición, habiendo optado el Gobierno español por la vía de hecho de aprobar un mecanismo inédito en el marco de la UE por el que la compensación equitativa se financia con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. De ahí que la cita expresa de esta sentencia *Padawan* del TJUE, de 21 de octubre de 2010, dentro de los fundamentos jurídicos de la sentencia de nuestro TC 123/2010, de 29 de noviembre (FJ 4), ha venido a ser premonitoria de lo que ha sucedido en España con la posterior reforma parcial del TRLPI, en razón del alcance reforzado que ha llegado a tener la doctrina del TC sobre la legitimación de las entidades gestoras en materia de compensación equitativa por copia privada, y que tal vez hoy vaya más allá de lo que posiblemente se pensó en un primer momento al redactarse esta sentencia de noviembre de 2010 por el TC.

Pero mayor gravedad adquieren las consideraciones previas por el efecto desarmonizador causado en la actual legislación compensatoria de nuestro país con respecto al resto de países miembros de la UE, máxime si tenemos en cuenta las claras «*Recomendaciones*» del mediador de alto nivel hechas en el seno de la propia UE que proponían una mayor armonización en toda Europa de la compensación por copia privada, y que forman parte de los trabajos preparatorios

dedica actualmente a compensar a los autores y editores, sin tener en cuenta que España tiene casi diez veces más de habitantes que Noruega (ROGEL VIDE, C., «La compensación equitativa por copia privada», *Estudios completos de propiedad intelectual*, vol. V, 2015, p. 132). En la actualidad Noruega (1,06 euros) ocupa el octavo lugar en la relación de países europeos que perciben una mayor compensación per cápita por año, mientras que España (0,07 euros) ha pasado al final de la lista, solo por delante de Polonia y Grecia.

⁹ Cfr. «Observaciones de la Comisión Europea de 12 de agosto de 2013», Comunicación TRIS (2013)-02067.

puestos en marcha para la modernización del marco legal europeo que incluye homogeneizar las grandes disparidades actuales entre los *sistemas de recaudación de la copia privada dentro de un mercado único europeo*¹⁰. En esta línea, puede verse también la Resolución del Parlamento Europeo de 9 de julio de 2015¹¹.

Estas *Recomendaciones* tratan de buscar medidas de conciliación eficaces entre el sistema compensatorio y los principios básicos del mercado interior europeo. No cabe duda de que los Estados miembros, en efecto, podrán seguir estableciendo matices sobre los equipos, aparatos y soportes materiales que deban estar gravados y cuáles no, pero en ningún caso en ese escrito el mediador deja la puerta abierta para que un Estado miembro lleve a cabo la total dispensa de gravamen para toda clase de equipos, aparatos y soportes idóneos para la realización de copias privadas, incluidos los puestos a disposición de personas físicas que actúen como usuarios privados. Tanto es así que el propio CGPJ, de manera contundente, a propósito de la modificación TRLPI por Ley 21/2014, de 4 de noviembre, concluyó que el mecanismo de compensación que «el legislador español proyecta consolidar, está llamado a producir *una distorsión en el mercado interior*, puesto que no es ya que los equipos, aparatos y soportes de reproducción idóneos estarán sujetos en España a un gravamen más bajo que en otros países comunitarios, sino que dicho gravamen tendrá un valor cero». Y es que parece, efectivamente, que «quienes comercialicen esa clase de objetos destinados a consumidores españoles [los equipos, aparatos y soportes de reproducción idóneos] no tendrían que abonar canon alguno, que por lo mismo tampoco se repercutiría a esos consumidores, mientras que quienes comercialicen esos mismos productos en otro país que prevea un sistema de compensación basado en un canon (*v. gr.* Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Suecia, Holanda, Portugal) tendrán que abonarlo, y sus consumidores a la postre soportarlo»¹².

La idea de un Estado miembro que se singulariza dentro de un mercado común que propende, busca y necesita una mejor armonización no parece ser una solución bien meditada y en el buen camino, máxime si la actual línea revisionista de

¹⁰ Cfr. António Vitorino, «Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies», Bruselas, 31 de enero de 2013. Estas recomendaciones presentadas ya en 2013 al comisario europeo de Mercado Interior, tratan sobre la armonización en toda Europa de la compensación por copia privada, se incluyeron en un informe realizado a petición de la Comisión Europea que detalla la posición de la industria cultural, las sociedades de autores, los consumidores y usuarios, poniendo de manifiesto la falta de uniformidad en la normativa de la UE sobre las copias privadas, y una de cuyas principales recomendaciones era implementar medidas destinadas a conseguir armonizar las diferencias actuales entre los sistemas de recaudación de la copia privada en el mercado único europeo. El legislador español no parece sentirse afectado, al menos por el momento.

¹¹ P8_TA-PROV (2015)0273, Parlamento Europeo, Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor.

¹² *Informe al Anteproyecto de Ley de modificación del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, CGPJ, Comisión de Estudios e Informes, Pleno de 23 de julio de 2013, pp. 27, 28 y 119.

la vigente Directiva 2001/29/CE en el seno de la UE insiste una y otra vez en que «el sistema de copia privada representa un sistema virtuoso y equilibrado entre la excepción relativa a la copia para uso privado y el derecho a remuneración equitativa de los titulares de derechos», por lo que «*resulta sensato mantenerlo*, especialmente en aquellos casos en los que los titulares de los derechos no están en situación de autorizar directamente la reproducción en múltiples dispositivos», teniendo en cuenta además que en la actualidad «no existe un modelo alternativo en este ámbito que proporcione una compensación adecuada a los titulares de derechos de autor [...] y que no obstante se debe debatir a fin de actualizar el mecanismo de copia privada para hacerlo más eficiente y tener en cuenta de manera más adecuada los avances técnicos». Es decir, la opinión generalizada y reiterada es que «no existe a corto plazo ninguna alternativa a este sistema equilibrado». Es más, la reforma y revisión del actual régimen de los derechos de autor en Europa, pide precisamente a la Comisión que la propuesta legislativa que venga a actualizar la Directiva 2001/29/CE «incluya una disposición para armonizar *por completo* las excepciones y las limitaciones vinculadas»¹³. En fin, trata de reforzarse una y otra vez en el ámbito de la UE una mayor armonización que propicie un *correcto y eficaz funcionamiento de mercado*, superando de una vez por todas las grandes disparidades entre los sistemas nacionales de percepción de la compensación de copia privada, salvando las «distorsiones de competencia y de la posible búsqueda del fuero más favorable dentro del mercado interior». En este sentido la reforma operada en nuestro país parece haber iniciado una neta fase de involución al respecto, que aparte de desmarcarse del marco legislativo común, no ha conseguido tan siquiera una de las primeras reglas de una economía en tiempo de crisis: crear mayor competitividad propiciando y contribuir a bajar el precio de los soportes, aparatos y equipos de reproducción de copias¹⁴, tal vez rindiendo una pleitesía indebida a los oscuros vericuetos de algo que se trata de justificar bajo el comodín de la Economía¹⁵.

¹³ Cfr. *Informe sobre los cánones de copia privada*, Comisión de Asuntos Jurídicos, ponente: Françoise Castex, 17 de febrero de 2014, apartados 3 y 6, letra E de los considerandos. Este informe ha sido aprobado como propuesta de resolución por el Parlamento Europeo el 27 de febrero de 2014. El informe no es legalmente vinculante para los Estados miembros pero contribuye al debate sobre los derechos de autor dentro de la revisión de la Directiva 2001/29/CE, y clarifica la opinión de los diputados del Parlamento Europeo sobre la copia privada.

¹⁴ Cfr. *Informe sobre los cánones de copia privada*, Comisión de Asuntos Jurídicos, *cit.*, apartado 7 y letra O de los considerandos, que recoge precisamente este resultado económico negativo al afirmar que «el precio de los soportes y del material no varía en función de los distintos importes del canon por copia privada que se aplica en la Unión, y que este precio no se vio afectado por la supresión del canon en España en 2012».

¹⁵ En el certero sentido expresado por Á. LÓPEZ Y LÓPEZ, «Propiedad intelectual y perplejidades del Derecho Civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2, 2015, p. 1777, cuando se refiere a que «no es cierto que la Economía haya dejado de ser, como indicaba con ingeniosa frase Galbraith, una rama de la política; lo verdaderamente cierto es que responde a una muy bien deliberada política, en la que el Estado nacional rehúsa su intervención, incluso en materias domésticas que estarían a su alcance, y no impulsa en manera alguna los mecanismos de gobernanza global de los mercados». Con anterioridad puede ilustrarse igualmente en MONTÉS PENADÉS, V., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980, *passim*.

Además, es preciso señalar que la solución tomada por el legislador en España, reconduciendo en bloque la compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, fue presentada en público un tanto arteramente por el Gobierno como una solución legal que tenía un mero carácter «transitorio, a la espera de que la Comisión Europea presentara una propuesta de Directiva», en previsión de lo que estaría por llegar en el futuro, esto es, dejando las cosas sin explicación convincente. Se justificó que tal solución era «transitoria» y que estaba motivada por un estado de «inseguridad jurídica grave», paradójicamente generada a su entender tras la publicación de la STJUE de 21 de octubre de 2010 (*Padawan*), y que junto con otras sentencias anteriores de la Audiencia Nacional lo que habían llevado a término —se adujo— había sido invalidar, por meras razones procedimentales, la reforma parcial de la compensación equitativa realizada unos años antes y que a su juicio estaba bien enfocada¹⁶.

A nuestro juicio todo lo alegado por el Gobierno, basado en medidas adoptadas por la vía de los hechos consumados, no parece ir más allá de una excusa formal, a modo de pretexto dilatorio, que no parece encajar con la drástica solución tomada con la aprobación del reglamento del Real Decreto 1657/2012, aun cuando de manera inverosímil se adujera que tal reforma de la compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado se hacía «en línea con la jurisprudencia europea», pero de lo que no consta vestigio o traza alguna al respecto¹⁷.

Con todo, sin entrar en detalles, sirva recordar que en la jurisprudencia sentada por el TJUE a partir de la STJUE 21 de octubre de 2010 (asunto C-467/08, *Padawan*), completada por los asuntos C-462/09 (Sentencia 16 de junio de 2011, *Stichting de ThuisKopie*), y C-521/11 (Sentencia 11 de julio de 2013, *Amazon*), aparecen claramente delimitados los siguientes *tres criterios o premisas esenciales, los cuales juegan un papel decisivo respecto a la solución que deba darse a la compensación equitativa por copia privada en nuestro país*¹⁸:

¹⁶ Con esta *reforma parcial* se refería el legislador a la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, donde se establecía reglamentariamente la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, con la correspondencia de las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción, y que efectivamente fue anulado por Sentencia de la Audiencia Nacional, de 22 de marzo de 2011, al entender que se trataba de un reglamento dictado en ejecución de una norma con rango legal, en ningún caso de un acto administrativo, por lo que precisaba de preceptivo dictamen de la *Comisión Permanente del Consejo de Estado* así como de las correspondientes memoria justificativa y económica exigidas por el artículo 25.6 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, según redacción dada por Ley 23/2006, de 7 de julio.

¹⁷ Comunicado Oficial del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte sobre la compensación equitativa por copia privada, 18 de septiembre de 2014, tras presentarse el Auto del TS de 10 de septiembre de 2014 como cuestión prejudicial ante TJUE, que plantea la nulidad íntegra del Real Decreto 1657/2012.

¹⁸ Más recientemente se amplía con los asuntos C-435/12 (Sentencia 10 de abril de 2014, *ACI Adam BV* y otros), C-277/10 (Sentencia 9 de febrero de 2012, *Luksan*), acumulados C-457/11 a C-460/11 (Sentencia 27 de junio de 2013, *Verwertungsgesellschaft Wort-VG Wort*), y C-463/12 (Sentencia 5 de marzo de 2015, *Copydan*).

1º) La aplicación preeminente de un *concepto autónomo de la compensación equitativa por copia privada está plenamente integrado desde hace años en la aplicación de la doctrina de «los tres pasos»*¹⁹, recogido tanto en la *legislación internacional*, sea el Convenio de Berna (artículo 9.2), el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derechos de Autor de 1996 (artículo 10), y el Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1996 (artículo 16), así como en la *legislación comunitaria europea* como ocurre sustancialmente en el artículo 5.5 de la Directiva 2001/29/CE²⁰, e insertado en nuestro ordenamiento en el artículo 40 *bis* TRLPI a propósito de la transposición *a nuestra normativa* de la *Directiva 96/9/CE, 11 de marzo de 1996, sobre protección jurídica de las bases de datos*²¹.

2º) La prevalencia en materia de compensación equitativa de la aplicación del *criterio del justo equilibrio de derechos e intereses en conflicto* entre los titulares de los derechos, las empresas de intermediación de soportes y equipos de reproducción y los de los usuarios o beneficiarios del uso privado de las copias, no desdeñando en ningún caso la idea de la existencia de una conmutatividad previa como eje esencial para su correcta incardinación en la estructura que le es propia, esto es, en una relación jurídica de carácter sustantivamente privada²².

3º) La observancia del *criterio de la indispensable vinculación y conexión funcional que siempre debe existir entre el devengo de la compensación equitativa por sus titulares y el uso potencial de los soportes o equipos de reproducción adquiridos por las personas físicas consideradas individualmente y no en su con-*

¹⁹ Por todos puede verse XIOL RIOS, J. A., «La regla de los tres pasos en la jurisprudencia española», *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual* (coord. X. O'CALLAGHAN), Dykinson, 2011, pp. 373-389; *ídem*, «Configuración económica y jurídica del derecho de remuneración compensatoria por copia privada en la propiedad intelectual», en *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual* (coord. X. O'CALLAGHAN), Dykinson, 2011, pp. 33-70.

²⁰ El artículo 5.5 Directiva 2001/29/CE, refleja con exactitud el contenido de lo prescrito a este mismo respecto en los convenios y tratados aquí citados y, más concretamente, en nuestro artículo 40 *bis* TRLPI: «Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho».

²¹ Cfr. ROGEL VIDE, C., «La compensación equitativa por copia privada», *Estudios completos de propiedad intelectual*, vol. V, 2015, p. 137, para quien las decisiones tomadas por el legislador estatal «chocan frontalmente» con el artículo 40 *bis* TRLPI, el cual está extraído de disposiciones de índole internacional «de rango rotundamente superior a la ley ordinaria»; SALAS CARCELLER, A., «Propiedad intelectual: la nueva compensación equitativa por copia privada», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2013, Tribuna [BIB 2013488]; CARBAJO CASCÓN, F., «Copia privada y compensación equitativa», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 268, 2008, pp. 34 y 35. En el ámbito jurisprudencial, Escrito de Conclusiones de la Abogada General Sra. VERICA TRSTENJAK, 11 de mayo de 2010, asunto C-467/08, apartados 70, 71 y nota 47.

²² Cfr. *Escrito de Conclusiones...*, *cit.*, 11 de mayo de 2010, asunto C-467/08, apartados 74 a 76 y 79. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Cambio de rumbo en el canon de copia privada», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2012, p. 18.

junto, última razón de ser de una adecuada compensación del daño o «perjuicio efectivamente causado» a resultas del ejercicio del límite de copia privada que lo fundamenta²³.

Bajo la guía de estos presupuestos veamos en qué situación nos encontramos para siquiera entrever cuál será la mejor solución en los próximos años ante el problema planteado.

II. LA PRIMERA OBJECIÓN FORMAL: LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

1. EL CARÁCTER PRIORITARIO DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y JURISPRUDENCIA QUE LO DESARROLLA

Esta cuestión prejudicial ha sido planteada mediante el ATS de 10 de septiembre de 2014²⁴. Hay que reconocer que con este trámite judicial parece iniciarse toda una crónica de sucesos que fue debidamente diagnosticada en su momento²⁵. Pues bien, ante las dudas interpretativas que plantea la impugnación del Real Decreto 1657/2012 por varias entidades colectivas de gestión de los derechos de autor, que ha modificado el procedimiento o modo de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, el Tribunal Supremo ha optado por formular una doble pregunta al TJUE donde se cuestiona la validez del reglamento en su conjunto, y donde toma como argumento básico de referencia en el orden legal el respeto prioritario del *principio de primacía del derecho de la Unión Europea* (ATS 10 de septiembre de 2014, FJ 4).

²³ FALCÓN TELLA, R., «El llamado “canon por derechos de autor” (Copyright Levy) o compensación equitativa por copia privada (II): antecedentes y configuración en la Ley 23/2006, de 7 de julio», *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 17, 2006, p. 1 y ss. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Noticias recientes sobre el canon de copia privada», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2010. SALAS CARCELLER, A., «Propiedad intelectual: la nueva compensación equitativa por copia privada», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2013, Tribuna [BIB 2013\488]. Escrito de Conclusiones..., *cit.*, 11 de mayo de 2010, asunto C-467/08, apartado 94, 96 a 98.

²⁴ Cfr. ATS 10 de septiembre de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Recurso núm. 34/2013, Ponente: L. Díez-PICAZO GIMÉNEZ. Advertencia: las citas de los ordinales correspondientes a sus fundamentos jurídicos se hacen respecto al texto original publicado por el CINDOC en su página web, pues algunas bases de datos no oficiales están incorrectamente transcritos.

²⁵ Informe al Anteproyecto de Ley de modificación del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, CGPJ, Pleno 23 de julio de 2013, *cit.*, p. 28, que predijo que de forma «temprana» vendrían a plantearse cuestiones prejudiciales por «falta de adecuación de nuestro ordenamiento al Derecho de la UE», viniendo a recordar que «el Reino de España afronta[ba] en estos [aquellos] momentos dos denuncias ante la Comisión Europea por el posible incumplimiento del Derecho comunitario que se derivaría de la regulación plasmada en la Disposición Adicional 10ª Real Decreto Legislativo 20/2011».

Para la solución del problema debe partirse de la referencia indiscutible al artículo 5.2.b) Directiva 2001/29/CE relativo a las *excepciones y limitaciones que sustentan el derecho de compensación equitativa*: « [...] 2. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos: [...] b) en relación con *reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa*, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6». La jurisprudencia comunitaria que lo desarrolla a partir de 2010, como ya hemos visto, es abundante. Tanto el informe previo a la Ley 21/2014 emitido por parte del Consejo General del Poder Judicial como el correspondiente dictamen del Consejo de Estado avalaron insistentemente la trascendencia e importancia de la jurisprudencia del TJUE en este punto específico.

El caso es que se alertó con más de un año de antelación, de manera razonada, del riesgo que se asumía con el nuevo mecanismo de pago de la compensación equitativa con cargo a Presupuestos Generales del Estado, aconsejando que tal procedimiento debería ajustarse a las particulares «exigencias derivadas del Derecho comunitario», y muy concretamente, se afirmaba, al contenido del «artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29 [interpretado] a la luz de la jurisprudencia del TJUE en la materia (Sentencia *Padawan*, de 21 de octubre de 2010, asunto C-467/08 y, sobre todo, Sentencia *Stichting de ThuisKopie*, de 16 de junio de 2011, asunto C-462/09) y de las Recomendaciones dadas por el Mediador de alto nivel designado por la Comisión Europea». El juicio crítico al respecto es muy tajante con la «estrecha configuración del límite de copia privada» realizada, la cual lo que en definitiva vendría a justificar es la congrua disminución de la cuantía correspondiente a una justa y equitativa compensación, situando de esta manera «el límite y la compensación en unos niveles tan exiguos» que los titulares de los derechos de compensación no se verán compensados adecuadamente del perjuicio efectivamente sufrido a consecuencia del fenómeno de la reproducción privada²⁶.

Así todo, la primera pregunta del TS cuestiona si el nuevo procedimiento de compensación equitativa por copia privada es conforme con la Directiva 2001/29/CE (art. 5.2.b), que, tomando como base de estimación para su cuantificación el *perjuicio efectivamente causado*, ahora se sufraga con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, lo que le hace dudar al TS que con esta solución no será

²⁶ Informe al Anteproyecto de Ley de modificación del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, *cit.*, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, CGPJ, Comisión de Estudios e Informes, Pleno de 23 de julio de 2013, pp. 24 y ss., 119, con reiterada cita de las sucesivas sentencias del TJUE en esta materia desde 2010; Dictamen Consejo de Estado de 28 de noviembre de 2013, Referencia 1064/2013.

«posible asegurar que el coste de dicha compensación *sea soportado por los usuarios* de copias privadas». Y para el supuesto de que esta cuestión reciba por parte del TJUE una respuesta afirmativa, la segunda pregunta del TS inquiriere sobre si es conforme a la Directiva 2001/29/CE (art. 5.2.b) la circunstancia específica de «que la *cantidad total* destinada por los Presupuestos Generales del Estado a la compensación equitativa por copia privada, aun siendo calculada con base en el perjuicio efectivamente causado, *deba fijarse dentro de los límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio*» (FJ 8, párr. 1).

Es importante recordar que este ATS de 10 de septiembre es de fecha anterior a la fecha de publicación y entrada en vigor de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre. Además es el propio TS quien advierte que «esta previsión [“límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio”] no se encuentra en la disposición adicional 10ª del Real Decreto-Ley 20/2011 [que escuetamente decía que *«la cuantía de la compensación se determinará tomando como base la estimación del perjuicio causado»* (apartado 3)], sino únicamente en el desarrollo reglamentario que de aquélla ha hecho el artículo 3.1 del Real Decreto 1657/2012» de esta forma: «La cantidad adecuada para compensar el perjuicio causado a los titulares de los derechos de reproducción por el establecimiento de la excepción de copia privada en los términos previstos en el artículo 31 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, se determinará, dentro de los límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio [...]». Pues bien, siguiendo el juicio de esta Sala Cuarta del TS esto indica que «incluso si la norma legal desarrollada fuera conforme a la Directiva 2001/29/CE, la norma reglamentaria de desarrollo podría no serlo». Debe pues hacerse notar que en la redacción finalmente aprobada del TRLPI por Ley 21/2014 tan solo se recoge que «dicha compensación, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, estará dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejarán de percibir por razón del límite legal de copia privada» (art. 25.1.II TRLPI), sin referencia alguna a ninguna limitación o restricción de cualquier naturaleza.

Pues bien, esta cuestión prejudicial que cuestiona sustantivamente el cambio de modelo o sistema de devengo de la compensación equitativa por copia privada en nuestro país trae causa del recurso contencioso-administrativo presentado conjuntamente por varias entidades de gestión colectiva ante el Tribunal Supremo²⁷. El caso es que se ha impugnado en su integridad el *reglamento del Real Decreto 1657/2012, que regula ex novo el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado*, aun cuando de una u otra forma en el mismo se incida de forma

²⁷ Cfr. Auto 10 de septiembre de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Recurso núm. 34/2013, presentado por la *Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales* (EGEDA), *Derechos de Autor de Medios Audiovisuales* (DAMA) y *Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos* (VEGAP), contra Real Decreto 1657/2012, 7 de diciembre.

general (artículo 1.1) en que la estimación se hace «tomando como base el perjuicio causado», o el «perjuicio efectivamente causado» con base en una lista abierta que describe como «criterios objetivos» (art. 3.2).

En efecto, el legislador cita en su Preámbulo, como referencia obligada del contenido del reglamento aprobado, las sentencias de 21 de octubre de 2010 (*Padawan*, asunto C-467/08) y de 16 de junio de 2011 (*Stichting de Thuiskopie*, asunto C-462/09), dando así por sentado que cumple taumatúrgicamente con lo establecido en ellas, edulcorando su contenido con referencias genéricas («*amplio margen de apreciación de los Estados miembros para determinar quién está obligado al pago de la compensación*»; «*facultad reconocida a aquéllos [Estados] para determinar, dentro de los límites impuestos por la Directiva 2001/29/CE, la forma, las modalidades de financiación y de percepción y la cuantía de dicha compensación equitativa*»), y sin ahorrarse hacer un juicio un tanto incierto en la línea de devaluar la exigencia estricta y sin matices de la legislación europea a este respecto, atreviéndose a afirmar que «*la normativa europea no regula explícitamente la forma, las modalidades de financiación y de percepción o la cuantía de dicha compensación, más allá de exigir que resulte adecuada al uso hecho de las obras o prestaciones protegidas y de indicar que un criterio útil para evaluar las circunstancias de cada caso concreto sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos, no pudiendo dar origen a una obligación de pago determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo*» (Preámbulo, párrafo 2º). Todo, en suma, para dejar abierta la puerta de limitar por vía presupuestaria y de forma fija y reiterada la cuantificación de la compensación equitativa.

Asimismo, respecto a los indebidamente descritos ahora por nuestro legislador como «*criterios objetivos*» para la estimación del perjuicio efectivamente causado a los autores por la copia privada, la redacción del artículo 3.1 Real Decreto 1657/2012 genera más dudas interpretativas que certidumbres, pues tal y como se ha señalado, ¿qué instrumentos técnicos, institucionales y objetivos existen para lograr cuantificar, real y eficazmente, el *número de copias realizadas* con finalidad para uso privado establecida por ley? [criterio del apartado a) artículo 31.1]; ¿cómo se *cuantifica el impacto de la copia* sobre la venta de ejemplares originales? [criterio del apartado b) artículo 31.1]; ¿cómo puede tenerse en cuenta, de manera objetiva, el *grado de sustitución real* de la copia por el ejemplar original? [criterio del apartado b) artículo 31.1].

En efecto, buena parte de esta lista abierta de criterios, que permite incorporar cualesquiera otros a los que quiera dar entrada el gobierno de turno, vienen a ser meras estimaciones subjetivas. Luego no es posible afirmar como ligeramente se hace que sean criterios fidedignos y contrastados que permitan aportar datos objetivos para una cuantificación adecuada y equilibrada del «*perjuicio efectivamente causado a los titulares de los derechos de propiedad intelectual*». En suma, la percepción es que estamos ante una reforma que trata formalmente de

hacer creer que la finalidad de salvaguarda del perjuicio causado con la copia privada se ha cumplido, pero más bien lo que tales criterios instauran es un mecanismo impreciso, inseguro, inviable, que hacen muy difícilmente cuantificable el daño efectivo causado a los titulares por cada acto de reproducción o copia que se realice al amparo del ejercicio del límite de copia privada²⁸.

A este respecto, no en balde, las ideas debatidas en el Parlamento Europeo van precisamente en la línea contraria a la establecida con la reforma en España, pues se impulsa precisamente una simplificación de los procedimientos de establecimiento de la compensación equitativa «con objeto de garantizar su equidad y objetividad», al mismo tiempo que se propone la búsqueda de posiciones convergentes respecto de los productos sujetos a compensación, al igual que la de «fijar criterios comunes para la modalidad de negociación de los baremos para copias privadas, con vistas a aplicar un sistema que sea transparente, equitativo y uniforme tanto para los consumidores como para los creadores»²⁹.

Esta impugnación se funda tanto en razones de derecho interno como en razones externas relativas a la aplicación del Derecho de la Unión Europea, y muy concretamente en la correcta interpretación y aplicación del basal artículo 5.2.b) Directiva 2001/29/CE, en la misma forma en que lo han venido haciendo sucesivas sentencias del TJUE, como son las recaídas sucesivamente en los asuntos C-467/08 (Sentencia 21 de octubre de 2010, *Padawan*), 462/09 (Sentencia 16 de junio de 2011, *Stichting de ThuisKopie*), C-521/11 (Sentencia 11 de julio de 2013, *Amazon*) o más recientemente, en los asuntos C-435/12 (Sentencia 10 de abril de 2014, *ACI Adam BV y otros*), acumulados C-457/11 a C-460/11 (Sentencia 27 de junio de 2013, *Verwertungsgesellschaft Wort-Vg*), C-463/12 (Sentencia 5 de marzo de 2015, *Copydan*), que compendian todo el acervo de la doctrina sentada por el TJUE desde la primera Sentencia 21 de octubre de 2010 (*Padawan*).

Es suficiente constatar la actual vigencia del denominado «límite de copia privada» en nuestra legislación vigente para confirmar que nuestro legislador mediante la reforma de la compensación no ha modificado *la naturaleza* jurídica estructural del tantas veces mal denominado «sistema compensatorio por copia privada», pues en puridad y realmente lo único que tan solo se ha venido a reformar en 2012 y 2014 ha sido la fuente u origen de la recaudación de tales cantidades, para seguir trasladándolas en manos de las distintas entidades gestoras de este derecho colectivo en tanto que meras *perceptoras* y distribuidoras

²⁸ Cfr., por todos COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «¿La Ley 21/2014 mantiene un cambio sustantivo en la configuración de la remuneración compensatoria por el límite de copia privada?», *Actualidad Civil*, núm. 4, 2015, portal *web* revistas Wolters Kluwer, quien antes de hacerse estas preguntas entiende que es «muy cuestionable la objetividad y viabilidad de los criterios y del sistema» en su conjunto.

²⁹ Cfr. *Informe sobre los cánones de copia privada*, Comisión de Asuntos Jurídicos, ponente: FRANÇOISE CASTEX, 17 de febrero de 2014, apartado 8.

de aquellas cantidades. Cambia la fuente de la detracción económica desde los fabricantes e importadores al erario público, pero la causa y la finalidad siguen siendo la misma: subvenir a la reparación efectiva del daño irrogado en razón del límite de copia privada. El hecho de que ahora se aminore el ámbito de la copia privada con la nueva redacción del artículo 31 TRLPI no permite hablar con propiedad que nuestro país haya salido del círculo de Estados miembros acogidos al régimen del límite de copia privada. España sigue formalmente en él, si bien incorporando un mecanismo que parece lesionar la razón de ser y el funcionamiento inherente a su misma identidad o naturaleza. La cuestión capital de este análisis es que tal cambio legal en España no puede afectar en modo alguno a la *estimación del perjuicio real irrogado a los autores*, lo cual está en estrecha conexión (casi podría afirmarse que está vinculado *ex radice* al sistema de copia privada) con las personas físicas particulares, que son a fin de cuentas quienes adquieren y usan de forma privada los soportes, equipos o materiales de reproducción, y que ahora, de manera un tanto insólita y sorprendente, se traspaesa de un plumazo con cargo al erario público. Es indudable la gran facilidad que ahora supone para la Administración Pública en nuestro país la adopción de tan nuevo mecanismo de recaudación y reparto, pero todo parece indicar que se hace a costa de desnaturalizar sustancialmente los fines por los que ha sido regulado en las leyes.

Sin embargo, mitigando parcialmente lo que venimos afirmando, conviene observar que el Tribunal Supremo en su Auto de 10 de septiembre de 2014 califica como «claramente infundadas» las cuestiones de legalidad ordinaria planteadas en este recurso judicial. Es más, sin querer arrostrar problemas añadidos manifiesta que *en «este momento del procedimiento»*, en espera de contestación del TJUE, no alberga «dudas sobre la constitucionalidad de la disposición 10^a del Real Decreto-Ley 20/2011» (FJ 3), en cuya disposición adicional décima se «*suprime la compensación equitativa por copia privada prevista en el artículo 25 TRLPI, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, con los límites establecidos en el artículo 31.2 de la misma Ley*», y donde se determina que el Gobierno debería establecer «reglamentariamente el procedimiento de pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales de Estado», cuya cuantía compensatoria entiende, siguiendo en este punto la doctrina jurisprudencial del TJUE, «se deberá determinar tomando como base la estimación del perjuicio causado».

En realidad, no se atisba la razón de fondo por la cual se estima que la *cuestión de inconstitucionalidad* no procede plantearla en «*este momento del procedimiento*» (cuando ya se intuía como quedaba en su día reflejado en la propia Ley 21/2004 tan solo pendiente de trámite en el Senado), pues las cuestiones básicas atinentes al *derecho fundamental de propiedad* parece que están claramente señaladas y tienen consistencia y entidad propia en nuestra legislación interna, como por otra parte también puede deducirse de otros fundamentos del mismo ATS citado. Todo esto, claro está, al margen de lo que previsiblemente

determine a este respecto el TJUE en contestación a la cuestión prejudicial, donde es fácil colegir que proporcionará argumentación complementaria (a *minore ad maius*) a lo que «en este momento del procedimiento» nos parece más que suficiente y que puede extraerse, tal y como venimos planteando, de la misma jurisprudencia reiterada TJUE desde la Sentencia de 21 de octubre de 2010 (asunto C-467/08, *Padawan*), y que tiene carácter prioritario y primacía en su aplicación en nuestro país.

Pues bien, el ATS de 10 de septiembre de 2014, al menos por el momento, soslayando el asunto deja abierta la puerta a la legalidad constitucional de la disposición adicional 10ª del *Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público*, cuyo único y principal efecto ha sido suprimir el anterior mecanismo de pago de la compensación equitativa tal y como hasta ese momento estaba «prevista» en la redacción del artículo 25 TRLPI, además con efectos retroactivos de fecha de 1 de enero de 2012. El Auto del TS lo que exclusivamente pone en tela de juicio, al menos por el momento, es la legalidad de la disposición reglamentaria aprobada por el Ministerio de Educación y Cultura por Real Decreto 1657/2012, la cual fue aprobada tras la *deslegalización retroactiva* operada por el Gobierno respecto al procedimiento de pago de la compensación equitativa tal y como estaba regulado en la redacción del anterior TRLPI.

La cobertura legal a esta disposición reglamentaria no ha llegado hasta dos años después, tras la reciente aprobación de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que definitivamente consolida con la nueva redacción del artículo 25 TRLPI la traslación de la fuente financiadora de la compensación equitativa, sin que por ello pensemos que esto pueda afectar a la legitimación directa que asiste a las entidades de gestión en su legitimación esencial conforme al artículo 150 TRLPI. Aunque esto lo afirmamos desde el punto de vista jurídico estricto, de facto, no parece que pueda alcanzar su reflejo en la realidad, pues nos preguntamos ¿acaso tras el cambio no se pondrá todavía más en entredicho la legitimación que asiste a las entidades gestoras que litiguen en defensa del derecho de compensación de sus asociados? ¿Acaso no viene ya todo predeterminado mediante decisión tomada mediante una orden ministerial que viene a su vez cerrada y resuelta con los límites fijos de cada ejercicio presupuestario respecto a la cuantía de la compensación? (arts. 3.1 y 4.3 Real Decreto 1657/2012).

Téngase en cuenta además que la reforma legal en nuestro país sobre la compensación equitativa aún no había sido aprobada en el momento de redactarse el ATS de 10 de septiembre de 2014. Por ello, la cuestión adquiere ahora nueva dimensión, por cuanto que pocos días después de dictarse el ATS de 10 de septiembre de 2014 fue definitivamente aprobada por la Ley 21/2014, lo que ha venido a dar carácter legal ordinario a lo que hasta ese momento estaba tan solo reglamentariamente regulado mediante Real Decreto 1657/2012, si bien se quebranta la legalidad ordinaria en diversos puntos como venimos analizando.

En efecto, después de plantearse la cuestión prejudicial mediante ATS de 10 de septiembre de 2014, la nueva redacción del artículo 25.1.II TRLPI prescribe de manera concorde con el Real Decreto 1657/2012 que: «*dicha compensación, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, estará dirigida a compensar los derechos de la propiedad intelectual que se dejaran de percibir por razón del límite legal de copia privada*», siendo nuevamente reguladas las restricciones al *límite de copia privada* establecidas en el artículo 31.2 TRLPI, dándoles una nueva redacción que no afecta esencialmente a las consecuencias interpretativas que subyacen en nuestro trabajo, a no ser la mera constatación de que España con la reforma legal 2012/2014 no ha salido del sistema legal de los países sometidos a la normativa y jurisprudencia de los países europeos que han optado casi por unanimidad por acogerse al *límite de copia privada* con todas las consecuencias. Con la reforma ahora cerrada por Ley 21/2014 no se ha adoptado por nuestro legislador un sistema particular ni excepcional al respecto ni mucho menos, y esto a pesar de las dudas que parece albergar la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, que parecen ser puramente semánticas pues en una buena parte de su fundamentación afirman lo ahora expuesto y que incluso se apunta en la propia Exposición de Motivos de la Ley 21/2014.

A este respecto, la circunstancia de haberse restringido el ámbito de aplicación del régimen de excepción de copia privada con la reforma por Ley 21/2014, no puede por sí sola justificar la nueva cuantificación que desde el 1 de enero 2102 se asigna a la compensación equitativa, tan llamativamente aminorada y *desequilibrada* respecto a la situación anterior, y particularmente a la cantidad que destinan de media el resto de países miembros de la UE³⁰. El hecho de que en el nuevo texto del artículo 31 TRLPI la excepción de copia privada haya quedado reducida a la realización de copias para el uso privado no profesional ni empresarial de las personas físicas, excluyendo tanto los soportes obtenidos mediante alquiler o préstamo, los soportes o bases de datos electrónicas obtenidas legalmente a través de internet, las copias realizadas con equipos, aparatos y soportes adquiridos por personas jurídicas que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén reservados a usos distintos del de copia privada, como las copias privadas realizadas al amparo de una licencia de reproducción o el acceso a través de un acto legítimo de comunicación pública, *no puede suponer en modo alguno la ruptura del justo equilibrio que*

³⁰ Desde el ejercicio de 2012 la compensación equitativa en España con cargo a los PGE es de 5 millones de euros, con carácter fijo por mor del carácter *limitativo* de los mismos presupuestos, mientras que la cantidad global por este concepto en toda la UE es de 600 millones de euros. Pues bien el desequilibrio parece evidente por cuanto que el peso de España en el PIB global de la UE supone el 7%, mientras que el peso de España en la *ratio* compensación equitativa per cápita/año es de tan solo el 0,8%, siendo tan solo superior a la que tienen Polonia (0,04 %) y Grecia (0,02 %). En el caso de Noruega, único país que satisface la compensación con cargo a los PGE y que no forma parte de la UE, le corresponde un 1,06 %. Tan solo Reino Unido, Irlanda, Malta y Chipre están fuera del sistema compensatorio en el ámbito de la UE (Fuente: *International Survey on Private Copying, Law and Practice 2013, de Thuiskopie-WIPO*).

*debe existir entre los intereses de los titulares del derecho de compensación de copia privada y los usuarios beneficiados por ésta*³¹.

De manera exclusiva el legislador español, como no podía ser de otra forma en función de la primacía del derecho comunitario [considerando 35 *in fine*, art. 5.3, o) Directiva 2001/29/CE], sigue admitiendo la posibilidad de suprimir la obligación de pago de la compensación equitativa en aquellos supuestos en los que ciertamente el perjuicio causado a los titulares de los derechos sea *mínimo* (artículo 25.5 TRLPI). Por otra parte, tal y como argumentamos anteriormente, los trabajos preparatorios de revisión de la Directiva 2001/29/CE en el seno de la UE no cejan de recordar insistentemente «que la legislación en materia de derechos de autor debe buscar el equilibrio entre los intereses de los creadores y los de los consumidores»³².

Con todo, estando así las cosas, la relevancia que ahora adquiere el ATS de 10 de septiembre de 2014 radica precisamente en la importante consideración que adquiere la incidencia del *principio de primacía del derecho de la Unión Europea en materia de compensación equitativa*, con todas las consecuencias que de ello derivan. Parece quedar claro el carácter prioritario no solo del *principio que establece la primacía del derecho de la Unión Europea* sino también de la propia jurisprudencia que lo desarrolla. Y es que pudiera resultar, según criterio de partida de la propia Sala del TS, que el nuevo mecanismo de compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado del Real Decreto 1657/2012, consolidado legalmente con la nueva redacción del artículo 25.1.II TRLPI, fuera absolutamente inaplicable en nuestro país, pues, a juicio del propio TS, la mera «*constatación de que una disposición reglamentaria española es contraria al derecho de la Unión Europea es fundamento suficiente —con arreglo al ordenamiento español— para declarar la nulidad de aquella con efectos erga omnes*» (FJ 4). Así se desprende de la propia doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, que viene a confirmar otras anteriores sentencias en este mismo sentido, tal como ocurre con las SSTS 15 de marzo de 1999 y 26 de enero de 2000, desechando de plano el argumento de que tan sólo podría plantearse la cuestión atinente a la primacía o no del Derecho europeo en aquellos supuestos específicos en los que «*se impugne algún concreto acto de aplicación de la aquella [Directiva 2001/29/CE], es decir, algún acto de determinación o distribución de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado*» (FJ 4 *in fine*). Esta es la decisión que, en su caso, previene el TS que tomará una vez que haya emitido la correspondiente resolución de contestación el TJUE a la cuestión prejudicial planteada.

³¹ Cfr. por todos BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La nueva Ley de Propiedad Intelectual», *Actualidad Civil*, núm. 4, 2015.

³² Cfr. *Informe sobre los cánones de copia privada*, Comisión de Asuntos Jurídicos, ponente: FRANÇOISE CASTEX, 17 de febrero de 2014, apartado 2.

2. LAS DUDAS DE FONDO DEL TRIBUNAL SUPREMO EN ESPAÑA

Pues bien, a propósito de las dudas que el propio TS se plantea interesa destacar que en ningún caso el TS, en su Auto de 10 de septiembre de 2104, pone en entredicho el sistema de copia privada vigente desde hace años en nuestro país, concretamente desde 1987, aclarando acertada y oportunamente que con la reforma legal realizada por Real Decreto 1657/2012 «la novedad no radica en el *régimen de la copia para uso privado*, sino en el *modo de compensar a los titulares de derechos de autor afectados*» (ATS 10 de septiembre de 2014, FJ 5), y para cuyo buen enjuiciamiento será preciso tener en cuenta todas y cada una de las aportaciones de la doctrina jurisprudencial establecida por el TJUE respecto a la aplicación e interpretación del polémico artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE, siguiendo particularmente los tres criterios esenciales del TJUE más arriba resumidos.

Con la entrada en vigor de la disposición adicional 10ª del Real Decreto-Ley 20/2011, el 1 de enero de 2012, la compensación ya no corre a cargo de los fabricantes e importadores de equipos o aparatos de reproducción, sino que es satisfecha por el Estado mediante la correspondiente partida presupuestaria. Ello trae consigo una consecuencia importante a tener en cuenta: «mientras que en el anterior sistema eran los usuarios de copia privada quienes finalmente soportaban el coste de la compensación equitativa, que quedaba repercutida en el precio, en el actual sistema ya no es así». Ahora resulta que obligatoriamente «son todos los contribuyentes quienes en definitiva sufragan la compensación equitativa». Parece así romperse la idea, conforme a las SSTJUE, de la indispensable vinculación y conexión funcional que debe existir entre el devengo de la compensación equitativa por sus titulares y el uso potencial de los soportes, aparatos o equipos de reproducción adquiridos por todas las personas físicas consideradas individualmente y no de un modo abstracto.

En algún extremo, sin embargo, las dudas hermenéuticas de la Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo del TS acerca de la interpretación que debe darse al artículo 5.2.b) Directiva 2001/29/CE son un tanto imprecisas y ambiguas, pues si bien a primera lectura parecen distanciarse de los planteamientos de la contraparte que pide sin más la anulación del reglamento de compensación, luego, sin embargo, por vía de retorno, en segunda lectura, la misma Sala Cuarta del TS parece ser bastante complaciente con la otra parte, o si acaso compartir, o al menos dudar seriamente de sus iniciales planteamientos de fondo. Veámoslo.

2.1. *La separación entre un sistema de compensación equitativa sujeto al límite de copia privada y el mecanismo de pago*

¿Cuáles son las dudas del TS sobre el nuevo «sistema» de canon compensatorio por copia privada? El TS parte de la idea de que «*el verdadero punto litigioso*» para resolver el problema sobre la nulidad o no del Real Decreto 1657/2012

estriba en determinar si la exigencia de que «la compensación equitativa recaiga en definitiva sobre el usuario de la copia privada rige cualquiera que sea el sistema adoptado o *únicamente* en el sistema de canon». Se observa que el TS, en realidad, no tiene claro si la nueva regulación de la compensación equitativa se sale o no del ámbito regulador de la *normativa europea que obliga imperativamente a aquellos Estados miembros que hubieren optado por el sistema compensatorio del límite de copia privada*. ¿Puede afirmarse que por el solo hecho de trasladar el pago de la compensación equitativa con cargo al erario público el legislador español se escapa de la órbita reguladora de la compensación equitativa vigente con la normativa europea?

A nuestro juicio, la solución viene marcada inexorablemente por la doctrina de las sucesivas sentencias del TJUE al respecto, en donde cabe destacar señaladamente las argumentaciones que se hicieron en los Escritos de Conclusiones que antecedieron a los respectivos fallos, particularmente incisivas en el caso de la Abogado General de la paradigmática Sentencia de 20 de junio de 2010³³. Los argumentos centrales que explicitan en buena medida las tres premisas del TJUE que hemos señalado al final del apartado I del estudio nos parecen bastante convincentes acerca de cuál pueda ser la solución y las consecuencias derivadas, todo partiendo del propio concepto, contenido y el modo de cuantificar la compensación equitativa por copia privada según ha venido estableciendo matizadamente la jurisprudencia comunitaria desde el año 2010.

Ahora bien, la inseguridad y buena parte de las dudas de fondo del TS en su Auto de 10 de septiembre de 2014 versan al parecer sobre si las reiteradas afirmaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son válidas exclusivamente «*para un sistema de canon*» y no para el resto de supuestos o sistemas variables. Y es que, a su juicio, tras el examen de la jurisprudencia comunitaria sobre la materia entienden que «*el principal motivo*» del problema está en función del *orden lógico del razonamiento* esgrimido en las distintas sentencias del TJUE al respecto, que hipotéticamente pudiera hacer inaplicable e inútil toda la doctrina jurisprudencial del TJUE aquí expuesta. Pues bien, a juicio del TS lo que a este respecto parece determinante es que la argumentación de las sentencias del TJUE únicamente «mencionan la posibilidad de que la compensación equitativa se lleve a cabo mediante un sistema de canon *tan sólo después de haber afirmado que es el usuario de la copia privada quien causa el perjuicio al titular del derecho de autor afectado* y que, por ello, es aquél quien debe compensar a éste».

A nuestro juicio el parecer de la Sala Cuarta del TS parece estar un tanto ofuscado en este punto por una eventual inversión lógica del planteamiento central de la exposición realizada por el TJUE sobre la compensación equita-

³³ Escrito de Conclusiones de la Abogado General Sra. VERICA TRSTENJAK, 11 de mayo de 2010, asunto C-467/08, *passim*.

tiva por copia privada, que, a nuestro juicio, no es esencial ni mucho menos, pues nuestro sistema legal de compensación sigue guiándose sin duda bajo los mismos parámetros básicos que vienen definiendo el sistema compensatorio que va anudado a la premisa del límite de copia privada. Debe aclararse que nuestro legislador con su reforma ahora tan solo ha modificado exclusivamente el mecanismo de pago, pero sin afectar con ello a la inspiración indemnizatoria básica que lo sustenta, esto es, la justa satisfacción de los perjuicios irrogados a los autores titulares en sus derechos individuales de propiedad intelectual. Esta interpelación por parte del TS a la lógica del razonamiento jurisprudencial del TJUE parece un tanto difusa.

Es decir, a nuestro entender lo único que el legislador estatal modificó, mediante el Real Decreto 1657/2012 que *ex ante* deslegalizó la regulación existente, fue el mecanismo o procedimiento de recaudación y financiación de la compensación equitativa. Sin embargo, para la Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo del TS todo esto supone un panorama jurídico confuso que les lleva a incurrir en una petición de principio lógico con este razonamiento: «*sólo después de haber afirmado [y sentado como premisa] que es el usuario de la copia privada quien causa el perjuicio al titular del derecho de autor afectado y que por ello, es aquél quien debe compensar a éste, [...] y de haber comprobado las dificultades prácticas que podría presentar un sistema de exigencia directa a los usuarios del pago de la compensación equitativa, es cuando esas sentencias hablan de la admisibilidad de un sistema de canon, ya que en el mismo el importe del canon —y, por ende, el coste de la compensación equitativa— es en definitiva repercutido a los usuarios*» (FJ 7). Pues bien, a nuestro entender este razonamiento es infundado y no sirve para invalidar la consistencia y aplicabilidad de la reiterada doctrina sentada por el TJUE en España, con independencia de que del mismo modo que lo plantea el TS podría invertirse su orden lógico.

La dialéctica jurídica esgrimida por el TS parece apoyarse o sustentarse en una proposición lógica de carácter disyuntivo que nos parece realmente inexistente, pues los argumentos dados por el TJUE son plenamente válidos para todo aquel ordenamiento que recoja de la forma que estime conveniente el límite de copia privada. Es evidente que el legislador estatal ha redefinido con su reforma por Ley 21/2004 el contenido del límite de copia privada en nuestro país, tratando así de justificar la muy relevante disminución en la cuantía de la correspondiente compensación equitativa, pero sin que esto nos haga dudar de que nuestra normativa continúa ahora inserta dentro del sistema de compensación. Desde el primer momento el legislador estatal se comprometió a cumplir con el sistema de compensación equitativa de copia privada, afirmando que la nueva «*financiación de esta compensación a cargo de los Presupuestos Generales del Estado va a llevarse a cabo con pleno respeto del principio del justo equilibrio entre la cuantía de aquélla y el perjuicio causado por las copias privadas realizadas al amparo del límite, de obras protegidas, vinculación que se plasma legalmente en los criterios a tener en cuenta en el procedimiento de cuantificación*

y liquidación de la obligación compensatoria para consignar anualmente dicha cuantía que después se referirá»³⁴.

Por otra parte, el ATS 10 de septiembre de 2014, aun cuando en algún momento como decimos parece distanciarse del planteamiento de la Abogacía del Estado a este respecto, sin embargo poco después parece justificarlo por cuanto que, un tanto sorprendentemente, acoge como propio el especioso argumento de la Abogacía del Estado que viene a sostener que «la Directiva 2001/29/CE no establece un determinado sistema para dar cumplimiento al deber de que los titulares de derechos de autor afectados por la excepción de copia privada —por supuesto, en aquellos Estados miembros que libremente decidan acoger esa excepción— reciban una compensación equitativa, *sino que deja un amplio margen de apreciación a los Estados miembros para alcanzar ese objetivo*» (FJ 6). Pero siendo esto incontestable, sin embargo, tal vez por su indefinición, no nos parece congruente con la conclusión que el mismo TS extrae a continuación, cuando un tanto infundadamente sostiene que el *núcleo argumentativo central de la jurisprudencia del TJUE en la materia* (sentencias *Padawan*, *Stichting de Thuiskopie* y *Amazon*), que es mucho decir, es un razonamiento realizado exclusivamente «*bajo el presupuesto de que la compensación equitativa se produce mediante el sistema de canon*», a lo que añade que «*la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea nada ha dicho, [según sostienen Abogacía del Estado y AMETIC], sobre quién ha de soportar dicho coste si el sistema es otro*»³⁵.

La exposición argumentativa del TS a este respecto es un tanto circular y asentada en un dilema inexistente por fundarse en una disyuntiva irreal o cuando menos falseada en su raíz, pues nuestro sistema compensatorio no está fuera de la órbita de las obligaciones legales de la Directiva 2001/29/CE respecto a lo esencial que son las limitaciones o excepciones de copia privada, aun cuando se haya traspasado la fuente de financiación al Estado. Esta es su argumentación, en la que parece darse por sentado que el mero traspaso de la satisfacción del mal denominado «canon» al erario público permite poner en entredicho la validez de las premisas sobre las que se sustenta toda la jurisprudencia del TJUE en esta materia: «Siempre en este orden de ideas, entienden el Abogado del Estado y la codemandada que el llamado “sistema de canon” —es decir, que el Estado imponga el pago de un canon a quienes ponen equipos o aparatos de reproducción a disposición de personas privadas— *es sólo uno de los posibles sistemas* para dar cumplimiento a la compensación equitativa; pero *no es el único concebible*, entre otras razones porque la Directiva 2001/29/CE nada dice a

³⁴ Anteproyecto de Ley de modificación del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Exposición de Motivos, 22 de marzo de 2013, apartado IV, párrafo 5º, y que sustancialmente recoge también la propia Ley 21/2014, 4 de noviembre, en el mismo apartado III.

³⁵ *Asociación Multisectorial de Empresas de la Electrónica, las Tecnologías de la Información y la Comunicación, de las Comunicaciones y de los Contenidos Digitales* (AMETIC), que actúa como parte codemandada en este pleito junto a la Abogacía del Estado.

este respecto. Y es en este punto donde se halla el núcleo de su argumentación: cuando la sentencia *Padawan*, al igual que más tarde las sentencias *Stichting de Thuiskopie* y *Amazon*, afirma que “quien causa el perjuicio al titular exclusivo del derecho de reproducción es la persona que realiza, para su uso privado, una reproducción de una obra protegida sin solicitar la autorización previa del titular” y que por ello “incumbe en principio a dicha persona reparar el perjuicio derivado de tal reproducción, financiando la compensación que se abonará al titular”, *está razonando bajo el presupuesto de que la compensación equitativa se produce mediante el sistema de canon*» (ATS de 10 de septiembre 2014, FJ 5).

Valga apuntar, con respecto a la cuestión semántica a propósito de *la idea del «canon» compensatorio* entendido como un gravamen afecto a determinados aparatos y soportes sujetos al límite de copia privada, *que siempre es preferible utilizar el término de «compensación equitativa» o remuneratoria en cuanto tal, por cuanto que la idea del «canon» pudiera dar origen a equívocos. Nos referimos sobre todo a evitar la fácil confusión que pudiera darse acerca de la naturaleza y alcance de la obligación legal de remuneración equitativa por límite copia privada, que, en sus justos términos, no puede equipararse con la idea de un «canon», en tanto que la compensación equitativa, aun cuando haya pasado a depender ahora del erario público en nuestro país, no es consecuencia ni efecto de una norma fiscal. En puridad carece de naturaleza y finalidad financiera. No puede cambiarse la naturaleza de esta remuneración dispuesta por ley con finalidad compensatoria sobre la base de indeterminados intereses privados de los potenciales usuarios de tales equipos o soportes y los titulares beneficiarios*³⁶.

Pues bien, es en este contexto donde, siempre a juicio del Abogado del Estado y de la codemandada, ha de entenderse que el coste de la compensación equitativa debe pesar sobre el usuario de la copia privada. *Pero la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea nada ha dicho, según ellos, sobre quién ha de soportar dicho coste si el sistema es otro distinto al del «canon». Pero, ¿acaso el mismo legislador estatal en su reforma ha insinuado que España se salía del sistema del «canon» o de la compensación equitativa que tal sistema comporta de suyo?* A nuestro juicio se está forzando la argumentación un tanto falazmente, con independencia de que no sea preciso haberse pronunciado sobre algo que ni tan siquiera ha sido considerado como hipótesis de trabajo.

En suma, no creemos que la base argumentativa esgrimida por el ATS de 10 de septiembre pueda argüirse eficazmente frente a lo definitivamente ahora regulado por Ley 21/2014, pues dentro de la nueva redacción del TRLPI se reconoce abiertamente, sin subterfugios, que la modificación legal del pago de la compensación equitativa en España no trae causa de ningún cambio en la estructura jurídica del *sistema compensatorio* en cuanto tal, esto es, no se

³⁶ Cfr. por todos COUTO GÁLVEZ, R. M^a, «¿La Ley 21/2014 mantiene un cambio sustantivo en la configuración de la remuneración compensatoria por el límite de copia privada?», *cit.*, pp. 51 y ss.

ha tocado nuestro sistema compensatorio ligado *per se* a la implantación del límite o excepción de copia privada, que continúa exactamente igual que antes aun cuando se haya restringido su ámbito de aplicación. Es más, el propio legislador afirma, entre otras cosas, que el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, base de la reforma ultimada por Ley 21/2014, lo único que ha hecho ha sido «*modificar el mecanismo de financiación de esa compensación, que deja de depender de la recaudación que las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual obtienen de los intermediarios en el mercado de equipos, aparatos y soportes de reproducción, para pasar a financiarse con cargo a los Presupuestos Generales del Estado*»³⁷.

2.2. Un procedimiento formal de financiación y recaudación que no desvirtúa la estructura del sistema compensatorio adoptado

Aunque parezca muy simple lo que afirmamos parece indispensable subrayar que lo único que el legislador estatal ha modificado dentro del sistema de compensación equitativa en España ha sido el *mero mecanismo o procedimiento formal de financiación y recaudación* de las cuantías a percibir por razón de la compensación equitativa, sin afectar en absoluto a su origen ni a su finalidad, que no es otra que la congrua satisfacción del perjuicio cierto y previsible que se ocasiona a los autores titulares beneficiarios de los derechos de reproducción («*daño posible*»). Y ello en razón de la existencia del *límite legal de copia privada*, el cual, si bien ahora redefinido y modificado, continúa como antes de la reforma esencialmente limitado en su artículo 31 TRLPI. El hecho de que en el nuevo texto la excepción de copia privada haya quedado reducida *no supone en modo alguno afirmar que es posible modular o atemperar la idea del justo equilibrio que debe seguir existiendo entre los intereses de los titulares del derecho de compensación de copia privada y los usuarios beneficiados de la reproducción*. En suma, el pretencioso cambio legal experimentado en nuestra legislación, tras el confuso sintagma «*nuevo sistema del canon*», realmente no existe en cuanto tal, al menos en este momento, pues basta efectivamente observar cómo la normativa vigente del TRLPI mantiene todas y cada una de las «*circunstancias constitutivas del límite legal de copia privada*» al amparo del artículo 31 TRLPI, límite legal inherente a la propia existencia y razón de ser de la compensación equitativa que busca reponer el perjuicio efectivo causado a los autores, tal y como expresamente reconoce el mismo legislador en la Exposición de Motivos de su reforma por Ley 21/2014.

³⁷ Así de claro se recoge literalmente en la propia Exposición de Motivos en su apartado III, y, por si hubiera lugar a dudas, nos lo confirma de nuevo una vez más al recordarnos categóricamente que el Real Decreto-Ley 20/2011 «*no suprime ese límite [de copia privada implantado en España por el artículo 25 Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual] a los derechos de propiedad intelectual*», que es la última razón de ser de la implantación de la compensación equitativa por copia privada en los ordenamientos jurídicos de todos los países miembro de la UE.

Vemos en efecto que el nuevo TRLPI consigna con claridad que «el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, *permite* a los Estados miembros de la Unión Europea establecer, *como límite al derecho de reproducción* (por el que sólo el titular del derecho de autor o derecho afín puede autorizar o prohibir la reproducción de la obra), el caso de las copias en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado». No obstante, advierte con claridad a continuación que *«la Directiva obliga, a los Estados miembros que implanten este límite, a establecer una vía para que los titulares de esos derechos de reproducción reciban a cambio una compensación equitativa»*. Luego justifica cómo España optó en su día por implementar tal límite de copia privada a partir de la Ley 22/1987, 11 noviembre, de Propiedad Intelectual, y cómo el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, que *«no suprime ese límite»*, se limita exclusivamente a *«modificar el mecanismo de financiación de esta compensación, que deja de depender de la recaudación que las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual obtienen de los intermediarios en el mercado de equipos, aparatos y soportes de reproducción, para pasar a financiarse directamente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado»*³⁸. La claridad parece meridiana a este propósito.

En suma, para no equivocarnos ni confundir a nadie, siendo fieles al uso de los términos utilizados por el propio legislador actual, lo único que puede deducirse de la literalidad del nuevo texto normativo, cuando afirma haber *«suprimido el sistema de compensación»*, es que, efectivamente, a partir del 1 de enero de 2012 el legislador optó por la *«supresión» de la compensación equitativa pero tan solo en cuanto a su modo de recaudación, esto es, solamente en la forma como estaba «prevista su recaudación dentro del artículo 25 TRLPI, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, con los límites establecidos en el artículo 31.2 de la misma ley»*. A partir de esa fecha, 1 de enero de 2012, tras deslegalizarse por vía de urgencia el procedimiento de pago previsto en el artículo 25 TRLPI, lo único que quedaba pendiente era restituir la cobertura legal al *«procedimiento de pago con cargo a los Presupuestos Generales del Estado»*, lo que se realiza finalmente por Ley 21/2014 en su artículo 25,1, apartados 2º y 3º. Queda pendiente por dilucidar que esta normativa, meramente reglamentaria antes y ahora consolidada por ley ordinaria, se adecúa a la normativa y jurisprudencia reiterada dictada por el TJUE para todos los Estados miembros acogidos a la compensación equitativa por copia privada, pues continúa obviamente en entredicho si la reforma realizada cumple con el principio básico de que *«la cuantía de la compensación se determinará tomando como base la estimación del perjuicio causado»*, tal y como establecía desde el inicio la disposición adicional 10ª Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas

³⁸ Cfr. Ley 21/2014, 4 de noviembre, Exposición de Motivos, apartado III, párrs. 1º, 3º y 4º.

*urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, tratando de acomodarse a la regulación europea*³⁹.

Así todo se observa paradójicamente que es el mismo legislador quien afirma, en su preámbulo del Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, al regular el nuevo *procedimiento de pago de la compensación equitativa*, que debe seguir la guía inexcusable de la propia Directiva 2001/29/CE así como de la reciente jurisprudencia del TJUE al respecto, aplicable sin duda alguna a todos los Estados miembros que como el nuestro han optado por el sistema de compensación equitativa. Sin embargo, dicho esto que parece lógico y casi hasta evidente, a continuación, trata de hacernos comulgar con cierto relativismo en la aplicación de la normativa europea en esta materia (Directiva 2001/29/CE y jurisprudencia que la aplica), pues, como pretexto argumentativo que no se ajusta a la finalidad perseguida con la compensación, se afirma que tal normativa europea no regula «*explícitamente* la forma, las modalidades de financiación y de percepción o la cuantía» de la compensación equitativa. Y para acabar de rematar, diluyendo así la *primacía* capital de la aplicación de derecho comunitario en esta materia, el propio legislador estatal se permite sugerir que, por encima de cualquier otra cuestión, lo ciertamente relevante de tal normativa europea en esta materia es el «*amplio margen de apreciación de los Estados miembros*», con base en la jurisprudencia del TJUE, lo que a su entender faculta a cada Estado miembro para «determinar *quién está obligado* al pago de la compensación equitativa por copia privada» (Exposición Motivos Real Decreto 1657/2012, párr. 2º), lo cual no es tajante ni rigurosamente cierto. En consecuencia, presentamos objeciones a tales afirmaciones de calado a continuación.

Partiendo del reconocimiento acertado por parte del legislador interno de la aplicación de la normativa europea y su jurisprudencia, el hecho de que no exista una regulación comunitaria específica del *mecanismo de financiación de la compensación* equitativa, y de que se reconozca un amplio elenco de posibilidades a los Estados miembros para hacerlo del modo que cada uno estime más adecuado, ello no permite bajo ningún punto de vista justificar que el legislador estatal pueda desvirtuar y conformar toda la doctrina jurisprudencial comunitaria del TJUE respecto a la naturaleza, contenido y alcance de la reparación del perjuicio causado que subyace en la raíz de este derecho compensatorio de naturaleza estrictamente privada. Tampoco parece admisible que el legislador olvide que este derecho compensatorio tiene sustento jurídico en el uso privado que de cada soporte o equipo hagan o puedan hacer las personas físicas que usen tales soportes o equipos sin fines comerciales, y en el que siempre, lo

³⁹ En este mismo sentido lo recoge el *Reglamento desarrollado por Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre*, Exposición de Motivos, párrafo 3º: «La disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, sin derogar ese límite a los derechos de propiedad intelectual, *sí ha suprimido el sistema de compensación que se preveía en el artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*».

estime conveniente o no cada legislador estatal, *«deberá tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto»* como recuerda la normativa europea y luego recoge su jurisprudencia, por ejemplo, en el considerando 35 Directiva 2001/29/CE y los comentarios a ella⁴⁰.

2.3. *La argumentación apoyada en las consecuencias del nuevo mecanismo de financiación y recaudación de la compensación desde el año 2012*

Habiendo expresado el ATS de 10 de septiembre de 2014 dudas más que fundadas al respecto, sin embargo se observa que en alguno de sus razonamientos se acaba aproximando elípticamente al planteamiento de fondo de la parte contraria, esto es, de la Abogacía del Estado y de la codemandada *Asociación Multisectorial de Empresas del sector (AMETIC)*, patronal española de la electrónica, tecnologías de la información, telecomunicaciones y contenidos digitales, que agrupa a cerca de tres mil empresas y sus asociados. En efecto, tras afirmar el TS haber hecho una *«lectura atenta»* de las tres principales sentencias del TJUE al respecto, a continuación concluye, un tanto sorprendentemente, que *«no cabe olvidar que ninguna de las mencionadas sentencias versaba sobre sistemas de compensación equitativa por copia privada que no fueron de canon y, por tanto, es verdad que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se ha pronunciado sobre la posibilidad de que sea el Estado quien se haga cargo por vía presupuestaria de la compensación equitativa. Y tampoco cabe olvidar que la Directiva 2001/29/CE —lejos de imponer el sistema de canon, que ni siquiera menciona— no predetermina cuál deba ser el sistema para determinar y satisfacer la compensación equitativa»*.

Con tal comentario no cabe duda que parece querer justificarse, al menos parcialmente, el argumento básico esgrimido por la Abogacía del Estado en el recurso contra el Real Decreto 1657/2012. Pero más claro puede verse con la apostilla final del ATS de 10 de septiembre de 2014 al expresar su duda de fondo: *«es claro que la compensación debe ser equitativa y, en consecuencia, debe reflejar el perjuicio sufrido; y es claro, asimismo, que debe guardarse un justo equilibrio entre los intereses de los titulares de los derechos de autor y de los usuarios. Pero no es claro que cargar el coste de la compensación equitativa a los Presupuestos Generales del Estado impida alcanzar esos objetivos, pues el*

⁴⁰ Cfr. *Escrito de Conclusiones...*, cit., 11 de mayo de 2010, asunto C-467/08, apartados 98 a 101, a propósito de la necesaria conexión entre la copia privada y la compensación, donde se afirma que *«del sentido y finalidad de lo dispuesto en el artículo 5, apartado 2, letra b), se desprende indirectamente que la copia en cuestión debe estar destinada en todo caso “para el uso privado de una persona determinada”*». Se entiende que *«ello excluiría, por ejemplo, la realización de una copia privada para su uso por una persona jurídica, dado que ello implicaría el uso de la copia por una pluralidad de personas»*. No invalida esta conclusión el hecho de que se reconozca, efectivamente, que una persona jurídica, de facto, también puede beneficiarse de la normativa sobre la copia privada, siempre y cuando la copia se utilice exclusivamente para el uso privado de la persona jurídica. Por todos, en este sentido, PLAZA PENADÉS, J., *«Propiedad intelectual y sociedad de la información»*, *Contratación y nuevas tecnologías*, Madrid, 2005, p. 152.

interés económico de los titulares de derechos de autor puede quedar satisfecho por esta vía, por no mencionar que los usuarios resultan obviamente beneficiados» (ATS 10 de septiembre de 2014, FJ 7).

Así todo, la miscelánea de ideas y argumentos del ATS de 10 de septiembre de 2014, parten de un planteamiento a nuestro entender un tanto incompleto y troncado en su raíz, por cuanto que nunca llega a afirmarse con claridad que con el cambio legislativo operado por Real Decreto 1657/2012 (legalizado dos años después por Ley 21/2014), no se optó nunca realmente por un cambio en la estructura jurídica básica del «*sistema legal*» de compensación equitativa por copia privada, sino tan solo por modificar el mecanismo o la mera forma de financiación de la compensación equitativa, algo ciertamente adyacente o secundario. Por eso pensamos que el presupuesto argumentativo más claro para enderezar esta cuestión posiblemente hubiera sido haberlo afrontado de una manera directa desde su fundamento jurídico último, que tal vez sea lo que posiblemente haga en su día el TJUE en la contestación a la cuestión prejudicial. Es decir, para el fin aclaratorio que supone la cuestión prejudicial sobre el fondo del asunto pensamos que hubiera sido más contundente y comprensible que las preguntas formuladas por el TS al TJUE se hubieran formulado de manera directa y pensando en las consecuencias reales de su aplicación.

En particular pensamos que debería haberse preguntado más incisivamente, por lo que sería importante haber tenido en cuenta la realidad incontestable experimentada con el nuevo funcionamiento del mecanismo de recaudación de la compensación en los cuatro últimos años con cargo a cada partida presupuestaria específica de los Presupuestos Generales del Estado (ejercicios 2012, 2013, 2014 y 2015), partida de una cuantía fija, curiosamente siempre idéntica e inamovible por ley. La cantidad presupuestada desde el ejercicio del año 2012 hasta hoy ha sido delatoramente siempre la misma (5.000.000 euros), consignada anualmente en la partida correspondiente de cada Ley presupuestaria anual⁴¹. De esta forma la pregunta que posiblemente arrojaría más luz hubiera podido ser directamente esta: ¿el nuevo sistema de financiación de la compensación equitativa impuesto en España por Real Decreto 1657/2012 desde el ejercicio de 2012 satisface *equitativa y equilibradamente* los intereses de todos y cada uno de sus legítimos titulares?, y si la anterior cuestión recibiese una

⁴¹ Cfr. Órdenes ministeriales ECD/2128/2013, de 14 de noviembre (BOE 16.11.2013) y ECD/2166/2014, de 14 de noviembre (BOE 20.11.2014), ECD/2226/2015, de 19 de octubre (BOE 26.10.2015) por las que se determina la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente a los sucesivos ejercicios hasta la actualidad con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y su distribución entre las tres modalidades de reproducción referidas legalmente. Puede confrontarse asimismo su amparo en las correspondientes Ley 2/2012, 29 de junio, Presupuestos Generales del Estado para el año 2012; programa 18.13.331M.484; Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, programa 18.13.331M.484; Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, programa 18.13.331M. 484; Ley 36/2014, 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, programa 18.13.321M.484; Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, programa 18.13.321M.484.

respuesta afirmativa, ¿es conforme al artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE la regulación por Real Decreto 1657/2012 que permite una cuantificación de la compensación equitativa *ex ante*, que arroja como resultado una estimación anual idéntica e invariable (en estos tres últimos años), que no tiene en cuenta sustantivamente las circunstancias particulares de los titulares afectados, y que viene a justificar haber alcanzado un justo procedimiento compensatorio apelando a una estimación *in toto* que sostiene ser equilibrada y vinculada a los particulares intereses individuales de los autores afectados?

III. LA SEGUNDA OBJECCIÓN SUSTANTIVA: EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Parece evidente que aun cuando pensemos que la cuestión prejudicial planteada por el TS puede dar solución a parte de problema legal de fondo que afecta a la compensación equitativa por copia privada, sin embargo, como ya hemos podido apreciar, en esta materia se solapan toda una serie de cuestiones con serios ribetes de inconstitucionalidad, los cuales se hace preciso recoger aquí, máxime cuando se ha interpuesto formalmente recurso de inconstitucionalidad a la Ley 21/2014 en este punto específico, ya admitido a trámite por el pleno del Tribunal Constitucional el pasado 3 de marzo de 2015⁴².

Con respecto a la compensación equitativa por copia privada a la que se ciñe este trabajo, el recurso de inconstitucionalidad se presenta formalmente contra el artículo 25.1, párrafo 2 TRLPI, según Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que ha modificado el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por el que se ha dado nueva redacción al artículo 25 TRLPI, en concreto el párrafo 2 del apartado 1, y también contra el inciso del apartado 3 al afirmarse que «contará con una consignación anual en la Ley de Presupuestos Generales del Estado». Complementariamente, en fin, se ha solicitado la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, en cuanto a la impugnación de la aprobación del crédito presupuestario donde aparece consignada su cobertura íntegra bajo el concepto de «compensación equitativa por copia privada a hacer efectiva a los beneficiarios legales de la misma, a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, mediante el procedimiento de pago que reglamentariamente se establezca», pendiente de ejecución en el ejercicio presupuestario de 2015, momento en que se insta su inconstitucionalidad⁴³.

⁴² Providencia del TC de 3 de marzo de 2015 (BOE 9 de marzo de 2015).

⁴³ Cfr. Ley 36/2014, 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2015, programa 18.321M.13.484, bajo la denominación «Compensación equitativa por copia privada a hacer efectiva a los beneficiarios legales de la misma, a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, mediante el procedimiento de pago que reglamentariamente se establezca», por un importe total de 5 millones de euros. También, Órdenes ministeriales ECD/2128/2013, de

Pues bien, los ejes centrales de la argumentación jurídica que sustentan el recurso de inconstitucionalidad pueden compendiarse en los tres apartados que expongo a continuación, donde se recogen las ideas básicas que subyacen bajo la quiebra de la constitucionalidad, algunas de ellas en muy estrecha conexión con la doctrina argumentada por el TJUE en su reiterada doctrina sobre la compensación equitativa por copia privada, la cual ha sido analizada sin despejarse algunas dudas esenciales por parte del mismo ATS de 10 de septiembre de 2010.

1. LA VULNERACIÓN DEL *CONTENIDO ESENCIAL* DEL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL⁴⁴

Valga advertir que si bien el artículo 33 CE no figura entre los preceptos cuya infracción puede dar lugar a un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, lo cierto es que puede afirmarse sin reparos que su contenido proclama un derecho fundamental⁴⁵. En este punto la argumentación debe centrarse aquí en el análisis de la mutación operada en la naturaleza o configuración de lo que es el *contenido esencial del derecho de propiedad* tal y como se recoge en nuestra Constitución, percibiéndose una lesión del derecho de propiedad privada tal y como está reconocido en el artículo 33 CE, relacionado con la obligación general de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos *de acuerdo cada cual con su capacidad económica*, tal y como describe el artículo 31.1 CE: «*Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrán carácter confiscatorio*».

En primer lugar, se parte del presupuesto de que la traslación de esta obligación legal compensatoria desde las personas físicas singulares que la ge-

14 de noviembre (BOE 16.11.2013) y ECD/2166/2014, de 14 de noviembre (BOE 20.11.2014), que determinan la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2012 y 2013 con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y su distribución entre las tres modalidades de reproducción referidas legalmente (BOE 16.11.2013, 20.11.2014).

⁴⁴ Advertencia: todas las palabras en letra *cursiva* son del autor.

⁴⁵ Así lo ha calificado expresamente la STC 204/2004, de 18 de noviembre (FJ 5), quebrando la tradicional correspondencia entre derechos fundamentales y derechos amparables. El hecho es que la circunstancia de que el derecho de propiedad no figure entre los derechos susceptibles de amparo esto «no supone, sin embargo, [su] desprotección [...], sino sólo que el constituyente no ha estimado necesario incluir este derecho y sus garantías en el ámbito de la protección reforzada que el artículo 53.2 de la Constitución confiere a determinados derechos y libertades fundamentales, encomendando a los Tribunales ordinarios, que a su vez tienen abierta la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, la tutela de tal derecho y sus garantías» (STC 67/1988, de 18 de abril, FJ 4). Por todos puede verse en REQUEJO PAGÉS, J. L., La propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, Seminario de Estudios de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, Lisboa, octubre de 2009 (<<http://www.tribunalconstitucional.es/fr/actividades/Documents/Ponencia%20Trilateral%202009%20Lisboa.pdf>>).

neran hasta el erario público, produce un vaciamiento y desnaturalización esencial del *contenido patrimonial esencial* atribuido por ley a los titulares de los derechos de propiedad intelectual en su condición de autores, relación estrictamente privada con pleno anclaje constitucional. Al mismo tiempo, se está desnaturalizando la finalidad esencial de la compensación equitativa por copia privada en cuanto tal, al convertir a todos los españoles en conjunto, sin discriminación de ningún tipo, en deudores *ex lege* del pago de la compensación equitativa. Al mismo tiempo, el cálculo de su cuantía patrimonial queda totalmente al margen de cualquier consideración específica acerca del beneficio o disfrute obtenido por el uso real o potencial de quienes hayan adquirido los equipos, máquinas o soportes y sobre los que recae tal compensación, lo que no se compadece en modo alguno con la preceptiva «*asignación equitativa de los recursos públicos*» del artículo 31.2 CE. Tampoco se ajusta cabalmente al hecho de la diferente «*capacidad económica*» del común de las personas físicas a las que afecta el pago de la compensación, que son quienes desde el 1 de enero de 2012, indiscriminadamente, vienen sustentando la reforma del mecanismo distributivo de la compensación equitativa por copia privada en nuestro país, lo cual choca jurídicamente con las directrices generales defendidas en la reiterada jurisprudencia del TJUE.

En el sentido antedicho también puede acudir a nuestra doctrina jurisprudencial, que, desde los comienzos de su actividad, abrió una doble vía que ha sido plenamente aceptada, la cual con el paso de los años ha venido a precisar lo que debe entenderse por «*contenido esencial*» de los derechos reconocidos en la CE, lo que nos permite afirmar así que tal doctrina, de suyo, vincula a todos los poderes públicos conforme a lo dispuesto taxativamente por el artículo 53.1 CE. En primer lugar, el TC invoca naturalmente «lo que se suele llamar *la naturaleza jurídica o el modo de concebir o configurar cada derecho*», que justifica plenamente la razonable indagación que nos permite confirmar si lo que «el legislador ha regulado *se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo*». En este caso particular si lo regulado se ajusta o no a la naturaleza, el origen y finalidad específica del derecho a la compensación equitativa por copia privada. Pues bien, esta argumentación es perfectamente trasladable a la compensación equitativa por copia privada, pues lo único que se hace es «tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el *metalenguaje* o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho». Y si «muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto», como ocurre en esta cuestión de la compensación equitativa, lo que se impone aquí es buscar «*una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta*», lo cual no parece difícil, y, como afirma el TC, serán precisamente «los especialistas en Derecho [quienes] pueden responder si lo que el legislador ha regulado *se*

ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo» (STC 11/1981, 8 de abril)⁴⁶.

Pues bien, la doctrina constitucional precisa con tino a este respecto que «constituyen el *contenido esencial de un derecho subjetivo* aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho en cuestión sea *reconoscible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por así decirlo*». Parece así incuestionable que el enjuiciamiento constitucional acerca de la compensación equitativa de la copia privada deberá partir del presupuesto fáctico de la realidad social o del «momento histórico» en que vivimos, así como también de «las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales», como ocurre en este caso al tratarse de un derecho afín al derecho de propiedad privada.

En segundo término, en continuidad con esta misma línea argumentativa, será inevitable tener en cuenta la reiterada jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la propiedad privada, siendo aquí plenamente «aplicable la garantía del necesario respeto a su *contenido esencial*, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1 CE». A partir de la doctrina general sentada sobre el *contenido esencial* de los derechos constitucionales, la proyección constitucional de ésta alcanza a la compensación equitativa como derecho afín a la propiedad privada, de tal forma que las decisiones del Tribunal Constitucional una y otra vez han puesto «en estrecha conexión los tres apartados del artículo 33 CE», siendo lógicamente trasladables a la compensación equitativa por copia privada. En efecto, a juicio de la jurisprudencia del TC la asociación de facultades descritas en el artículo 33 CE (reconocimiento del derecho; función social; causa justificada de utilidad o interés social) revela sin duda «que la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un completo *haz de facultades individuales* sobre las cosas, pero al mismo tiempo también como *un conjunto de derechos y obligaciones* establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a *la finalidad o utilidad social* que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir»⁴⁷.

⁴⁶ STC 11/1981, 8 de abril, FJ 8, Ponente: L. Díez-Picazo y Ponce de León. En esta línea puede verse por todos Rogel Vide, C., «La compensación equitativa por copia privada», *cit.*, pp. 137-138, quien destacadamente resalta las ideas básicas o conceptos de «reconoscibilidad», «rentabilidad razonable» y «uso tradicional consolidado», todos ellos ingredientes que, a contrario sensu, pueden ser traídos a colación para cuestionar seriamente la constitucionalidad de los apartados legales recurridos del consabido artículo 25 TRLPI.

⁴⁷ Cfr. por todas STC 204/2004, 18 de noviembre de 2004, FJ 5 (Ponente: V. Conde Martín de Hijas): «Por ello, la fijación del *contenido esencial de la propiedad privada* no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la *necesaria referencia a la función social*, entendida no como mero límite externo a su definición o ejercicio, sino como *parte integrante* del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, *inescindiblemente* el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes».

De esta manera puede afirmarse congruentemente que incumbe al legislador ordinario, dentro de los límites señalados en la CE, establecer y delimitar con la máxima claridad el contenido de los derechos dominicales incluidos dentro del derecho por compensación equitativa, lo que no supone que se mantenga «una absoluta libertad en dicha delimitación», pues tal doctrina exige que, en ningún caso, «se le permita [al legislador] anular la *utilidad meramente individual del derecho* o, lo que es lo mismo, *el límite* lo encontrará, a efectos de la aplicación del artículo 33.3 CE («*nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social*»), en el *contenido esencial*, esto es, en que no se sobrepasen las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone *resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho*»⁴⁸.

Pues bien, en este sentido es posible observar la incidencia abierta en la compensación equitativa anudada directamente a la propiedad intelectual, debiendo recordarse también que la jurisprudencia del TC se refiere de manera constante a que «el concepto de expropiación o privación forzosa, que se halla implícito en el artículo 33.3 CE», debe entenderse como una «privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos *por causa justificada de utilidad pública o interés social*». De igual modo, para que se pueda aplicar la garantía legal del artículo 33.3 CE al supuesto de la compensación equitativa por copia privada parece igualmente «*necesario que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la substracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos, siendo distintas a esta privación singular las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho*».

En suma, entendemos que todo esto por analogía es perfectamente trasladable al contenido y naturaleza propia del derecho de compensación equitativa por copia privada. Es decir, también aquí puede afirmarse que en cualquier «delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones [tal y como vemos que ahora ocurre con la nueva redacción del artículo 25.1, apartado 2 TRLPI aprobado por Ley 21/2014] la Ley *no puede desconocer o ignorar su contenido esencial*, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un *despojo de situaciones jurídicas individualizadas*, no tolerado por la norma constitucional, *salvo que medie la indemnización correspondiente*»⁴⁹. Esto es, sea como fuere, parece imprescindible que se garantice de una vez por todas, dentro o fuera del sistema de compensación equitativa por copia

⁴⁸ Cfr. SSTC 170/1989, 19 de octubre, FJ 8, apartado b) (Ponente: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER; 204/2004, 18 de noviembre de 2004, FJ 5 (Ponente: V. CONDE MARTÍN DE HIJAS).

⁴⁹ Cfr. STC 227/1988, 29 de noviembre, FJ 11; 204/2004, 18 de noviembre de 2004, FJ 5 (Ponente: V. CONDE MARTÍN DE HIJAS).

privada en nuestro país, una justa y adecuada indemnización del perjuicio efectivamente causado a todos y cada uno de los titulares afectados, la cual deberá ser necesariamente acorde con la situación particular de cada persona física que resulte afectada en su derecho específico de propiedad intelectual.

2. LA SALVAGUARDA DE LOS *INTERESES PROTEGIDOS* POR LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA

La segunda vía ensayada por el TC en la definición del *contenido esencial de un derecho* fundamental, trasladable a la propiedad intelectual, consiste en «buscar lo que una importante tradición ha llamado *los intereses jurídicamente protegidos* como *núcleo y médula* de los derechos subjetivos». Con esta argumentación tradicional se pone de relieve con mayor énfasis que hablar de *la esencia del contenido de un derecho* implica «hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es *absolutamente necesaria* para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten *real, concreta y efectivamente protegidos*», como indefectiblemente debe ocurrir con el derecho de compensación equitativa por copia privada. La conclusión, trasladable al ámbito del particular conflicto de intereses creado a propósito de la compensación equitativa, es bastante elocuente, pues el mismo fundamento jurídico 8 de la STC 11/1981, 8 de abril concluía apodícticamente que en todo caso «*se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho [fundamental de que se trate] queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*».

A este respecto conviene precisar que las dos vías propuestas hasta aquí por el TC para definir y delimitar adecuadamente lo que puede entenderse por «*contenido esencial*» de un derecho subjetivo como la propiedad intelectual, trasladable analógicamente a la compensación equitativa por copia privada, «no son alternativas ni menos todavía antitéticas, sino que, por el contrario, se pueden considerar como *complementarias*, de modo que, al enfrentarse con la determinación del *contenido esencial* de cada concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizadas, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse». En suma, siempre parece que habrá que tener cuenta si con la aplicación de las normas de la propiedad intelectual al supuesto de la compensación equitativa por copia privada se garantiza mínimamente la debida protección de los diversos intereses en conflicto, de forma que los titulares de tales derechos, con un sólido fundamento constitucional, pueden ser satisfechos de manera adecuada, congrua y equitativa, tal y como ha venido dejando nítidamente claro la jurisprudencia del TJUE en estos últimos años a propósito de la compensación equitativa⁵⁰.

⁵⁰ Cfr. STC 11/1981, 8 de abril, FJ 10 (Ponente: J. LEGUINA VILLA), una y otra vez reitera que lo que se entiende por «contenido esencial» del derecho: «aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible

Pues bien, de forma paralela, también podría invocarse aquí la eventual infracción del *principio de proporcionalidad*, que viene entendiéndose como un canon paralelo de enjuiciamiento esencial respecto de las eventuales limitaciones de los derechos constitucionales, y que perfectamente puede traerse aquí a propósito de los efectos derivados de la propiedad intelectual en materia de una «adecuada remuneración» por compensación equitativa.

Debe partirse en esta materia de que toda remuneración compensatoria supone una reintegración en el patrimonio del titular del derecho, de manera que a través de ella se permita alcanzar el equilibrio adecuado, en estrecha conexión con el disfrute o uso potencial del derecho de copia privada por parte de un tercero, persona física, tal como explica la jurisprudencia TJUE. Y en tanto que este uso privado, no comercial ni profesional, está configurado originariamente sobre la base de un acuerdo de voluntades entre las partes contratantes (acceso mediante «fuente lícita»), el alcance del uso cedido por su titular exclusivo (que será preciso cuantificar) será el que convencionalmente se ciña a este particular ámbito privado y no a cualquier otro que venga a suplantarle por conveniencia o interés espurio de cualquier tipo (evitar costes a empresarios, facilitar o simplificar recaudación,...), por lo que así se podrá determinar la remuneración que permita mantener «adecuadamente» el insoslayable «equilibrio de intereses» sobre una base fáctica real, respetando en suma el criterio de proporcionalidad que ahora se invoca.

Además, justo debe recordarse que aun cuando el principio de proporcionalidad se ha esgrimido particularmente por el TC a la hora de aplicar medidas restrictivas a los derechos fundamentales en el curso de un proceso penal⁵¹, sin embargo hoy su aplicación se ha extendido ampliamente (es doctrina consolidada del TC) que la proporcionalidad es «una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de cualquier derecho fundamental», como ocurre tan frecuentemente con el derecho de propiedad y los afines⁵². A este respecto, de modo práctico, la doctrina constitucional ha establecido que para poder comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera o no el filtro de la proporcionalidad que pueda invalidarlo, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones básicas que son trasladables a la compensación equitativa por copia privada. En primer

como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga».

⁵¹ Cfr. por todas, SSTC 37/1989, 15 de febrero (Ponente: F. RUBIO LLORENTE); 85/1994, 14 de marzo (Ponente: F. GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ REGUERAR); 54/1996, 26 de marzo (Ponente: V. GIMENO SENDRA).

⁵² Cfr. por todas STC 56/1996, 15 de abril (Ponente: J. GABALDÓN LÓPEZ); también se incluyen las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 27 de junio (Ponentes: F. GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ-REGUERAR, E. DÍAZ EIMIL y V. GIMENO SENDRA); 7/1994, 17 de enero (Ponente: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER) y 143/1994, 9 de mayo (Ponente: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER).

lugar, «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (*juicio de idoneidad*)»; en segundo lugar, «si es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (*juicio de necesidad*)», y, en último lugar, «si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (*juicio de proporcionalidad en sentido estricto*)»⁵³.

En consecuencia, parece que no será baladí un análisis acerca de esta triple exigencia a la hora de enjuiciar analógicamente las consecuencias que se han derivado con el traspaso de la compensación equitativa en el año 2012 con cargo al erario público, a la que ha acompañado tan drástica reducción en su cuantía compensatoria que debe estimarse en justa proporción con los perjuicios causados. A nuestro juicio pudiera no estarse cumpliendo, en efecto, con ninguno de los tres requisitos o condiciones exigidos por el criterio de proporcionalidad en materia de compensación equitativa por copia privada tal y como ahora está regulada.

Además, debe reseñarse que la cuantificación total de la compensación equitativa, *anticipada* de manera fija y limitada dentro de los Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio desde 2012, parece realizarse de manera un tanto arbitraria, teniendo en cuenta que todo gasto presupuestario tiene, por imperativo legal, un carácter estrictamente *limitativo*, y no existe ninguna garantía de que esto pueda cambiarse o modificarse en el futuro. En efecto, el problema insalvable en este momento es que nuestra Ley General Presupuestaria establece, en lo concerniente a la limitación de gasto, que «los créditos para gastos son *limitativos*», lo cual comporta que «no podrán adquirirse compromisos de gasto ni adquirirse obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo *nulos de pleno derecho* los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a Ley y que incumplan esta limitación, sin perjuicio de las responsabilidades reguladas en el título VII de esta Ley» (artículo 46 LGP). Téngase además en cuenta, siendo un hecho que no es posible obviar, que la cuantía estimada por la Administración Pública respecto a la compensación equitativa ha pasado de los 115 millones de euros para el ejercicio 2011, a los 5 millones de euros para los ejercicios 2012 y siguientes, manteniéndose siempre la misma cantidad, lo cual pone una vez más de manifiesto que el actual mecanismo compensatorio no asegura en modo alguno una remuneración justa y adecuada a los autores⁵⁴.

⁵³ Cfr. por todas, STC 207/1996, 16 de diciembre, FJ 4 (Ponente: V. GIMENO SENDRA) y las en ella citadas, SSTC 66/1995, 8 de mayo (Ponente: C. VIVER PI-SUNYER) y 55/1996, 28 de marzo (Ponente: C. VIVER PI-SUNYER).

⁵⁴ La *socialización* o colectivización de gastos encubierta en esta materia parece extenderse en otros ámbitos, cual es el ámbito de la remuneración establecida recientemente a los autores por los préstamos de sus obras realizados en determinados establecimientos accesibles al público,

Además, en ningún caso, podrán dejarse de tener en cuenta todas y cada una de las consideraciones doctrinales precisadas por el TJUE en relación con el artículo 5.2.b) Directiva 2001/29/CE, así como con la aplicación de su considerando 31, relativo al imprescindible «justo equilibrio» que debe existir siempre «entre derechos e intereses de las diferentes categorías de titulares de derechos así como entre las distintas categorías de titulares de derechos y usuarios de prestaciones protegidas», al igual que los considerandos 35 y 38, relativos a la justa y «adecuada» reparación del perjuicio causado a los autores, presupuestos suficientemente explicitados en la ya profusa jurisprudencia europea, particularmente por las sentencias de 21 de octubre de 2010 (asunto C-467/08, *Padawan*) y de 16 de junio de 2011 (asunto C-462/09, *Stichting de Thuiskopie*). Se hace preciso constatar aunque parezca una evidencia (que no se traduce en consecuencias prácticas como debiera), que tras la reforma por Real Decreto 1657/2012 y Ley 21/2014 aún se mantiene incólume el principio de que el sistema legal español de copia privada sigue inserto, valga reiterarlo una vez más, dentro del círculo de Estados miembros que unánimemente optaron en su día por implementar la limitación o excepción legal de copia privada en sus legislaciones nacionales.

Así vemos que se mantiene tras la modificación de los artículos 25 y 31.2 TRLPI por Ley 21/2014, pues lo esencial en este punto es entender que el legislador ha mantenido en su esencia la finalidad por la que fue estatuido el límite de copia privada, aun cuando haya redefinido su extensión con la intención manifiesta de alcanzar «una reducción en el perjuicio a compensar»⁵⁵. Con el recorte legal realizado se dejan fuera del límite legal numerosas copias que pasan a caer bajo la órbita estricta del derecho exclusivo de copia privada, pero ocurre que de esta manera los autores titulares quedan un tanto desamparados por cuanto que no disponen de un mecanismo eficiente para poder ejercer un control sobre las eventuales copias privadas de sus obras que legalmente generen un derecho de compensación. En este sentido ya fue criticado en su día que la mera «ostentación de un derecho de explotación exclusiva» en estas circunstancias resulta de escasa utilidad, hasta antieconómico y antisocial podría afirmarse. Esta es la razón en última instancia por la que tradicionalmente el límite de copia privada había venido cubriendo toda una serie de supuestos que ahora han quedado fuera de cobertura, y que lo que realmente conseguían era paliar

regulada recientemente por Real Decreto 624/2014, de 18 de julio, que ha sido recurrida ante el TS por *CEDRO*, *SGAE*, *DAMA* y *VEGAP* el pasado 15 de abril de 2015.

⁵⁵ La «Memoria del análisis de impacto normativo al Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», 5 de julio 2013, p. 35, en cuanto a la incidencia económica de la reforma en curso indicada sin ocultarlo que: «Finalmente, el anteproyecto de ley, en su apartado que reformaría el artículo 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, propone acotar los casos de acceso legal para la realización de copias privadas, razón por la cual se producirá una reducción en el perjuicio a compensar en relación con los años 2013 y siguientes (mayor reducción cuanto antes sea la entrada en vigor de la reforma de la LPI [...]).»

el perjuicio que esas reproducciones ocasionaban y siguen ocasionando a los titulares de las obras al excluirse del mecanismo de la compensación equitativa por copia privada⁵⁶.

Abundando en la idea anterior, todo parece apuntar que los problemas actuales parten en gran medida de un diseño equivocado de las equilibradas relaciones que deben darse entre el límite de copia privada y la compensación del perjuicio efectivamente irrogado, tal y como finalmente se ha consumado en nuestra legislación vigente. No es algo imprevisible pues fue el propio informe del Consejo General del Poder Judicial quien alertó en su día de esta posibilidad que calificó acertadamente como de «inconsistencia» jurídica, a la que parece haberse llegado en definitiva «por el afán de reducir al máximo el ámbito de aplicación del límite de copia privada, afán por lo demás lógico si se piensa que, en un sistema como el del Anteproyecto de reforma TRLPI [refrendado ahora sustantivamente con la aprobación por Ley 21/2014], es el propio Estado que diseña el límite el que deberá sufragar después la compensación a él anudada»⁵⁷.

Así todo, las consecuencias del problema son todavía más contraproducentes, en efecto, desde el momento que se considera que «las copias privadas cuya realización [ahora] se permite son tan pocas [al menos con referencia a lo que antes existía], que es proporcionalmente más fácil que el límite quede situado en los dominios del *perjuicio mínimo*», ahora recogido en el artículo 25.5 TRLPI. Frente a este planteamiento, partiendo de que el considerando 35 de la Directiva 2001/29/CE señala que las situaciones de *perjuicio mínimo* «no pueden dar origen a una obligación de pago» o compensación equitativa, la delimitación legal del límite «tendría que hacerse de tal manera que las copias realizables a su amparo *sobrepasen de un modo significativo aquellas situaciones de perjuicio mínimo*», ya que de otro modo no se cumpliría el requisito de que el Estado miembro que incorpore el límite reconozca al mismo tiempo una compensación que palíe de manera efectiva el perjuicio causado por aquél». No en vano, en fin, fue el propio Consejo General del Poder Judicial el que aconsejaba que si el legislador estatal definiera algunas situaciones de *perjuicio mínimo* «tendrá que poner cuidado en que éstas queden a suficiente distancia de las que haya tomado como referencia para definir el propio límite de copia privada, so riesgo de que la compensación equitativa correspondiente quede vacía de contenido». De no hacerse de este modo, como ha ocurrido, podría suceder que el sistema diseñado por el legislador español resultase contrario al Derecho de la UE, pero no ya por quedarse al margen del mecanismo europeo de compensación equitativa por copia privada, sino precisamente «por una visión excesivamente

⁵⁶ Informe al Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (...), *cit.*, CGPJ, Comisión de Estudios e Informes, Pleno de 23 de julio de 2013, apartado 28, p. 21.

⁵⁷ Informe al Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (...), *cit.*, CGPJ, Comisión de Estudios e Informes, Pleno de 23 de julio de 2013, apartado 46, p. 34.

restrictiva del límite que hace equivaler las únicas copias privadas permitidas a las situaciones que a su vez son de perjuicio mínimo»⁵⁸.

En suma, el hecho de cuantificar la cantidad destinada a la compensación equitativa en los Presupuestos Generales del Estado, con carácter previo a su determinación y liquidación, parece incompatible con la finalidad resarcitoria esencial atribuida esencialmente a la compensación equitativa por copia privada. Con la reforma por Ley 21/2014 se ha pasado de un procedimiento de remuneración compensatoria con contenido indemnizatorio, cuyo peso recaía esencialmente en la intermediación recaudatoria de fabricantes, importadores o distribuidores de equipos y soportes, a otro mecanismo de remuneración que se realiza a través de una estimación global automática de la cuantía a tanto alzado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. La conclusión fundamental es que el legislador ha transmutado sin causa justificada alguna una obligación jurídico-privada en una mera partida del gasto público, viniendo así a colectivizar o socializar infundadamente una obligación de naturaleza y contenido esencialmente privado, desvinculándola del uso privado inherente que se supone que es este derecho personal de propiedad intelectual, al reconvertirla en una obligación de titularidad pública con cargo al erario público.

3. LA COMPETENCIA LEGISLATIVA Y LA INJERENCIA ESTATAL EN LA EQUITATIVA DETERMINACIÓN Y ASIGNACIÓN DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA

No es suficiente el hecho de que el legislador estatal al cambiar el procedimiento de pago del canon se ampare en el artículo 33.2 CE («*la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes*»), pues esto no se compadece con la idea que nos traslada el propio legislador al tratar de persuadirnos de que, con el nuevo mecanismo compensatorio, el Estado se está inmiscuyendo en un ámbito que le es propio, de su legítima competencia, por cuanto nos dice que se sustenta en la participación, promoción y tutela de la cultura general ciudadana con base en los artículos 9.2 y 44.1 CE (promoción de la participación de todos en la vida cultural y tutela del derecho general de acceso a la cultura). Pero más bien hay que afirmar que la idea que parte de que los Presupuestos Generales del Estado realizan «*una asignación equitativa de los recursos públicos*», tal y como establece el artículo 31.2 CE, no parece presuponer que por el mero hecho de incluirse la cuantificación global de la compensación equitativa en una partida presupuestaria, de suyo venga a justificar taumatúrgicamente tal finalidad equitativa de tal asignación de recursos.

⁵⁸ Informe al Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (...), cit., CGPJ, Comisión de Estudios e Informes, Pleno de 23 de julio de 2013, apartados 45 y 46, pp. 34 y 35. En suma, viene a resultar que «la obligación de abonar la compensación resulta *de facto* inexistente, o no capta el perjuicio realmente causado a los titulares por copias que merecerían haber sido calificadas como lícitas al amparo del límite», lo que queda al margen del Derecho europeo de propiedad intelectual y la jurisprudencia que lo desarrolla.

Asimismo, el concepto de una «*capacidad económica*» progresiva adaptada al nivel de cada uno del artículo 31.1 CE, de naturaleza no confiscatoria, merecería una adecuada y expresa explicación por parte del legislador, lo suficientemente clara que permitiera justificar conforme a «los principios de igualdad y progresividad» constitucionales (artículo 31.1 CE) la traslación de un gasto de origen privado a toda la colectividad a través de la asunción de la obligación de la deuda compensatoria por parte del Estado.

El caso es que tal y como ahora ha quedado la compensación equitativa tras la reforma por Real Decreto 1657/2012, confirmada por Ley 21/2014, parece haberse preterido toda consideración personal o privada sobre el eventual enriquecimiento individual que pudiera obtener cada autor beneficiario en el ejercicio de su derecho. Y tal y como ha reiterado la jurisprudencia del TJUE es imprescindible que el derecho a la compensación equitativa por copia privada en su determinación, y posterior asignación y reparto, quede directamente vinculado por el uso estimado que del mismo soporte o equipo pueda realizar cada persona física en estrecha conexión con la satisfacción de la justa compensación económica.

Es muy abundante la jurisprudencia constitucional en apoyo elíptico de esta argumentación en razón de la finalidad perseguida, donde se «ha destacado la doble *naturaleza de la expropiación* en tanto que técnica destinada, por un lado, a la consecución de los intereses públicos y, por otro, a *garantizar los intereses económicos privados*», (STC 48/2005, 3 de marzo, FJ 4), que puntualiza que «este doble sentido de la expropiación forzosa, además de ser un medio indeclinable de que los poderes públicos pueden y deben servirse para el logro de sus fines» (SSTC 166/1986, 19 de diciembre, FJ 13; 149/1991, 4 de julio, FJ 4; 180/2000, 29 de junio, FJ 11), al mismo tiempo, «constituye una *garantía constitucional del derecho de propiedad privada*, en la medida en que con ella se asegura una *justa compensación económica* a quienes, por razones de utilidad pública o interés social, se ven privados de sus bienes o derechos de contenido patrimonial» (STC 37/1987, 26 de marzo, FJ 6)⁵⁹. Esto es, la institución de la expropiación forzosa respecto a la esencia de la propiedad en general supone «un sistema de garantías (legales, procedimentales y económicas) tendentes a asegurar los patrimonios privados frente a las intromisiones del poder público (de la Administración, sobre todo) fundamentadas en apreciaciones de conveniencia o necesidad pública,

⁵⁹ La cita no es anecdótica o tangencial en tanto que debe recordarse que la doctrina constitucional sobre el derecho de propiedad se ha elaborado a partir de los principios establecidos en dos pronunciamientos principales de nuestro TC. De un lado, la STC 37/1987, de 26 de marzo, en la que se sientan las bases del concepto constitucional de propiedad y se perfilan las posibilidades y los límites del legislador (*rectius*, los legisladores, estatal o autonómicos) en la configuración de esta institución. Por otro lado, la serie de resoluciones dictadas a propósito del denominado *caso RUMASA* (SSTC 111/1983, de 2 de diciembre; 166/1986, de 19 de diciembre; y 6/1991, de 15 de enero), centradas en las garantías expropiatorias y en el problema de la defensa de los particulares frente a las expropiaciones legislativas.

exigiéndose por la Constitución que tales privaciones de bienes o derechos se realicen sólo cuando concorra “causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes”» (STC 301/1993, 21 de octubre, FJ 3).

En fin, son muchas las dudas que como vemos han sido expresadas tanto por el propio TS en su argumentación un tanto ambigua de su Auto de 10 de septiembre de 2014 como en su día por la propia Comisión Europea en la fase negociadora previa a la reforma legal, por lo que parece deducirse que, cualquiera que sea el sistema adoptado para la efectiva compensación equitativa en nuestro país, será preciso que la carga económica recaiga sobre los particulares responsables del perjuicio efectivamente causado o del daño previsible («posible daño»). No parece nada sospechoso que haya sido la propia Comisión Europea la que pidiera en su día explicaciones a las autoridades españolas por el carácter inédito e insólito de la medida tomada, un tanto contradictoria con los principios europeos dominantes al respecto⁶⁰. Es la misma Sala Cuarta del TS en su Auto de 10 de septiembre quien afirma que del escrito de *Observaciones* «parece desprenderse que, en opinión de la Comisión, cualquiera que sea el sistema adoptado para hacer efectiva la compensación equitativa es preciso que la carga económica recaiga sobre los responsables del perjuicio»⁶¹.

Con todo, las dudas deberán ser ahora contestadas con precisión por el TJUE acerca de si es posible trasladar la compensación por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, y si se cumple con el requisito básico de que la carga de financiar esta compensación equitativa recaiga sobre los responsables individuales del perjuicio irrogado por haberse traspasado el límite legal de copia privada, tal y como establece una y otra vez la jurisprudencia del TJUE, muy concretamente en su Sentencia de 21 de octubre de 2010 (asunto C-467/08, *Padawan*), tras haber estimado la propia Comisión Europea como bastante incomprensible que la compensación equitativa se financie con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

No parece posible justificar adecuadamente la privación o suplantación del derecho compensatorio *in toto* establecido por la reforma legal ahora consumada, tras haberse procedido a desnaturalizar el contenido patrimonial de una relación que se sustenta en obligaciones de naturaleza estrictamente privada.

⁶⁰ Tales reconveniones de la autoridad europea fueron recogidas como «*Observaciones de la Comisión*» con fecha de 12 de agosto de 2013, a través de una comunicación dirigida al Gobierno español a propósito de un Anteproyecto de Ley de modificación del TRLPI y por la que se invitaba explícitamente «a las autoridades españolas a explicar cómo se cumplirá el requisito de que la carga de financiar la compensación equitativa recaiga sobre los responsables del perjuicio o daño según establece el TJUE (véase en concreto la sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010, en el asunto C-467/08 SGAE contra *Padawan*) en un sistema en el que la compensación equitativa se financia con cargo a los Presupuestos Generales del Estado».

⁶¹ *Observaciones de la Comisión* de 12 de agosto de 2013 (Comunicación TRIS/(2013) 02067).

Parece haberse vaciado de contenido y sentido la limitación *ex lege* por la que el legislador ha venido y viene autorizando a las personas físicas, en determinadas circunstancias, a realizar copias en cualquier soporte para su uso privado, nunca profesional o con fines comerciales. No debe olvidarse que aquellos supuestos sujetos a compensación equitativa (aparte del acceso mediante los actos de comunicación pública), de forma directa o indirecta, se realizan a partir del acceso a un soporte autorizado por su titular y que ha sido «comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil» [artículo 31.2. b), 1º TRLPI], esto es, con un neto sustento en una relación previa de naturaleza estrictamente privada.

IV. CONCLUSIONES

El enfoque metodológico y la finalidad del trabajo se encuadran en un ámbito bien conciso con el simple propósito de argumentar críticamente con el objetivo de revertir una situación jurídica anómala por incoherente e injusta respecto a la compensación equitativa por copia privada. Como punto de partida, para evitar equívocos, abogamos por que la compensación equitativa se separe y diferencie nítidamente en el debate del concepto de «remuneración equitativa» o del más equívoco «remuneración compensatoria», términos que sigue utilizando y mezclando nuestro legislador con poca precisión y claridad tras la reforma por Ley 21/2014. Nos referimos a este particular por cuanto debe prevenirse de la eventual confusión que con ello pudiera darse sobre la naturaleza y alcance de la obligación legal de remuneración equitativa por el límite de copia privada, que, en sus justos términos, no puede equipararse con la idea estricta de un «canon», en tanto que la compensación equitativa, aun cuando haya pasado ahora a depender del erario público en nuestro país, no es consecuencia ni efecto sustancial de una norma fiscal, y, en puridad estricta, carece de naturaleza financiera o fiscal. Es decir, debe evitarse que una imprecisa terminología permita hacer dudar de la naturaleza jurídico-privada de esta remuneración equitativa dispuesta por ley con una finalidad compensatoria sobre la base de los intereses privados de los potenciales usuarios de tales equipos o soportes y sus titulares beneficiarios.

Los cambios legales habidos en materia de compensación equitativa desde 1987 hasta 2011, en gran medida a remolque de la legislación comunitaria, buscan trasladar a la normativa interna el muy importante y deseable «equilibrio» prestacional de los diferentes intereses en conflicto, sustancial a la compensación equitativa. Pero es el mismo legislador quien debiera buscar con más ahínco, sin subterfugios estériles, que se materialice una mejor adaptación de las normas que regulan los límites o excepciones al derecho de reproducción por copia privada, por cuanto que el punto de partida legal inexcusable para el legislador ha sido que toda reforma se materialice «*sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25*», y esto tanto antes como después de la reforma operada por Ley 21/2014.

La artificiosa distinción realizada antes de las últimas reformas legales a propósito de la relación jurídica material generadora del canon compensatorio, donde se separaba absolutamente la relación consumidor-comprador de la del comerciante-vendedor de un soporte audiovisual, nos parece totalmente superficial e infundada, y esto es así en razón de la estructura, tanto genética como funcional, que conforma naturalmente cualquier relación sinalagmática de intereses recíprocos dentro de cualquier relación jurídico-privada, como la que aquí analizamos. A nuestro juicio, es preciso y útil en este debate acudir al consabido argumentario jurídico que aparece tras el *principio básico de conmutatividad obligacional*, inherente a cualquier relación patrimonial en su sentido genuino puro, la cual se viene configurando como un mecanismo esencial de heterocomposición de intereses y derechos, ya sean estos de naturaleza personal o patrimonial, como ocurre aquí con la propiedad intelectual, como puede deducirse del mismo artículo 2 TRLPI. Entendemos que muchos aspectos sustantivos que derivan de la idea de conmutatividad de cualquier relación recíproca en cuanto tal pueden haber quedado ensombrecidos con el exceso de una regulación normativa que propende a “reglamentarse”, como ocurre en el supuesto de la compensación equitativa en España. Con todo, sin ser proclives a un estricto análisis económico del Derecho, vemos negativamente cómo, en muchas ocasiones, en este ámbito es el propio legislador quien viene otorgando preeminencia a intereses fiscalizadores, económicos y comerciales dentro de la propia normativa, los cuales pudieran ser en buena medida ajenos a la efectividad y justo equilibrio de la propia relación compensatoria que a fin de cuentas la sustenta, y que debiera tener como fundamento primordial, si bien no exclusivo, la justa e ineluctable estimación del perjuicio real y efectivo causado a los autores.

La cuestión que viene poniendo en entredicho la validez del derecho de devengo del canon compensatorio por parte de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor, iniciada con más virulencia a partir del año 2004 en adelante en nuestro país, partía de la idea formal de que la finalidad propia de la compensación equitativa quedaría siempre condicionada a una ulterior comprobación fáctica acerca del «uso privado» de cada soporte, equipo o aparato susceptible de reproducción de copias privadas. Algunas sentencias de tribunales de instancia y provinciales llegaron en su día, a nuestro juicio erróneamente, a justificar esa solución como si se tratase de «*un problema meramente probatorio*», que podía resolverse sobre la base de una presunción legal de que la compra de soportes o equipos era para la reproducción de obras acogidas al amparo de la legislación especial, pero que según el propio *tenor literal del derogado* artículo 25.1 TRLPI permitía justificar que el soporte o equipo también podría haberse utilizado «*para otro concreto fin distinto de la reproducción de obras de autores*».

Es imprescindible no desmarcarse nunca de la regulación de la compensación equitativa anclada en el artículo 5.2.b) Directiva 2001/29/CE, al definirse aquí las excepciones y limitaciones del derecho de reproducción que, con carácter

facultativo, podrán establecer los Estados miembros UE que así lo determinen, como de hecho viene ocurriendo en nuestro país desde la entrada en vigor de la Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual. Con carácter general, la pionera STJUE de 21 de octubre de 2010 (asunto C-457/08, *Padawan*), es la pauta básica que debe guiar toda la orientación crítica e interpretativa de la compensación equitativa en nuestro país, y esto es válido tanto para antes como para después de la entrada en vigor de la reciente Ley 21/2014. Sin embargo, esta Ley 21/2014 invoca, impropia y desacertadamente, como argumento basal la propia Ley 47/2003, 26 de noviembre, General Presupuestaria, cuando establece que la ley en cuanto tal es fuente de obligaciones para la Hacienda Pública estatal, por cuanto es posible deducir a su amparo que estas obligaciones financieras serán exigibles de resultas de la ejecución del presupuesto anual, todo ello bajo la cobertura constitucional del artículo 31.2 CE al prevenir que «el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos». Mezclar todo esto no nos parece acertado, pero tampoco lo es la forma en que el legislador generaliza el sistema compensatorio constituyéndose como árbitro peculiar dentro del cúmulo de relaciones tan dispares que están en el origen de todas y cada una de las distintas relaciones privadas singulares que aquí se entrecruzan.

Son tres las principales cuestiones planteadas en nuestro trabajo en el ámbito de la jurisprudencia del TJUE, las cuales constituyen la base argumentativa para una solución completa y adecuada ante la situación tan dubitativa e inestable creada por la reforma de nuestra legislación en estos últimos tres años mediante Real Decreto 1657/2012 y la Ley 21/2014.

En primer lugar, en línea con la deseable uniformidad transnacional en la aplicación de la compensación equitativa, en aquellos países que han optado por este sistema voluntario, como ocurre en el nuestro, el TJUE se ha pronunciado sin ambages en el sentido de que la compensación equitativa es un *concepto autónomo* del Derecho de la Unión, siendo éste un principio sustancial. Asimismo, la compensación equitativa, en el sentido dado por la misma Directiva 2001/29/CE es un concepto jurídico del acervo comunitario *suficientemente determinado*, lo que permite una teorización y aplicación práctica relativamente fácil, pero que no ha sido trasladada por el legislador español a la hora de redactar el Real Decreto 1657/2012 y la Ley 21/2014. Prueba de esto, de carácter práctico, es que desde el año 2012, a partir de la traslación reglamentaria de la compensación con cargo a los fondos públicos, se comprueba que se han mantenido por lo general los precios de soportes y equipos ya establecidos con anterioridad a la reforma señalada, lo que permite deducir que ésta ha beneficiado sustancialmente a fabricantes, importadores o distribuidores en España.

En segundo lugar, la jurisprudencia del TJUE arguye que la Directiva 2001/29/CE ha de interpretarse en el sentido de que el *justo equilibrio*, que debe respetarse entre los implicados en la compensación, implica que ésta ha de calcularse *necesariamente* sobre la base del *criterio del perjuicio causado a los autores* de

obras protegidas como consecuencia lógica del establecimiento de la excepción de copia privada, lo cual como hemos visto no se refleja ni mucho menos en la reforma llevada a término en nuestro país mediante los criterios aprobados por el Real Decreto 1657/2012 y la Ley 21/2014. La conclusión es que no se ha trasladado al ordenamiento jurídico la idea clave en esta cuestión, esto es, la inserta dentro de la conmutatividad obligacional, principio y guía esencial para la estricta incardinación de la compensación equitativa en el ámbito propio y natural de una relación jurídica privada como la que aquí analizamos, que es, en suma, de lo que estamos hablando.

En tercer lugar, la jurisprudencia del TJUE describe e interpreta exhaustivamente, de forma muy detallada, que la normativa europea *debe interpretarse* en el sentido de que *es necesaria una vinculación entre la aplicación del canon destinado a financiar la compensación equitativa en relación con los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y el presumible uso de éstos para realizar reproducciones privadas*. Esto como vemos se ha soslayado sustancialmente con las reformas de 2012 y 2014 en España. Y todo ello pone de manifiesto y saca a la luz el torticero mecanismo de la presunción legal ideado erróneamente en su momento como solución judicial idónea a ese respecto, y que había contribuido a *gripar* nuestro sistema legal tal y como exponemos en el estudio, desvirtuando mediante ciertas soluciones judiciales la justa aplicación de la compensación equitativa en nuestro país.

La cuestión prejudicial interpuesta por el propio Tribunal Supremo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y el posterior recurso de inconstitucionalidad penden como espada de Damocles sobre la configuración jurídica presente y futura del derecho de compensación equitativa por copia privada en nuestro país. El Auto del TS de 10 de septiembre de 2014, al plantear cuestión prejudicial al TJUE, cuestiona sustantivamente el cambio de modelo de devengo de la compensación equitativa por copia privada en nuestro país y trae causa de un recurso contencioso-administrativo presentado conjuntamente por varias entidades de gestión colectiva ante el Tribunal Supremo. Es relevante la argumentación sustentadora, que se funda tanto en razones de derecho interno como en razones externas relativas a la aplicación del Derecho de la Unión Europea, que muy concretamente afectan a la correcta interpretación del basal artículo 5.2.b) Directiva 2001/29/CE. Pues bien, nos parece imprescindible mantener a toda costa la interconexión con el acervo jurisprudencial del TJUE a este respecto, esto es, con las sentencias recaídas sucesivamente en los asuntos C-467/08 (Sentencia 21 de octubre de 2010, *Padawan*), 462/09 (Sentencia 16 de junio de 2011, *Stichting de Thuiskopie*), C-521/11 (Sentencia 11 de julio de 2013, *Amazon*) o más recientemente, en los asuntos C-435/12 (Sentencia 10 de abril de 2014, *ACI Adam BV y otros*), acumulados C-457/11 a C-460/11 (Sentencia 27 de junio de 2013, *Verwertungsgesellschaft Wort-Vg*), C-463/12 (Sentencia 5 de marzo de 2015, *Copydan*), que compendian todo el acervo de la doctrina sentada por el TJUE desde la primera Sentencia 21 de

octubre de 2010 (*Padawan*). Las conclusiones siguen en este punto fidedignamente los argumentos centrales de todas ellas.

El TS lo que en última instancia pone en tela de juicio con su Auto de 10 de septiembre de 2014 es la legalidad de la disposición reglamentaria por Real Decreto 1657/2012, tras la más que cuestionable *deslegalización retroactiva* operada por el Gobierno. No obstante, la relevancia que adquiere el Auto del TS de 10 de septiembre de 2014 radica sustancialmente en la importante consideración que adquiere el *principio de primacía del derecho de la Unión de la Unión Europea en materia de compensación equitativa*, con todas las consecuencias que de ello derivan y que aparecen recogidas en el estudio. Sin embargo, concluimos que el TS no tiene claro en su argumentación si la nueva regulación de la compensación equitativa se sale o no del ámbito regulador de la *normativa europea que obliga imperativamente a aquellos Estados miembros que hubieren optado por el sistema compensatorio del límite de copia privada*. ¿Puede afirmarse que por el solo hecho de trasladar el pago de la compensación equitativa con cargo al erario público el legislador español se escapa de la órbita reguladora de la compensación equitativa vigente con la normativa europea? A nuestro juicio el parecer de la Sala Cuarta del TS en su Auto parece estar un tanto ofuscado por una eventual inversión lógica del planteamiento central de la exposición realizada en sus sentencias por el TJUE sobre la compensación equitativa por copia privada, que, a nuestro juicio, no es esencial ni mucho menos, pues basta con recordar que nuestro sistema legal de compensación sigue guiándose sin duda bajo idénticos parámetros básicos que vienen definiendo el sistema compensatorio anudado a la premisa del límite de copia privada.

Aunque parezca tal vez obvio parece indispensable subrayar destacadamente que lo único que el legislador estatal ha modificado mediante el Real Decreto 1657/2012 y la Ley 21/2014 ha sido el *mero mecanismo o procedimiento formal de financiación y recaudación* de las cuantías a percibir por razón de la compensación equitativa, sin afectar en absoluto a su origen y finalidad sustantiva, que no es otra que la congrua satisfacción del perjuicio cierto y previsible que se ocasiona a los autores titulares beneficiarios de los derechos de reproducción («*daño posible*»). Así todo, la miscelánea de ideas y argumentos del Auto del TS de 10 de septiembre de 2014, parte de un planteamiento a nuestro entender un tanto incompleto y truncado en su raíz por parte de la Sala Cuarta del TS, por cuanto que nunca llega a afirmarse con claridad que con el cambio legislativo operado por Real Decreto 1657/2012 (legalizado ahora por Ley 21/2014), no se optó nunca realmente por un cambio en la estructura jurídica básica del «*sistema legal*» de compensación equitativa por copia privada, sino tan solo por *modificar el mecanismo o la forma de financiación* de la compensación equitativa, algo ciertamente adyacente o secundario. Por eso, a modo de conclusión, pensamos que el presupuesto argumentativo más claro para enderezar esta cuestión posiblemente hubiera sido haberlo afrontado de una manera directa

desde su fundamento jurídico último, que pensamos que será lo que hará en su día el TJUE en la contestación a la cuestión prejudicial.

El Auto de la Sala Cuarta del TS de 10 de septiembre de 2014 afirma que «*en el ordenamiento español no hay, en principio, afectación de concretos ingresos a gastos determinados, por lo que la partida presupuestaria destinada al pago de la compensación equitativa se nutre del conjunto indiferenciado de los ingresos del Estado*». Pero ¿es posible mantener al mismo tiempo, como hace, que no se alberga «dudas de constitucionalidad»? A nuestro entender es muy difícil. Lo explicamos en el estudio.

Es preciso guiarse por estas tres ideas esenciales que afectan a la cuestión de constitucionalidad y que hacen que la situación actual sea realmente inestable, siendo necesaria una revisión legislativa. Son estas tres: 1ª. Existen claros indicios de que se vulnera el contenido esencial del derecho fundamental de propiedad intelectual, al menos en una de sus facultades esenciales. 2ª. No hay salvaguarda o garantía precisa por parte del legislador de 2012 y 2014 de los intereses protegidos con el mecanismo de la compensación equitativa por copia privada tal y como ha sido ideada en el ordenamiento europeo. 3ª. Hay claros indicios de que con esta reforma de 2012 y 2014 de la compensación equitativa el Estado se ha inmiscuido en un ámbito que no le corresponde por cuanto no es de su competencia, y esto aun cuando se trate de argüir que se fundamente en los principios de participación, promoción y tutela de la cultura general ciudadana con base en los artículos 9.2 y 44.1 CE.

Partiendo del hecho de que ningún sistema jurídico dentro de la UE regula la compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, toda la argumentación del trabajo que analiza críticamente el contenido del Auto del TS de 10 de septiembre de 2014, junto con el apoyo jurisprudencial del TC, permiten atisbar que la situación actual respecto a la compensación equitativa está irremisiblemente abocada a un cambio legal. Entendemos que toda la polémica sobre la naturaleza, contenido y alcance del derecho de compensación equitativa por copia privada en nuestro país tiene que reconducirse en la línea marcada por los criterios marcados nítidamente por la abundante y detallada jurisprudencia del TJUE. La finalidad es oportuna y urgente por la situación de interinidad e inseguridad jurídica en que nos encontramos. Parece llegado el momento de cerrar un debate que, por llevar formalmente abierto en sede legislativa desde 2011, es preciso clausurar cuanto antes.

V. BIBLIOGRAFIA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Compensación equitativa por copia privada», *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3, 2007, pp. 2556-2558; «El canon de copia privada», *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 2, 2009, pp. 2129-2132; «El canon

- de copia privada: escaramuza sobre el fuero», *Revista Aranzadi Civil*, 2009, vol. II; «Noticias recientes sobre el canon de copia privada», *Aranzadi Civil. Revista doctrinal*, núm. 8, 2010, pp. 11-13; «Una sentencia envenenada», *Revista Aranzadi Civil*, núm. 10, 2011, Tribuna, BIB 2010\2961; «Cambio de rumbo en el canon de copia privada», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 1, núm. 10, febrero de 2012, pp. 17-21; «La nueva Ley de Propiedad Intelectual», *Actualidad Civil*, núm. 4, 2015.
- CALVO VÉRGEZ, J., «Algunas reflexiones en torno a la naturaleza jurídica del discutido “canon digital por copia privada”», *Derecho de los Negocios*, núm. 219, 2008, pp. 5-17.
- CARBAJO CASCÓN, F., «Copia privada y compensación equitativa», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 286, 2008, pp. 25-44, «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*, núm. 7648, 2011.
- COUTO GÁLVEZ, R. M^a, «¿La Ley 21/2014 mantiene un cambio sustantivo en la configuración de la remuneración compensatoria por el límite de copia privada?», *Actualidad Civil*, núm. 4, 2015.
- ESTEVE PARDO, A., «Comentario a la sentencia de la audiencia provincial de Barcelona (sección 15^a) de 2 de marzo de 2011, *Caso Padawan*. La compensación equitativa por copia privada a examen», en *Cuestiones de actualidad sobre propiedad intelectual: iniciativas legales frente a las descargas ilegales en internet y consecuencias del “caso Padawan” sobre la compensación equitativa por copia privada* (coord. A. Esteve Pardo), 2013, pp. 126-141.
- FALCÓN Y TELLA, R., «El llamado “canon por derechos de autor” (Copyright Levy) o compensación equitativa por copia privada (I): antecedentes y configuración en la Ley 23/2006, de 7 de julio», *Quincena Fiscal*, núm. 15-16, 2006, pp. 5-13; «El llamado “canon por derechos de autor” (Copyright Levy) o compensación equitativa por copia privada (II): naturaleza jurídica, reserva de ley y otros problemas de constitucionalidad», *Quincena Fiscal*, núm. 17, 2006, pp. 5-11.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Sentencia del TJUE de 11 de julio de 2012. La interpretación del concepto de “compensación equitativa” por el Tribunal de Justicia de la UE y su impacto en el sistema español (cuestión prejudicial ante el TJUE)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 94, enero-abril 2014, pp. 27-52.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Á., «Propiedad intelectual y perplejidades del Derecho Civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2, Ensayos, pp. 171-179, 2015.
- LÓPEZ MAZA, S. y MINERO ALEJANDRE, G., «El carácter equitativo de la compensación por copia privada: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de octubre de 2010 (caso *Padawan*)», *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, núm. 36, 2010, pp. 89-116.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., «El abono de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado», *Actualidad civil*, núm. 12, 2014.
- MONTÉS PENADÉS, V., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980
- O'CALLAGHAN, X., «Introducción», en *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual* (coord. X. O'Callaghan), Dykinson, Madrid, 2011, pp. 1-36.
- PIZARRO MORENO, E., *La disciplina constitucional en la Propiedad Intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- PLAZA PENADÉS, J., «Propiedad intelectual y sociedad de la información», *Contratación y nuevas tecnologías*, Madrid, 2005.

- REQUEJO PAGÉS, J. L., *La propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Seminario de Estudios de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, Lisboa, octubre de 2009 [disponible en página <http://www.tribunalconstitucional.es/fr/actividades/Documents/Ponencia%20Trilateral%202009%20Lisboa.pdf>].
- ROGEL VIDE, C., «La compensación equitativa por copia privada», *Estudios completos de propiedad intelectual*, vol. V, 2015, pp. 127-153.
- SALAS CARCELLER, A., Propiedad intelectual: la nueva compensación equitativa por copia privada», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2013, BIB 2013\488.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., «Juicio al sistema español de compensación equitativa por copia privada: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 2 de marzo de 2011 (caso *Padawan*)», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 1, núm. 9, enero de 2012, pp. 95-116.
- XIOL RÍOS, J. A., «Configuración económica y jurídica del derecho de remuneración compensatoria por copia privada en la propiedad intelectual, en *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual* (coord. X. O'Callaghan), Dykinson, 2011, pp. 33-70; «La regla de los tres pasos en la jurisprudencia española», coord. X. O'Callaghan), Dykinson, 2011, pp. 373-389.