

EL CARÁCTER EQUITATIVO DE LA COMPENSACIÓN POR COPIA PRIVADA. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 11 DE OCTUBRE DE 2010 (CASO *PADAWAN*)

POR SEBASTIÁN LÓPEZ MAZA
Profesor Ayudante de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid
Y GEMMA MINERO ALEJANDRE
Becaria FPU
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. ANTECEDENTES. II. BREVES NOTAS SOBRE EL DERECHO DE COMPENSACIÓN EQUITATIVA EN ESPAÑA. III. CUESTIONES PLANTEADAS AL TRIBUNAL DE JUSTICIA. 1. CONCEPTO DE COMPENSACIÓN EQUITATIVA. ARMONIZACIÓN Y CARÁCTER COMUNITARIO. 2. EL PERJUICIO COMO CRITERIO PARA CALCULAR LA CUANTÍA DE LA COMPENSACIÓN. 3. LA PRESUNCIÓN DE UTILIZACIÓN DE LOS BIENES GRAVADOS. 4. COMPATIBILIDAD DEL SISTEMA ESPAÑOL CON LA DIRECTIVA 2001/29/CE. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. ANTECEDENTES

La tan esperada sentencia sobre la interpretación de la compensación equitativa por fin ha visto la luz, transcurridos algo más de dos años desde el planteamiento del recurso por el órgano jurisdiccional español. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —en adelante, TJUE— de 21 de octubre de 2010, en el asunto C-467/08, da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15^a) mediante Auto de 15 de septiembre de 2008, que tiene por objeto la interpretación del concepto de «compensación equitativa», que figura en el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29/CE, 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 —en adelante, DDASI—¹.

Dicha petición fue presentada en el marco de un litigio entre la mercantil *Padawan* y SGAE². Es curioso porque la empresa, en lugar de imputar la com-

¹ Westlaw JUR 2008/1772.

² Al que en adelante nos referiremos como «litigio principal».

pensación a los consumidores finales, con independencia de que sean personas físicas o jurídicas, y que sean éstos quienes reclamen, es ella misma la que interpone la demanda. *Padawan* comercializa en territorio español soportes CD-R, CD-RW y DVD-R y dispositivos de MP3. El procedimiento se inicia a raíz de la demanda presentada por SGAE, con fecha de 10 de marzo de 2003, en reclamación de 16.759,25 euros, en concepto de compensación equitativa por copia privada correspondiente a los dispositivos de almacenamiento comercializados por la demandada durante los ejercicios de 2002, 2003 y 2004, dejada de ingresar a la actora³. *Padawan* se opuso al pago, alegando que la aplicación de la compensación equitativa a dichos soportes digitales con independencia del uso al que éstos se destinen —tanto al uso privado como a cualquier otra actividad, ya sea profesional o comercial— es contraria a la DDASI y a la propia Constitución española, motivos por los cuales se solicitaba el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE y de una cuestión de inconstitucionalidad, ante el Tribunal Constitucional. Mediante sentencia de 14 de junio de 2007, el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona estimó plenamente la reclamación de SGAE y condenó a *Padawan* al pago de la cantidad exigida por la actora, más los correspondientes intereses legales⁴.

La demandada interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial de Barcelona duda acerca de la correcta interpretación del concepto de compensación equitativa recogido en la DDASI. Concretamente, se plantea si la normativa vigente en España, conforme a la cual todos los equipos y soportes que sean idóneos para realizar o almacenar copias privadas quedan gravados indiscriminadamente es conforme con dicha Directiva o no. Tras realizar el obligado juicio de pertinencia, la Audiencia Provincial considera que la respuesta a sus cuestiones prejudiciales incidirá en la resolución del litigio principal en la medida en que de ella depende el derecho de la demandante a reclamar la compensación equitativa que correspondería por todos y cada uno de los aparatos y soportes de reproducción digital comercializados por la demandada durante el período de tiempo antes citado, o sólo por aquellos aparatos y soportes digitales que presumiblemente se hayan destinado a la copia privada. Por consiguiente, la Audiencia Provincial decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE un total de cinco cuestiones prejudiciales.

Mediante la primera cuestión, se pregunta si el concepto de «compensación equitativa» del artículo 5.2.b) DDASI constituye un concepto armonizado en el ámbito comunitario y, por tanto, ha de interpretarse de manera uniforme en todos los Estados miembros, o si, por el contrario, su interpretación dependerá del ejercicio que cada Estado haya llevado a cabo de la discrecionalidad

³ Según la auditoría aportada con la demanda, el importe que la demandada debía haber satisfecho a SGAE asciende a 18.094,75 euros, suma de la cual ya había pagado la cantidad de 1334'45 euros, por lo que resta por pagar la suma de 16.759,25 euros.

⁴ Westlaw JUR 2007/1617.

que dicha Directiva les otorga a la hora de articular el régimen compensatorio aplicable en sus territorios.

La segunda cuestión prejudicial, algo más extensa, plantea dos dudas. Una, si la DDASI obliga a los Estados miembros, a la hora de regular el régimen de compensación equitativa, a respetar un justo equilibrio entre los afectados por ésta, esto es, entre los titulares de los derechos de propiedad intelectual (acreedores de dicha compensación) y los obligados, directa o indirectamente, al pago. Dos, en caso de respuesta afirmativa, el órgano jurisdiccional nacional pregunta cuál debe ser la fórmula para calcular la cuantía de la compensación equitativa y si, en concreto, ésta podría determinarse sobre la base del criterio del perjuicio causado a los titulares de derechos de propiedad intelectual como consecuencia del establecimiento de la excepción de copia privada.

En la tercera cuestión prejudicial se pregunta, en esencia, si debe existir necesariamente una relación entre la compensación equitativa y el presumible uso de los aparatos y dispositivos gravados, de tal modo que éstos sólo podrían resultar gravados cuando presumiblemente, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, vayan a destinarse a realizar copia privada.

La cuarta cuestión prejudicial no es sino una concreción de la anterior⁵. La Audiencia Provincial se pregunta si una aplicación indiscriminada de la compensación equitativa a las empresas y profesionales que claramente adquieren los aparatos y soportes de reproducción digital para finalidades ajenas a la copia privada sería o no conforme con el concepto de compensación equitativa. A estos efectos, la Audiencia Provincial se basa en la presunción de que las empresas y profesionales adquieren claramente los aparatos y soportes de reproducción digital en cuestión para fines distintos a la reproducción para uso privado.

Por último, la quinta cuestión se refiere a la compatibilidad o incompatibilidad con la DDASI de un sistema como el adoptado por el Gobierno español —esto es, un sistema en el que se grava a todos los equipos, aparatos y materiales idóneos para la reproducción digital de forma indiscriminada, sin distinción en función del uso concreto de éstos—⁶.

⁵ De hecho, su respuesta depende directamente de la contestación dada a las tres cuestiones prejudiciales anteriores.

⁶ El número de observaciones presentadas —un total de 14— es considerable. Además de *Padawan, S.L.* y *SGAE*, también *EGEDA*, *AIE*, *AGEDI*, *CEDRO*, los Gobiernos español, alemán, helénico, francés, portugués, finlandés y británico, así como la propia Comisión Europea, quisieron ser oídos. Dado el interés del caso, se requirió la intervención de la Abogada General, que correspondió a la eslovena Verica Trstenjak, quien presentó sus conclusiones generales en la audiencia pública de 11 de mayo de 2010. Tales conclusiones están disponibles, al igual que todas las sentencias del TJUE citadas, en <http://curia.europa.eu/>

II. BREVES NOTAS SOBRE EL DERECHO DE COMPENSACIÓN EQUITATIVA EN ESPAÑA

El artículo 5.2.b) DDASI impone a los Estados miembros que, de reconocer en sus ordenamientos nacionales el límite de copia privada, deberán prever una compensación equitativa. Ambas figuras —límite y compensación— van unidas indisolublemente. Así, el legislador español mantuvo este derecho de mera remuneración en el artículo 25 LPI y lo extendió al ámbito digital a través de la Orden Ministerial PRE/1743/2008, de 18 de junio. Sin embargo, el origen de la compensación se encuentra en la LPI 22/1987, de 11 de noviembre, que es donde se prevé por primera vez, para el entorno analógico.

Como acabamos de apuntar, estamos ante un derecho de mera remuneración. A diferencia de los derechos de exclusiva, que otorgan a su titular la posibilidad de permitir o prohibir el uso de contenidos protegidos, este tipo de derechos conceden a su titular la facultad de cobrar una cantidad de dinero cada vez que los usuarios utilizan su obra o prestación —en nuestro caso, cada vez que se realizan copias privadas, esto es, copias que cumplen todos y cada uno de los requisitos del artículo 31.2 LPI⁷—. Las características del sistema español de compensación equitativa son las siguientes.

En primer lugar, se trata de una obligación de carácter legal y pecuniario. Legal porque aparece prevista en la ley en cuanto a sujetos activos y pasivos, bienes gravados por la compensación, cuantía, porcentajes de reparto entre los titulares de este derecho, procedimiento de recaudación, entre otras notas (art. 25 LPI)⁸. Y pecuniaria porque se traduce en una cantidad de dinero que los deudores deberán pagar a los titulares de este derecho.

En segundo lugar, su fundamento hay que buscarlo en el reconocimiento de la copia privada. A través de este derecho se trata de compensar a los titulares de derechos por las pérdidas sufridas como consecuencia de la excepción. En la medida en que el legislador ha previsto este límite y los titulares de derechos no pueden prohibirlo, los perjuicios ocasionados se tratan de paliar mediante la compensación⁹. De otra manera se estaría vulnerando la regla de los tres

⁷ Las copias privadas, para ser válidas y estar amparadas en el artículo 31.2 LPI, deben hacerse respecto de obras divulgadas a las que se haya tenido un acceso legal, por personas físicas, y no pueden ser objeto de utilización colectiva ni lucrativa. Además, las copias privadas de programas de ordenador y de bases de datos electrónicas están prohibidas.

⁸ A diferencia del derecho de participación en la reventa de originales plásticos, que estaba recogido en el artículo 24 LPI y ha pasado a estar regulado en una ley distinta —la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original—, el derecho de compensación equitativa por copia privada sigue estando dentro de la LPI.

⁹ El artículo 161 LPI prevé un listado de límites privilegiados. Los titulares de derechos pueden establecer medidas tecnológicas para controlar el acceso a las obras o el copiado de las mismas. Ahora bien, la LPI les obligan a respetar los límites que allí aparecen (apartado primero). Dentro de ese listado aparece expresamente el de copia privada, eso sí, siempre que estemos en el ámbito

pasos, dado que la copia privada sin compensación causaría un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derechos¹⁰. Ahora bien, lo que no trata de compensar son las pérdidas derivadas de la piratería (descargas mediante programas P2P o top-manta), como erróneamente se piensa. A la hora de determinar la cuantía de la compensación, no se pueden tener en cuenta las infracciones cometidas al derecho de reproducción¹¹. Las copias ilegales no son copias privadas, luego han de quedar al margen a estos efectos.

En tercer lugar, estamos ante un derecho de gestión colectiva obligatoria, es decir, únicamente se hará efectivo a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual (art. 25.8 LPI). Además, se trata de un derecho irrenunciable respecto de autores y artistas intérpretes o ejecutantes. Estos titulares no pueden renunciar a este derecho incluso aunque no quisieran obtener los rendimientos derivados de la explotación de sus contenidos, como podría ocurrir con aquellos que quieran poner sus contenidos a disposición del público gratuitamente, mediante licencias *Creative Commons*. Las entidades de gestión van a recaudar la compensación con independencia de la voluntad de los titulares.

Los acreedores de este derecho son los autores, los editores, los artistas intérpretes o ejecutantes, y los productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales (art. 25.4.b LPI). No tienen este derecho: las entidades de radiodifusión, los editores titulares del derecho conexo establecido en el artículo 129.2 LPI, los realizadores de meras fotografías, los autores de programas de ordenador y de bases de datos electrónicas, el director de orquesta y el director de escena. En cuanto a los deudores, hay que distinguir entre deudores principales y deudores secundarios (art. 25.4.a LPI). Son deudores principales los fabricantes de equipos y soportes idóneos, y los adquirentes fuera del territorio español de los equipos y soportes idóneos para su distribución comercial dentro del territorio español. Son deudores secundarios: los distribuidores, los mayoristas, los minoristas y los sucesivos adquirentes de los equipos y soportes. Entre ambos tipos de deudores no hay una responsabilidad solidaria sino subsidiaria¹². No son considerados

de la explotación de obras y prestaciones fuera de línea o en línea pero sin licencia. Respecto de la explotación de contenidos protegidos mediante licencias en línea, los titulares de derechos podrán excluir el disfrute de este límite. No obstante, ese mismo precepto, en el apartado cuarto, permite a los titulares de derechos establecer dispositivos tecnológicos que restrinjan el número de copias privadas a realizar por los usuarios. Así, permitiendo únicamente una, estarían dando cumplimiento al mandato del legislador previsto en el apartado primero.

¹⁰ La regla de los tres pasos está prevista en el artículo 40 bis LPI. Constituye una norma que hay que respetar a la hora de prever límites a los derechos de propiedad intelectual en nuestra LPI, y a la hora de interpretarlos y aplicarlos al caso concreto. Según la regla de los tres pasos, los límites deben preverse para casos concretos e interpretarse de tal manera que no atenten contra la explotación normal de obras y prestaciones ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derechos.

¹¹ Así lo señaló la Abogada General en su Conclusión 78.

¹² Esto significa que los deudores secundarios sólo pueden ser objeto de reclamación cuando los deudores principales no les hayan repercutido y hecho constar en la factura la correspondiente compensación.

deudores: los exportadores, es decir, quienes distribuyan comercialmente fuera de España los equipos y soportes idóneos; los adquirentes que cuenten con autorización para la reproducción de contenidos protegidos, en el ejercicio de su actividad; y los adquirentes fuera del territorio español, en régimen de viajeros, de equipos y soportes idóneos. No obstante, quienes finalmente van a soportar este gravamen serán los usuarios y consumidores de bienes sometidos a la compensación, algo que es permitido por los apartados 17 y 18 del artículo 25 LPI¹³.

En cuarto lugar, el sistema de compensación se articula en torno a las tres modalidades de reproducción, que se corresponden con el tipo de obras o prescripciones que pueden ser objeto de copia: a) reproducción de libros y publicaciones asimiladas; b) reproducción de fonogramas y demás soportes sonoros; c) reproducción de soportes visuales o audiovisuales. Dentro de cada modalidad se distingue entre el ámbito digital y el analógico, en la medida en que el legislador ha tenido en cuenta las diferencias entre ambos entornos y la facilidad, el bajo coste y la rapidez con que se realizan copias privadas en el primero de ellos.

En quinto lugar, y respecto a los bienes gravados por la compensación, se establece un modelo mixto. De esta manera, quedarán gravados todos aquellos equipos que permitan realizar copias privadas y los soportes en los que se pueda almacenar dichas copias. En concreto, en el entorno digital quedarán gravados por la compensación, entre otros, los siguientes bienes: los equipos con capacidad de copia, los escáneres, los dispositivos reproductores de fonogramas, videogramas y de otros contenidos sonoros, visuales o audiovisuales en formato comprimido (MP3 y MP4), los discos duros integrados o no en un equipo idóneos para la reproducción de videogramas y fonogramas, las grabadoras de discos, las memorias USB, las tarjetas de memoria no integradas en dispositivos o los discos regrabables y no.

En sexto lugar, y en conexión con lo anterior, el criterio a utilizar para determinar qué equipos y soportes deben estar gravados por la compensación es el de la idoneidad. Esto significa que estará gravado todo aquello que permita realizar copias privadas, que permita almacenarlas o ambas funciones simultáneamente. Otros criterios apuntados por el artículo 25.6.4º LPI y en el Considerando 35 DDASI para determinar los bienes gravados son¹⁴: las circunstancias concretas

¹³ Según el apartado 17: «A los efectos de control de pago de la compensación, los deudores mencionados en el párrafo a) del apartado 12 deberán figurar separadamente en sus facturas el importe de aquella, del que harán repercusión a sus clientes y retendrán, para su entrega conforme a lo establecido en el apartado 15». Y el apartado 18 señala: «Las obligaciones relativas a las facturas y a la repercusión de la compensación a los clientes, establecidas en el apartado anterior, alcanzarán a los distribuidores, mayoristas y minoristas, responsables solidarios de los deudores. También deberán cumplir las obligaciones de retener y entregar previstas en dicho apartado, en el supuesto previsto en el apartado 14».

¹⁴ Si estudiamos detenidamente la OM PRE/1743/2008, comprobaremos que prácticamente ninguno ha sido tenido en cuenta. Sobre este particular *vid.* el artículo de LÓPEZ MAZA, S., «Estudio de

del caso, el daño efectivamente causado a los titulares de derechos, el grado de uso de los soportes y equipos, la exclusión de la mera remuneración, la aplicación de medidas tecnológicas, la capacidad de almacenamiento de equipos y soportes, la calidad de las reproducciones, el tiempo de conservación de las reproducciones y la proporcionalidad con el precio medio final¹⁵.

Para concluir, cabe decir que, al contrario de lo que ha ocurrido con otros aspectos relativos a la propiedad intelectual, la compensación equitativa ha escapado de ese espíritu armonizador de la Unión Europea, por lo que existen importantes diferencias entre unos Estados y otros¹⁶. La sentencia del TJUE pretende ser también un toque de atención para otros países europeos con un sistema similar al español.

III. CUESTIONES PLANTEADAS AL TRIBUNAL DE JUSTICIA

1. CONCEPTO DE COMPENSACIÓN EQUITATIVA. ARMONIZACIÓN Y CARÁCTER COMUNITARIO

A tenor del artículo 5.2.b) de la DDASI, los Estados miembros pueden decidir con carácter facultativo acerca del establecimiento de una excepción de copia privada al derecho exclusivo de reproducción. Seguidamente, tal precepto establece que todo Estado miembro que haya utilizado dicha facultad deberá regular el abono de una compensación equitativa a favor de los titulares de derechos de propiedad intelectual que resulten afectados por la aplicación de dicha excepción¹⁷.

los criterios del artículo 25.6.4º LPI y su aplicación a la Orden Ministerial PRE/1743/2008, de 18 de junio», en *Pe.i., Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 32, 2009, pp. 13 y ss.

¹⁵ La sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª), de 3 de julio de 2006 (Aranzadi Civil. Marg. n.º 2007/519), y de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 20 de julio de 2005 (Westlaw. JUR 2006/45859), ya señalaron la importancia de los criterios apuntados en la DDASI y de la necesidad de aplicarlos a la hora de fijar las tarifas respecto de los soportes y equipos gravados.

¹⁶ Algunas de esas diferencias son: en unos Estados las cuantías son incluso más altas que las españolas, mientras que en otros son más bajas; hay países que gravan únicamente los soportes y no los equipos que permiten realizar copias privadas, mientras que otros gravan tanto los equipos como los soportes; en determinados Estados no existe el límite de copia privada y, en consecuencia, no prevén la compensación; algunos países cuentan con un listado detallado de soportes y equipos en función de la capacidad de almacenamiento y son gravados en consecuencia; en unos países la compensación consiste en una cantidad fija y única, mientras que en otros consistirá en un porcentaje sobre el precio de venta.

¹⁷ Para una correcta interpretación de la regulación europea, el texto del articulado debe completarse con el de los considerando de la DDASI que resulten pertinentes a estos efectos. Así, el Considerando 10 DDASI dicta: «*Para que los autores y los intérpretes puedan continuar su labor creativa y artística, deben recibir una compensación adecuada por el uso de su obra, al igual que los productores, para poder financiar esta labor*». Consecuentemente, el Considerando 35 declara: «*En determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas. A la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía*

A los efectos de atribuir carácter comunitario al concepto de «compensación equitativa», el TJUE aplica una jurisprudencia hoy en día asentada, según la cual la aplicación uniforme del Derecho comunitario y el principio de igualdad exigen que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance, normalmente deba ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar (Parágrafos 32 y 33 de la sentencia del TJUE)¹⁸.

En el caso concreto del concepto de compensación equitativa, se debe tener en cuenta que, aunque la propia DDASI no contiene ninguna definición legal expresa de dicho concepto, tampoco hace —ni el precepto citado, ni ninguna otra disposición de la Directiva— una remisión al Derecho nacional de los Estados miembros en relación con tal concepto. Por ello, a la luz de estas circunstancias, y haciendo uso de la doctrina jurisprudencial citada, el Tribunal declara que el concepto de compensación equitativa, en el sentido de la DDASI, es un concepto autónomo de Derecho de la Unión Europea, que debe interpretarse de manera uniforme en todos los Estados miembros que hayan establecido una excepción de copia privada, con independencia de la facultad reconocida a éstos para determinar, dentro de los límites impuestos por el Derecho de la Unión Europea y, en particular, por la Directiva, la forma, las modalidades de financiación y de percepción, y la cuantía de dicha compensación.

Tal conclusión se ve corroborada por la propia finalidad de la norma europea en la que aparece el concepto de compensación equitativa, pues el objetivo de la DDASI es el de armonizar determinados derechos de autor y afines en el ámbito de la sociedad de la información y, con ello, impedir las distorsiones que la diversidad de las normativas nacionales supondría para el funcionamiento

de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos». Completando todo lo anterior, en relación con la copia privada, el Considerando 38 prosigue: «Debe facultarse a los Estados miembros para que establezcan una excepción o limitación al derecho de reproducción en relación con determinados tipos de reproducción de material sonoro, visual y audiovisual para uso privado, mediante una compensación equitativa. Ello puede suponer la introducción o el mantenimiento de los sistemas de retribución para compensar a los titulares de los derechos por los perjuicios sufridos. Aunque las diferencias existentes entre tales sistemas de retribución afecten al funcionamiento del mercado interior, en lo que respecta a la reproducción privada analógica, dichas diferencias no deben tener efectos significativos en el desarrollo de la sociedad de la información. La copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico. Por consiguiente, deben tenerse debidamente en cuenta las diferencias entre la copia privada digital y la analógica, y debe establecerse entre ellas una distinción en determinados aspectos».

¹⁸ Cita, entre otras, las sentencias de 18 de enero de 1984, *Ekro*, C-327/82, Parágrafo 11; de 19 de septiembre de 2000, *Linster*, C-287/98, Parágrafo 43; y de 2 de abril de 2009, *Asunto A*, C-523/07, Parágrafo 34. En sus conclusiones, la Abogada General menciona muchas otras sentencias que aplican esta doctrina jurisprudencial en su nota 29.

del mercado interior¹⁹. Este objeto implica la creación de conceptos autónomos de Derecho de la Unión Europea. Por tanto, haciendo suyas las conclusiones de la Abogada General, en concreto las 61 y 62, el TJUE considera que sería contrario al objetivo perseguido por la Directiva aquella interpretación según la cual los Estados miembros que han establecido la excepción de copia privada tengan libertad para precisar los parámetros de la compensación equitativa de forma incoherente y no armonizada, susceptible de variar de un Estado a otro (Parágrafos 34 a 36 de la sentencia del TJUE)²⁰.

La consecuencia de la respuesta dada a esta primera cuestión prejudicial tiene una mayor trascendencia que lo que, tras una primera lectura, se pudiera pensar. Supone, en definitiva, la prohibición a los legisladores y jueces nacionales de interpretar la compensación equitativa desde la perspectiva nacional. Esto es, la prohibición de entender estas normas, tanto europeas como nacionales, a la luz del resto del ordenamiento nacional y de las circunstancias particulares del Estado miembro en cuestión. El sentido y alcance de los conceptos autónomos de carácter comunitario y de las normas relacionadas con éstos habrán de ser determinados atendiendo al ordenamiento europeo exclusivamente, pues sólo así se garantiza la uniformidad perseguida por el legislador europeo con la creación de conceptos comunes a todos los Estados miembros.

Así, cabe preguntarse si la doctrina jurisprudencial del TJUE anteriormente citada debe aplicarse fielmente, sin modulación alguna, a un supuesto como el presente. No deben pasarse por alto dos aspectos. Uno, la DDASI no define

¹⁹ De ahí que utilice como base jurídica el antiguo artículo 95 del Tratado de la Comunidad Europea, actual artículo 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Este precepto, a su vez, se remite al artículo 26 TFUE, en relación con el objetivo general de consecución del correcto funcionamiento del mercado interior.

²⁰ Otro de los argumentos que corroboran este extremo es el relativo a los criterios interpretativos contenidos en algunos de los Considerandos de la DDASI, que confirman la conclusión a la que el TJUE llega. Así, el Considerando 12 señala la necesidad de otorgar una adecuada tutela de las obras protegidas mediante derechos de autor y de las prestaciones protegidas mediante derechos afines a los derechos de autor; con el fin de cumplir con el cometido previsto en el actual artículo 167 del Tratado de Funcionamiento de la UE —el entonces artículo 151 del Tratado de la Comunidad Europea—. La literalidad del Considerando 21 es reveladora: «*La presente Directiva debe definir el alcance de los actos protegidos por el derecho de reproducción en relación con los distintos beneficiarios. Ello debe efectuarse en consonancia con el acervo comunitario. Es necesaria una definición general de tales actos para garantizar la seguridad jurídica dentro del mercado interior*». Por su parte, el Considerando 31, *in fine*, dicta, en relación con las excepciones a los derechos de propiedad intelectual, hasta entonces previstas de manera no uniforme en los ordenamientos de los distintos Estados miembros, «*[p]ara garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, resulta oportuno definir de manera más armonizada tales excepciones y limitaciones. El grado de armonización de las mismas debe estar en función de sus efectos sobre el correcto funcionamiento del mercado interior*» —siendo evidente que, si alguna excepción afecta conmensurablemente a dicho funcionamiento es, con diferencia, la de la copia privada—. Finalmente, es obligado hacer una referencia al Considerando 32, que ratifica las consideraciones expuestas, al afirmar que «*[l]os Estados miembros deben aplicar con coherencia dichas excepciones y limitaciones —al derecho de reproducción—, lo que será comprobado en un futuro examen de las medidas de transposición*».

de manera expresa el concepto de compensación equitativa. Dos, la libertad otorgada al legislador nacional a la hora de configurar dicha compensación en su respectivo territorio es notable, toda vez que cada Estado miembro puede elegir la forma y la cuantía de la compensación equitativa, así como sus modalidades de financiación y de percepción.

La voluntad del legislador europeo era crear un clima de uniformidad y evitar los obstáculos que para el mercado interior se derivan de la excesiva autonomía regulatoria estatal y la heterogeneidad que ésta produce. Si esto es así, no se entiende la falta de concisión de la DDASI respecto de este extremo. La amplitud de los lindes impuestos a los legisladores nacionales y la voluntad de conseguir una mayor igualdad por parte del legislador europeo parecen nociones antagónicas. Ciertamente, es difícil pensar que un mínimo de concreción del concepto de compensación equitativa por parte del legislador europeo hubiese vulnerado el reparto competencial existente entre la Unión Europea y sus Estados miembros.

2. EL PERJUICIO COMO CRITERIO PARA CALCULAR LA CUANTÍA DE LA COMPENSACIÓN

La segunda cuestión planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona al TJUE es si el justo equilibrio que ha de respetarse entre los titulares de este derecho y los deudores finales que deben pagar la compensación (usuarios de bienes gravados), debe calcularse atendiendo al criterio del perjuicio causado como consecuencia del reconocimiento del límite de copia privada. A este respecto el TJUE apunta los Considerandos 35 y 38 DDASI. Ambos aluden a este criterio como primordial a la hora de determinar la cuantía de la compensación, indicándose, además, que cuando el perjuicio sea mínimo, no surgirá la obligación de pago. Así, a juicio del Tribunal, la compensación es la contrapartida al perjuicio sufrido por los titulares de derechos, estando la cuantía vinculada estrechamente a aquél (Parágrafo 40 de la sentencia del TJUE y Conclusión 84 de la Abogada General).

Varias cosas cabe señalar aquí. Está claro que si se hacen copias privadas habrá perjuicio, luego habrá que pagar la compensación, pero si no se hacen, no lo habrá y no surgirá la obligación de pagarla. Pero, ¿cómo se modula en el primer caso? Es difícil de determinar. El Considerando 35 hace referencia al perjuicio potencialmente causado —«*posible daño*» dice—. Esto significa que no es preciso demostrar que ha existido un daño real, sino que basta con que sea hipotético o razonable. ¿Quiere esto decir que todo aquello que sea susceptible de ser utilizado para hacer copias privadas y que presumiblemente va a causar un perjuicio a los titulares de derechos, debe quedar gravado, aunque *a posteriori* no se cause? No parece ser así si atendemos al último inciso del Considerando 35 DDASI, según el cual si el perjuicio es mínimo, y más aún si es inexistente, no habrá compensación. Por tanto, más que de perjuicio poten-

cial habría que hablar de perjuicio efectivo, que es como finalmente aparece en el artículo 25.6.4º LPI.

Es más, ese inciso final del Considerando 35 DDASI plantea varios problemas, algo que no ha sido analizado por el TJUE. En primer lugar, va en contra del carácter equitativo de la compensación. Si según el principio de equidad, la compensación debe ser proporcional al daño causado, no se puede decir luego que cuando el perjuicio sea mínimo no habrá compensación. Cuando el perjuicio sea mínimo, la compensación también debería ser mínima, pero no inexistente. De seguir el tenor literal de dicha norma, se vulneraría la regla de los tres pasos (arts. 5.5 DDASI y 40bis LPI), en concreto el tercero de los criterios —la no afectación a los intereses legítimos de los titulares de derechos—.

En segundo lugar, ¿cuándo se considera que el perjuicio es mínimo?, ¿dónde está el límite? La OM PRE/1743/2008, atendiendo al criterio del perjuicio, ha introducido unas cantidades máximas y mínimas de dinero que se pretenden recaudar en concepto de compensación por copia privada. Tales cantidades funcionan como límites a partir de los cuales la Orden deberá ser revisada para corregir las posibles desviaciones²¹. Además, se trata de una previsión que ninguna otra norma europea ha incluido en su ordenamiento. El objetivo es garantizar que la recaudación de la compensación se ajusta a la cuantificación del perjuicio estimado. El apartado tercero establece los niveles máximos y mínimos para las modalidades de reproducción: a) para el caso de reproducciones de obras divulgadas en forma de libros y publicaciones asimiladas, la horquilla oscila entre los 37.200.000 y los 34.800.000 euros; b) para el caso de reproducciones de fonogramas u otros soportes sonoros y de reproducción visual o audiovisual, el máximo se sitúa en los 80.600.000 euros y el mínimo en 75.400.000 euros. Se considera que el mayor perjuicio se producirá al sector musical y audiovisual, por realizarse más copias privadas en este ámbito. Pues bien, las cuantías establecidas para cada uno de los bienes gravados deberán revisarse al objeto de que las cantidades devengadas se sitúen dentro de estos límites. Así, si la cantidad recaudada en cada una de las modalidades no alcanzara el mínimo previsto, tendrán que revisarse al alza. Y viceversa.

Sin embargo, aunque la intención del legislador español es adecuarse lo máximo posible al perjuicio estimado, el establecimiento de estos máximos y mínimos provoca numerosos problemas —por ejemplo, no se determina por qué son esas, y no otras, las cantidades máximas y mínimas—. ¿Se han hecho estimaciones de las ventas que se producirán de los bienes gravados? De ser así, no es un factor indicativo de los perjuicios ocasionados, pues puede ocurrir que se vendan muchos equipos y soportes en principio idóneos y que luego finalmente apenas se utilicen para realizar o almacenar copias privadas. No existe, entonces, una

²¹ Se trataba de computar lo recaudado entre el 1 de julio de 2008 y el 30 de junio de 2009, es decir, el primer año de vigencia de la OM.

relación directa entre las ventas de esos equipos y soportes y las copias privadas que se realizarán. ¿Y qué ocurre si no se llega al mínimo previsto y se tiene que aumentar la cuantía de la compensación? Aquí tendríamos otro límite, que es el último criterio establecido en el artículo 25.6.4º LPI: el importe de la compensación no debe ser desproporcionado respecto del precio medio final que pagan los consumidores por esos equipos y soportes. Además, el aumento de la cuantía podría perjudicar, más que beneficiar, a los titulares de derechos, que verían cómo los usuarios de sus obras y prestaciones elaboran copias sin cumplir con los requisitos del artículo 31.2 LPI (descargas ilegales a través de programas P2P, copias adquiridas en el top-manta...)²².

Otra crítica que se puede hacer al establecimiento de esas cantidades es que no responden al criterio del perjuicio efectivamente causado. Si lo recaudado en concepto de compensación queda por debajo del importe mínimo o si se excede el importe máximo, ya no se está pagando por el daño efectivamente causado. El perjuicio causado depende de variables muy diversas, sobre todo de cada usuario final, que es quien decide si hacer o no la copia privada o qué cosas va a almacenar en los soportes.

Por tanto, lo ideal es que se tenga en cuenta el perjuicio efectivamente causado como consecuencia de la realización de copias privadas. No obstante, la determinación exacta del perjuicio causado es prácticamente imposible, en la medida en que no cabe un control exhaustivo y pormenorizado de la cantidad de copias privadas que realizan los usuarios²³. Únicamente puede atenderse a estimaciones o aproximaciones. La compensación quedará fijada sobre una hipótesis de utilización con independencia de que luego se lleve a cabo efectivamente la reproducción para uso privado.

El TJUE no se pronuncia sobre si el legislador español ha tenido en cuenta este criterio. Sin embargo, varias circunstancias apuntan una respuesta negativa: a) se gravan con la misma tarifa tanto los soportes específicos de reproducción sonora o audiovisual, como los soportes Data; b) lo mismo cabría decir respecto de los reproductores MP3 y MP4, que, a pesar de tener un cada vez mayor impacto estos últimos, se gravan con la misma cantidad; c) ocurre igual con las grabadoras de discos, que tanto si sirven para grabar CDs Audio o Data,

²² Esta es la errónea idea que tienen los consumidores. Piensan que, como pagan la compensación, pueden hacer copias de todo sin ningún límite.

²³ La imposibilidad de control y los fallos de mercado, entendidos como la imposibilidad y dificultad para los titulares de derechos de licenciar cada una de estas copias, son las dos razones fundamentales que la doctrina apunta para justificar el límite del artículo 31.2 LPI. *Vid.* GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010, p. 65; CARBAJO CASCÓN, F., «El pulso en torno a la copia privada», en *Pe.i., Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 16, enero-abril 2004, pp. 53-54; BONDÍA ROMÁN, F., «La ley como fuente de las obligaciones y el derecho de remuneración por copia privada reprográfica», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, VV.AA., Civitas, 2003.

o DVDs Vídeo o Data, se gravan con la misma tarifa; d) no se han incluido los teléfonos móviles que permiten el almacenamiento de vídeos, siendo muy utilizados hoy en día y causando un perjuicio a los titulares de derechos que no se ve compensado²⁴.

Por otro lado, el TJUE se refiere a quiénes son las personas afectadas por el justo equilibrio a que alude el Considerando 31 DDASI. Pues bien, los intereses que deben verse equilibrados en este conflicto son dos: por un lado, los de los acreedores de este derecho, y, por otro lado, los de los usuarios de obras y prestaciones protegidas. ¿Habría que atender también a los intereses de los deudores de la compensación establecidos en el artículo 25.4.a) LPI? Como señala la Abogada General, para estos deudores el resultado del sistema de compensación es neutro, pues no son ellos realmente quienes pagan la compensación, sino que la imputan a los consumidores finales en el precio final de venta de los productos gravados y se reembolsan lo que hayan tenido que pagar en este concepto a la entidad de gestión (Conclusión 76). No sufren ningún perjuicio. Por tanto, los intereses a tener en cuenta son los de los deudores indirectos, es decir, los usuarios, que son los que, en definitiva, asumen la carga económica de la compensación.

Señala el TJUE que, habida cuenta de las dificultades prácticas de identificar a los usuarios privados y obligarles a indemnizar a los titulares de derechos por el perjuicio causado y atendiendo al hecho de que el perjuicio derivado de las copias privadas, consideradas individualmente, puede resultar mínimo y, por tanto, no dar origen a una obligación de pago, los Estados miembros tienen la facultad de establecer una compensación que no grave a las personas privadas afectadas, sino a quienes disponen de los equipos y soportes de reproducción digital (Parágrafos 46 y 48 de la sentencia del TJUE). Son las personas que disponen de estos bienes quienes tendrán que abonar la compensación. La realización de copias privadas por parte de personas físicas que actúan a título particular debe entenderse, a juicio del Tribunal, como un acto que puede generar un perjuicio para el titular de los derechos. En consecuencia, si causan un perjuicio, tendrán que repararlo abonando la compensación. Es cierto que la DDASI no establece en ningún sitio que sean los usuarios quienes soporten la compensación. Sin embargo, como ya hemos señalado, los apartados 17 y 18 del artículo 25 LPI permiten a los deudores señalados en la LPI repercutir el pago de la compensación en el precio de venta al público. Por tanto, el usuario privado que compre algún bien de los que aparecen en el listado de equipos y soportes gravados, deberá pagar la compensación, pues es a él a quien la Ley le otorga la posibilidad de hacer reproducciones para su uso privado—²⁵.

²⁴ Es muy frecuente el intercambio de archivos de vídeo o audio entre móviles a través de la tecnología *Bluetooth*, que permite el envío de estos contenidos de una manera fácil, rápida y a coste cero.

²⁵ La Abogada General alude el aforismo «*cuius commoda, eius incommoda*», esto es, quien obtiene provecho de un bien, también tendrá que cargar con los inconvenientes (Conclusión 75).

Si bien es cierto que son los usuarios finales quienes realizan y disfrutan del límite del artículo 31.2 LPI, no es menos cierto que muchos de ellos no utilizan los bienes gravados para ese fin. Es correcta la apreciación del TJUE de que las personas jurídicas, en la medida en que están excluidas del disfrute del límite, no deben pagar la compensación. Pero tampoco se adecúa a ese principio de justo equilibrio el que usuarios que no hagan reproducciones de este tipo tengan que pagarla —por ejemplo, un consumidor que compra un *pendrive* para guardar las fotos del fin de semana en la playa o documentos personales—.

3. LA PRESUNCIÓN DE UTILIZACIÓN DE LOS BIENES GRAVADOS

Las cuestiones tercera y cuarta las analiza el TJUE conjuntamente. Se trata de determinar si existe una necesaria vinculación entre la aplicación de la compensación y el presumible uso de los bienes gravados para realizar copias privadas. Igualmente se plantea si la aplicación indiscriminada de la compensación, en particular, en relación con los equipos y soportes manifiestamente destinados a otros usos distintos a la realización de este tipo de reproducciones, es conforme a la DDASI.

El TJUE, siguiendo las conclusiones de la Abogada General emitidas en mayo de 2010 sobre este asunto, afirma la necesaria vinculación que debe existir entre la aplicación de la compensación y la utilización de los bienes gravados para realizar o almacenar copias privadas (Parágrafo 52 de la sentencia del TJUE y Conclusión 95 de la Abogada General). En consecuencia, según el Tribunal, la aplicación indiscriminada de la compensación en relación con todo tipo de equipos y soportes digitales, con independencia de que sean adquiridos por personas distintas a las físicas para fines ajenos a la copia privada, no es conforme al artículo 5.2.b) DDASI (Parágrafo 59). Dicho sistema no tendría en cuenta el criterio apuntado en el Considerando 35 DDASI, donde se establece que se deberán tener en cuenta las circunstancias de cada caso concreto a la hora de determinar la cuantía, lo que implica que se deberán valorar las especialidades de cada caso concreto.

Ahora bien, afirma el TJUE, una vez que los equipos en cuestión se han puesto a disposición de personas físicas para fines privados, no es necesario verificar que éstas efectivamente hayan realizado copias privadas ni que hayan causado un perjuicio efectivo a los titulares de derechos sobre contenidos protegidos (Parágrafo 54 de la sentencia del TJUE). Se presume legítimamente que las personas físicas se benefician íntegramente de esta puesta a disposición y que utilizan los equipos y soportes en toda su extensión, incluyendo las funciones de reproducción. Entiende, además, la Abogada General que los requisitos de la relación entre la compensación y el grado de uso no pueden ser tan estrictos que impliquen exigir un uso efectivo de los bienes en cuestión, sino que debe considerarse un uso potencial (Con-

clusión 90). De aquí se desprende que la mera capacidad de dichos bienes para realizar o almacenar copias privadas basta para justificar la aplicación de la compensación, siempre que aquéllos se haya puesto a disposición de personas físicas en condición de usuarios privados. El TJUE pone este criterio del uso en relación con el anterior criterio del posible daño (Considerando 35 DDASI): «*el carácter potencial del perjuicio causado a los autores de obras protegidas reside 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 tiene que dar lugar necesariamente a la realización efectiva de copias privadas*»²⁶. Este es el punto principal de la sentencia del TJUE: si cabe excluir a las personas jurídicas del pago de la compensación, concluyéndose que así debe ser.

Estas consideraciones ya habían sido puestas de manifiesto por la Audiencia Provincial de Barcelona en ese Auto de 15 de septiembre de 2008. Según ella, cabe distinguir dos situaciones a este respecto. En primer lugar, la venta directa al consumidor de equipos y soportes idóneos, que permite presumir que probablemente serán utilizados para realizar copias privadas de contenidos protegidos, aunque no necesariamente tengan que serlo en todo caso. En estos supuestos, lo normal es que sean utilizadas para hacer reproducciones para uso privado y la excepción es que se usen con otro destino. De ahí que esté justificado el cobro de la compensación de manera indiscriminada. En segundo lugar, la venta de equipos y soportes a entidades públicas, empresas o despachos profesionales, donde cabe presumir que serán empleados, en la mayoría de los casos, para un uso distinto al aquí apuntado (por ejemplo, para almacenar información generada por ellas mismas)²⁷. Al contrario que en el supuesto anterior, lo normal es que se usen para fines ajenos a la copia privada y lo extraño es que sí se utilicen para elaborar o almacenar copias privadas de obras y prestaciones. Así, termina señalando la Audiencia, cabría discriminar y gravar sólo las ventas realizadas por consumidores particulares, pero no las realizadas por personas jurídicas, algo que puede determinarse fácilmente atendiendo a la contabilidad.

²⁶ El TJCE alude a los casos de comunicación pública de obras y prestaciones protegidas en las habitaciones de los hoteles a través de aparatos de radio y televisión, donde se tiene en cuenta la mera posibilidad del usuario final de tener acceso a los contenidos protegidos a la hora de determinar si hay o no comunicación pública (Parágrafo 58 de la sentencia del TJUE).

²⁷ El Pleno del Senado aprobó el 21 de julio de 2010 una moción para modificar la LPI, de tal forma que se eximiera a las Administraciones Públicas del pago de la compensación equitativa por copia privada. En el texto de moción, presentada por Narvay Quintero Castañeda, senador de Coalición Canaria, se reclamaba el inicio de los trámites para solicitar la devolución de la compensación abonada a las entidades de gestión, correspondiente a los soportes y equipos adquiridos por las Administraciones públicas desde la entrada en vigor de la Orden Ministerial PRE/1743/2008. El Grupo Parlamentario Socialista planteaba las siguientes cuestiones: ¿por qué las Administraciones Públicas deben quedar excluidas y los particulares no?, ¿esos particulares van a pagar todo lo que dejan de pagar las Administraciones?, ¿se le descontará a los titulares de derechos si no lo pagan aquéllos? *Vid.* texto en <http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/ds/PS0089.PDF>.

No le falta razón a la Audiencia. Es cierto que, en el seno de las personas jurídicas, son personas físicas —por ejemplo, un empleado— las que realizan las copias. Sin embargo, dichas copias no son, en la mayoría de los casos, de contenidos protegidos por la propiedad intelectual, pero, aún siéndolos, no deben quedar amparadas en el artículo 31.2 LPI, sino ser objeto de autorización por los titulares de derechos por los siguientes motivos: 1) la copia privada debe realizarse por una persona física²⁸; 2) la copia ha de ser destinada a un uso privado del copista, por lo que no puede ser objeto de una utilización colectiva, lo que implica que no puede ser utilizada por un conjunto indeterminado de personas que supere el ámbito estrictamente doméstico —entendiendo por tal el uso que de la copia puedan hacer amigos o familiares del copista—²⁹, algo que ocurriría en el caso de las personas jurídicas; 3) las copias realizadas en el ámbito de las personas jurídicas se hacen en su beneficio y quedan integradas en un proceso productivo, luego existe un uso lucrativo de las mismas, algo prohibido por los artículos 31.2 y 5.2.b) DDASI³⁰. En consecuencia, la extensión del ámbito subjetivo de la compensación a sujetos distintos a las personas físicas iría en contra de los preceptos antes señalados (así también lo entiende la Abogada General en su Conclusiones 98 a 101). No obstante, esto no significa que no se pueda imponer a las personas jurídicas el pago de una remuneración por esas copias realizadas (derecho de remuneración).

La regla del grado del uso está presente no sólo en la letra b) del artículo 25.6.4º LPI, sino también en dos apartados más del artículo 25 LPI. En la letra d) del apartado 7, cuando se regula la posibilidad de que el Gobierno, mediante real decreto, establezca nuevas excepciones al pago de la compensación cuando quede suficientemente acreditado que el destino o uso final de los equipos y soportes materiales no sea la reproducción para uso privado. Y en el apartado 24,

²⁸ Excluyen a las personas jurídicas como beneficiarias del límite: CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «Vulneración de los derechos de autor en la creación jurídica: obras protegidas, citas y fotocopias», en *RCDI*, núm. 663, enero 2001, p. 69; MARÍN LÓPEZ, J. J., «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», en *Pe. i., Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 20, 2005, p. 19; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual... op. cit.*, p. 79; LÓPEZ MAZA, S., *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada, 2009, pp. 200-201; DÍAZ ALABART, S., «Artículo 31», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirs. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Tomo V, vol. 4-A, Edersa, Madrid, 1994, p. 533; CASAS VALLÉS, R., «La fotocopia y su régimen jurídico», en *Aranzadi Civil*, 1993-1, pp. 2003-2007; GÓMEZ POMAR, F., «La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia», en *RCDI*, enero-febrero 1993, p. 209; BONDÍA ROMÁN, F., «Artículo 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dirs. M. Rodríguez Tapia y F. Bondía Román, Civitas, Madrid, 1997, p. 167; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Artículo 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 1997, p. 606; DELGADO PORRAS, A., «La «copia privada» en España», en *RIDA*, núm. 145, julio de 1990, p. 29.

²⁹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Artículo 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2007, p. 562; LÓPEZ MAZA, S., *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital... op. cit.*, p. 195.

³⁰ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual... op. cit.*, pp. 86-87; LÓPEZ MAZA, S., *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital... op. cit.*, pp. 228-229.

mediante el cual se faculta al Gobierno para establecer igualmente excepciones al pago atendiendo a la peculiaridad del uso o explotación a que se destinen esos equipos y soportes. Se podría haber excluido a las personas jurídicas al amparo de estos preceptos, pero el Gobierno no ha hecho uso de esta habilitación. Como hemos apuntado, el artículo 31.2 LPI exige que el beneficiario de la copia privada sea una persona física, luego las personas jurídicas, como no pueden disfrutar de este límite, no tendrían que pagar la compensación. Si se presume que los usuarios personas físicas van a realizar copias privadas, habrá que presumir que los usuarios personas jurídicas no las van a elaborar. En definitiva, no se trata de establecer nuevos requisitos en el límite del artículo 31.2 LPI, pues el relativo a ser persona física para ser beneficiario de la excepción ya está, sino de exceptuar supuestos que, atendiendo al tenor literal de este último artículo, no estarían incluidos.

El problema surge por la incertidumbre que plantea el criterio del grado de uso. Nuestra Ley no se basa en el criterio del uso efectivo, sino en el de la potencialidad de uso. Conforme al primero, sólo los equipos y soportes digitales que sean utilizados efectivamente para almacenar o elaborar copias privadas estarían sujetos a la compensación. Conforme al segundo, lo importante es la posibilidad de que el bien concreto pueda ser utilizado para la copia privada, aunque esto último no pueda ser objeto de constatación efectiva. De aquí deriva el principio de idoneidad objetiva.

El criterio tradicional utilizado en España para determinar los bienes gravados es el de la idoneidad objetiva, si bien conjugado también con los otros criterios enumerados en el artículo 25.6.4º LPI. Conforme al principio de idoneidad, no se gravan sólo los bienes específicamente destinados a la reproducción de obras y prestaciones protegidas o que tengan como uso primario o utilización preferente esta función. No se refiere al uso normal de los soportes y equipos, sino a que, dentro de las funciones de esos bienes gravados, esté la de elaborar o almacenar copias privadas. Así, esto implica que un equipo o soporte que no nos permita hacer o almacenar copias de este tipo, no podrá estar gravado. Mientras que un dispositivo que sea capaz de ello, aunque tenga otras funciones principalmente, deberá estar sujeto a la compensación. El hecho de que un dispositivo no tenga como función principal el elaborar copias privadas pero que esta función se incluya entre las que tiene, no justifica el que sea excluido del pago de la compensación, aunque debería estar gravado en una cuantía menor. Y ello porque el que un soporte o equipo tenga varias funciones o varios usos no debe llevar a afirmar, al menos de una manera categórica, que se vaya a usar para almacenar o elaborar reproducciones para uso privado. Una cosa es la idoneidad y otra el destino efectivo que se les dé.

Por otro lado, no estamos ante un factor objetivo para la determinación de la cuantía de la compensación, pues el grado de uso es muy variable y depende-

rá de las necesidades y gustos de cada sujeto particular³¹. Además, el hecho de que la compensación constituya una cantidad única y fija, impide que se pueda tener en cuenta la frecuencia de la utilización de los equipos o, incluso, su ubicación. Y siendo un sistema de pago previo a la utilización efectiva de los equipos y soportes, impide tener en cuenta el uso real que se haga de los mismos. A los usuarios les será indiferente la realización de una o mil copias, pues lo pagado en concepto de compensación es lo mismo. De esta manera, no se ven limitados en la realización de reproducciones para uso privado, pues las sucesivas copias no van a suponer coste adicional alguno.

Pero el problema no acaba aquí. El criterio de la idoneidad objetiva puede resultar contradictorio con los criterios del perjuicio y de la equidad. En cuanto al primero, como acabamos de ver al analizar la segunda cuestión prejudicial, cuando el perjuicio sea mínimo, la compensación deberá ser inexistente. Imaginémosnos una PDA, un navegador GPS o una cámara de fotos digital con cierta capacidad de almacenamiento. Según el criterio del perjuicio, como éste es mínimo porque apenas se utilizan para hacer copias privadas, no deberían estar gravados con la compensación. Sin embargo, conforme al criterio del grado de uso, como son idóneos para almacenar copias privadas y a pesar de ser utilizados para otras funciones, deben dar lugar al pago de la compensación, si bien será mínima porque el grado de uso para los fines que estamos viendo es más bien escaso.

El principio de la idoneidad entra también en conflicto con el carácter equitativo que debe predicarse de la compensación. Que la compensación deba ser equitativa implica que únicamente se tendrá que pagar cuando se produzca efectivamente el hecho generador de la obligación de pago: la realización de una copia privada. Si únicamente debe estar gravado aquello que efectivamente sea usado para hacer o almacenar este tipo de copias, no se puede gravar, al mismo tiempo, todo aquello que sea idóneo para esas funciones, pues se incluiría todo. Esta relación conflictiva se ve claramente cuando se trata la aplicación de la compensación a los soportes Data o a las memorias USB. Estos soportes son idóneos para almacenar obras y prestaciones. Pero no es menos cierto que en ellos también se pueden grabar contenidos que no están protegidos o que no deberían dar lugar al cobro de la compensación (por ejemplo, obras y prestaciones respecto de las cuales no se ha accedido de forma legal, ideas e información, sentencias, normas jurídicas, obras sujetas a cláusulas *copyleft*, obras que han pasado al dominio público, actos celebrados ante órganos judiciales³², etc.). La utilización exclusiva del criterio de la idoneidad objetiva

³¹ SERRANO GÓMEZ, E., «La copia privada en la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Diario La Ley*, núm. 6493, Sección Doctrina, 30 de mayo de 2006, ref. D-133, La Ley 1424/2006.

³² Los artículos 147 y 187 LEC obligan a que ciertos actos queden registrados en soportes audiovisuales. Esto no constituye una copia privada, por lo que los soportes deberían quedar excluidos del pago de la compensación. Pero esto no se ha llegado a formular expresamente en la Ley, aunque en la mayoría de casos que han llegado a los tribunales se ha fallado a favor de devolver la cantidad

contribuye a hacer imposible el justo equilibrio del que habla el TJUE entre los intereses de los titulares de derechos y los de los usuarios.

¿Cómo se resuelve este problema? Se va a cobrar una compensación con independencia del tipo de contenidos que posteriormente se van a almacenar en los soportes. Esto implica la recaudación de la compensación sobre bienes de naturaleza digital por el simple hecho de serlo³³. Todo lo que sea idóneo dará derecho al cobro. Así, la mera adquisición de estos bienes va a dar lugar al pago de la compensación, incluso aunque luego no se utilicen realmente para hacer o almacenar copias privadas. Se grava la mera posibilidad de copiar, en prevención de los posibles daños que se puedan causar a los titulares de derechos. Para atribuir el carácter equitativo a la compensación sería necesario cobrarla no en el momento en que se adquieren los bienes gravados, sino en el momento en que el consumidor decide qué es lo que va a almacenar en los soportes, algo que es imposible. Sería necesario hacer costosas y complicadas encuestas a los usuarios para que dieran explicaciones sobre el destino que van a darle a los soportes y equipos que adquieren, lo que incrementaría los gastos de las entidades de gestión, que tendrían que hacer un seguimiento de cada una de las transacciones. Además, un sistema de este tipo atentaría contra el derecho a la intimidad³⁴. Por lo tanto, lo correcto, hasta que se consiga un sistema efectivo que permita atender al destino final, es mantener la compensación

cobrada en concepto de compensación, por constituir un cobro de lo indebido. Entre otras, cabe citar las sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Alcalá de Henares, de 15 de junio de 2005 (Aranzadi Civil. Marg. n.º 2005/1031; del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria, de 19 de octubre de 2006 (Westlaw. JUR 2007/13756); del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla, de 2 de septiembre de 2009 (Aranzadi Civil. Marg. n.º 2009/1970). GONZÁLEZ DE ALAIZA critica estas sentencias donde se recupera el importe del canon tras demostrar que no se ha empleado el soporte para la realización de copias privadas. Entiende que «[...] si cada CD virgen que se utiliza para realizar una copia privada debería pagar un euro en concepto de remuneración compensatoria, pero solamente el 70% de los CDs vírgenes se destinan a esta finalidad, se impondrá un canon de 0,70 céntimos sobre todos los CDs vírgenes. Naturalmente, el 30% de los usuarios que emplean el CD virgen en usos distintos a la copia privada de obras protegidas están pagando 0,70 céntimos de más, pero es que el 70% de los usuarios están pagando 0,30 céntimos de menos». Según él, la devolución del canon sólo tendría sentido en un sistema en el que todos los CDs pagasen un euro y los usuarios que demostrasen haberlos destinado a fines distintos a la copia privada pudiesen recuperar el total de ese importe. Vid. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008, pp. 326-327.

³³ HART ya advirtió del peligro de utilizar exclusivamente el criterio de idoneidad: la extensión de la compensación a prácticamente todos los soportes y equipos digitales. Vid. HART, M., «The Copyright in the Information Society Directive: an Overview», en *EIPR*, 2002, p. 60.

³⁴ A este respecto destaca el Fundamento de Derecho 4º de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, de 8 de noviembre de 2005 (Westlaw. JUR 2006/42819), según el cual: «el sistema opera sobre un único tratamiento posible porque descarta invadir derechos de los usuarios, como el de su intimidad, incompatible con la posibilidad de obligarles a declarar o de permitir la comprobación de qué empleo se hace de ellos en cada domicilio o despacho particulares. De ahí que se sustente sobre la aptitud del mecanismo o material para realizar con él la copia, con independencia del uso que finalmente se le acabe dando. Lo determinante es la posibilidad de que sea destinado a la copia, aunque esto último no pueda ser objeto de efectiva constatación».

respecto de este tipo de soportes, si bien debería ser más reducido respecto de los soportes específicos (Audio y Vídeo) que permiten almacenar únicamente obras y prestaciones protegidas. Esa doble función de estos soportes no debe llevar a excluirlos de la compensación, sino a modular su cuantía. Según la Abogada General, los Estados miembros, por razones prácticas, podrán establecer un sistema que no se base en el alcance efectivo, sino en el uso presumible de la realización o almacenamiento de copias privadas, dada la imposibilidad de controlar efectivamente dichas copias por parte de los titulares de derechos o de registrar estadísticamente el número exacto de este tipo de reproducciones (Conclusión 92).

Finalmente, hay que apuntar que ni el principio de la idoneidad objetiva ni el del grado del uso se han tenido debidamente en cuenta a la hora de elaborar la OM PRE/1743/2008. Y ello por varios motivos: a) no se excluyen a las personas jurídicas del pago de la compensación; b) los ordenadores, a pesar de ser equipos idóneos para realizar copias privadas y a pesar de que se utilizan masivamente para ese fin, no están gravados con la compensación (art. 25.7.b) LPI³⁵; c) se gravan con la misma cuantía los CDs Audio y los Data (lo mismo para los DVD Vídeo y DVD Data), ignorando así los hábitos de consumo en relación a estos soportes³⁶; d) tampoco se distingue entre los aparatos destinados exclusivamente a la grabación de fonogramas y videogramas, y los que tienen varias funciones, algunas de las cuales no son de grabación; e) no aparecen gravados los teléfonos móviles con función de reproducción MP4.

4. COMPATIBILIDAD DEL SISTEMA ESPAÑOL CON LA DIRECTIVA 2001/29/CE

Finalmente, a la luz de las respuestas dadas a las anteriores cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional remitente desea conocer si el sistema de compensación equitativa adoptado por España es o no conforme con la DDASI. Como cabía esperar, el TJUE no responde a esta quinta cuestión, declarando que, fuera del recurso por incumplimiento, no le corresponde a él decidir sobre

³⁵ Esta exclusión es bastante criticable a nuestro juicio, pues no tiene una justificación legal para eximirlos del pago y, además, por su naturaleza arbitraria, puede ser incluso contraria a la regla de los tres pasos. Parte de la doctrina se muestra contraria también a esta exclusión, teniendo en cuenta la idoneidad de los discos duros de ordenador para reproducir contenidos de todo tipo. Vid. CARBAJO CASCÓN, F., «La «larga marcha» de la compensación equitativa por copia privada. A propósito de la sentencia (Sala 1.^a) del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005», en *Pe.i., Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 22, 2006, p. 43; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2007, p. 495. Según este último autor, la compensación del artículo 25 LPI no es «equitativa» al dejar fuera de los acreedores de forma injustificada a los fabricantes o adquirentes de discos duros de ordenador. Además, señala que ello puede constituir un incumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 5.5 DDASI.

³⁶ Aunque hay que reconocer que, en cierto modo, sí se tiene en cuenta el grado de uso cuando se grava con distinta tarifa los discos no grabables y los discos regrabables, pues éstos últimos se utilizarán más para realizar copias privadas.

la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho europeo, sino que ello será competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales nacionales. Seguidamente recalca que, a la hora de llevar a cabo esa labor, los órganos jurisdiccionales españoles contarán con las precisiones hechas en la sentencia acerca del alcance y la interpretación del concepto de compensación equitativa, de los criterios para determinar su cuantía y de los supuestos en los que la aplicación de ésta no resulta conforme con la DDASI.

Sin embargo, la Abogada General sí que entiende que, en principio, un sistema nacional que, por razones prácticas, y haciendo uso del amplio margen de actuación que en este sentido la Directiva deja a los Estados miembros³⁷, calcule la compensación equitativa a tanto alzado, resultaría compatible con la DDASI siempre y cuando se respete la correspondencia que su artículo 5.2.b) exige que exista entre la injerencia en el derecho de reproducción que la realización o almacenamiento de copias privadas supone y la debida compensación económica. Así, en la medida en que deje de existir tal correspondencia, la retribución asignada a los titulares de derechos de propiedad intelectual no constituirá una compensación equitativa en el sentido del art. 5.2.b), de la DDASI —citando expresamente, a modo de ejemplo de estos supuestos de falta de correlación, aquél en el que la compensación se aplica a supuestos de hecho en los que no se produce una limitación de los derechos que justifique la compensación equitativa—. Por ello, la Abogada General concluye que un sistema nacional en donde no exista tal correspondencia no sería compatible con el Derecho europeo (Conclusiones 108 a 110).

La contestación del TJUE no podía ser otra. La cuestión prejudicial, regulada en el actual artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, es una manifestación de la cooperación entre el TJUE y los jueces y tribunales nacionales, por virtud de la cual el juez o tribunal nacional que conoce un litigio y alberga una duda acerca de la interpretación —cuestión prejudicial de interpretación— o validez —cuestión prejudicial de validez— de una norma de Derecho europeo cuya aplicación es necesaria para resolverlo, puede plantear al TJUE la cuestión prejudicial³⁸. De ahí que se diga que este recurso tiene por

³⁷ Amplio margen que, además de por la falta de concreción del artículo 5.2.b) viene confirmado por el Considerando 35 DDASI, que señala: «A la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos».

³⁸ La cuestión prejudicial constituye un recurso de sometimiento indirecto o mediato al Tribunal de Justicia —pues no son las partes, sino el juez interno, quien lo somete al Tribunal—. No tiene naturaleza contenciosa y no es un procedimiento contradictorio, sino un recurso de naturaleza objetiva, pues excede del interés de las partes y está asociado al interés público. De ahí que sea el juez o tribunal nacional el único que pueda plantear una cuestión prejudicial, sin que exista un derecho de las partes del litigio principal al planteamiento de ésta, si bien, eso sí, éstas pueden sugerir al órgano jurisdiccional nacional tal solicitud, pero conservando dicho órgano la facultad de decidir sobre ello.

finalidad la de garantizar, en un ordenamiento de aplicación descentralizada, la interpretación y aplicación uniformes del Derecho europeo. Desde la perspectiva del TJUE, la cuestión prejudicial es un recurso autónomo. Pero desde la perspectiva del litigio principal y del juez nacional, la cuestión prejudicial es un incidente suspensivo y devolutivo, que no atribuye al TJUE el conocimiento del litigio principal, sino que éste sigue pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional, que simplemente suspende el litigio principal y lo reanuda una vez el TJUE dicta sentencia dando respuesta a la cuestión prejudicial, debiendo el órgano jurisdiccional nacional tener en cuenta esa respuesta³⁹.

La planteada en este caso es una cuestión prejudicial de interpretación⁴⁰. En un primer momento, la actitud del TJUE ante este tipo de recursos era muy estricta. Hacía una interpretación muy rigurosa del antiguo artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea, de manera que entendía que, al resolver una cuestión prejudicial, no podía ni interpretar el Derecho interno, ni analizar la compatibilidad de éste con el Derecho comunitario. Sin embargo, a día de hoy, se entiende que el TJUE, si bien no puede interpretar el Derecho nacional, sí puede, indirectamente, suministrar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos interpretativos y criterios para determinar la compatibilidad de la norma nacional con la europea, y así ayudar al Juez nacional a resolver la cuestión. De hecho, partiendo de la actitud favorable a conceder siempre una respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas, con el fin de asegurar una interpretación uniforme del Derecho europeo, el TJUE ha llegado a reconocer en alguna ocasión que cuando interpreta el Derecho europeo no puede evitar sacar a la luz alguna incompatibilidad que pueda surgir entre éste y el Derecho nacional⁴¹. Ahora bien, lo que en ningún caso puede hacer el Tribunal de Justicia es resolver el litigio principal, ni pronunciarse sobre los hechos, ni aplicar el Derecho nacional al caso concreto, ni examinar los motivos que llevaron al juez nacional a plantear la cuestión prejudicial.

Eso es, precisamente, si bien de manera indirecta —al responder a las anteriores cuestiones— lo que viene a hacer el TJUE en la presente sentencia. Así, partiendo de la base de la necesidad de que exista una vinculación entre la aplicación de la compensación equitativa en relación con los equipos y soportes de reproducción digital y el presumible uso de éstos para realizar o almacenar

³⁹ El recurso a la cuestión prejudicial es una suerte de solución de compromiso, pues no se trata de una vía de recurso de casación, sino un sistema que pone de relieve el reparto de competencias jurisdiccionales. De manera que el juez nacional que tiene dudas sobre la interpretación o validez de una norma u acto de Derecho de la UE plantea una cuestión prejudicial ante el TJUE, que interpretará y/o declarará la validez o invalidez de la norma o del acto europeo, tras lo cual el órgano jurisdiccional nacional remitente retomará el procedimiento, resolviendo el litigio principal, si bien, eso sí, a la luz de la contestación dada por el TJUE.

⁴⁰ No se trata de una cuestión prejudicial de validez, puesto que no tiene por objeto declarar la validez o invalidez de un acto de Derecho derivado.

⁴¹ Así se pronunció, por ejemplo, en la célebre sentencia *Marleasing*, sentencia de 13 de noviembre de 1990, C-106/89, Rec. I, 4135 y ss.

reproducciones que reúnan los requisitos para poder calificarse como copias privadas, se puede deducir que una aplicación indiscriminada a aquellos supuestos de personas jurídicas y de presumible uso profesional o comercial que vayan a hacer de los equipos o soportes adquiridos, supondría una extensión de la aplicación de la compensación equitativa a supuestos no previstos en la DDASI, y que no encuentran acomodo en ésta, dado que no buscan compensar el perjuicio causado al titular del derecho de autor o derecho conexo al realizar copias privadas de su obra o prestación protegida⁴².

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona era innecesaria. Si atendemos al tenor literal del artículo 31.2 LPI, únicamente las personas físicas pueden acogerse al límite de copia privada, luego sólo ellas tendrán que ser las que paguen la compensación equitativa. Las personas jurídicas, en la medida en que no pueden beneficiarse de este límite, no pueden ser consideradas deudoras. Pero incluso aunque el artículo 31.2 LPI no hablara de personas físicas, las personas jurídicas no podrían acogerse a este límite por incumplirse algunos de los requisitos necesarios para su aplicación —en concreto, la no utilización colectiva y la no utilización lucrativa de la copia—. No obstante, esta exclusión sigue sin crear un sistema de compensación totalmente equitativo por las razones ya apuntadas.

La sentencia del TJUE ha venido a declarar la legalidad del sistema español de compensación equitativa por copia privada. Ahora bien, se dejan sin resolver los problemas creados por los principios apuntados en el artículo 25.6.4º LPI y el Considerando 35 DDASI. Es lícito que los titulares de derechos cobren una compensación por las copias privadas que hacen los usuarios de obras y prestaciones, pues de lo contrario se causaría un perjuicio. Sin embargo, quienes la deberían pagar son quienes utilizan efectivamente esos equipos y soportes gravados para almacenar o hacer copias privadas. En consecuencia, las personas jurídicas, por no estar amparadas en este límite, y las personas físicas que utilicen estos bienes gravados para otras finalidades distintas, no deberían asumir este pago. No obstante, la exclusión de las personas jurídicas,

⁴² Conclusión que sería conforme con las declaraciones del entonces comisario europeo de Mercado Interior y Servicios, Charlie McCreevy, quien, en nombre de la Comisión —exponiendo el examen que tal institución europea hizo en 2006 de los distintos sistemas nacionales de compensación—, en la sesión del Parlamento Europeo de 19 de septiembre de 2007, señaló: *«la Comisión considera que los equipos utilizados con fines comerciales (por ejemplo, en empresas o en Administraciones Públicas) no deberían gravarse, pues ello supone ir claramente más allá de la necesaria compensación por actos autorizados —es decir, por copia privada—, con arreglo a lo dispuesto en la Directiva —DDASI—»*. Vid. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2007-2864&language=ES>. Con ello se daba respuesta a la pregunta parlamentaria que había sido planteada en el mes de junio por el Eurodiputado por Iniciativa per Catalunya – Verds, D. Raül Romeva i Rueda. Vid. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2007-2864&language=ES>.

¿implicará un aumento de las tarifas a pagar por los usuarios particulares de bienes gravados para así alcanzar las cantidades mínimas establecidas en el apartado 3º de la OM PRE/1743/2008? De ser así, seguramente estaríamos atentando contra el criterio relativo a la proporcionalidad entre el importe de la compensación y el precio medio final de los equipos y soportes gravados.

Teniendo en cuenta los extremos expuestos cabe plantearse si la sentencia comentada supone una efectiva ayuda jurisprudencial a los efectos de la interpretación del sistema de compensación equitativa configurado por el legislador o si, por el contrario, es, sin más, una descripción reiterativa de la opaca situación española, sin añadir luz alguna que ayude a disipar la actual falta de nitidez. Antes de dar respuesta a esta cuestión han de considerarse una serie de elementos.

En primer lugar, el interés del TJUE en resolver una cuestión prejudicial en la que se preguntaba sobre un concepto que venía planteando no pocos problemas de interpretación y aplicación en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros que, acogiendo el artículo 5.2.b) DDASI, decidieron reconocer el límite de la copia privada y, consecuentemente, previeron una compensación equitativa. Con independencia de la configuración que cada legislador nacional hubiese dado a la compensación equitativa —y, por tanto, de los criterios a tener en cuenta a la hora de determinar los bienes gravados y su cuantía, así como las formas de percepción de ésta—, la falta de claridad y la opinión generalizada de ser éste una suerte de «mal menor», la «solución menos mala», ante la copia indiscriminada de obras y prestaciones protegidas, alentada por las tecnologías digitales y el avance de la Sociedad de la Información, es una preocupación que afecta no sólo a España.

En segundo lugar, deben tenerse en cuenta los dos efectos de toda sentencia dictada en respuesta a una cuestión prejudicial. Uno de carácter inmediato: el efecto obligatorio de interpretación de la norma en el procedimiento principal del que la cuestión prejudicial trae causa. El órgano jurisdiccional remitente habrá de decidir el litigio pendiente a la luz de la sentencia del TJUE que resuelva la cuestión prejudicial concreta. Por tanto, la Audiencia Provincial de Barcelona habrá de aplicar al litigio entre *Padawan* y SGAE las notas interpretativas del artículo 5.2.b) DDASI expuestas —y, por ende, del artículo 25 LPI—. De no hacerlo, el órgano jurisdiccional español estaría incumpliendo el deber de obediencia que tiene para con el TJUE⁴³.

⁴³ En este sentido, el TJUE ha declarado que «una sentencia por la que el Tribunal se pronuncia con carácter prejudicial sobre la interpretación o la validez de un acto adoptado por las Instituciones de la Comunidad resuelve, con autoridad de cosa juzgada, una o varias cuestiones de Derecho comunitario y vincula al juez nacional para la resolución del litigio principal» (Auto del TJUE de 5 de marzo de 1986, asunto *Wünsche*, 69/85, rec.1986, p. 952). Para el estudio de esta cuestión, *vid.* CIENFUEGOS MATEO, M., *Las Sentencias Prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados Miembros*, José M^o Bosch Editor, Barcelona, 1998, pp. 71 y ss.; VILLAGÓMEZ CEBRIÁN,

Pero, además, la sentencia del TJUE tiene una segunda virtualidad: crea efecto de precedente, considerándose a partir de entonces aclarada la norma y condicionando a todo Estado miembro —esto es, a sus legisladores y jueces nacionales— y a toda Institución comunitaria en la interpretación de la norma europea. De esta manera, surgirá el deber de interpretación conforme de todo juez o tribunal nacional, cada vez que se le plantee un supuesto de hecho en donde haya de interpretar y aplicar la norma de Derecho europeo sobre la que la cuestión prejudicial versara⁴⁴.

En tercer lugar, en cuanto a la eficacia de las sentencias prejudiciales en el tiempo, no debe olvidarse que, ante el silencio del TJUE en el caso concreto, la regla general es el efecto *ex tunc*, de manera que la interpretación que este órgano jurisdiccional dé a la norma europea analizada debe entenderse que es la interpretación que siempre debió aplicarse, desde que dicha norma se adoptó hasta ese momento y desde ese momento para el futuro.

En cumplimiento de la doctrina jurisprudencial sobre el principio de interpretación conforme anteriormente citada, y atendiendo a las respuestas dadas a las cuestiones tercera y cuarta, así como a las consecuencias necesarias que se desprenden de la aplicación de éstas a la regulación española —a pesar de no haber contestado el TJUE a la quinta cuestión—, el legislador español tendría que reformar el sistema nacional vigente. Tal reforma no implicaría una modificación sustancial de la regulación existente, sino que habría de consistir en tratar de darle un mayor claridad, tanto a su literalidad como a su interpretación y aplicación, para hacerla completamente compatible con la DDASI. En el estado actual, esa total compatibilidad no puede predicarse del régimen previsto en nuestro ordenamiento.

¿Cómo actuará el Gobierno español ante esta sentencia del TJUE? Tendrá que modificar la LPI para excluir a las personas jurídicas del pago de la compensación. Hasta que esta modificación no se produzca, se puede afirmar que el avance conseguido con la sentencia que se comenta es más bien escaso. Habrá que esperar a ver si el Gobierno hace uso de la posibilidad otorgada por los artículos 25.7.d) y 25.24 LPI, para establecer dentro de las excepciones al pago de la compensación a las personas jurídicas. El artículo 25.7.d) LPI contempla la

M., *La cuestión prejudicial en el Derecho comunitario europeo*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 134 y ss.; y RUIZ-JARABO COLOMER, D., *El Juez nacional como Juez comunitario*, Cuadernos de Estudios Europeos, Madrid, 1993.

⁴⁴ Doctrina jurisprudencial consolidada: *vid*, entre otras, las SSTJUE de 10 de abril de 1984, asunto *Von Kolson*, C-14/83; de 13 de noviembre de 1990, asunto *Marleasing*, C-106/89; de 13 de julio de 2000, asunto, asunto *Centrosteeel*, C-456/98; y de 3 de mayo de 2005, asunto *Berlusconi*, C-387, 391 y 403/02. Es abundante la literatura que versa sobre el principio de interpretación conforme. *Vid.* RUIZ-JARABO COLOMER, D., *El Juez nacional como Juez comunitario...op. cit.* pp. 157-165; y ALONSO GARCÍA R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 213-217, entre otros.

posibilidad de que el Gobierno amplíe mediante Real Decreto la lista de equipos y soportes exentos. En la medida en que dicho listado puede quedar obsoleto como consecuencia de la evolución tecnológica, se ha configurado aquél como una lista abierta. Ahora bien, esto es así siempre y cuando se cumpla un requisito: que quede suficientemente acreditado que el destino o uso final de los equipos o soportes no es la realización de copias privadas. Se combina aquí el criterio de la idoneidad objetiva con el del uso efectivo, que, como hemos apuntado, son dos principios incompatibles. Sin embargo, ¿qué hay que entender por «*cuando quede suficientemente acreditado que el destino o uso final de los equipos, aparatos o soportes materiales no sea la reproducción prevista en el artículo 31.2*»? Bastará con que los equipos y soportes, a pesar de ser idóneos, sean utilizados raras veces para almacenar o realizar copias privadas.

La norma parece pensada para equipos y soportes de uso industrial, donde cabe razonablemente presumir que se van a destinar a usos distintos de la copia privada. Esta concreta excepción no se fija tanto en la persona que queda excluida, al contrario de las establecidas en las letras a) —adquirente de bienes gravados que cuenten con la debida autorización para la reproducción de obras protegidas en el ejercicio de su actividad— y c) —las personas físicas que adquieran fuera del territorio nacional los bienes gravados en régimen de viajeros y en una cantidad tal que permita presumir que los destinarán a uso privado—. Se centra más bien en el destino o uso final del equipo o soporte.

Por su parte, el artículo 25.24 LPI señala: «*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 [...]*». De nuevo aquí, estamos ante el criterio de uso a que se destinen los bienes gravados.

Atendiendo a ambos preceptos, el Gobierno podría excluir del pago de la compensación a las personas jurídicas, en la medida en que el destino que le dan a esos bienes gravados no va a ser la confección de reproducciones para uso privado —algo así como «quedan exceptuados del pago de la compensación: los equipos y soportes adquiridos por personas jurídicas»—⁴⁵. En tanto no se apruebe esa exclusión, aquéllas podrán utilizar la sentencia como fundamento para negarse a pagar la compensación no ante las entidades de gestión, sino en un proceso judicial. Muchas Administraciones Públicas han procedido a

⁴⁵ En contra, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Artículo 25»... *op. cit.*, p. 496. Según este autor, no parece posible, atendiendo a esta habilitación, eximir a los adquirentes de soportes que, siendo idóneos para realizar copias privadas, son utilizados presumiblemente para fines distintos. Y ello salvo que se haga una interpretación amplia de la letra d) del artículo 25.7 LPI, algo que no aconseja al encontrarnos ante una norma de carácter excepcional.

reclamar lo pagado en este concepto, si bien están esperando a la solución que finalmente adopte el Gobierno antes de ejercitar cualquier tipo de acción⁴⁶.

El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la sentencia no es impune. Ante esta situación, no debe perderse de vista la posibilidad de planteamiento ulterior de un recurso por incumplimiento ante el TJUE. Recurso que esta vez iría dirigido contra el Estado español en sí mismo considerado por su pasividad en la adopción de las correspondientes medidas. Y ello porque, a pesar de no ser éste el responsable directo de recaudar la compensación equitativa, sí ha encargado legalmente esa labor a las entidades de gestión (art. 25.8 LPI). Atendiendo a ciertos precedentes jurisprudenciales, no puede entenderse descabellada la idea de imputar al Estado el incumplimiento del ordenamiento europeo, concretamente el artículo 5.2.b) DDASI, por parte de los particulares —en este caso, las entidades de gestión—, dado el actual nivel de participación de los Estados miembros en el control del cumplimiento del Derecho comunitario por los particulares, en ejercicio del principio de cooperación leal establecido en actual artículo 4.3 *in fine* del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴⁷.

¿Cuál es la postura adoptada por las entidades de gestión al respecto? Éstas no se han pronunciado sobre las consecuencias que este pronunciamiento jurisprudencial llevará consigo. Con independencia de cuál sea el grado de acuerdo o disenso, de sus actuaciones se desprende un especial esmero por la prudencia, en tanto la Audiencia Provincial de Barcelona no zanje el asunto. Prudencia que no ha de confundirse con indiferencia, toda vez que las cantidades recaudadas por las entidades de gestión en concepto de compensación equitativa suponen unos porcentajes nada desdeñables respecto del total de su recaudación.

No obstante, la opción que manejan las entidades de gestión es la de regular mediante Real Decreto, previa negociación entre los Ministerios implicados y los representantes tanto de los acreedores como de los deudores de la compensación equitativa, de una suerte de sistema de reembolso —que no de una excepción al pago—. El funcionamiento de tal régimen sería el siguiente: todo adquirente, con independencia de su naturaleza física o jurídica, de un equipo o soporte idóneo para la realización o almacenamiento de copias privadas habría de pagar la compensación establecida y, posteriormente, toda persona jurídica que hubiese satisfecho dicha compensación podría pedir el reembolso de las cantidades pagadas, para lo cual habría de acreditar que efectivamente tiene la condición de persona jurídica.

⁴⁶ Los medios de comunicación se han hecho eco de ello. *Vid.* <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/11/10/barcelona/1289380995.html>.

⁴⁷ *Vid.*, entre otras, las sentencias del TJUE de 10 de abril de 1984, asunto *Von Kolson*, C-14/83; de 21 de septiembre de 1989, asunto *Maíz griego*, C-68/88; de 8 de julio de 1999, asunto *Nunes y De Matos*, C-186/98; y de 13 de septiembre de 2005, asunto *Comisión contra Consejo*, C-176/03.

Como se puede deducir de una primera lectura, este sistema propuesto obligaría a articular un régimen de inspección y revisión de documentos contables, a los efectos de evitar supuestos de fraude. Ello supondría la necesaria creación de órganos específicos que, en paralelo a las entidades de gestión —ante el potencial desbordamiento de éstas—, se encargaran de llevar a cabo tales tareas de inspección. En la práctica, estas acciones se traducirían en una multiplicación del número de sujetos implicados en la efectiva recaudación de la compensación, con el consiguiente riesgo de aumento de los desajustes en el funcionamiento de éstos. Esto implicaría unos costes que seguramente serían repercutidos a los deudores de la compensación.

Otra cuestión a resolver es la de determinar qué sucedería con las cantidades ya satisfechas por parte de personas jurídicas en concepto de compensación equitativa y que ya hayan sido repartidas entre los respectivos acreedores de éstas. Las entidades de gestión alegan una posible responsabilidad patrimonial del Estado, en la medida en que ellas se limitaron a cumplir el mandato del legislador establecido en el artículo 25.8 LPI de recaudar la compensación, o, cuanto menos, el planteamiento de excepciones procesales por falta de legitimación pasiva o litisconsorcio pasivo necesario, en caso de que fueran las entidades de gestión los únicos sujetos demandados.

Finalmente, la sentencia hace que nos planteemos el fundamento que tiene hoy en día el reconocimiento del límite de copia privada en el entorno digital. En un ámbito donde la copia puede causar grandes perjuicios a los titulares de derechos, ¿tiene sentido mantenerla? La imposibilidad de control, dado que las medidas tecnológicas aún no son totalmente eficaces para controlar el copiado, y los fallos de mercado, en la medida en que es muy difícil licenciar cada una de estas copias, son los fundamentos que se encuentran para justificarla. Ante la imposibilidad de establecer un sistema compensatorio equitativo, ¿debería prohibirse entonces la copia privada? A los titulares de derechos les interesa más que se reconozca, pues de prohibirse, no sería seguro que los usuarios de obras y prestaciones compraran una nueva copia de las mismas ante la imposibilidad de poder acogerse al límite. Querrán, más bien, asegurarse al menos el cobro de la compensación equitativa ante la inseguridad de la opción anterior.

En conclusión, estamos ante una cuestión de compleja solución, en la medida en que el justo equilibrio de los intereses afectados al que hace referencia el TJUE es difícil de conseguir. Todo hace presagiar que este no es el último capítulo. ¿Querrán también los usuarios particulares que utilizan los bienes gravados para fines distintos a la copia privada ser excluidos del pago de la compensación? Esta puede ser la continuación de la guerra contra el «canon».