

Consecuencias de la sentencia del TJUE sobre el canon digital en España

Jesús Félix García de Pablos

Ponente del Tribunal Económico Administrativo Central

RESUMEN:

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado indiscriminada la aplicación del canon digital español por la realización de copia privada, particularmente respecto de aparatos de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas. Este trabajo analiza las consecuencias de la sentencia del citado Tribunal de Justicia en el asunto C-467/08.

Palabras clave: Abono del canon digital en España; Aplicación improcedente de una Directiva comunitaria; eficacia retroactiva de la sentencia del TJUE.

Keywords: Payment of the digital canon in Spain; Improper application of a Community directive; Retroactive effect of the ECJ's decisions.

ABSTRACT

The Court of Justice of the European Union has considered indiscriminate application of digital canon Spanish by private copying, particularly for digital playback devices that are not available to private users and are clearly reserved for uses other than the conduct of private copies. This paper analyzes the consequences of the decision of that Court of Justice in Case C-467/08.

Fecha recepción original: 18 de enero de 2011

Fecha aceptación: 16 de marzo de 2011

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. CONTENIDO DE LA SENTENCIA DEL TJUE (C-467/08)
 - III. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA—1. *Aplicación indiscriminada del canon respecto de los equipos que no se han puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas*—2. *Los equipos, aparatos y soportes de reproducción deben ser susceptibles de realización de copias privadas*—3. *La posible retroactividad de la sentencia del T.J.U.E.*—4. *Derechos de los Titulares de los derechos de propiedad intelectual*—5. *La responsabilidad patrimonial del Estado*
 - IV. CONCLUSIONES
-

I. INTRODUCCIÓN

En el año 1994, el Consejo Europeo aprobó la Directiva 2001/29/CE¹, de 22 de mayo de 2001, de *armonización de determinados aspectos de los derechos de autor en la sociedad de la información*, con la finalidad de proteger los derechos de autor y armonizar las normativas nacionales, para la creación de un mercado interior correspondiente a la comercialización de productos relativos a la propiedad intelectual. Formulación que tuvo su continuación en los acuerdos (objetivos) de la cumbre de Lisboa del 23 y 24 de marzo de 2000 para preparar la transición de la sociedad europea hacia una economía basada en el conocimiento y la información, donde adquirirán mayor importancia la explotación transfronteriza de nuevos productos. La citada Directiva fue concebida en orden a la creación de un mercado interior en materia de derechos de autor y afines, y abogó por la formación de un marco general de ámbito comunitario para fomentar el desarrollo de la sociedad de la información.

Sin embargo, España no asumió el compromiso plasmado en la citada Directiva 2001/29/CE que entró en vigor el 22 de junio de 2001, donde según el artículo 13, apartado 1, párrafo primero de dicha Directiva, los Estados miembros deberían poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la citada Directiva antes del 22 de diciembre de 2002. España no adoptó las medidas necesarias para adaptar el derecho interno a lo dispuesto en la Directiva 2001/29/CE en la citada fecha límite, por lo que el T.J.U.E condenó a nuestro país en el asunto *España/Comisión* [STJUE de 28 de abril de 2005 (C-31/04)], al no haber adoptado las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 2001/29². Dicha Directiva fue incorporada a nuestro derecho interno a través de la Ley 23/2006 de manera formal, al distinguir entre la copia analógica y la digital, pero sin establecer la compensación a los autores por la realización de las personas físicas de copias de obras protegidas. Compensación establecida únicamente para la copia analógica, artículo 25.5 de la citada Ley.

La Directiva 2001/29/CE tiene un doble objetivo, armonizar las normativas nacionales sobre los derechos de autor, creando un «marco jurídico general y flexible de ámbito comunitario» para la protección de los derechos de autor y afines y fomentar la creación intelectual, así como la creación de un mercado interior en esta materia ante el desarrollo y comercialización de nuevos productos y servicios sobre la propiedad intelectual y la creación

¹ Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 167/10, 22.6.2001.

² Sentencia publicada el 9 de julio de 2005 en el Diario Oficial de la Unión Europea C 171/3.

y explotación de su contenido creativo, incrementado por la explotación transfronteriza de nuevos productos.

La citada Directiva otorga a los autores el derecho exclusivo a «*autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma de la totalidad o parte*» de sus obras³.

Sin embargo, la citada Directiva establece una serie de excepciones a ese derecho de los autores, y faculta a los Estados miembros a autorizar a las personas físicas la realización de copias para uso privado y sin fines comerciales, la llamada «copia privada», a cambio de la «*compensación equitativa*» señalada en el artículo 5.2.b) de la citada Directiva.

La Ley española de Propiedad Intelectual (LPI)⁴ recoge el derecho de *reproducción del autor*, como un derecho irrenunciable e inalienable (artículo 18 de la LPI), sometido a la excepción de la copia privada realizada por las personas físicas (artículo 31.2 de la LPI.), en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleva a cabo por una *persona física* para uso privado a partir de obras a las que se ha accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa. Copia privada que está sujeta al pago de la *compensación equitativa* prevista en el artículo 25.1⁵ de la Ley de Propiedad Intelectual, el llamado *canon digital*.

En ese marco legal, la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) reclamó en el año 2006 por vía judicial a una tienda de informática de Barcelona, el llamado «canon digital», por la venta de soportes y aparatos reproductores, planteando la Audiencia Provincial de Barcelona ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) una serie cuestiones prejudiciales, sobre la aplicación indiscriminada del cobro del canon, que dicho Tribunal ha resuelto en la sentencia *PADAWAN* [STJUE de 21 de octubre de 2010 (C-467/08, Rec.p.I.0000)].

II. CONTENIDO DE LA SENTENCIA DEL TJUE (C-467/08)

La «*compensación equitativa*», por tanto, constituye una remuneración econó-

³ Artículo 2 Directiva 2001/29/CE.

⁴ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

⁵ «*La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una compensación equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en el párrafo b del apartado 4, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaron de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes*». Redacción según Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

mica para los autores debido a la reproducción por las personas físicas de las obras, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejarán de percibir por dicha reproducción (compensación del perjuicio), asunto *PADAWAN*, apartado 40, último inciso. Concepto que para el T.J.U.E. debe considerarse como un concepto autónomo del derecho de la Unión y ha de interpretarse de manera uniforme en el territorio de ésta, apartado 33 del citado asunto⁶.

Ya que la finalidad de la Directiva, de conformidad con el artículo 115 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en relación con el considerando trigésimo segundo de la Directiva 2001/29/CE, es la de armonizar determinados aspectos de los derechos de autor para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior.

Por tanto, los Estados miembros pueden *facultativamente* establecer la excepción por copia privada al derecho de reproducción del autor, como se ha realizado en España, a cambio en compensación del pago del canon digital⁷, de conformidad con los considerandos trigésimo quinto y trigésimo octavo de la *Directiva 2001/29/CE*. Dicha «compensación equitativa» ha calcularse para el T.J.U.E. *necesariamente*⁸ en base al criterio del *perjuicio causado* a los autores como consecuencia del establecimiento de la excepción por copia privada⁹, «para compensar a los titulares de los derechos por los perjuicios sufridos»¹⁰.

Perjuicio que es causado por la persona física que realiza la reproducción privada de la obra del autor¹¹, una reproducción de una obra protegida sin solicitar autorización previa del titular. Y, por tanto, es a esa persona física a la que incumbe reparar el «daño», *financiando* la compensación que se abonará a su titular. El T.J.U.E. habla de financiar el daño causado por el particular, no que éste tenga que realizar directamente el pago al titular de la propiedad intelectual¹².

En efecto, los deudores que han de realizar el abono de la «compensación equitativa» para el T.J.U.E., no son los usuarios de las obras protegidas (las personas físicas que realizan las copias privadas) como se desprendería del considerando trigésimo primero de la *Directiva 2001/29/CE*, sino las personas o entidades que ponen a disposición de los usuarios privados de los

⁶ Asunto *SENA* [ST]JUE de 6 de febrero de 2003 (C-245/00, Rec.p.1251, apartado 24), artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100/CEE del Consejo de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

⁷ (Compensación equitativa). Apartado 35 asunto *PADAWAN*.

⁸ Apartado 42 asunto *PADAWAN*.

⁹ Apartado 38 asunto *PADAWAN*.

¹⁰ Apartado 39 asunto *PADAWAN*.

¹¹ Apartado 44 asunto *PADAWAN*.

¹² Apartado 44 asunto *PADAWAN*.

equipos, aparatos y soportes de reproducción o realizan a éstos los servicios de reproducción¹³.

En ese sentido, el Tribunal de Justicia se apoya en razones prácticas, ya que la dificultad para la identificación de los usuarios privados y, asimismo, la dificultad para obligarles a indemnizar a los titulares de los derechos de propiedad intelectual por los perjuicios causados, determina que sean los deudores, las personas o entidades que ponen a disposición de los usuarios privados de los equipos, los que paguen directamente a los autores a través de las entidades gestoras de los citados derechos. Por tanto, el T.J.U.E. autoriza, como en el caso español, a que los Estados miembros establezcan la obligación de pago a los autores de quienes disponen de equipos, aparatos, y soportes de reproducción a disposición de los particulares. Puesta a disposición de los usuarios, *de hecho o de derecho*, que para el T.J.U.E. constituye «la premisa fáctica necesaria para que las personas físicas puedan obtener copias privadas».

Serán, por tanto, los usuarios privados los que abonen el perjuicio causado por sus reproducciones privadas, financiando la «compensación equitativa», abonada por los deudores a los titulares de la propiedad intelectual, soportando la repercusión del importe del canon por copia privada incluida en el precio de la puesta a disposición de los equipos, aparatos y soportes de reproducción o en el precio del servicio de reproducción prestado¹⁴. De esta forma, el usuario privado a cuya disposición se ponen dichos elementos o utiliza el servicio de reproducción se convertirá en el deudor indirecto del pago del canon digital.

En definitiva, dicho sistema aplicado en España, que los deudores repercutan el coste del canon por copia privada a los usuarios privados, *resulta perfectamente coherente con la Directiva 2001/29/CE* para el T.J.U.E., y guarda el justo equilibrio entre los intereses de los autores y los usuarios de prestaciones protegidas¹⁵. Son los citados deudores, los que tienen la posibilidad de repercutir la carga real de tal «financiación sobre los usuarios privados»¹⁶.

Sin embargo, en la tercera y cuarta cuestión prejudiciales, el T.J.U.E. entra a abordar la cuestión más importante del citado asunto PADAWAN, a saber, si el abono del canon digital está condicionado al presumible uso de los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y la realización de copias privadas¹⁷.

En relación a esta pregunta, el T.J.U.E. realiza una diferenciación objetiva y subjetiva para resolver esta cuestión.

Desde el punto de vista subjetivo, para guardar el justo equilibrio en el

¹³ Apartado 48, primer párrafo, asunto PADAWAN.

¹⁴ Apartado 48 asunto PADAWAN.

¹⁵ Apartado 49 asunto PADAWAN.

¹⁶ Apartado 50 asunto PADAWAN.

¹⁷ Apartado 51 asunto PADAWAN.

sistema de financiación establecido con los intereses de los autores y de los usuarios, el T.J.U.E. señala que los equipos, aparatos, y soportes de reproducción deben tener la capacidad para la realización de copias privadas, con la consecuencia evidente de la posibilidad de causar un perjuicio a los autores de obras protegidas.

Por lo que, el T.J.U.E. llega a la conclusión de que debe existir la necesaria vinculación entre la aplicación del canon por copia privada «en relación con los equipos, aparatos, y soportes de reproducción digital y la utilización de éstos para realizar reproducciones privadas»¹⁸.

Por tanto, cuando no existe dicha vinculación, resulta indiscriminada la aplicación del canon por copia privada a equipos, aparatos, y soportes de reproducción digital que sean adquiridos «por personas distintas de las personas físicas para fines manifiestamente ajenos a la copia privada» y, por tanto, contraviene el contenido del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2001/29/CE.

En base a lo cual, las personas jurídicas que no pueden realizar copias privadas como señala el apartado 2 del artículo 31 de la L.P.I.¹⁹, cuando adquieran equipos y sean destinados a fines profesionales, la aplicación del canon resultaría indiscriminada. Al igual que los empresarios individuales, debería haber añadido el T.J.U.E., que dedican los equipos a fines manifiestamente profesionales.

No obstante, el T.J.U.E. continúa incidiendo en que la financiación del canon corresponde a las personas físicas²⁰, y a diferencia de las personas jurídicas, una vez que los equipos se han puesto a disposición de las personas físicas, «no es necesario verificar en modo alguno que éstas hayan realizado efectivamente copias privadas, mediante aquéllos ni que, por lo tanto, hayan causado efectivamente un perjuicio a los autores de obras protegidas»²¹. El Tribunal de Justicia para llegar a dicha conclusión parte de dos premisas, la primera consiste en que legítimamente las personas físicas se benefician íntegramente de la puesta disposición, es decir, «que explotan plenamente las funciones de que están dotados los equipos, incluida la reproducción»²². Ya que, en segundo lugar, la mera capacidad de los equipos o aparatos para realizar copias privadas «basta para justificar la aplicación del canon por copia privada», siempre que se cumpla con la premisa previa que los equipos se hayan puesto a disposición de las «personas físicas en su condición de usuarios privados».

Para ello, el Tribunal de Justicia se apoya en la redacción del considerando trigésimo quinto de la Directiva 2001/29/CE, al señalar como criterio útil para determinar la cuantía de la compensación equitativa «el posible daño»,

¹⁸ Apartado 52, párrafo segundo, asunto PADAWAN.

¹⁹ A diferencia de las personas físicas.

²⁰ Apartado 53 asunto PADAWAN.

²¹ Apartado 54 asunto PADAWAN.

²² Apartado 55 asunto PADAWAN.

no solamente el «daño». Por lo que parece imposible que se admita la prueba en contrario por el particular, ya que el carácter potencial del perjuicio causado a los autores de las obras protegidas reside para el T.J.U.E., en la realización del requisito previo necesario, consistente en la puesta a disposición de una persona física de equipos o aparatos que permitan efectuar copias, «lo cual no tienen que dar lugar necesariamente a la realización efectiva de copias privadas»²³. Es decir, que basta la mera puesta disposición de los equipos a los particulares, para que surja la obligación del pago del canon. Conclusión ya enunciada por el T.J.U.E. en el caso SGAE [STJUE de 7 de diciembre de 2006 (C-306/05, Rec.p.I.11519, apartados 43 y 44), señalando que, desde el punto de vista del derecho de autor, ha de tenerse en cuenta la mera posibilidad para el usuario final, en ese caso los clientes de un hotel, de visionar «las obras radiodifundidas por medio de televisores y de una señal de televisión puesta a disposición por el hotel, y no el acceso efectivo de los clientes a las obras».

En cuanto al aspecto objetivo del asunto PADAWAN, en relación a la aplicación del canon por copia privada de forma indiscriminada a todo tipo de aparatos, equipos y materiales de reproducción digital, cabría indicar lo señalado anteriormente; basta la puesta a disposición de los equipos y que éstos «puedan utilizarse para realizar copias privadas y, por consiguiente puedan causar perjuicios a los autores de obras protegidas»²⁴, para que se devengue el canon digital. Es decir, que el equipo ha de ser apto para la realización de copias; no obstante, al estar el T.J.U.E. fuera del recurso por incumplimiento no corresponde a dicho Tribunal en ese asunto decidir sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho de la Unión, sino a los órganos jurisdiccionales españoles decidir dicha cuestión a la vista de las anteriores conclusiones formuladas por el T.J.U.E., asunto *Triveneta Zuccheri y Otros/Comisión* [STJUE de 7 de diciembre de 2006 (C-347/87, Rec.p.I.1083, apartados 16)],

III. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA

La sentencia del asunto PADAWAN señala que debe existir vinculación entre la aplicación del canon destinado a financiar la compensación equitativa y el presumible uso de los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital para la realización de copias privadas. Pero, antes de estudiar esta cuestión debemos referirnos a la naturaleza jurídica del canon digital.

La «*compensación equitativa*» constituye una remuneración económica para los autores debido a la reproducción por las personas físicas de las obras divulgadas en las tres modalidades de reproducción, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejarán de percibir por dicha reproducción (compensación del perjuicio). En este sentido, el T.J.U.E., «la

²³ Apartado 57 asunto PADAWAN.

²⁴ Apartado 52 asunto PADAWAN.

compensación equitativa debe considerarse la contrapartida del perjuicio sufrido por el autor», asunto *PADAWAN*, apartado 40, último inciso.

En definitiva la compensación equitativa se trata de la remuneración que deben percibir los autores por la reproducción de sus obras, consecuencia del derecho de las personas físicas a la reproducción para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización comercial (no se trata de una copia obtenida ilegalmente).

La finalidad de la «*compensación equitativa*» por copia privada es indemnizar a los autores por el daño económico que sufren cuando se llevan a cabo copias de su obra para uso privado, lícitamente, pero sin solicitarles autorización previa y sin abonarles una remuneración en el seno de un contrato de explotación de derechos de propiedad intelectual. Como señala los considerandos 35 y 38 de la Directiva 2001/29/CE, los titulares de derechos deberán percibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por «el uso que se haya hecho de sus obras», es de decir del derecho de reproducción en relación a determinados tipos de reproducción de obras escritas, o de material sonoro, visual y audiovisual, para uso privado, mediante una compensación del perjuicio ocasionado. Compensación que tiene su origen en el perjuicio que causa la reproducción, el cual constituye el nacimiento de la obligación de compensación, apartado 41 de la sentencia *PADAWAN*. A diferencia del concepto «*remuneración equitativa*», respecto de la *explotación comercial* de las obras de los autores, a que hace referencia el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100/CEE del Consejo de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual²⁵. Aunque dicho concepto de *remuneración equitativa* debe interpretarse de manera uniforme en el territorio de la Unión, asunto *SENA* [STJUE de 6 de febrero de 2003 (C-245/00, Rec. p. 1251, apartado 24)], al igual que la *compensación equitativa*.

La Doctrina ha mostrado respecto a la naturaleza jurídica del canon digital tres posiciones: 1. *un tributo*; 2. una *prestación patrimonial pública*; 3. una compensación, *un pago de derecho privado*.

En primer lugar, se ha señalado que sería una *exacción parafiscal*, tributo atípico y parafiscal para FALCÓN, «un impuesto monofásico sobre ventas que incide en último término sobre un consumo específico, el consumo de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital»²⁶. Una carga «profesional» de los fabricantes y distribuidores comerciales de equipos, aparatos y soportes materiales aptos para la reproducción de obras protegidas, equiparable a un impuesto, con la finalidad de compensar a los titulares de la propiedad

²⁵ DO L núm. 346, p. 61.

²⁶ FALCÓN Y TELLA, R.: «La compensación equitativa por copia privada» (Copyright Levy) tras la Ley 23/2006 (RCL 2006, 1386): una exacción parafiscal de dudosa constitucionalidad. *Revista de Derecho Financiero* nº 137/2008.

intelectual por el derecho a realizar copias privadas sin su autorización²⁷. NAVARRO SÁNCHEZ, por el contrario, no considera a esta figura como un tributo, ya que en este caso, se infringiría el principio de legalidad y el de capacidad económica, además de la anomalía al ser gestionado por entidades privadas²⁸.

En este sentido, la compensación no es recaudada por la Administración tributaria, ni siquiera por una Administración Pública, sino por entidades privadas, las entidades de gestión de derechos de autor. Por otra parte, los ingresos no son de los entes públicos sino de los autores, por lo que no hay propiamente una relación jurídico-tributaria.

Tampoco puede considerarse *una prestación patrimonial de carácter público*, ya que si bien la compensación equitativa persigue un fin público y constituye una prestación impuesta por una Ley. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en sus sentencias 185/1995 y 182/1997, señala que la prestación patrimonial es un tipo de ingreso de derecho público, que no se encaja en la categoría tradicional de tributo, Fundamento de Derecho 3º de la sentencia 185/1995, y «donde la coactividad» es la nota distintiva fundamental del concepto de *prestación patrimonial* de carácter público. «Esto significa que deberán considerarse coactivamente impuestas no sólo aquellas prestaciones en las que la realización del supuesto de hecho o la constitución de la obligación es obligatoria, sino también aquellas en las que el bien, la actividad o el servicio requerido es objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar o, dicho, con otras palabras, cuando la renuncia a estos bienes, servicios o actividades priva al particular de aspectos esenciales de su vida privada o social» (STS 185/1995, FJ.3.b). Coactividad que no existe en la *compensación equitativa*, donde la persona física voluntariamente realiza una copia privada de una obra para uso privado, por tanto dicha reproducción no tiene carácter coactivo, ni el sujeto se ve obligado a pagar a un ente público directamente o bien de forma indirecta, como una prestación patrimonial de carácter público con carácter coactivo; coactividad entendida como ausencia de voluntad del ciudadano ya que éste debe hacer frente al pago si quiere usar el servicio indispensable por razones jurídicas o fácticas. Únicamente debe soportar a repercusión del canon por la realización de forma voluntaria de la copia privada en compensación.

Por tanto, el canon es una *obligación civil* establecida en una Ley, ajena al ámbito tributario, una compensación por la reproducción de una persona física para uso privado de una obra. Una compensación a los titulares de derechos de propiedad intelectual por la pérdida de ingresos que les supon-

²⁷ FALCÓN Y TELLA, R.: «La incompatibilidad del canon digital con la Directiva 2001/9/CE: las conclusiones de la Abogada General Trstenjak en asunto SGAE/PADAWAAN», *Quincena Fiscal*, núm. 11/2010 (Editorial).

²⁸ NAVARRO SÁNCHEZ, F.J.: «La sentencia del TJUE sobre el canon digital», diario El Economista, 25 de octubre de 2010.

drá el hecho de que los consumidores realicen copias de uso privado, en lugar de comprar originales.

Por otra parte, el pago del canon que realizan los fabricantes e importadores a los titulares de los derechos a través de las entidades gestoras, supone la compensación de un daño realizado a los autores, y no sustituye a un teórico pago que debería realizar el Estado por autorizar una copia, que no existe.

La compensación por copia privada no supone un ingreso público para el Estado, ya que el pago se realiza a las entidades gestoras de los derechos, cuyo importe es repartido por dichas entidades entre los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

Se trata, por tanto, de una *compensación civil*, un pago de derecho privado, establecido por ley, pero donde no existe una relación entre el Estado creador de la Ley y los autores, sino que la relación jurídica se produce entre particulares, los fabricantes e importadores, distribuidores y consumidores, por una parte, y los representantes de los autores, por otra. Indudablemente existe un *interés público*, proteger la propiedad intelectual de los autores, fomentar la cultura y la creatividad de un país. Ese interés público justifica indudablemente la intervención legislativa del Estado con una normativa que impone una compensación civil por autorizar la copia privada, estableciendo una serie de obligaciones y derechos a los particulares implicados. Veamos las principales consecuencias de la sentencia.

1. Aplicación indiscriminada del canon respecto de los equipos que no se han puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas

El devengo del canon digital tiene como requisito previo *la puesta disposición* de los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital de usuarios privados. En ese sentido, la realización de copias privadas solamente puede ser realizada por las personas físicas, por tanto, las sociedades mercantiles no pueden ser deudoras del canon digital, salvo que pongan los equipos a disposición de los usuarios particulares para la realización de las copias particulares.

Tampoco pueden tener la condición de deudores del canon, las Administraciones Públicas, las Asociaciones, así como el resto de entidades como museos, archivos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas que no sean de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural o científico sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes no integradas en el sistema educativo español. Ya que las entidades museos, etc., de titularidad pública, o entidades docentes integradas en el sistema educativo español estarán sometidas al régimen de compensación previsto en el artículo 37.1 de la L.P.I.

Puesta a disposición que puede ser, de derecho o de hecho²⁹. De manera que una sociedad mercantil, persona jurídica, en el caso de que, aunque como tal no puede realizar copias privadas, ponga «de hecho» a disposición sus equipos a los empleados para la realización de copias privadas, a cambio o sin remuneración, debe ingresar el pago de la compensación equitativa.

En cuanto a los *empresarios individuales* en su doble condición, persona física y empresario, la sentencia del T.J.U.E. no aclara su situación, si están o no sometidos al canon. La sentencia del asunto PADAWAN habla de la necesaria vinculación entre la aplicación del canon por copia privada y la utilización de los equipos³⁰. Por tanto, los empresarios y profesionales individuales que utilizan los equipos para fines profesionales no deben estar sujetos al canon, a diferencia de las personas físicas donde los equipos son puestos a disposición para fines privados, y en este caso no es necesario verificar que dichas personas han realizado copias privadas. En el caso de empresarios individuales, el legislador español en la futura reforma deberá permitir que dichos empresarios, que van a utilizar los equipos para fines profesiones, no deban que hacer frente al canon.

2. Los equipos, aparatos y soportes de reproducción deben ser susceptibles de realización de copias privadas

Por otra parte, dichos equipos, aparatos y soportes de reproducción *deben ser susceptibles de realización de copias privadas*, así como deben manifiestamente reservarse para la realización de copias privadas. El T.J.U.E. utiliza el término *manifiestamente*³¹, lo cual debe significar que en aquellos casos, en que no se cumpla esta circunstancia, teléfonos móviles, reproductores de música MP3, no debería exigirse el canon.

Sin embargo, el Gobierno no ha desarrollado el apartado 24 del artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual que señala que, «el Gobierno establecerá reglamentariamente los tipos de reproducciones que no deben considerarse para uso privado a los efectos de lo dispuesto en este artículo; los equipos, aparatos y soportes materiales exceptuados del pago de la compensación, atendiendo a la peculiaridad del uso o explotación a que se destinen, así como a las exigencias que puedan derivarse de la evolución tecnológica y del correspondiente sector del mercado; y la distribución de la compensación en cada una de dichas modalidades entre las categorías de acreedores, a fin de que los distribuyan, a su vez, entre éstos, ajustándose a lo dispuesto en el artículo 154»³².

²⁹ Apartado 46 asunto PADAWAN.

³⁰ Apartado 46 asunto PADAWAN.

³¹ Apartado 53 asunto PADAWAN.

³² Tampoco ha desarrollado el apartado 7 del artículo 25 de la LPI., «Asimismo, el Gobierno, mediante real decreto, podrá establecer excepciones al pago de esta compensación equitativa y única cuando quede suficientemente acreditado que el destino o uso final de los equipos, aparatos o soportes materiales no sea la reproducción».

Por otra parte, existen en la actualidad sistemas técnicos que permiten controlar la realización de copias privadas y saber cuándo el particular esta realizando una copia para exigir el pago del canon (DRM). *Los Digital Management Rights* pueden permitir un cambio en el sistema del canon digital español, facultando a los autores a gestionar las autorizaciones, cobrando la realización de la copia privada, sin necesidad de la intervención de las entidades gestoras, quedando libre el acceso a la adquisición de equipos o aparatos sin el abono de la compensación equitativa.

3. La posible retroactividad de la sentencia del T.J.U.E.

Se plantea la retroactividad de la sentencia del T.J.U.E. En ese sentido, las entidades que hayan abonado indebidamente la compensación equitativa podrán exigir la devolución del importe pagado de forma improcedente. Ya que indudablemente ha existido un *enriquecimiento injusto* de los perceptores del canon, en contra de lo establecido en el artículo 1895 del Código Civil. La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2001 (STS 8493/2001, JF 4º) señala los presupuestos para considerar enriquecimiento injusto:

- a) Efectivo empobrecimiento de una parte y el correlativo enriquecimiento de otro a costa de aquella, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2005 (STS 7023/2005).
- b) La no existencia de justa causa, que ha de entenderse como aquella situación jurídica que autorice al beneficiario de un bien a recibirle, bien por disposición legal o porque se ha dado un negocio jurídico válido y eficaz. Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1996 (STS 7375/1996); de 5 de diciembre de 1992 (STS 8911/1992), de 4 de noviembre de 1994 (STS 7124/1994); y de 19 de diciembre de 1996 (STS 7049/1996). En ese caso, no existía la obligación legal de pagar el canon digital en aquellos casos que fuera improcedente.
- c) La persona que realiza la atribución patrimonial, no puede hacerlo voluntariamente, a plena conciencia, sin conocimiento ni consentimiento de la otra.

Es decir, las personas que indebidamente han abonado el canon digital podrán por la vía civil solicitar la devolución de lo indebidamente abonado, como así ha ocurrido en el caso PADAWAN, donde un Juzgado de Barcelona ha determinado que la empresa recurrente en dicho asunto no estaba obligada al pago del canon controvertido en cumplimiento de la sentencia del T.J.U.E recaída en el citado caso.

Por otra parte, la incorrecta transposición de la Directiva 2001/29/CE por el legislador español puede dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (T.J.U.E.), como estudiaremos seguidamente.

4. Derechos de los Titulares de los derechos de propiedad intelectual

El legislador español en la futura y urgente de la Ley de Propiedad Intelectual deberá tratar equilibradamente los derechos de los autores y de los usuarios. Es cierto que, se ha pagado improcedentemente el canon digital en determinados supuestos, pero igualmente se ha de señalar que los autores han sido tratados de una manea injusta por el legislador nacional, donde sí ha existido una responsabilidad patrimonial del Estado.

En efecto, la Directiva 2001/29 entró en vigor el 22 de junio de 2001, y según el artículo 13, apartado 1, párrafo primero de dicha Directiva, los Estados miembros deberían poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la citada Directiva antes del 22 de diciembre de 2002. Sin embargo, España no adoptó las medidas necesarias para adaptar el derecho interno a lo dispuesto en la Directiva 2001/29 con anterioridad al 22 de diciembre de 2002, por lo que fue el T.J.U.E condenó a nuestro país en el asunto *España/Comisión* [STJUE de 28 de abril de 2005 (C-31/04)], al no haber adoptado las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en dicha Directiva³³.

Directiva que sí que otorga a los autores el derecho a percibir una compensación equitativa por la excepción por la realización de copia privada, por lo que se cumplirían los tres requisitos enunciados en el asunto *Haim* asunto *Haim* [STJUE de 4 de julio de 2000 (C-424/97, Rec. p. I-5123)], para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado, en este caso por la actuación del legislador.

Directiva 2001/29/CE que fue introducida en nuestro ordenamiento en la Ley 23/2006 formalmente, ya que no se estableció en la misma la forma de cuantificación y pago de la compensación equitativa, a salvo de dar validez al acuerdo del año 2003 entre las entidades de gestión de derechos (AIE, AISDE, EGEDA, SGAE, DAMA y CEDRO) y la Asociación Multisectorial de Empresas de Tecnologías de la Información, Comunicaciones y Electrónica (ASIMELEC), de conformidad con la Disposición Transitoria Única de dicha Ley. Acuerdo aplicable a los aparatos citados en el propio acuerdo y a los miembros de dichas Asociaciones y entidades gestoras, el resto quedaba al margen de la compensación.

No será, hasta la Orden PRE/1743/2008, con efectos 1 de julio de 2008, cuando los autores vieron reconocidos sus derechos en relación al canon digital.

Por otra parte, ya la Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual, reconocía a los autores el derecho a percibir una «*remuneración compensatoria*», por la reproducción de obras para uso personal, criterio recogido en el Texto re-

³³ Sentencia publicada el 9 de julio de 2005 en el Diario Oficial de la Unión Europea C 171/3.

fundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 al hablar de la *remuneración equitativa*. Sin embargo, a pesar de la obligación del pago del canon digital desde el año 1987, los autores no percibieron su importe. En primer lugar, porque la Ley 22/1987 ni el texto refundido de 1996 establecieron la forma de cuantificación y pago del canon digital, así como tampoco la Ley 23/2006 que introdujo en nuestro ordenamiento interno la Directiva 2001/29/CE, pero solamente estableció las cuantías de la compensación equitativa para las copias analógicas, no para las digitales (artículo 25.5).

Por tanto, la futura reforma legal ha de tratar equilibradamente los intereses de los particulares, realizadores de copias privadas, y los de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, que han visto mermados sus derechos económicos desde la Ley de Propiedad Intelectual de 1987.

5. La responsabilidad patrimonial del Estado

Como se ha indicado anteriormente, podría apuntarse la *responsabilidad patrimonial del Estado*, en este caso por la actuación del legislador, por la vulneración del derecho comunitario, al no haberse incorporado correctamente la Directiva. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (T.J.U.E.) en la sentencia relativa al asunto *Francovich y otros* [STJUE de 19 de noviembre de 1991 (C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357)] estableció el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario. Responsabilidad a apreciar los órganos nacionales, siempre que se cumplan los siguientes requisitos señalados en el asunto *Haim*, antes citada:

- Que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de *derechos a favor de los particulares*, y que el contenido de estos derechos puede ser identificado basándose en las exposiciones de la Directiva.
- Que la violación esté *suficientemente caracterizada*.
- Que exista una *relación de causalidad* entre el incumplimiento de la obligación que incumbe a al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

Sin embargo, en este caso no se cumple el primer requisito, ya que la Directiva 2001/29/CE no otorga un derecho a la persona física para la realización de una copia privada, sino que establece una excepción, artículo 5, apartado 2, letra b), al derecho exclusivo de los autores a la autorización de reproducciones. De manera que, no cabría exigir la responsabilidad del Estado por la redacción de la Ley de la Propiedad Intelectual que ha realizado el legislador español.

En el caso contrario, la exigencia de responsabilidad patrimonial por los autores se ha de indicar lo siguiente. Desde la entrada en vigor de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, los titulares de derechos de propiedad intelectual tuvieron derecho a percibir la compensación por la realización de copias privadas. Aunque el plazo para ejercitar el derecho reclamar prescribía al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización

o de manifestarse su efecto lesivo, de conformidad con el apartado 5 del artículo 142 de la Ley 30/1992.

No obstante, no ha sido hasta la Ley 23/2006 en la que se estableció la diferenciación entre copia analógica y digital, cuando se estableció el procedimiento de cálculo de la compensación equitativa, que fue realizada finalmente por la Orden PRE/1743/2008, con efectos 1 de julio de 2008. Por lo que de acuerdo con el principio de «*actio nata*», es desde esa fecha, cuando el derecho pudo ser ejercitado, cuando debe comenzar a contarse el plazo del año indicado.

Sin perjuicio, del Acuerdo del año 2003 entre las entidades gestoras de los derechos de propiedad intelectual y la Asociación Multisectorial de Empresas de Tecnologías de la Información, Comunicaciones y Electrónica (ASIMELEC), con efectos para las entidades firmantes de los acuerdos. Acuerdo, que fue refrendado por la disposición transitoria única de la Ley 23/2006, con efectos hasta el 30 de junio de 2008.

Por otra parte, el T.J.U.E condenó a nuestro país en el asunto *España/Comisión* [STJUE de 28 de abril de 2005 (C-31/04)], al no haber adoptado las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 2001/29 en el plazo indicado, supuesto de clara responsabilidad patrimonial del Estado, al haberse dejado de percibir una serie de compensaciones económicas. Cumpliéndose los requisitos antes señalados en el asunto *Haim*, ya que la Directiva 2001/29/CE otorgaba a los autores el derecho a percibir una compensación, la no trasposición de la Directiva constituyó una violación suficientemente caracterizada, y existía el nexo causal entre el incumplimiento del Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

Por otra parte, entre la sentencia de 28 de abril de 2005, asunto *España/Comisión*, antes citada, y la fecha de incorporación formal de la Directiva 2001/29/CE con la Ley 23/2006, se produjo un nuevo retraso en la incorporación de la Directiva, ya que en dicha Ley no se fijaron las cantidades a percibir, por los que las cantidades devengadas podían ser exigidas al Estado en virtud de su responsabilidad patrimonial, a medida que se produjera dicho devengo.

Además, aunque la Directiva 2001/29/CE fue incorporada a nuestro ordenamiento formalmente por la Ley 23/2006, la fijación de las cuantías de la compensación equitativa no se realizó hasta la Orden PRE/1743/2008, con efectos 1 de julio de 2008. Un nuevo retraso en la incorporación de la Directiva 2001/29/CE que también determinaría la responsabilidad del Estado por constituir un nuevo incumplimiento, arts. 258 y sgts. del T.F.U.E., invocable ante los jueces internos para garantizar la tutela judicial efectiva³⁴.

Finalmente, la Orden PRE/1743/2008, ha sido anulada en sentencia de la Audiencia Nacional por razones puramente formales, por lo que en el caso de que en un futuro se considere que la próxima Orden no incorpora en

³⁴ FALCON Y TELLA, R., Editorial, *Quincena Fiscal*, nº 13, julio 2002, p. 7.

sus justos términos la Directiva 2001/29/CE, los titulares de los derechos de propiedad intelectual podrán seguir exigiendo la responsabilidad patrimonial del Estado.

En resumen, en el caso de la Directiva 2001/29/CE haya sido *incorporada incorrectamente* a las normas internas, y los particulares podrán invocar ante los tribunales nacionales dicha Directiva frente al Estado, en base al efecto directo del derecho comunitario, asunto *BRICKMANN* [STJUE de 15 de junio de 2000) (C-365/98, Rec. p. I. 1998)].

Si no se produce la corrección normativa en el orden interno, siempre se puede recurrir los actos de liquidación contrarios a la norma comunitaria y desde luego, el Estado incurriría en una conducta de incumplimiento.

IV. CONCLUSIONES

1.–La puesta de aparatos o soportes a disposición de personas físicas y para fines privados, deriva en la obligación de pagar el canon.

2.–La mera capacidad de los equipos para realizar copias (potencialidad) justifica la aplicación del canon sin necesidad de probar que efectivamente se ha realizado la reproducción privada por particulares.

3.–El canon digital no puede aplicarse de forma *indiscriminada* en contra de la Directiva 2001/29CE, debiendo existir la necesaria vinculación entre la aplicación del canon a los equipos, aparatos y soportes y el uso que previsiblemente se vaya a realizar de los mismos.

4.–El canon digital no se puede *aplicar indiscriminadamente* en aquellos casos en que los aparatos y soportes sean adquiridos por personas con fines manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas.

5.–Las sociedades no pueden hacer copias privadas, y usan los equipos para fines presumiblemente profesionales.

6.–La sentencia del T.J.U.E. del asunto PADAWAN declara conforme a la Directiva 2001/29/CE la forma de cobro y repercusión del canon digital.

7.–Las entidades deudoras que han abonado la compensación equitativa de manera improcedente pueden exigir a las entidades gestoras la devolución de los importes abonados *indebidamente*, como consecuencia de haberse producido un *enriquecimiento injusto*.

8.–Sin embargo, las entidades deudoras *no podrán exigir la responsabilidad patrimonial del Estado*, ya que no se cumple el primer requisito a que hace referencia la sentencia del T.J.U.E., asunto *Haim*, para exigir dicha responsabilidad, «que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de los particulares» y, en este sentido Directiva 20001/29/CE no ha concedido el derecho de los usuarios de los aparatos para la realización de copias privadas, sino una excepción al derecho de los autores a la reproducción en exclusiva.

9.–El Legislador español, debe adaptar nuestra ley de Propiedad Intelectual al Derecho Comunitario de conformidad con la sentencia del T.J.U.E. de 21 de octubre de 2010, aclarando en que casos deben pagar el canon los empresarios y profesionales personas físicas, así como los aparatos no dedicados manifiestamente a la realización de copia privada.