

Una Actualización Jurídica sobre el Sistema de Compensación por Copia Privada en el Derecho de Autor

JOSE-CARLOS ERDOZAIN LÓPEZ

Doctor en Derecho. Abogado. Profesor Derecho Civil de la Universidad San Pablo CEU. Gerente de la Fundación AISGE. E-mail: jerdozain@fundacionaisge.es

Recibido: 06-05-12 Aceptado: 10-06-13

Resumen

El régimen de copia privada ha sufrido grandes cambios en el Derecho español en los dos últimos años. De hecho, en la actualidad existe un proyecto de ley cuyo fin es modificar, una vez más, aquel régimen a fin de redefinir los supuestos en que los titulares de derechos pueden ser compensados como consecuencia de las copias privadas realizadas por el público. Se describen las claves del nuevo sistema establecido y crítica algunos aspectos del mismo. Principalmente, la drástica reducción de la compensación económica debida y el nuevo concepto de «copia privada», que reduce significativamente su ámbito con respecto a la anterior legislación.

PALABRAS CLAVES: Copia Privada, Compensación Equitativa, Derecho de Autor, Límites.

An Update on Private Copying's Compensation System under Spanish Copyright Law

Abstract

The Spanish regulation on private copying has been significantly modified in the last two years. In fact, a bill has been recently filed in Parliament in order to modify this issue once again and redefine cases in which copyright holders may be entitled to receive compensation for private copying. The author of this article points out the keys of this regulation while criticizing some aspects of the incoming legislation. Main items emphasized are the drastic reduction of equitable compensation and the new concept of "private copying", which significantly reduces the scope of this limitation as compared to the previous legislation.

KEYWORDS: Private Copying, Equitable Compensation, Copyright, Limitations.

INTRODUCCIÓN

La regulación jurídica de la copia privada en el Derecho español ha sufrido vaivenes y duras sacudidas en los últimos diez años. Como si de la gráfica de una especulación bursátil se tratara, se ha pasado de un modelo legal en el que apenas había un reconocimiento a que el titular de un derecho de propiedad intelectual debiera ser compensado económicamente por la permisión legal de reproducciones para uso privado sin que ello se vea como un acto de explotación, o sólo era un reconocimiento aplicado al ámbito de la reproducción analógica, basado en una compensación justa y apropiada, a una estructura donde el reconocimiento de la copia privada es, en realidad, anecdótico y la remuneración insuficiente a todas luces. Entremedias, durante el periodo de 2003 a 2011, pervivió sin embargo un escenario caracterizado por un reconocimiento pleno y desarrollado de la remuneración compensatoria por copia privada.

El punto álgido de la curva estuvo situado en la legislación aprobada como consecuencia de la incorporación 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, legislación que llevó a la modificación del artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual¹. En virtud de dicha normativa los titulares de derechos gozaron de una protección jurídica apropiada, suficiente, que justificada económicamente la merma jurídica del derecho exclusivo de reproducción que se producía al preverse el límite de reproducción para uso privado del copista.

En la actualidad, y no podemos extendernos más debido a la brevedad del presente estudio y presentación, asistimos a una última fase en la regulación del límite por copia privada y su correlativa compensación equitativa, en la que se propone la aprobación de una modificación al texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual que, de aprobarse, vendrá a significar una reducción inaceptable del campo de aplicación efectiva del límite de copia privada a la mínima expresión (véase más adelante el epígrafe dedicado al Anteproyecto de Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual). De prosperar esta reforma tal cual está plasmada en los textos preparatorios aprobados por el Gobierno, la consecuencia será la pérdida de derechos económicos y jurídicos para los titulares de derechos de propiedad intelectual, y una situación de incertidumbre legal sobre determinados aspectos de la copia privada².

Una de las primeras cuestiones sobre la que se podría discutir en esta materia es el motivo o motivos que han llevado a una regulación tan errática y poco estable en nuestro país. En una primera aproximación, la causa de estos altibajos jurídicos no aparece exenta de un deseo evidente del legislador de beneficiar a las compañías productoras o distribuidoras de soportes sujetos al pago de la compensación por copia privada a costa del reconocimiento de una compensación económica justa y digna a los titulares de derechos de propiedad intelectual concernidos: se trataría de buscar un efecto puramente económico bajo el pretexto de la revitalización de nuestra economía. Junto al anterior, no debe desdeñarse desde luego tampoco el componente ideológico del legislador, cuando se observa que la modificación actual del sistema español de copia privada se está viendo impulsada por un gobierno conservador, mientras que el punto álgido de la curva a la que antes nos referíamos vino avalada por un gobierno progresista. En esa dialéctica política, vaivén ideológico que sacude a nuestro país regularmente, nos encontramos hoy día, debiendo corresponder a los juristas evaluar, desde una exigencia de objetividad analítica, la adecuación, la suficiencia y la permisividad de la legislación aplicable al tema que nos ocupa.

En todo caso, no conviene soslayar que la cuestión de la regulación de la copia privada no es una circunstancia exclusiva de España, sino más bien una discusión extendida a otros países³ sobre las razones por las que habría que pagarse esta compensación por copia privada. Este cuestionamiento se produce en un marco comercial en el que las copias privadas de material protegido por un derecho de propiedad intelectual prácticamente no encuentran límite alguno, y en el que, al ya citado ánimo de beneficio empresarial, se une la imposibilidad material de controlar las copias efectuadas con fines privados. Hoy día a nadie se le escapa que la reproducción digital se ha infiltrado por los resquicios de la Propiedad intelectual, y ha abierto grandes brechas en la densidad y robustez de una institución, como es la que analizamos, que hasta el momento al menos contaba con una sólida tradición. Asimismo, es prácticamente tan ingente e inconmensurable el número de reproducciones hechas en el ámbito digital que no son pocos los que defienden una compensación a tanto alzado basada en estimaciones poco fiables, no obstante.

Las dudas sobre si aplicar un régimen compensatorio se acentúan cuando se percibe que la ansiada remuneración acaso tenga un trasfondo compensador, pero no de las copias privadas realizadas por quienes hayan adquirido material protegido, sino de las pérdidas producidas por la creciente «piratería» en línea. No se trataría ya de compensar copias privadas «legales»,

sino de reparar el daño inmenso e incalculable que las copias indiscriminadas realizadas a través de Internet producen a los titulares de derechos. Si el fin de la compensación por copia privada fuera ese, se desvirtuaría la esencia del modelo tal cual ha sido construido durante años por las legislaciones de medio mundo. Pero no creemos que haya sido esa la finalidad oculta de la novedosa regulación sobre copia privada en el ámbito digital, sino más bien, como antes expusimos, las infinitas posibilidades que ofrece la reproducción digital en la que no sólo la calidad es prácticamente la misma en original y reproducción, sino que ofrece ilimitadas reproducciones de una obra sin que el titular de derechos concernido pueda controlar, medir o conocer simplemente cuántas efectivamente se han hecho a partir del original.

Y como telón de fondo divisamos el rechazo de los consumidores a un sistema de pago y de protección de derechos que de manera directa les impide acceder libremente a una propiedad inmaterial por esencia que ansían como producto de consumo inmediato y hasta necesario. A esos mismos consumidores, no se olvide, se les transmite el coste económico de la compensación por copia privada por parte de sus deudores en sentido estricto (los fabricantes y distribuidores de soportes, aparatos o instrumentos que permitan la reproducción), desplazando hacia ellos un coste que, aunque de forma legítima, no deja de despertar dudas éticas o morales sobre su idoneidad; y, al tiempo, se les somete al dilema de tener que pagar por algo (el acceso a la propiedad intelectual) por lo que, a su modo de ver, ya han pagado (al adquirir el soporte original al que está incorporada la propiedad intelectual), desembocando en la creencia de haber pagado dos veces por lo mismo, circunstancia que no acaban de comprender, y que, aunque se les trate de explicar, rechazan abiertamente por motivos puramente económicos y hasta ideológicos.

En este marco de múltiples intereses encontrados (titulares de derechos, fabricantes de soportes en los que se pueden hacer copias privadas, consumidores y legislador político) iniciamos nuestro análisis.

BREVE RETROSPECTIVA HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN POR COPIA PRIVADA EN ESPAÑA

Consideraciones sistemáticas e incluso históricas aconsejan echar la mirada atrás, en lo que a la regulación por copia privada en España se refiere,

a fin de estar en condiciones de comprender el por qué de esta regulación y el destino final que pretende darse a la misma.

La remuneración compensatoria en la Ley de Propiedad Intelectual de 1987

La primera regulación de la copia privada *stricto sensu* la encontramos en la Ley de Propiedad Intelectual que se aprobó el 22 de noviembre de 1987. En su art. 25 se reconoció el derecho de determinados titulares de derechos (acreedores) a exigir de fabricantes y/o distribuidores de soportes analógicos⁴ en los que se pudiera hacer o que sirvieran para hacer una reproducción o copia para uso privado de una obra o prestación protegida. La justificación del reconocimiento de este derecho se hallaba en la redacción del art. 9.2 del Convenio de Berna⁵ que permitía una derogación parcial del derecho exclusivo de reproducción de los autores, traducida en la posibilidad de «limitar» sin mayores especificaciones tal derecho exclusivo, con tal de que dicha reproducción no supusiera para el autor de la obra reproducida un daño injustificado, ni afectase gravemente a su explotación. Aquella formulación, restringida en un primer momento al ámbito del derecho de reproducción, y denominada «regla de los tres pasos», se expandió posteriormente, al menos en nuestro Ordenamiento y en el de la Unión Europea, al resto de derechos exclusivos despegándose del derecho de reproducción para cubrir el campo de actuación de otros derechos exclusivos (cfr. art. 4 de la Ley 5/1998, de 6 de marzo por la que se transpuso el art. 8.2 Directiva 96/9/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos). En nuestro caso particular, la «regla de los tres pasos» dio lugar al nuevo art. 40 bis cuyo texto reza «los artículos del presente capítulo [*referido a los límites a los derechos de propiedad intelectual, entre ellos el que posibilita la reproducción para uso privado del copista*] no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran».

El sistema instaurado en 1987, aplicado al ámbito analógico, se mantuvo firme e indiscutido durante años. Tanto las cuantías en que consistía la remuneración, como el tipo de soporte sujeto a su pago quedaban fijados en la propia Ley, y su recaudación se encomendaba a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, a cuyos socios o titulares de derechos se reconocía el carácter acreedor de aquella remuneración (autores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores y editores).

Sistemáticamente, esta remuneración quedaba encuadrada en la Sección 3ª del Capítulo III («Contenido»), del Título II («Sujeto, objeto y contenido»), del Libro I sobre los «derechos de autor», sección denominada (en 1987) «otros derechos», y se concebía como el contrapunto del art. 31 de la Ley (de 1987) que permitía a los particulares la realización de copias para uso privado («sin autorización del autor») de obras y prestaciones protegidas, siempre y cuando se garantizase a los titulares de derechos concernidos el pago de aquella remuneración (cfr. art. 25.1 LPI 1987). La construcción jurídica era respetuosa con los dictados del art. 9.2 del Convenio de Berna.

El sistema previsto en la ley de 1987 funcionó correctamente en líneas generales. No fue discutido esencialmente, y ello pudo deberse, por un lado, a la ausencia de medios técnicos que permitieran copias ilimitadamente y de calidad prácticamente idéntica al original, y por otro, a la ausencia de un mercado de producción de tales medios.

El Real Decreto Legislativo 1/1996 y el Acuerdo entre entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y los fabricantes y distribuidores de soportes y aparatos reproductores

En 1996 nuestro legislador encomendó al Gobierno la tarea de refundir en un único texto la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, la cual había sufrido varias modificaciones, con el fin de armonizar y unificar su texto. Fruto de esa labor fue el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprobó el texto refundido en la materia.

El art. 25 TRLPI siguió fundamentalmente las mismas directrices que anteriormente hubo instaurado la Ley de 1987. El reconocimiento legal se focalizó en la reproducción analógica, y el pago de la remuneración compensatoria tenía el fundamento de mitigar el daño que la limitación del derecho de reproducción (ex art. 31 TRLPI) traía consigo.

Con el transcurrir de los años, sin embargo, el ámbito de lo analógico fue dejando paso, lenta pero inexorablemente, al reinado absoluto de la tecnología digital. La competición duró poco, y pronto se ensalzaron y se descubrieron las virtudes de la reproducción digital frente a los métodos tradicionales de copia hasta entonces imperantes. Tanto los fabricantes de aparatos reproductores y de soportes para la reproducción, como los consumidores interesados en su consumo enfilaron su proa hacia un nuevo mundo (el de lo digital) que auguraba beneficios (aunque de distinta naturaleza) para todos.

La mayor y creciente utilización o consumo de tecnología digital frente a la analógica hizo que la regulación sobre copia privada hasta entonces existente fuera perdiendo relevancia en términos de mercado. Frente a los recursos y aparatos de origen analógico los digitales adquirieron progresivo peso, arrinconando a aquellos a un frente muy limitado y apto sólo para enamorados de lo tradicional.

Ese fenómeno de pérdida de valor cuantitativa y cualitativa de lo analógico frente a lo digital pronto hizo que se cuestionara el modelo legal sobre copia privada. La principal interrogante consistía en saber si dicho modelo, construido bajo patrones de explotación analógica, seguía siendo apto para el fenómeno de la reproducción digital. Con el devenir de los años y la aparición de nuevos aparatos y soportes reproductores, las dudas no han ido sino acrecentándose, hasta llegar a una situación actual caracterizada por un continuo y creciente interrogante de la institución como tal de la copia privada. Principalmente, se cuestiona si el modelo de copia privada, basado en el pago de una compensación monetaria al titular de derechos, estaba (está) justificado en todos los casos de reproducción y respecto de cualquier aparato que sirviera para la reproducción de obras y prestaciones, aunque su utilidad fundamental no fuera esa (por ejemplo, si debía – debe – entenderse que un terminal de aparato telefónico móvil o celular apto para la reproducción musical debía – debe – quedar sujeto al pago de dicha remuneración cuando su finalidad fundamental no es la de servir de soporte al almacenamiento de obras y prestaciones protegidas, cabiendo hacer similares consideraciones con respecto a un pen-drive o soporte de grabación masiva, o a un ordenador personal o a un disco duro, etc.).

El debate pronto se centró en la justificación del modelo de copia privada, aunque para ello hizo falta el transcurso de algunos años. Tras el Texto Refundido de 1996, y en los años posteriores, tanto la industria fabricante de aparatos, equipos y soportes, como los titulares de derechos aunaron sus esfuerzos, de buena fe, por ordenar legalmente (o convencionalmente, como a continuación se verá) el ámbito y extensión de la remuneración compensatoria por copia privada a la reproducción digital. Consecuencia de esos esfuerzos fue el acuerdo alcanzado entre las entidades de gestión representativas de los titulares de derechos afectados por el límite de copia privada y el sector empresarial representativo de los fabricantes de aparatos reproductores y soportes que permiten la reproducción. Aquel acuerdo, centrado, repetimos, en el ámbito digital exclusivamente, se plasmó en un conjunto de tarifas

que recaían sobre aparatos, equipos y soportes de esa naturaleza, haciendo basar la cuantía de dichas tarifas en la capacidad de reproducción y en la posibilidad de que se pudieran efectuar en ellos (o permitieran) múltiples e ilimitadas reproducciones. El Acuerdo fue firmado el 31.7.2003 entre ASIMELEC (Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones) y las cuatro entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual representativas de los titulares de derechos afectados (SGAE, AISGE, AIE, AGEDI y DAMA, las cuales cubren, respectivamente, los derechos de los autores y editores; de los artistas intérpretes del medio audiovisual; de los artistas intérpretes musicales; de los productores de fonogramas y de los autores de obras audiovisuales). Dicho acuerdo tuvo vigencia hasta 2006 en que se aprobó la nueva legislación sobre la materia, según ya hemos referido.

En efecto, el Acuerdo relatado fue criticado por carecer de base legal, pese a que sus efectos se cernían sobre la generalidad del público consumidor como si de una norma de aplicación general se tratase. En el fondo de la crítica latía la opinión de que una convención de aquellas características, cuyas implicaciones en el público consumidor eran más que evidentes, debía poseer un respaldo legal del legislador y no tratarse meramente de un arreglo particular entre operadores privados. Si se prefiere la expresión, había un abierto debate sobre la legitimidad legal del Acuerdo en cuanto a su origen y su vinculación normativa *erga omnes*. Sólo una norma reglamentaria o legal, se decía, en razón de la especial trascendencia que tenía el asunto debatido debía regular el mismo.

Como resultado de todo ello, se aprobó la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, por la que se establecía la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción⁶. Esta disposición normativa se refería exclusivamente a soportes y aparatos de naturaleza digital, permaneciendo intacta la regulación del art. 25 TRLPI sobre aparatos y soportes de tipo analógico. La Orden ministerial de 2008 estuvo en vigor hasta que la sentencia de la Audiencia Nacional de 24.3.2011 la declaró nula por motivos estrictamente formales⁷. Como se puede comprender, el vacío legal provocado por dicha declaración judicial fue significativo, dando lugar a una situación atípica en que no se sabía muy bien si las tarifas aplicables a la reproducción de obras y prestaciones para uso privado de carácter digital había desaparecido por completo, o si debía revivir el acuerdo entre entidades de gestión y sector fabricante de aparatos y soportes referido en líneas anteriores.

Precisamente, esa situación de indefinición, difusa en cuanto a su origen y sus consecuencias, fue finiquitada por la disposición adicional del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre⁸, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. Así, a través de un instrumento legal (real decreto-ley) de dudosa aplicación al ámbito al que nos referimos (puesto que no se atisba a comprender por qué motivos de urgente necesidad, tal y como exige nuestra Constitución, habría de acometerse la regulación de la compensación por copia privada por medio de real decreto-ley), el legislador tomó una decisión polémica y radical, cuyos efectos se perciben aún hoy: derogar (o suprimir, como se señala en el texto normativo) el sistema de compensación que se preveía en el art. 25 TRLPI (por tanto, ya sea para soportes o aparatos analógicos, ya sea para los digitales), basado en una exhaustiva lista de aparatos y soportes que, en atención a su distinta capacidad de reproducción o grabación, y a la naturaleza ilimitada o no de las reproducciones que el soporte o aparato podía llevar a cabo, calculaba una distinta tarifa, y sustituirlo por el reconocimiento a una cantidad a tanto alzado a abonar a los titulares de derechos sin basarse para llegar al cálculo de esa cantidad en criterio discriminador alguno. Además, el pago de la cantidad de dinero reconocida a modo de compensación se hacía con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, dejando de configurarse como una deuda de los fabricantes de aparatos y soportes con capacidad de copia o reproducción de obras y prestaciones. No es que desaparezca formalmente la remuneración compensatoria por copia privada, sino más bien variaba sustancialmente su cuantía, así como la consideración de quién era su deudor, convirtiéndose el Estado en el único reconocido y quitando de en medio a los fabricantes y distribuidores de equipos, soportes y materiales de reproducción a quienes liberó del cumplimiento de una obligación legal que a todas luces y durante mucho tiempo combatieron abiertamente, como ha quedado reflejado en líneas precedentes.

Consecuencia de toda la evolución legislativa anterior es, precisamente, el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado⁹ (en adelante, «el RD»), el cual centra nuestro examen a continuación. Hemos de indicar que este RD se ha impugnado por algunas entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual al entender que el mismo no remunera adecuadamente el perjuicio realmente causado a los titulares de derechos por las reproducciones para uso privado que puedan estar haciéndose en nuestro país en la actualidad. Hasta

el momento de redactar estas líneas todavía no ha habido pronunciamiento alguno de los tribunales, si bien se espera una decisión en breve plazo.

EL REAL DECRETO 1657/2008 Y EL SISTEMA ACTUALMENTE VIGENTE EN MATERIA DE COPIA PRIVADA

Objeto del RD

Tal y como destaca el art. 1 del RD, éste tiene por objeto no solo establecer el procedimiento y los criterios objetivos para la determinación de la cuantía anual de la compensación equitativa por copia privada tomando como base el perjuicio causado, sino, además, el procedimiento de liquidación y pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

Llama la atención el especial énfasis que imprime el RD sobre la necesidad de que la cuantía de la compensación se calcule de acuerdo con «criterios objetivos», esto es, alejados de cualquier interpretación parcial o subjetiva. Cabría preguntarse cuándo no ha sido así, y si realmente esa referencia no es inherente a la concepción misma de la reproducción efectuada para fin privado. En cualquier caso, la segunda modificación relevante reside en el hecho de que de la compensación ya no son deudores los fabricantes de aparatos y soportes reproductores, sino el propio Estado.

El pago de la compensación se configura como un derecho irrenunciable para los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes (cfr. art. 2.2 RD).

Quiénes son los titulares beneficiarios de la compensación

Los beneficiarios de la compensación equitativa por copia privada, en cuanto titulares de derechos de propiedad intelectual, son los autores de las obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, explotadas públicamente y, en los casos en que corresponda, los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas. Quedan excluidos del pago de la compensación los

titulares de derechos relativos a bases de datos electrónicas y a los programas de ordenador. A contrario, ello significa que no cabe realizar reproducciones a título privado de bases de datos electrónicas, ni de programas de ordenador.

El RD mezcla el ámbito subjetivo de titulares beneficiados por la compensación con el objetivo. A tal punto, el RD define qué debe entenderse por publicaciones asimiladas a libros, siendo aquellas de contenido cultural, científico o técnico siempre y cuando estén editadas en serie continua con un mismo título a intervalos regulares o irregulares, de forma que los ejemplares de la serie lleven una numeración consecutiva o estén fechados, con periodicidad mínima mensual y máxima semestral, y tengan al menos 48 páginas por ejemplar¹⁰.

Aunque el RD no los mencione, tampoco quedan incluidas las entidades de radiodifusión, ni otros titulares de derechos no expresamente mencionados. No gozan pues tales sujetos del derecho a percibir parte de la remuneración compensatoria.

Sobre la cuantía de la compensación (art. 3 RD)

A diferencia de la anterior regulación sobre la materia, la actual no establece una cuantía exacta de la compensación exhaustiva por aparato y/o material de reproducción, sino que se remite a una futura Orden ministerial para su especificación conforme a determinados criterios de cuantificación que el propio RD establece.

La cuantía de la compensación se calculará sobre la base del perjuicio efectivamente causado a los titulares de los derechos de propiedad intelectual como consecuencia de la reproducción por personas físicas, en cualquier soporte, a partir de obras ya divulgadas a las que haya accedido legalmente.

Para la estimación de este perjuicio deberán tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes criterios objetivos:

a) La estimación del número de copias realizadas, en los términos previstos en el art. 31 TRLPI, excluyendo aquellas reproducciones realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas, y excluyendo, asimismo, los casos en los que queda exceptuado por ley el pago de la compensación.

b) El impacto de la copia privada sobre la venta de ejemplares de las obras, teniendo en cuenta el grado de sustitución real de éstos por las copias privadas realizadas y el efecto que supone que el adquirente de un ejemplar o copia original tenga la posibilidad de realizar copias privadas.

c) El precio medio de la unidad de cada modalidad reproducida, el porcentaje del precio de la copia original que va destinado a remunerar los derechos de propiedad intelectual y la vigencia de los derechos de propiedad intelectual de las obras y prestaciones reproducidas.

d) El diferente perjuicio del establecimiento del límite de copia privada según, entre otros criterios, el carácter digital o analógico de las reproducciones efectuadas al amparo de la excepción, o la calidad y el tiempo de conservación de las reproducciones.

e) La disponibilidad y aplicación de medidas tecnológicas efectivas a que se refiere el art. 160.3 TRLPI. Recordemos que este precepto imposibilita la compensación por copia privada cuando el acto mismo de reproducción es prohibido o impedido por medidas tecnológicas efectivas.

Tampoco se tiene derecho a la compensación cuando el perjuicio causado al titular del derecho de reproducción es «mínimo». No aclara el RD qué debe entenderse por dicho «daño mínimo», y acaso el uso de la expresión recuerda la famosa regla de los tres pasos a la que más arriba hicimos referencia. A nuestro juicio, lo anterior supone la enunciación de un principio inherente al concepto mismo de compensación por copia privada: es lógico establecer que si no hay daño a resarcir o compensar, no debe haber lugar a recibir ninguna compensación. Y, sin embargo, el hecho mismo de que el Gobierno haya incluido esta referencia invita a la reflexión de si no ha sido con la intención de crear un asidero normativo al que agarrarse y con el que, bajo el criterio del «mínimo daño», justificar la improcedencia del pago de la compensación y más aún del reconocimiento de la misma. Más razonable hubiera sido dejar a los interesados (titulares de derechos y fabricantes de aparatos reproductores y soportes de reproducción) la especificación concreta de en qué circunstancias y bajo qué condiciones no debería haber lugar al pago de compensación alguna o incluso la definición de situaciones que no son propiamente una reproducción que cause un grave perjuicio al titular de derechos, como quiera que se opte por definir la circunstancia.

Sea como fuere, el RD señala tres situaciones en las que no cabe dicho pago por no considerar que den lugar a «reproducciones para uso privado», a saber:

a) Las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización (es decir, las denominadas «copisterías»).

b) Las que sean objeto de utilización colectiva o lucrativa, o de distribución mediante precio.

c) Las realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas. Esta referencia tiene su fundamento en la famosa sentencia del caso «Padawan»¹¹, en virtud de la cual, por un lado, se fortificó el sistema de compensación por copia privada existente en nuestra legislación anterior, al entender el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que dicha legislación era conforme con la Directiva 2001/29; y, por otro, recordaba la obviedad de que la compensación por copia privada no tenía lugar respecto de los usos de aparatos o reproductores que «manifiestamente» no se dedicasen a la realización de reproducciones para uso privado. La dificultad práctica estriba en identificar y enumerar cuáles son los aparatos y/o soportes que no se dedican expresamente, manifiestamente, a usos de reproducción privada. Es de suponer que el acuerdo entre el Gobierno y las entidades de gestión representativas de los titulares de derechos sortee esta dificultad práctica, en la que sin duda será el lugar donde se dé mayor conflictividad y debate.

El cálculo concreto de la cuantía lo acordará la Secretaría de Estado de Cultura (cfr. art. 4.1 RD) dentro del primer trimestre de cada año, y con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (cfr. art. 1.b) RD). Para el ejercicio 2012 dicha cuantía se ha establecido en 5 millones de euros, según la última Ley de Presupuestos Generales del Estado aprobada (Ley 17/2012, de 27 de diciembre).

Respecto de la exigibilidad de la compensación se ha planteado qué ocurre con respecto a las cantidades que hubieren sido satisfechas sobre la base de la anterior regulación (art. 25 TRLPI y Orden PRE/1743/2008), y más concretamente, si las mismas podrían ser exigibles por haberse recaudado y liquidado sobre la base de un legislación declarada ilegal.

A este respecto, nos consta que existe al menos una reclamación judicial cuyo desenlace aún no se ha resuelto. Consideramos que el escenario jurídico que se plantearía sería complejo, y que no cabría dar una única solución a todas las variantes que se hayan podido producir. Proceder con esa única solución uniforme sería simplista, reduccionista y hasta ilegal.

Así, en primer lugar, cabría distinguir un primer supuesto consistente en que las cantidades en concepto de compensación por copia privada se hubieran recaudado, liquidado y repartido con arreglo a la anterior legislación. En este caso, no creemos que sea posible el reembolso de cantidad alguna de los titulares de derechos, puesto que la declaración de nulidad de una norma produce efectos *ex nunc*, y respecto de las situaciones jurídicas pendientes de efectividad con arreglo a la norma declarada ilegal. En todo caso, si se entendiese que ha lugar al reembolso de dichas cantidades, deberían exigírsele al Estado como causante del daño consistente en la recaudación de una cantidad sobre la base de una normativa declarada nula. Además, la percepción de las cantidades recaudadas en concepto de remuneración por copia privada lo fueron de buena fe, basándose en la existencia de un crédito reputado como legítimo y subsistente, por lo que, aplicando analógicamente el art. 1899 CC entendemos que no habría obligación de restitución¹².

Junto al anterior cabría distinguir el supuesto en el que las cantidades hubiesen sido recaudadas y liquidadas, pero no se hubieran repartido entre los titulares de derechos concernidos, habiendo permanecido en manos de las entidades de derechos de propiedad intelectual pertinentes. No habiéndose repartido, entendemos que dichas cantidades deberían devolverse a los acreedores (cfr. art. 1.895 CC¹³).

Finalmente, respecto de las cantidades no recaudadas, ni liquidadas, no habría posibilidad de proceder a su exigencia a los deudores porque no se habría recibido la cantidad y la obligación legal tanto de recaudar, como de repartir, recayente en las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, ya habría sido declarada nula para entonces, por lo que, en virtud de los efectos *ex nunc* propios de toda declaración de nulidad legal, no podrían dichas entidades exigir ya cantidad alguna en concepto de compensación por copia privada.

Sin perjuicio de lo anterior, no ha de desdeñarse la disposición transitoria primera del RD, cuya rúbrica es precisamente la de «equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción adquiridos con anterioridad al 1 de enero de 2012».

Es decir, el RD alude justamente a las posibilidades jurídicas arriba mencionadas, instaurando la solución, como veremos a continuación, de la imposibilidad legal de recuperar las cantidades ya abonadas en materia de copia privada con arreglo a la anterior normativa, *a excepción de los casos de liquidación y pagos indebidos que den derecho a su reembolso*, tal y como reza el primer inciso del apartado 1º de esta disposición transitoria primera.

La lectura de esta disposición transitoria concita, en primer lugar, la cuestión de su propia legalidad, esto es, de si una norma reglamentaria puede resolver válidamente los efectos de una declaración judicial de ilegalidad de la normativa anterior a la actual. A nuestro juicio, la respuesta es afirmativa, puesto que dicha normativa considerada ilegal (por cuestiones formales, no lo olvidemos, no materiales o de fondo) tenía también rango reglamentario (se trataba de una orden ministerial, es decir, incluso de jerarquía normativa inferior a la de real decreto que es el título formal legislativo que acoge la actual normativa). Por otra parte, el hecho en sí de reconocer una compensación por copia privada en relación con determinadas modalidades de reproducción tenía una base esencialmente legal, en concreto, el art. 25 (en conexión con el 31) TRLPI, el cual se hallaba en vigor hasta su derogación por el Real Decreto-Ley 20/2011 (i.e. por una disposición con rango legal igualmente). El objeto de la orden ministerial declarada ilegal era especificar los soportes, aparatos o equipos susceptibles de caer en la órbita de la compensación por copia privada en atención al tipo de reproducción que permitían, pero no se adentraba ni instituía el derecho en sí que tenían / tienen los titulares de derechos de ser compensados por las reproducciones de sus obras o prestaciones en los términos expresados legalmente. O dicho de otro modo, el derecho en sí a ser compensados tenía una base legal que se mantuvo incólume hasta el momento de su derogación formal por medio del Real Decreto-Ley 20/2011. Y, ciertamente, en esa base legal se establecía la obligación de compensar por dichas reproducciones respecto de todos los aparatos, equipos o soportes que permitieran alguna de las modalidades de reproducción señaladas en el art. 25.1 TRLPI (en su redacción anterior al 31.12.2011, hoy ya derogada). Luego, propiamente, no cabría hablar de pago o cobro de lo indebido, puesto que la deuda tenía un origen legal e incuestionado (más bien todo lo contrario a la luz de los diversos pronunciamientos judiciales del TJUE arriba referidos).

Con todo, y en segundo término, llama la atención la cautela del RD al señalar, en el inciso primero del primer apartado de la disposición transitoria primera objeto de comentario, que no procede la devolución del importe

abonado o repercutido por la aplicación del régimen de compensación equitativa por copia privada a los fabricantes, distribuidores, mayoristas o minoristas y compradores finales que lo hubieran satisfecho antes del 1.1.2012, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2011, y *conforme a la normativa entonces vigente*, por la adquisición de equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción afectados por dicho régimen de compensación, eso sí, *a excepción de los casos de liquidación, y pago indebidos que den derecho a su reembolso*. Se cura en salud el Gobierno al incluir esta salvedad, pero uno no deja de cuestionarse si dicha salvedad no resulta improcedente por las dudas que podría plantear la legalidad de la recaudación efectuada con arreglo a la anterior legislación (por los motivos expuestos), y si realmente no resulta ociosa esta salvedad teniendo en cuenta de que si realmente hubiera habido un cobro o pago de lo indebido, los perjudicados tendrían a su disposición la normativa civil relativa a este instituto (concretamente, los arts. 1.895 y siguientes del Código Civil - CC) sin necesidad de una declaración expresa en tal sentido.

Sea como fuere, aun admitiendo que esta disposición transitoria primera puede haber introducido más confusión que la que trataba de evitar, termina señalando en su apartado 2º que «será de aplicación la normativa vigente en materia de copia privada anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, a los deudores y, en su caso, los responsables solidarios de la compensación equitativa por copia privada, que ya hubieran adquirido tal condición en relación con dicha obligación legal antes del 1 de enero de 2012 y no hubieran presentado la declaración-liquidación contemplada en el artículo 25.13 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, o no hubieran abonado las cantidades correspondientes, conforme a la normativa aplicable, por los equipos, aparatos y soportes materiales adquiridos antes de la citada fecha». O dicho de otro modo, y con respecto a la última posibilidad que anteriormente nos planteábamos, si se hubieren adquirido equipos, soportes o aparatos que permitían la reproducción antes del 1.1.2012, y no se hubiesen liquidado (ni consecuentemente recaudado) las cantidades correspondientes en materia de compensación por copia privada, las mismas tendrán que abonarse igualmente *con arreglo a la normativa vigente en dicha materia anterior al Real Decreto-Ley 20/2011*. Resulta interesante, en este sentido, cómo el Gobierno viene a exigir el cumplimiento de una norma declarada ilegal, salvo que por «normativa vigente» debemos entender, a falta de la declarada ilegal, la del Acuerdo ASIMELEC antes referido, opción interpretativa por la que algún autor, no sin poco fundamento, se decanta¹⁴.

Distribución de la compensación

La distribución de la compensación por cada modalidad de reproducción sujeta al pago se efectúa también en el art. 5 RD, según lo siguiente:

a) En la modalidad de fonogramas y demás soportes sonoros, el 50 por ciento para los autores, el 25 por ciento para los artistas intérpretes o ejecutantes y el 25 por ciento para los productores.

b) En la modalidad de videogramas y demás soportes visuales o audiovisuales, un tercio para los autores, un tercio para los artistas intérpretes o ejecutantes y un tercio para los productores.

c) En la modalidad de libros y publicaciones asimiladas, el 55 por ciento para los autores y el 45 por ciento para los editores.

Realmente, en este punto no hay novedad significativa con respecto a la anterior legislación. La distribución se efectúa sobre la consideración de cuál es la importancia de las respectivas aportaciones intelectuales a la obra objeto de reproducción. La importancia se mide no sólo en la aportación intelectual en sí misma, lo que puede tener validez y sentido para las obras en las que las aportaciones son puramente creativas, sino también a las aportaciones de contenido estrictamente económico (p.e. los editores).

Respecto de la gestión de la compensación, el art. 6 RD establece la premisa de que tendrá lugar a través de las sociedades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual «que actuarán como perceptores de la compensación». Las entidades o sociedades de gestión de tales derechos no son realmente los titulares de las mismas, sino meros perceptores o mandatarios legales para recibir el pago en nombre de sus representados, los titulares de derechos de propiedad intelectual.

La cantidad asignada a cada modalidad de reproducción en concepto de compensación se distribuirá entre las entidades que gestionen los derechos afectados mediante la aplicación de los porcentajes o sistema de reparto acordados por todas las entidades concurrentes en la administración de derechos de una categoría de titulares de una misma modalidad de reproducción. En caso de que dichas entidades no alcancen un acuerdo, la determinación de los

porcentajes o sistema de reparto por cada modalidad podrá fijarse o establecerse mediante laudo de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual o de otro órgano arbitral, previa suscripción del convenio arbitral por todas las entidades afectadas. Dicho laudo establecerá los porcentajes, o sistema de reparto de la cantidad de la compensación asignada a cada modalidad, permitiendo reconocer las obligaciones y el pago a las entidades de gestión de conformidad con sus términos. El fin de esta norma es evitar, en la medida de lo posible, que la remuneración compensatoria quede perdida o no repartida entre los titulares de derechos respectivos.

Con carácter previo al reconocimiento de las obligaciones y la propuesta de pago, las entidades de gestión deberán aportar ante la Secretaría de Estado de Cultura:

a) El acuerdo en el que se establezcan los porcentajes o sistema de reparto, debidamente firmado por los representantes legales de todas las entidades que concurran en la gestión de derechos de una categoría de titulares de una misma modalidad de reproducción.

b) La acreditación de estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y de seguridad social o del consentimiento para la comprobación telemática de tal cumplimiento por dicha Secretaría de Estado.

Por otra parte, las entidades de gestión deberán acreditar documentalmente ante la Secretaría de Estado de Cultura la recepción de los pagos efectuados con cargo al presupuesto del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en concepto de compensación equitativa por copia privada, en el plazo de un mes desde su recepción.

Se trata de deberes formales con los que se fuerza a las entidades de gestión a asegurar al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte la viabilidad del reparto de la remuneración.

Las cantidades que, por falta de acuerdo entre las entidades de gestión, no hayan podido ser asignadas a éstas durante el ejercicio siguiente a aquél al que corresponden como compensación equitativa por copia privada, serán consignadas en establecimiento público a fin de evitar el devengo de intereses. No se dice cuál será dicho establecimiento público, ante el que se consignen las cantidades, ni si la cualidad de «público» es que sea de una

entidad de Derecho público, o que reciba sumas de dinero públicamente (p.e. una entidad financiera o banco). No parece muy apropiado que un órgano o establecimiento administrativo que no tenga funciones estrictas de depósito de cantidades de dinero actúe como consignatario de las liquidadas en concepto de compensación por copia privada.

Liquidación y reparto de la compensación a los titulares beneficiarios

Finalmente, se arbitra el sistema por el que se liquidará y repartirá la compensación entre los titulares de derechos concernidos. A esta cuestión se dedica el art. 7 RD, estableciendo lo siguiente.

Para empezar, el reparto de esta remuneración se realizará de conformidad con el artículo 154 TRLPI, es decir, con arreglo a un sistema predeterminado en los estatutos, que excluya la arbitrariedad, y que asegure al titular de derechos una participación en la recaudación proporcional a la utilización de sus obras.

Por otra parte, las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual remitirán anualmente y hasta su total distribución, a la Secretaría de Estado de Cultura, la información, por modalidad de reproducción, de las cantidades abonadas y las pendientes de abonar de la cuantía recibida en concepto de compensación equitativa por copia privada. Igualmente le informarán de los criterios detallados de distribución de las cantidades recibidas entre sus miembros.

Esta información se remitirá de conformidad con el modelo que a estos efectos se apruebe por resolución del Secretario de Estado de Cultura. Dicha resolución determinará igualmente el calendario de entrega de la citada documentación.

De este modo, se imponen a las entidades de gestión, específicos deberes formales con los que se pretende asegurar el pago efectivo de la remuneración compensatoria.

El Ministerio de Educación, Cultura y Deporte garantizará que el importe de la compensación equitativa por copia privada que no hubiese sido abonado a sus titulares beneficiarios por las entidades de gestión de

derechos de propiedad intelectual, una vez transcurrido el plazo legalmente previsto para su reclamación, sea efectivamente destinado a actividades asistenciales, formativas o de promoción, que podrán ser articuladas por el propio Ministerio o por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.

Al hilo de esta preocupación del Gobierno por que la remuneración compensatoria sea efectivamente repartida, la disposición adicional cuarta del RD señala que «el Gobierno establecerá mecanismos dirigidos a promover la eficiencia y transparencia de las entidades de gestión en el abono de las cantidades que correspondan en concepto de compensación equitativa por copia privada al mayor número de titulares beneficiarios». Hasta el momento no se conocen cuáles serán dichos mecanismos, los cuales habrán de pasar, indudablemente, por deberes de acreditación contable y formal. No se establecen especiales deberes de auditoría externa, sin embargo.

Actividades de asistencia y fomento por parte de las entidades de gestión

Tal y como ocurría en la anterior legislación, también el RD establece la obligación de que las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual no solamente actúen como intermediarios del pago de la compensación, sino que, además, realicen determinadas actividades, asistenciales y formativas, con cargo al monto total percibido. Se trata de una suerte de expropiación del derecho económico de los titulares, puesto que éstos ven detrída una parte proporcional de la remuneración a fin de que se destine a aquellas actividades.

La justificación de esta medida no aparece muy clara, puesto que no se aprecia por qué motivo el titular del derecho debe ver disminuida proporcionalmente la cuantía económica a percibir¹⁵, pero ciertamente ya existía con arreglo a la anterior legislación, y el Gobierno ha decidido mantenerla. El resultado hasta el momento ha sido, en cualquier caso, satisfactorio, puesto que ha permitido destinar importantes cantidades al cumplimiento de actividades cuyo fin moral aparece siempre claro.

El porcentaje a destinar es del 20 por ciento del importe de la compensación por copia privada que se reciba con cargo a los presupuestos del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

Las actividades concretas se definen en la disposición adicional primera del RD, señalándose que habrán de consistir en actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus socios, así como actividades de formación y promoción de autores y artistas intérpretes o ejecutantes. Las primeras se refieren al ámbito o sector de las ayudas sociales o asistenciales en un sentido muy amplio (p.e. complementos de pensión de jubilación, ayudas económicas para adquisición de gafas o prestación de servicios sanitarios diversos). Las segundas se focalizan más bien en el ámbito de los cursos de formación y reciclaje profesional: desde esta perspectiva no se comprende por qué solo se refieren a autores y artistas intérpretes o ejecutantes, cuando la producción puede perfeccionarse, igualmente, por medio de tales cursos, teniendo presente que ninguna disposición legal impide que los productores puedan ser personas físicas o individuales.

Nada impide, asimismo, que, además del porcentaje previsto reglamentariamente (20 por cien de la cantidad que se perciba como compensación por copia privada), las entidades de gestión puedan destinar otras cantidades a satisfacer los fines asistenciales o promocionales mencionados. En nuestra opinión, esa aplicación presupuestaria debería contar con la anuencia de los titulares de derechos concernidos, puesto que, en buena lógica, ese gasto social y formativo extra habría de detraerse de la recaudación liquidada del ejercicio en cuestión, la cual a priori corresponde repartir íntegramente entre los titulares de derechos una vez deducido el 20 por cien mínimo obligatorio al que se refiere esta disposición adicional primera del RD.

Asimismo, se establece la obligación para las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual de presentar un informe a la Secretaría de Estado de Cultura (del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte) referido al ejercicio anterior en la que incluyan una memoria pormenorizada de las actividades o servicios a que se refieren las actividades formativas y asistenciales arriba referidas; cantidades desglosadas que se hayan afectado a dichas actividades y relación pormenorizada de titulares beneficiarios de las mismas. En relación con este último punto, el alcance de *pormenorización* no creemos que deba llegar hasta el punto de señalar o identificar exactamente quiénes han sido los beneficiarios últimos de las actividades, sino más bien quiénes han recibido las cantidades correspondientes a fin de que las destinen o apliquen a la materialización de tales actividades.

EPÍLOGO: EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Recientemente, asistimos al epílogo de la accidentada regulación en nuestro país de la copia privada y su remuneración compensatoria. Se trata del Anteproyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se ha anunciado públicamente para recabar los informes correspondientes de los agentes sociales afectados¹⁶.

En lo que a la materia que tratamos importa, la modificación propuesta, aun está expuesta a muchos cambios y debate, razón por la cual no vamos a extendernos en demasía sobre aquella, se puede resumir del siguiente modo:

En primer lugar, se vuelve a dotar de contenido material al art. 25 TRLPI, a fin de prever el derecho a una remuneración compensatoria por las reproducciones que a título privado puedan hacer los consumidores. La diferencia sustancial es que dicha remuneración va con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, y no es abonada directamente por quienes fabriquen o distribuyan aparatos, equipos o materiales susceptibles o idóneos para reproducir obras o prestaciones protegidas. Por lo demás, la regulación material propuesta del art. 25 TRLPI se acerca bastante, si no se identifica completamente, con la regulación actual.

En segundo lugar, se propone modificar el art. 31.2 TRLPI a fin de delimitar el ámbito material de lo que debe ser la «reproducción para uso privado» cuya ejecución puede llevarse a cabo sin autorización del autor, en palabras de la Ley de 1987. Dicha reproducción requiere que se haga por una persona física para su uso privado, no profesional, ni empresarial; que se haga a partir de obras o prestaciones divulgadas a las que se haya accedido legalmente; y que la copia no sea objeto de uso colectivo, ni lucrativo. Quedan excluidas de la posibilidad de una reproducción para uso privado las obras que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija; las bases de datos electrónicas; y los programas de ordenador, en aplicación de la letra a) del art. 99 TRLPI. Estas últimas salvedades realmente se encuentran ya en la regulación actual, a excepción de la referida al derecho de puesta a disposición.

Seguramente, los pormenores de la modificación, si prospera en sus términos actuales, que darán pie más al debate serán los relativos a cuándo debe entenderse que el copista ha accedido legalmente a la obra o prestación en cuestión. Según el Anteproyecto, sería cuando se diesen alguno de los siguientes casos, a saber:

Uno, cuando se realice la reproducción a partir del soporte original de la copia de la obra adquirida en propiedad por compraventa comercial. ¿Deben entenderse excluidas entonces las copias adquiridas mediante puesta a disposición que no den lugar a un soporte necesariamente? Parece imponerse la respuesta afirmativa si tenemos en cuenta lo propuesto legalmente sobre el derecho de puesta a disposición, según hemos visto.

Dos, cuando se realice una reproducción individual y temporal de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante radiodifusión, únicamente con el propósito de permitir su visionado o audición en un momento temporal más oportuno. ¿Cómo debe medirse el carácter «temporal» de la reproducción? ¿Y lo «individual»: una reproducción hecha en familia o para visionado de un grupo de amigos excluiría el concepto de «acceso legal»?

Son muchas las interrogantes que aún subsisten sobre esta cuestión, y el futuro aparece incierto al respecto. Lo que parece claro es que los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados por reproducciones para uso privado han visto cercenado su derecho exclusivo de reproducción de forma injustificada, y con afectación grave de la explotación normal de sus obras y prestaciones. Ello debe hacernos reflexionar sobre si realmente el legislador español no ha vulnerado la letra y el espíritu del art. 9.2 del Convenio de Berna entrando en el campo de la responsabilidad administrativa por el daño eventualmente causado. solo el futuro, y las decisiones que puedan adoptar los tribunales encargados de estudiar los recursos contra el RD tendrán la respuesta.

NOTAS

¹ La incorporación tuvo lugar a través de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, y el desarrollo reglamentario a través de la Orden ministerial PRE/1745/2008, de 18 de junio, finalmente declarada nula por defectos formales por la sentencia de la Audiencia Nacional de 22.3.2011. Nuestra actual Ley de Propiedad Intelectual es un texto refundido de versiones anteriores el cual se aprobó mediante Real Decreto legislativo 1/1996, de

12 de abril (en adelante, «TRLPI»). En concreto, la disposición transitoria única de la mencionada Ley 23/2006 introdujo una regulación específica sobre cuáles debían ser los soportes, equipos y materiales sujetos al pago de la compensación equitativa y la cuantía de ésta atendiendo a la capacidad de almacenamiento y a la posibilidad de que se pudieran efectuar una o varias o ilimitadas reproducciones. Esta disposición transitoria tuvo efecto desde la entrada en vigor de la Ley 23/2006 y el 30.6.2008, fecha en la que entró en vigor la citada Orden ministerial PRE/1745/2008.

² El principal de ellos será qué deberá entenderse por «daño o perjuicio mínimo» a efectos de excluir la compensación por copia privada (cfr. art. 3.3 del Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, y art. 25.5 del Anteproyecto de modificación del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, publicado en <http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/participacion-publica/propiedad-intelectual/propiedad-intelectual-anteproyecto-ley.pdf>).

³ Y fruto de ello son los diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia a los que más adelante me referiré.

⁴ Concretamente, se refería a reproducciones para uso privado mediante «aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos» que resultasen idóneos para realizar dicha reproducción.

⁵ El cual reza: «2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor».

⁶ B.O.E. nº 148, de 19.6.2008.

⁷ Dichos motivos no eran otros que la ausencia de los preceptivos informes o memorias justificativas económicas que deben acompañar a toda norma aprobada por el Gobierno o el Parlamento.

⁸ Publicado en el B.O.E. nº 315 de 31.12.2011.

⁹ Publicado en el B.O.E. nº 295 de 8.12.2012.

¹⁰ Aunque el texto del art. 2.3, donde se encuentra esta tipología, no lo especifique, lo razonable es concluir que los requisitos son acumulativos.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21.10.2010 (asunto C-467/08).

¹² El art. 1899 CC establece que «queda exento de la obligación de restituir el que, creyendo de buena fe que se hacía el pago por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, o dejado prescribir la acción, o abandonado las prendas, o cancelado las garantías de su derecho. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor o los fiadores respecto de los cuales la acción estuviese viva».

¹³ Dicho precepto señala que «cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla».

¹⁴ Carballo Gascón, F.: «Consideraciones sobre la nulidad de la Orden PRE/1748/2008, de 18 de junio, de reglamentación del canon digital (Sentencias de la Audiencia Nacional, Salta Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de marzo de 2011)», Pe.i. Revista de propiedad intelectual, nº 39, pp. 117-140.

¹⁵ Máxime cuando no nos hallamos propiamente ante una tasa o tributo estatal, sino de un derecho de naturaleza privada que nace del daño presunto provocado por reproducciones para uso privado.

¹⁶ Publicado en <http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/participacion-publica/propiedad-intelectual/propiedad-intelectual-anteproyecto-ley.pdf>.

REFERENCIAS

- 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.
- Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013. Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, por la que se establecía la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción.
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.
- Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.
- Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.