

RÉQUIEM POR LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA: COMENTARIO AL RD 1657/2012, DE 7 DE DICIEMBRE

Por Sebastián López Maza
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Fecha de recepción: 23.05.2013
Fecha de aceptación: 23.06.2013

RESUMEN: El pasado 7 de diciembre el Gobierno aprobaba el esperado Real Decreto que regula el nuevo sistema de compensación equitativa por copia privada. Siguiendo la doctrina derivada del caso *Padawan* en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 2011, y no de la sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010, se ha establecido un régimen radicalmente distinto al anterior en cuanto a la recaudación y reparto. La principal novedad se encuentra en que no se van a gravar ya los equipos y soportes idóneos para la realización de copias privadas, sino que la compensación se cargará en los Presupuestos Generales del Estado, atendiendo a la estimación del perjuicio ocasionado. Y todo ello con el único fin de evitar que las personas jurídicas y las Administraciones Públicas paguen la compensación.

PALABRAS CLAVE: La compensación equitativa por copia privada, los titulares de la compensación, el Real Decreto 1657/2012, la cuantía de la compensación, el perjuicio derivado de la copia privada, el reparto de la compensación.

SUMARIO: I. EL CAMINO HACIA EL DECLIVE DE LA COMPENSACIÓN. II. ANÁLISIS DEL RD 1657/2012. 1. PREÁMBULO. 2. OBJETO DEL RD 1657/2012. 3. BENEFICIARIOS DEL DERECHO DE COMPENSACIÓN. 4. LA CUANTÍA DE LA COMPENSACIÓN. 1. *Características de la cuantía*. 2. *Criterios para la determinación de la cuantía*. 3. *Criterios para determinar el perjuicio*. I. Criterio 1: estimación del número de copias. II. Criterio 2: el impacto sobre la venta. III. Criterio 3: el precio del ejemplar y la vigencia de derechos. IV. Criterio 4: carácter de la copia, calidad y tiempo de conservación. V. Criterio 5: disponibilidad y aplicación de medi-

das tecnológicas. 4. *Procedimiento para determinar la cuantía.* 5. EL REPARTO DE LA COMPENSACIÓN. 1. *Porcentajes de reparto.* 2. *El procedimiento de reparto a las entidades de gestión.* 3. *El procedimiento de reparto interno entre los titulares de derechos.* 6. EL RÉGIMEN TRANSITORIO PARA EL EJERCICIO 2012. 1. *Normativa aplicable.* 2. *Liquidación provisional de la compensación.* III. CONSIDERACIONES FINALES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

TITLE: REQUIEM FOR THE FAIR COMPENSATION FOR PRIVATE COPYING: A COMMENTARY OF THE ROYAL DECREE 1657/2012, OF 7 DECEMBER.

ABSTRACT: On 7 December 2012, the Government approved the expected Royal Decree to regulate the new system of the fair compensation for private copying. The Government has followed the considerations about *Padawan* case established in the judgment of the Court of Appeal of Barcelona on 2 March 2011, and not the judgment of the Court of Justice of the European Union on 21 October 2010. It has been implemented a totally different system to the previous one regarding the collecting and distribution of the compensation. The main change has to do with the fact that equipments and media are not going to be levied by the compensation, but it is going to be charged to the National Budget, taking the harm caused to holders into consideration. The only aim of the Royal Decree is to avoid that legal entities and Public Administration pay the compensation.

KEY WORDS: The fair compensation for private copying, the holders of the compensation right, the Royal Decree 1657/2012, the quantity of the compensation, the harm caused by the private copy limitation, the distribution of the compensation.

CONTENTS: I. THE WAY TO THE DECLINE OF FAIR COMPENSATION FOR PRIVATE COPYING. II. ANALYSIS OF THE ROYAL DECREE 1657/2012. 1. PREAMBLE. 2. THE OBJECT OF THE ROYAL DECREE 1657/2012. 3. THE HOLDERS OF THE FAIR COMPENSATION. 4. THE QUANTITY OF THE COMPENSATION. 1. *Characteristics of the quantity.* 2. *Criteria for quantity's determination.* 3. *Criteria for harm's determination.* I. Criterion 1: estimation of the number of copies. II. Criterion 2: the effect on the sales. III. Criterion 3: the price of the work and copyrights' validity. IV. Criterion 4: the nature of the copy, quality and the shelf life of the copies. V. Criterion 5: availability and degree of implementation of technological measures. 4. *Proceeding for quantity determination.* 5. THE DISTRIBUTION OF THE COMPENSATION. 1. *Distribution per-*

centages. 2. The proceeding of distribution to the collecting societies. 3. The proceeding of distribution among copyright holders. 6. THE TRANSITORY RULES FOR THE YEAR 2012. 1. Applicable Law. 2. Provisional settlement of the compensation. III. FINAL CONSIDERATIONS. IV. BIBLIOGRAPHY.

I. EL CAMINO HACIA EL DECLIVE DE LA COMPENSACIÓN

Desde la aprobación de la Orden Ministerial (OM) PRE/1743/2008, de 18 de julio, nuestro sistema de compensación ha ido caminando hacia el declive, con una serie de hitos importantes. En primer lugar, la sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010¹, donde se resolvió la cuestión prejudicial planteada por la AP de Barcelona por auto de 15 de septiembre de 2008². Declaró que el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29, sobre derechos de autor en la sociedad de la información (DDASI), debe interpretarse en el sentido de que es necesaria una vinculación entre la aplicación de la compensación sobre los soportes y equipos y el presumible uso de éstos para realizar copias privadas (apartado 52). En consecuencia, su aplicación indiscriminada, en particular en relación con equipos y soportes que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas (Administraciones Públicas, personas jurídicas...), no es conforme a la DDASI (apartado 53).

En segundo lugar, la sentencia de la AP de Barcelona de 2 de marzo de 2011, que resuelve el caso *Padawan*³. Señaló que no cabe la aplicación indiscriminada de la compensación a todo tipo de equipos y soportes con independencia de los fines a que se destinen. Según la Audiencia, se pueden distinguir dos situaciones: a) cabe presumir que los soportes de reproducción digital adquiridos por consumidores particulares serán empleados para realizar copias privadas de contenidos protegidos; b) cabe presumir que la venta de estos soportes a entidades públicas, empresas o despachos profesionales, se utilizarán para uso distinto (su actividad empresarial o profesional). Se podría discriminar y gravar sólo las ventas realizadas a consumidores, algo que se puede hacer fácilmente a través de la contabilidad. Además, impuso a SGAE la carga de probar que los equipos y soportes fueron vendidos por el establecimiento a parti-

¹ Westlaw. Marg. n.º 2010/312. Para un análisis de esta sentencia, *vid.* S. LÓPEZ MAZA / G. MINERO ALEJANDRE, «El carácter equitativo de la compensación por copia privada. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de octubre de 2010 (Caso *Padawan*)», en *Revista pe.i.*, núm. 36, septiembre-diciembre 2010.

² Aranzadi Civil. Marg. n.º 2008/1772.

³ Westlaw. JUR 2011/68191. Para un análisis de esta sentencia, *vid.* R. SÁNCHEZ ARISTI, «Juicio al sistema español de compensación equitativa por copia privada: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 2 de marzo de 2011 (“caso *Padawan*)», en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2012.

culares, prueba que corresponde, lógicamente, al verdadero deudor de la compensación, que es quien dispone de las facturas⁴. Y, por si fuera poco, eximió al establecimiento del pago respecto de todos los bienes gravados vendidos, pues no le condena al pago de cantidad alguna.

En tercer lugar, las sentencias de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2011⁵, que declaran la nulidad de la OM PRE/1743/2008 por la falta de dos requisitos fundamentales en el procedimiento de elaboración de reglamentos (art. 24.1.a de la Ley 50/1997, del Gobierno): 1) la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado; 2) la ausencia de las memorias justificativa y económica. Según el artículo 22.3 de la LO 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, su Comisión Permanente debe ser consultada en relación con los «*reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones*». Se trata de una nulidad radical, tal como apunta el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El TS, en sus sentencias de 27 de noviembre de 2012 y de 22 de marzo de 2013⁶, ha venido a desestimar el recurso planteado por el Abogado del Estado y por AISGE, AIE, SGAE, EGEDA y AGEDI contra las sentencias de la AN, por pérdida sobrevenida de objeto. Según el Alto Tribunal, al haberse derogado la OM PRE/1743/2008 por la DA 10^a RD-ley 20/2011 y tras haberse suprimido el artículo 25 LPI por la última norma señala-

⁴ A raíz de la sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010, son muchos los pronunciamientos de Tribunales españoles que han acogido esta doctrina para aplicarla incluso a hechos ocurridos antes de la citada fecha. En todas ellas se ha dado la razón a establecimientos dedicados a la venta de equipos y soportes digitales, eximiéndolos del pago —y no reduciendo la cuantía de la compensación—. Lo curioso es que, tal como hizo la sentencia de la AP de Barcelona, se impone la carga de la prueba a las entidades de gestión. Según los Tribunales españoles, son ellas las que disponen de los medios procesales oportunos (diligencias preliminares) para solicitar a los establecimientos los documentos necesarios para determinar, y en su caso excluir, los supuestos en los que se venden estos bienes a personas que los destinarán presumiblemente a usos distintos de la copia privada —documentación contable, auditorías, etc.—. Aunque quede acreditado que el establecimiento demandado se dedica a la comercialización de soportes digitales aptos para la realización de copias privadas, las entidades de gestión deben probar que dichos soportes son comercializados a personas físicas en calidad de usuarios privados capaces de obtener copias privadas. Cabe destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4^a), de 21 de julio de 2011 (Aranzadi Civil. Marg. n.º 2011/2097); y de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15^a), de 30 de noviembre de 2011 (Westlaw. JUR 2012/95920). La sentencia del JM número 6 de Madrid, de 31 de enero de 2011 (Aranzadi Civil. Marg. n.º 2011/177), eximió de pago al establecimiento, pero no por falta de prueba, sino inaplicando la OM PRE/1743/2008, por extender la compensación indiscriminadamente a todo tipo de soportes. Ahora bien, también se ha señalado en otras sentencias que la carga de la prueba la tenía el establecimiento, que en su momento debió presentar la correspondiente declaración-liquidación y no lo hizo, por lo que no es posible determinar las ventas a usuarios distintos de particulares. Entre otras, las sentencias del TS (Sala 1^a), de 22 de junio de 2011 (Repertorio de Jurisprudencia. Marg. n.º 2012/6860); del JM número 6 de Madrid, de 28 de febrero de 2011 (Aranzadi Civil. Marg. n.º 2011/866); y del JM número 7 de Madrid, de 21 de diciembre de 2010 (Westlaw. JUR 2011/85204). En todos estos casos se trataba de hechos ocurridos antes de la sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010.

⁵ Westlaw. JT 2011/202; Westlaw. JUR 2011/94692, 94693, 94694, 94695 y 94696.

⁶ Repertorio de Jurisprudencia. Marg. n.º. 2013/431 y 2013/2812, respectivamente.

da, el recurso se ha quedado sin objeto. Considera el TS que no cabe mantener la subsistencia del proceso para resolver las supuestas reclamaciones sobre la compensación equitativa interpuestas o pendientes de interponer. Y ello por varios motivos: a) los recurrentes sólo invocan una mera hipótesis, sin identificar las relaciones concretas pendientes de resolver o que puedan ser interpuestas —habría subsistido el recurso si se hubiera mantenido la aplicación de la norma derogada a hechos ocurridos con posterioridad a su pérdida de vigencia, pero en este caso no se logran probar tales hechos—; b) se desconoce si dichas reclamaciones se basarían en una supuesta nulidad de la OM o en otras razones distintas (ej.: su interpretación, su aplicación al caso concreto); c) la eventual sentencia que llegara a confirmar la sentencia de instancia, lejos de tener efectos retroactivos, no afectaría por sí misma a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que hubieran aplicado la OM antes de la derogación por la DA 10ª RD-ley 20/2011. Por otro lado, los recurrentes alegan la incidencia que el pronunciamiento del TS tendría en la futura regulación de la compensación. Sin embargo, entiende este último que esa sola posibilidad no justifica un pronunciamiento preventivo para orientar a los Tribunales inferiores ante un futuro litigio ni para dar instrucciones al Poder Ejecutivo sobre futuras regulaciones. El TS no termina por resolver los importantes problemas que plantea la anulación de la OM: 1) el régimen aplicable para esas situaciones transitorias previstas en el RD 1657/2012; 2) la devolución o no de cantidades cobradas respecto de equipos y soportes que no estaban gravados bajo el régimen transitorio de la Ley 23/2006 y sí con la OM, o la diferencia entre las cantidades previstas en una y otra norma por los bienes gravados. Por tanto, las sentencias de la AN que declaran la nulidad de la OM quedan firmes.

En cuarto lugar, la Disposición Adicional (DA) 12ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), que establecía el compromiso del Gobierno para que, en el plazo de tres meses, adecuara la regulación de la compensación equitativa por copia privada a la doctrina del TJUE en el caso *Padawan*. Ponía sobre la mesa un compromiso esencial para el Gobierno: la reestructuración y reforma del sistema de compensación en el entorno digital, algo que no se llegó a producir. Se trataba de una condición que impuso PP a PSOE para apoyar la llamada «Ley Sinde» (DF 43ª LES) y que fuera finalmente aprobada en el Senado, si bien la propuesta del primero no consistía en modificar el régimen de la compensación, sino en eliminarlo completamente. Posteriormente, el PP presentó ante el Congreso de los Diputados una proposición no de ley, de fecha de 12 de julio de 2011, y que fue aprobada unánimemente, en la que pretendía suprimir la compensación y sustituirla por otras fórmulas menos arbitrarias e indiscriminadas y, por tanto, más justas y equitativas de remuneración de la propiedad intelectual basadas en el uso efectivo de las obras y prestaciones⁷.

⁷ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2011, IX Legislatura, núm. 260, sesión plenaria núm. 247, p. 23.

En quinto lugar, la DA 10ª Real Decreto-ley (RD-ley) 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. La misma establecía la supresión del artículo 25 LPI, el pago de la compensación con cargo en los Presupuestos Generales del Estado y la habilitación al Gobierno para determinar reglamentariamente el procedimiento de pago, debiéndose determinar la cuantía con base en la estimación del perjuicio causado.

En sexto lugar, el 7 de diciembre de 2012 el Gobierno aprobó el RD 1657/2012, publicado en el BOE al día siguiente, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Esta norma trata de dar cumplimiento al mandato incluido en la DA 10ª RD-ley 20/2011. Su correspondiente Proyecto RD fue aprobado el 18 de octubre de 2012 y desde ese día hasta el 5 de noviembre, el mismo fue sometido a información pública a través de la página web del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Varias asociaciones presentaron sus observaciones, entre ellas la Asociación Literaria y Artística para la Defensa del Derecho de Autor (ALADDA), que remitió un Informe el 5 de noviembre de 2012 al Ministerio con recomendaciones sobre el nuevo régimen de compensación⁸. Se trata de un régimen que obedece a la interpretación totalmente libre que ha hecho el Gobierno de la doctrina emanada del caso *Padawan*, resuelto por la sentencia de la AP de Barcelona, que a su vez hace una interpretación a su manera de la sentencia del TJUE. En el Preámbulo del RD 1657/2012 se alude a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y, en particular, a las sentencias de 16 de junio de 2011 (asunto C-462/09)⁹ y de 21 de octubre de 2010 (asunto C-467/08). Es curioso ver que, respecto de la primera sentencia, el Gobierno expresamente menciona el caso *Thuiskopie*, mientras que respecto de la segunda olvida por completo el nombre del caso del que proviene, el famoso caso *Padawan*. A estas dos sentencias habría que añadir una tercera, el caso *Autro-Mechana*, de 11 de julio de 2013 (asunto C-521/11), que viene a reiterar lo indicado en las dos anteriores.

Finalmente, en séptimo lugar, el pasado 22 de marzo el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley de Reforma de la LPI (ALRLPI), donde se modifican los artículos 25, 31.2, 154, 155 y 161 LPI, entre otros. El proyectado artículo 25 LPI quedaría redactado con cinco apartados: el primero relativo a las copias que originan el pago de la compensación y el cargo en los Presupuestos Generales del Estado; el apartado 2 contiene los titulares de este derecho; el apartado 3 prevé la habilitación al Gobierno para su desarrollo; el apartado 4 establece el criterio para determinar la cuantía; el apartado 5 incluye los supuestos que no serán objeto de compensación por causar un perjuicio mínimo. El Anteproyecto trata de adaptarlo al RD 1657/2012 y al RD-ley 20/2011. Por

⁸ El Informe de ALADDA fue publicado en el número anterior de la Revista *pe.i*.

⁹ Westlaw. Marg. n.º 2011/179.

su parte, el nuevo artículo 31.2 y 3 LPI restringiría considerablemente el límite de copia privada.

II. ANÁLISIS DEL RD 1657/2012

1. PREÁMBULO

El Preámbulo de esta norma comienza recordando que la DDASI permite, que no obliga, a los Estados miembros a incluir en sus legislaciones sobre propiedad intelectual el límite de copia privada (art. 5.2.b). Ahora bien, de preverlo, deberán asegurar una compensación equitativa a los titulares de derechos (Cdo. 35). La DDASI no regula explícitamente la forma, las modalidades y la cuantía de la compensación, sino que deja libertad a los Estados miembros para determinarlas, pero sí ofrece ciertas directrices a tener en cuenta. En primer lugar, la compensación debe ser equitativa. En segundo lugar, deberán valorarse las circunstancias concretas de cada caso. En tercer lugar, el posible daño causado a los titulares de derechos. En cuarto lugar, el grado de utilización de medidas tecnológicas. Y, en quinto lugar, si el perjuicio causado es mínimo, eso no dará lugar a la compensación. Veremos más adelante si en el RD 1657/2012 se han utilizado estos criterios para fijar la compensación.

El párrafo tercero del Preámbulo se encarga de aclarar que el artículo 25 LPI no está totalmente derogado —de hecho, la DD única del RD 1657/2012 no deroga expresamente tal precepto—. Dicha aclaración no estaba prevista en el Proyecto RD 1657/2012, ni en la propia DA 10ª RD-ley 20/2011, por lo que se planteaba la duda de si se suprimía todo el artículo 25 LPI o sólo ciertos apartados del mismo. El RD-ley 20/2011 fue el primero que declaró la supresión de la compensación («*Se suprime la compensación equitativa por copia privada, prevista en el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*»). Al ser una norma con rango de ley, no se plantea ningún problema de jerarquía normativa. El texto definitivo del RD 1657/2012 utiliza el término «suprimir», y no «derogar», con el fin de mantener la coherencia con el RD-ley, y señala que ciertas partes siguen vigentes. En particular, no serán aplicables aquellas partes que puedan ser contrarias o se opongan al RD-ley 20/2011. No obstante, sigue sin determinar qué párrafos concretos del artículo 25 LPI quedan eliminados. A mi juicio, entiendo que quedan vigentes los siguientes apartados: 1 (modalidades de reproducción, a las que el RD 1657/2012 se refiere en varias ocasiones —en el artículo 2 al hablar de los beneficiarios y en el artículo 5 al establecer la distribución de la compensación—), 4.b (acreedores), y 8 (gestión colectiva obligatoria), entre otros¹⁰. La cuestión es si un RD es el instrumento jurídico adecuado, no para desarrollar normativamente un precepto

¹⁰ Además, el nuevo artículo 25.1 LPI redactado conforme el ALRLPI hace referencia también a las tres modalidades de reproducción y los beneficiarios de la compensación.

legal, sino para «resucitar» un artículo derogado procedente de una Ley. La respuesta hay que buscarla en el Preámbulo RD, que indica expresamente que el artículo 25 no ha sido objeto de una derogación formal, pero sí de una derogación material¹¹. Esto significa que hay que tener en cuenta el ALRLPI, donde el artículo 25 LPI no es que esté derogado, sino que será modificado para adaptarlo al nuevo sistema y dar coherencia a la norma que debió haberse aprobado con posterioridad a la reforma. En definitiva, lo único que se deroga es el sistema anterior de compensación (derogación material), pero no el precepto mismo donde se regula (no derogación formal).

A continuación, el Preámbulo hace referencia a la justificación del cargo de la compensación en los Presupuestos Generales del Estado. El sistema de compensación con cargo en los Presupuestos es desconocido entre los Estados miembros de la Unión, siendo España el primer país que así lo hace. Según el Gobierno, como la LPI permite el límite de copia privada a cualquiera, todos los ciudadanos deberán pagar como contraprestación, y vía impuestos, la correspondiente compensación. Por tanto, queda sobradamente claro el marcado carácter tributario que pasa a tener. Apunta que, según la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, los tributos constituyen el medio para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos y pueden servir como un instrumento de política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución. Y añade: «[...] la Constitución española, en su artículo 9.2, impone a los poderes públicos el deber de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida cultural, y contempla en su artículo 44.1 la promoción y tutela del acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho, por parte de dichos poderes». La cuestión que se puede plantear uno es: ¿la mejor manera de reducir el déficit público y de tutelar el acceso a la cultura es imponiendo un tributo a todos los ciudadanos por la posibilidad de realizar copias privadas e incrementando el IVA de los productos culturales? Además, los precios que pagan los consumidores finales por los bienes antes gravados no se han reducido como consecuencia del cambio de sistema de compensación¹². Noruega también ha previsto desde 2005 un sistema de compensación por copia privada con cargo en los Presupuestos Generales del Estado —la obligación de prever la compensación para la copia privada la establece el artículo 12 de su Ley de Propiedad Intelectual de 1961—. La compensación en este país se divide igualitariamente entre los tres grupos de titulares de derechos: autores, artistas y productores. Se distribuye a las diferentes entidades de gestión, utilizando como criterios los resultados procedentes de una encuesta anual sobre copia privada,

¹¹ El legislador del RD parece hacer equivalentes «derogación parcial» y «supresión». No se sabe muy bien por qué hace esta distinción. La derogación puede ser total o parcial, y esta última no deja de ser derogación por el hecho de llamarla «supresión».

¹² Así lo han puesto de manifiesto distintos medios de comunicación. *Vid.*, por ejemplo, <http://ade-pi.net/2012/10/18/los-equipos-y-sportes-que-pagaban-el-canon-no-han-bajado-de-precio/>.

donde quedan recogidos los hábitos de los consumidores de contenidos protegidos por la propiedad intelectual.

2. OBJETO DEL RD 1657/2012

Según el artículo 1, el RD 1657/2012 tiene por objeto regular dos cosas: a) el procedimiento y los criterios objetivos para la determinación de la cuantía anual de la compensación; b) el procedimiento de liquidación y pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales. El párrafo 8º del Preámbulo indica que a través de este RD 1657/2012 el Gobierno cumple el mandato contemplado en la DA 10ª RD-ley 20/2011. Ésta habilita al Gobierno para establecer reglamentariamente el procedimiento de pago a los titulares de derechos con cargo en los Presupuestos Generales del Estado. Esta autorización se limita al procedimiento de pago de la compensación, procedimiento que se regula en los artículos 6 y 7 RD 1657/2012. ¿Se ha extralimitado, por tanto, en su tarea regulatoria? De la lectura del resto de la norma, se puede comprobar que se excede no sólo de la habilitación del RD-ley 20/2011, sino también del ámbito objetivo del artículo 1 RD 1657/2012.

Por su parte, el nuevo artículo 25.3 LPI, conforme al ALRLPI, contendría la habilitación legal para que el Gobierno desarrollara el sistema de compensación. Según este apartado, se determinará reglamentariamente el procedimiento de determinación de la cuantía —lo que se recoge en el artículo 4 RD 1657/2012— y el procedimiento de pago de la compensación, que se realizará a través de las entidades de gestión —dispuesto en los artículos 6 y 7 RD 1657/2012—. Sólo estos dos extremos deberían desarrollarse por reglamento, por lo que el RD 1657/2012 excede esta habilitación legal por regular muchas más cosas (ej.: sistema de reparto entre los beneficiarios concretos, los criterios para determinar el perjuicio o el régimen aplicable al ejercicio 2012, la regulación de la realización de actividades de asistencia y fomento de la cultura por parte de las entidades de gestión, algo que sí hace la DA 1ª RD 1657/2012), lo que suele ocurrir cuando se aprueba antes la norma desarrolladora que la norma a desarrollar.

A pesar de todo, también hay que señalar que muchos contenidos del RD 1657/2012 son reproducción de la LPI y de otros reglamentos que la desarrollan. El artículo 2.1 RD 1657/2012 se expresa en los mismos términos que el artículo 25.3 y 4 LPI. El artículo 2.2 RD 1657/2012 contiene la previsión del último inciso del artículo 25.1 LPI. El artículo 2.3 RD 1657/2012 es reproducción del artículo 9.3 RD 1431/1992. Los criterios orientados a determinar el perjuicio causado del artículo 3.2 RD 1657/2012 coinciden, en su mayoría, con los apuntados en el artículo 25.6.4º LPI. El artículo 3.3 RD 1657/2012 se corresponde con el artículo 25.6.4.a) LPI y Considerando 35 DDASI. El artículo 3.4 RD 1657/2012 coincide básicamente con el artículo 10 RD 1434/1992. El artículo

4 RD 1657/2012 contiene el procedimiento administrativo común recogido en la LRJPAC (Ley 30/1992). El sistema de distribución de la compensación del artículo 5 RD 1657/2012 es copia del establecido en el artículo 36 RD 1434/1992. La DA 1ª se expresa en términos prácticamente idénticos a los de los artículos 39 RD 1434/1992 y 155 LPI. En cualquier caso, la Disposición Derogatoria única RD 1657/2012 deroga las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a esta norma, y, en particular, el RD 1434/1992 y el RD 1802/1995.

3. BENEFICIARIOS DEL DERECHO DE COMPENSACIÓN

El artículo 2 RD 1657/2012 se refiere a los beneficiarios. El artículo 1 RD 1657/2012 habla, en cambio, de los perceptores de la compensación, al igual que la DA 10ª RD-ley 20/2011. Los perceptores son distintos de los beneficiarios. Los primeros van a ser las entidades de gestión, a las que tanto la LPI como el propio RD 1657/2012 encomiendan obligatoriamente la recepción de las cuantías de la compensación para luego hacerlas efectivas a sus titulares. Los beneficiarios son los titulares de este derecho de compensación. Pues bien, aunque en el texto final del RD 1657/2012 esto es acorde con la habilitación reglamentaria del RD-ley 20/2011, el Proyecto establecía como ámbito de aplicación objetivo el procedimiento de liquidación y pago a los beneficiarios de la compensación, cuando debía centrarse únicamente en el procedimiento de liquidación y pago a los perceptores, que son quienes reciben directamente del Ministerio las cantidades en este concepto¹³.

Según el artículo 2 RD 1657/2012, van a ser acreedores de la compensación: 1) los autores de las obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, explotadas públicamente; 2) los editores, en su caso; 3) los productores de fonogramas y videogramas; 4) los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en fonogramas o videogramas. Este precepto es más claro que el incluido en el Proyecto RD 1657/2012. El artículo 2 del Proyecto señalaba que beneficiarios iban a ser los autores de las obras explotadas públicamente, los editores, los productores y los artistas intérpretes o ejecutantes. No se distinguían las tres modalidades de reproducción y se hablaba de autores en general, cuando no todos tienen este derecho de compensación por copia privada (ej.: el autor de una obra plástica carece de él). Por su parte, la nueva redacción del artículo 25.2 LPI del ALRLPI establece simplemente que serán beneficiarios los autores, los artistas intérpretes o ejecutantes, y los productores, sin excluir expresamente a los autores de programas de ordenador y de bases de datos electrónicas, tal como hace el RD 1657/2012.

¹³ El Informe de ALADDA propuso la modificación de este apartado en el sentido apuntado, algo que finalmente se vio reflejado en el texto definitivo del RD 1657/2012 (apartado 16, p. 11).

El artículo 2 RD 1657/2012 señala que sólo van a ser acreedores en la medida en que sean titulares de derechos de propiedad intelectual. Eso significa varias cosas: a) la duración de este derecho será la misma que la del resto de derechos patrimoniales, de tal manera que si la obra ha pasado al dominio público o ha expirado la duración de los derechos conexos, el derecho de compensación se extinguirá; b) si estos titulares ceden sus derechos de propiedad intelectual, dejarán de ser acreedores de la compensación, que pasará a cobrarla el cesionario del derecho de reproducción. Ahora bien, lo anterior únicamente será válido respecto de editores y productores, puesto que el artículo 2.2 RD 1657/2012 declara irrenunciable este derecho para autores y artistas intérpretes o ejecutantes, al igual que la modificación del artículo 25.2 LPI recogida en el Anteproyecto. Éstos últimos, aunque hayan cedido el derecho de reproducción, seguirán siendo acreedores de la compensación.

Respecto de los autores como beneficiarios, deben haber divulgado previamente la obra, algo lógico, pues de obras inéditas no es posible hacer copias privadas —aunque el RD 1657/2012 parece exigir este requisito únicamente respecto de las obras, hay que hacerlo extensivo al resto de prestaciones susceptibles de copia privada—. Y deben ser explotadas públicamente, por lo que si el autor, a pesar de no mantener inédita su obra, la comparte únicamente con familiares o amigos, eso no generará el derecho a la compensación por copia privada, pues lo importante es que el público en general pueda tener acceso a ella. Además, en el caso de obras literarias deben estar divulgadas en forma de libro o publicaciones que a estos efectos se asimilen. El concepto de «libro» lo encontramos en el artículo 2.a) de la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la Lectura, del Libro y de las Bibliotecas¹⁴. Se trata de un concepto amplio en el que cabe incluir cualquier tipo de libro, sea en papel, en formato electrónico o en forma de audiolibro. Por su parte, el concepto de «publicaciones asimiladas a los libros» se encuentra en el artículo 2.3 RD 1657/2012, que incorpora aquí el derogado artículo 9.3 RD 1434/1992 —este tercer apartado no estaba incluido en el Proyecto RD 1657/2012¹⁵—. Son aquellas publicaciones de contenido cultural, científico o técnico que cumplan dos requisitos: 1) estén editadas de manera continuada con un mismo título a intervalos regulares o irregulares, con una numeración consecutiva o estén fechados, con una periodicidad entre mensual y semestral; 2) que tengan al menos 48 páginas por ejemplar. Los autores de publicaciones que no cumplan estos dos requisitos no serán acreedores de la compensación (ej.: autores de contenidos incluidos en periódicos o revistas semanales). No obstante, la delimitación del concepto de «publicaciones asi-

¹⁴ «[...] obra científica, artística, literaria o de cualquier otra índole que constituye una publicación unitaria en uno o varios volúmenes y que puede aparecer impresa o en cualquier otro soporte susceptible de lectura».

¹⁵ ALADDA aconsejó la inclusión de este apartado para evitar un vacío normativo en la definición de «publicaciones asimiladas» a los libros, dada la disposición derogatoria única del Proyecto, que derogaba, y ahora deroga, el RD 1434/1992 (apartado 47, pp. 36-37).

miladas a los libros» es a efectos del RD 1657/2012, esto es, para el cobro de la compensación, lo que no significa que las publicaciones que no cumplan esos requisitos no puedan ser obras literarias si cumplen las condiciones del artículo 10 LPI.

En cuanto a la cualidad de beneficiario del editor, es el único de todos que no tiene atribuidos derechos exclusivos originariamente, salvo los supuestos del artículo 129 LPI (edición de obras inéditas que estén en el dominio público y edición de obras no protegidas). El concepto de «editor» de nuevo lo encontramos en el artículo 2.c) de la Ley 10/2007¹⁶.

Finalmente, respecto de productores de fonogramas y videogramas, y de los artistas intérpretes o ejecutantes, sus conceptos aparecen en los artículos 105, 114.2 y 120.2 LPI¹⁷. Para que los artistas puedan recibir la compensación, deberán fijar sus actuaciones en fonogramas o videogramas. La copia privada hay que hacerla del fonograma o videograma, no de la actuación directamente. Al tener los artistas derecho de fijación, distinto del derecho de reproducción, sólo ellos pueden autorizar o prohibir tal acto. Si alguien grabara un concierto sin el consentimiento de los artistas, no podría hacer una copia privada lícita del mismo, por lo que en ese caso no se originaría el derecho de compensación.

No tienen este derecho: 1) las entidades de radiodifusión; 2) los realizadores de meras fotografías; 3) el director de orquesta y el director de escena —según el artículo 105 LPI sólo tendrán los derechos reconocidos a los artistas en el Título 1º del Libro II LPI, y la compensación equitativa para los artistas no está reconocida allí, sino en el artículo 25 LPI (Libro I LPI) y en este RD 1657/2012—; 4) los titulares de derechos sobre bases de datos electrónicas y programas de ordenador, pues la copia privada de ambos tipos de obras está prohibida (art. 31.2 LPI).

El RD 1657/2012 no hace referencia a los deudores, por lo que suprime el artículo 25.4.a) LPI —y por ende, los apartados 2, 5, 6, 7 y 12—. Al pagarse la compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, todos los ciudadanos españoles seremos deudores de la misma, y no ya los fabricantes, importadores y sucesivos adquirentes.

¹⁶ «[...] persona natural o jurídica que, por cuenta propia, elige o concibe obras literarias, científicas y en general de cualquier temática y realiza o encarga los procesos industriales para su transformación en libro, cualquiera que sea su soporte, con la finalidad de su publicación y difusión o comunicación».

¹⁷ Art. 105 LPI: «Se entiende por artista intérprete o ejecutante a la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra [...]». Art. 114.2 LPI: «Es productor de un fonograma la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la mencionada fijación». Art. 120.2 LPI: «Se entiende por productor de una grabación audiovisual, la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de dicha grabación audiovisual».

4. LA CUANTÍA DE LA COMPENSACIÓN

1. Características de la cuantía

El artículo 3 RD 1657/2012 regula la cuantía de la compensación. Indica que se determinará conforme a los límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio. Lo presupuestado constituye un límite absoluto, pues la cuantía de la compensación no puede superar esas cantidades para cada ejercicio (art. 3.1 RD 1657/2012). Dependiendo del Presupuesto, la cuantía de la compensación aumentará o se reducirá. En la práctica, los límites presupuestarios van a ser el único criterio a tener en cuenta para fijar la compensación, por lo que de poco sirve establecer fórmulas que luego no se van a aplicar. En consecuencia, la cuantía de la compensación raras veces será equivalente al daño producido al titular de los derechos¹⁸.

Por otro lado, el artículo 3 RD 1657/2012 habla en todo momento de «los titulares de los derechos de reproducción», término más general que el de beneficiarios de la compensación, tal como aparecen definidos en el artículo 2 RD 1657/2012. Esto plantea la duda de si, a la hora de determinar el daño causado a los beneficiarios en sentido estricto, se tendrá en cuenta también el perjuicio ocasionado a otros titulares del derecho de reproducción (ej.: realizadores de meras fotografías, editores de obras no protegidas, entidades de radiodifusión, etc.). Hubiese sido recomendable que, de referirse únicamente a los primeros, como es razonable, se hubiera remitido al artículo 2 RD 1657/2012¹⁹.

El apartado primero del artículo 3 RD 1657/2012 establece que la cantidad para compensar el perjuicio derivado de la copia privada debe ser adecuada. Sin embargo, la manera de fijar la cuantía de la compensación es la que el RD 1657/2012 establece en el artículo 4. Este procedimiento dará como resultado una cantidad que, para el Ministerio de Cultura, será adecuada, pero que no tiene por qué serlo realmente. La cuantía de la compensación en los Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 2012, será de cinco millones de euros (Sección 18 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012). Según el Instituto Nacional de Estadística, la población española a 1 de octubre de 2012 era de 46.116.779 ha-

¹⁸ Que la cuantía de la compensación sea equivalente al daño también lo considera J. J. MARÍN LÓPEZ, «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», en *Revista pe.i.*, núm. 20, mayo-agosto, 2005, p. 26. No comparto la opinión de KRETSCHMER, que entiende que no hay daño compensable respecto de actividades que están permitidas por la Ley, como ocurre con el límite de copia privada. *Vid.* M. KRETSCHMER, *Private copying and fair compensation: an empirical study of copyright levies in Europe*, Report for the UK Intellectual Property Office, octubre 2011, p. 15, disponible en: <http://www.cippm.org.uk/pdfs/copyright-levy-kretschmer.pdf> (u.v. 02/07/2013).

¹⁹ Así lo recomendó ALADDA en su Informe (apartado 30, pp. 22-23).

bitantes. Si dividimos esos cinco millones de euros entre la población, resulta que cada habitante tendrá que pagar unos 0,11€ en concepto de compensación. Esa cantidad queda muy lejos de lo que las entidades de gestión venían recaudando en este concepto y difícilmente compensará el perjuicio ocasionado por la copia privada²⁰. No se sabe muy bien de dónde ha salido esta cantidad, ni qué criterios se han utilizado para determinarla. Además, el tener una compensación tan mínima e insuficiente podría ser contrario al propio RD 1657/2012 y a la misma DDASI, que habla también de compensación adecuada, característica que no se cumple en el nuevo sistema²¹. Habrá que ver si el RD 1657/2012 soportará o no una eventual decisión del TJUE. Curiosamente, la cantidad destinada en el Presupuesto para el ejercicio 2012 por el Gobierno noruego es de 5.542.483€, la de 2011 fue de 5.372.549€ y la de 2010 fue de 5.215.686€, cantidades muy cercanas a nuestros cinco millones de euros²².

La cuantía debe ser también equitativa. Este adjetivo puede ser interpretado de tres maneras: 1) que sólo debe surgir el derecho allá donde se produzca efectivamente una copia privada; 2) que sólo puede ser resarcido el daño sufrido, aunque sea estimado, por los titulares de derechos²³; 3) que, a la hora de repartir la compensación, deberá tenerse en cuenta tal perjuicio, de manera que aquellos titulares de derechos más perjudicados reciban más cantidad que aquellos de cuyas obras o prestaciones apenas se hayan realizado copias privadas.

El artículo 3.1 RD 1657/2012 deja claro que el límite de copia privada debe ir de la mano de la compensación —y el 3.2 RD 1657/2012 establece que el perjuicio a tener en cuenta es el producido por las copias realizadas al amparo del artículo 31 LPI—²⁴. A estos efectos, el artículo 3.1 RD 1657/2012 remite expresamente al artículo 31 LPI. El Gobierno podría haberse referido más explícitamente al apartado segundo del artículo 31 LPI, que es el que recoge la copia privada, puesto que el apartado primero contiene el límite relativo a las reproducciones provisionales —el artículo 25.1 LPI tal como está redactado por el ALRLPI sí remite expresamente al artículo 31.2 LPI—²⁵. En cualquier caso,

²⁰ En 2011, sólo SGAE recaudó 34.492.000€ en concepto de copia privada. Fuente: http://www.sgae.es/recursos/Memoria_2011/Informe_de_gestion_SGAE_2011.pdf.

²¹ En este sentido, *vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «El nuevo procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2013, Westlaw BIB 2013/132.

²² Fuente: <http://www.norwaco.no/eng/About-Norwaco/Annual-Reports> (u.v. 21/03/2013).

²³ I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Tema 5. El derecho de participación y el derecho de compensación por copia privada», en *Manual de Propiedad Intelectual*, (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 141.

²⁴ Se habla de excepción de copia privada y no de límite. La LPI, en los artículos 31 y siguientes, se refiere expresamente a los límites, no a las excepciones. Así también en el artículo 141 LPI. De ahí que el Informe de ALADDA recomendara la sustitución del término «excepción» por el de «límite», algo que finalmente no se refleja en el texto final del RD 1657/2012 (apartado 22, p. 14).

²⁵ Esta remisión no aparecía en el texto del Proyecto, algo que fue sugerido por ALADDA (apartado 24, p. 17) y que finalmente fue incluido en el RD 1657/2012.

despeja toda duda sobre el mantenimiento y existencia del límite de copia privada en nuestro ordenamiento y deja claro que este derecho de mera remuneración tiene como único fin compensar el perjuicio causado a los titulares del derecho de reproducción como consecuencia del reconocimiento del límite citado²⁶. Ahora bien, todas las copias a que se refiere el RD 1657/2012 —y el nuevo artículo 25 LPI incluido en el ALRLPI— van a ser copias privadas y compensables, pero no todas las copias privadas que cumplan los requisitos del artículo 31.2 LPI van a generar derecho de compensación (ej.: las copias hechas a mano, las copias mecanografiadas o las revistas que no constituyan publicaciones asimiladas a los libros). En definitiva, únicamente aquellas copias que cumplan los requisitos del artículo 31.2 LPI deberán generar este derecho. En primer lugar, la obra o prestación a copiar tiene que haber sido divulgada previamente, en el sentido del artículo 4 LPI (toda expresión de la obra que, con el consentimiento del autor, la haga accesible al público por primera vez en cualquier forma). En segundo lugar, la copia debe destinarse a un uso privado del copista, concepto que abarca no sólo el uso personal de éste, sino también el que haga su círculo familiar y de amigos. Derivado de lo anterior, la copia no puede ser objeto de utilización colectiva, es decir, no puede ser utilizada por un conjunto indeterminado de personas. En tercer lugar, el copista ha de ser una persona física, por lo que las personas jurídicas no pueden acogerse al límite. En cuarto lugar, copista es la persona que tiene los medios para realizar la copia y los utiliza para ello, así como aquel que se sirve de los medios que le presta un amigo o familiar, sin ánimo de lucro, para realizarla. En quinto lugar, la copia no puede ser objeto de utilización lucrativa, es decir, no cabe intercambiarla por precio u obtener ningún otro tipo de ganancia económica derivada de su explotación comercial. En sexto lugar, debe haber un acceso legal a la obra o prestación que se va a copiar, entendido como acceso autorizado por el titular de los derechos. Finalmente, no cabe aplicar el límite a los programas de ordenador (art. 99.a LPI) ni a las bases de datos electrónicas (art. 34.2.a LPI en sentido contrario).

El ALRLPI, al reformar el artículo 31.2 LPI, añade varios requisitos más. Primero, la necesidad de que el copista realice la copia por sí mismo, sin la asistencia de terceros. No cabría, por tanto, que un amigo me hiciera la copia de un disco que he comprado porque carezco de grabadora de CDs. Este requisito —y el tercero que se verá a continuación— va a excluir todo el negocio del *cloud computing*²⁷, pues requiere la intervención de los prestadores de ser-

²⁶ La DDASI lo configura como un límite de transposición voluntaria para los Estados miembros —«Los Estados miembros podrán establecer excepciones y limitaciones [...]», según el artículo 5.2 DDASI—, pero aquellos que lo incluyan necesariamente deberán prever la compensación (Cdo. 38).

²⁷ El *cloud computing*, en lo que aquí interesa porque abarcaría muchos otros servicios, tiene que ver con el servicio que prestan ciertos intermediarios que consiste en el almacenamiento de todo tipo de contenidos en la red. Las obras y prestaciones ya no quedan almacenadas en un soporte físico, sino en un soporte virtual, donde los usuarios pueden acceder desde cualquier dispositivo y en cualquier momento.

vicios como intermediarios. Segundo, no se le puede dar a la copia un uso profesional o empresarial. Tercero, No cabe hacer copias privadas de tres tipos de obras: a) bases de datos electrónicas; b) programas de ordenador —estos dos últimos tipos de obras ya están excluidos actualmente—; c) obras que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal manera que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija (ej.: significa esto que no podría hacer una copia privada de una canción que he descargado por *iTunes*). Pero, ¿a quién hay que pedir autorización en estos casos?²⁸. Si hay una licencia entre el titular de derechos y el usuario, no hay posibilidad de hacer copias privadas ni de compensación. Pero es que si no hay licencia o contrato con el usuario particular, tampoco cabe hacer copia privada, pues el nuevo apartado segundo únicamente entiende que hay acceso legal en los casos antes señalados.

Mal se cohonestaba todo esto con el artículo vigente 161 LPI. Respecto de obras y prestaciones puestas a disposición del público en el entorno *on line* sin licencia o contrato, el titular de los derechos debe respetar siempre el límite de copia privada, por ser privilegiado. Pero no podrían hacerse reproducciones para uso privado de estos contenidos porque el nuevo artículo 31 LPI no lo incluye como un supuesto de acceso legal. Respecto de obras y prestaciones puestas a disposición del público en el entorno *on line* con licencia, el titular de derechos puede impedir las mediante el uso de medidas tecnológicas —puede prohibirlas o permitir las—. Si no las impide, en teoría debería percibir la compensación, pero como el proyectado artículo 31 LPI prohíbe hacer copias privadas a partir de estos contenidos, el titular de derechos se quedará sin compensación. No obstante, el ALRLPI prevé modificar el artículo 161 LPI en el sentido de suprimir la copia privada como límite privilegiado del apartado primero y eliminar el apartado cuarto, que recoge actualmente la posibilidad de los titulares de derechos de utilizar medidas tecnológicas que limiten el número de copias privadas a realizar por los usuarios. Respecto del entorno *on line* con licencia, el Anteproyecto seguiría el régimen anterior, reforzado con la imposibilidad de hacer copias privadas respecto de obras que se hayan puesto a disposición del público mediante contrato. El problema se produce en el entorno *on line* sin licencia y en el entorno *off line*. En el primero, la prohibición anterior no impediría, entendida en sentido contrario, hacer copias privadas de contenidos que se hayan puesto a disposición de los usuarios sin una licencia o contrato. Ahora bien, cuando el Anteproyecto define el requisito del acceso lí-

²⁸ Esto va a llevar a un sistema de licencias similar al del *software*. Además, se aparta de las Recomendaciones del mediador de la Comisión Europea, que planteó la necesidad de clarificar que las copias realizadas por los usuarios finales en el contexto de servicios licenciados por los titulares, no causan un daño adicional que tuviera que requerir remuneración adicional en forma de copia privada. Vid. A. VITORINO, *Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies*, Bruselas, 31 de enero de 2013, pp. 6-7. Disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf (u.v. 21/05/2013).

cito, el primer supuesto habla de reproducción realizada a partir del soporte original, lo que hace pensar que es necesario disponer del soporte físico de la obra para poder acogernos al límite —muy ampliamente deberíamos interpretar el término «soporte» para entender que un archivo digital lo es—. Por tanto, en el entorno *on line* sin licencia no cabe hacer copias privadas por no haber acceso legal en el sentido del artículo 31.2 LPI proyectado. Pero si acudimos al entorno *off line* no corremos mejor suerte. Al quitarle el carácter de límite privilegiado, los titulares de derechos no tendrán ya ningún obstáculo para establecer medidas tecnológicas que impidan totalmente la copia privada. Si a eso añadimos la escasa cuantía de la compensación, tampoco tendrán ningún aliciente para permitirla. De esta manera, conforme al Anteproyecto, un usuario ya no podría hacer una copia privada de una película que ha comprado lícitamente en un establecimiento, si el titular de derechos la ha protegido con una medida tecnológica, pues carecería de la posibilidad de acudir al Juez para solicitar su eliminación, tal como ocurre con el régimen actualmente vigente. En definitiva, la copia privada digital está abocada a desaparecer si la redacción del Anteproyecto se convierte en definitiva y los titulares de derechos emplean medidas tecnológicas. El único resquicio que quedaría se encontraría en el entorno fuera de línea, es decir, la explotación de contenidos en soporte físico respecto de los cuales no se hayan adoptado medidas tecnológicas.

Además, el Anteproyecto incluye los requisitos de la norma vigente relativos a: 1) la copia no puede ser objeto de utilización colectiva ni lucrativa; 2) el acceso legal a la obra objeto de copia. Respecto de este último requisito, el ALRLPI aclara cómo debe interpretarse, dada la discusión doctrinal entre entenderlo como acceso autorizado por el titular de derechos o como que el acto de adquisición del ejemplar o de acceso al mismo sea lícito, con independencia de que la copia a partir de la cual se hace la reproducción para uso privado sea lícita o no²⁹. El acceso legal debe entenderse que concurre en los siguientes casos —se trata de una lista cerrada, dada la utilización del adverbio «únicamente»—: a) cuando se realice la copia a partir del soporte original de la copia de la obra adquirida en propiedad por compraventa comercial (ej.: no cabe, por tanto, hacerse una copia privada de un disco que he sacado por préstamo de una mediateca o hacer una copia privada de un disco que me han regalado, pues tiene que haber una compraventa comercial; tampoco se incluirán las copias de obras de segunda mano vendidas entre particulares); b) los casos de *time-shifting*, es decir, la grabación de contenidos emitidos por televisión o radio (se habla de “radiodifusión”), siempre que se haga una copia temporal y con el único fin de verlos u oírlos en otro momento más oportuno (ej.: la exi-

²⁹ A favor de la primera opción, *vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Capítulo II. Los derechos de autor y los límites a la propiedad intelectual», en *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, VV.AA., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 48. A favor de la segunda opción, *vid.* I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Artículo 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 569.

gencia de que sea una copia temporal, ¿significa que el copista debe destruirla cuando la haya visto u oído, o puede hacer una colección de películas que se ha grabado de la televisión?).

La compensación no debe tener como fin aliviar el perjuicio causado por todas aquellas copias que no sean privadas. A estos efectos, el último apartado del artículo 3 RD 1657/2012 establece una serie de supuestos que no se consideran copia privada, y que deben tener su reflejo en la cuantía de la compensación³⁰. En primer lugar, las copias realizadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público (establecimientos de reprografía). En realidad, este primer supuesto y el de la letra b) proceden del derogado artículo 10.1 RD 1434/1992. En la medida en que hay un uso lucrativo de las copias (intercambio de copia por precio), no puede ampararse en el límite de copia privada del artículo 31.2 LPI.

En segundo lugar, las copias que sean objeto de utilización colectiva o lucrativa, o de distribución mediante precio. Aquí ya no estamos únicamente ante casos de establecimientos de reprografía, sino ante cualquier supuesto donde la copia se intercambie por precio (ej.: top-manta) o bien sea objeto de utilización colectiva (ej.: intercambio de archivos a través de redes P2P). Tales copias, aunque causan un gran perjuicio a los titulares de derechos, no pueden computarse a efectos de la compensación por copia privada, pues no son tales, al incumplirse varios requisitos establecidos en el artículo 31.2 LPI —entre ellos, quizá el más importante, el relativo al acceso legal a la obra—. Por tanto, se deja claro que la compensación no tiene como fin compensar los perjuicios ocasionados por la piratería, sino únicamente por las copias privadas lícitas —quizá sea este otro de los motivos por los que la cuantía prevista para 2012 es tan reducida—.

En tercer lugar, las copias realizadas mediante equipos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y están manifiestamente reservados para usos distintos de copias privadas. De nuevo el RD 1657/2012 está pensando en las copias realizadas en el ámbito de personas jurídicas o de Administraciones Públicas. Reitera el supuesto ya previsto en el criterio a) del artículo 3.2 RD 1657/2012. Si ya se había dejado exento este supuesto en este apartado, no tiene sentido volverlo a incluir en el artículo 3.4 RD 1657/2012 de nuevo.

Aunque estos supuestos determinan lo que no es copia privada, resultan un tanto redundantes del artículo 31.2 LPI, puesto que allí ya se indican los requisitos que deben cumplir las copias privadas. La ausencia de uso lucrativo o co-

³⁰ Este apartado no se recogía en el Proyecto RD 1657/2012 y aparece aquí por recomendación del Consejo de Estado, en su dictamen de 29 de noviembre de 2012 (ref. 1260/2012), y de ALADDA, en su Informe (apartado 72, pp. 51-52).

lectivo de la copia y el acceso legal excluirían los supuestos a) y b), mientras que la necesidad de que sea realizada por una persona física excluiría el supuesto c) del artículo 3.4 RD 1657/2012. No se añaden nuevos requisitos para aplicar el límite de copia privada, sino que únicamente se aclaran los que se contienen ya en el artículo 31.2 LPI.

El artículo 3.4 RD 1657/2012 establece que los supuestos anteriores no son copia privada a los efectos de esta norma y sin perjuicio del artículo 37 LPI. La alusión a este precepto, que contiene los límites relativos a bibliotecas, museos, archivos y otras instituciones culturales y científicas, tiene como objetivo dejar claro que esta excepción sigue vigente. En puridad, únicamente las letras a) y c) del artículo 3.4 RD 1657/2012 pueden entenderse sin perjuicio del juego del límite del artículo 37 LPI, puesto que las copias realizadas por bibliotecas, museos, archivos y otras instituciones culturales o científicas no pueden tener ánimo de lucro —no podrían vender las copias realizadas con fines de investigación o de conservación—, si bien cabe exigir una cantidad que cubra el coste de la realización de la copia³¹. Las copias a que se refiere el supuesto b) nunca podrán ser objeto del límite del artículo 37 LPI por la razón expuesta. Además, hay que entender este artículo 3.4 RD 1657/2012 sin perjuicio únicamente del límite del artículo 37.1 LPI —que es el que se refiere al derecho de reproducción—, pero no respecto de los apartados segundo (préstamo) y tercero (consulta en sala).

Finalmente, cabe destacar que en el texto final del RD 1657/2012 se encomienda la labor de determinar la cantidad adecuada al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte mediante OM. En el texto del Proyecto esta tarea correspondía al Secretario de Estado de Cultura mediante resolución (acto administrativo). Si acudimos al artículo 25 LPI, esta función la tenían los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio a través de OM. El Proyecto, por tanto, se excedía también en este punto. Además, siendo la labor encomendada similar a la regulada en la OM PRE/1743/2008, era lógico que se realizara a través de una disposición normativa del mismo rango³².

2. Criterios para la determinación de la cuantía

El primer apartado del artículo 3.2 RD 1657/2012 señala que *«la cuantía de la compensación se calculará sobre la base del perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos de propiedad intelectual»*, en consonancia con el artículo

³¹ S. MARTÍN SALAMANCA, «Artículo 37», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (dir. J. M. Rodríguez Tapia), 2ª ed., Civitas, Madrid, 2009, p. 347; S. DÍAZ ALABART, «Artículo 37», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirs. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), Tomo V, vol. 4-A, Edersa, Madrid, 1994, p. 609; S. LÓPEZ MAZA, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada, 2009, p. 396.

³² Así fue propuesto por ALADDA en su Informe (apartado 23, pp. 15-16).

25.6.4º.a) LPI. El artículo 3 RD 1657/2012 demuestra que hay una gran preocupación por ajustar el importe de la compensación al daño causado³³. El RD 1657/2012 es más estricto que la DDASI, cuyo Considerando 35 habla de posible daño y no de perjuicio efectivamente causado. Siendo así, será necesario demostrar que ha habido un daño real y comprobado caso por caso, sin que sea suficiente con un daño hipotético o razonable. Como hacer un cálculo exacto del perjuicio es realmente difícil y complicado, por no decir imposible, habría sido bueno que se hubiera referido aquí al perjuicio estimado, tal como hace el resto del artículo 3.2 RD 1657/2012³⁴. En buena medida, cabe pensar que la expresión «*perjuicio efectivamente causado*» responde al hecho de que la compensación deba ser equitativa. Sólo el daño causado de manera efectiva debe tenerse en cuenta para fijar la cuantía. ¿Significa eso que las personas que no han hecho copias privadas, y en consecuencia no han causado perjuicio, o incluso las personas que no han comprado ninguna obra susceptible de copia privada, están exentas de pagar el correspondiente tributo? Parece que ese no es el objetivo del RD 1657/2012. En cualquier caso, el daño debe estar relacionado con el uso que dan los usuarios privados a los bienes anteriormente gravados con la compensación, realizando las reproducciones a que se refiere el artículo 31.2 LPI.

El artículo 3.2 del Proyecto hacía mención de un segundo criterio a la hora de determinar la cuantía de la compensación: la exclusión expresa de los usos profesionales y empresariales. Esta referencia ha desaparecido en el texto final, lo que puede considerarse un acierto³⁵. En mi opinión, el objetivo en este RD 1657/2012 y en la futura reforma de la LPI es excluir a las personas jurídicas y a las Administraciones Públicas del pago de la compensación, en un intento de hacer suya la doctrina emanada de la sentencia del TJUE. Sin embargo, el respeto a las exigencias derivadas del Tribunal de Luxemburgo únicamente suponía la reforma del artículo 25 LPI, introduciendo una nueva excepción al pago en el apartado 7, en lugar de haber procedido al derribo del antiguo sistema y la regulación de uno nuevo mediante RD³⁶. O haber desarrollado

³³ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «El nuevo procedimiento de pago de la compensación equitativa... *cit.*»

³⁴ La AP de Madrid (Sección 28ª), en su sentencia de 22 de abril de 2013 (Westlaw. JUR 2013/195403), entiende que basta la puesta a disposición de una persona física de los equipos y soportes que permiten efectuar copias privadas, lo cual no tiene por qué dar lugar necesariamente a la realización efectiva de las mismas, por lo que no se requiere un perjuicio efectivo.

³⁵ El requisito de que la copia no se destine a uno de estos usos no estaba incluido en la DA 10ª Real Decreto-ley ni en el propio artículo 31.2 LPI —si bien en este último se impone que la copia no tenga un fin lucrativo o no se haga una utilización colectiva—. ALADDA propuso la eliminación de los términos «usos profesionales y empresariales» del Proyecto, en el apartado 27 de su Informe (p. 19).

³⁶ Así también Mª. A., ESTEVE PARDO, «Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 2 de marzo de 2011, “Caso Padawan”. La compensación equitativa por copia privada a examen», en *Cuestiones de actualidad sobre propiedad intelectual*, (coord. Mª. A. Esteve Pardo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 140. En este sentido lo entendió igualmente el

reglamentariamente la excepción para personas jurídicas y Administraciones Públicas, dada la habilitación que le confería el artículo 25.24 LPI, por el que el Gobierno podía establecer, vía reglamento, tipos de reproducciones que no deben considerarse para uso privado a los efectos de la compensación. Es más, ya antes de la sentencia del TJUE —e incluso antes de que la Ley 23/2006 incluyera en el artículo 31.2 LPI el requisito de que el copista debía ser una persona física, cuando la LPI exigía la no utilización lucrativa— la doctrina mayoritaria entendía que las copias por personas jurídicas o para usos profesionales o empresariales no eran privadas, pues se hace un uso colectivo de las mismas³⁷.

La regulación actual poco o nada tiene que ver con la sentencia del TJUE. La interpretación que se ha hecho de la misma en la sentencia de la AP de Barcelona y en la regulación final del sistema de compensación no son acordes con aquélla y podría ser contraria al Derecho Comunitario³⁸. La DDASI no habla de usos profesionales o empresariales, sino de fines directa o indirectamente comerciales. Lo que la sentencia del TJUE apunta no es que a la hora de determinar la cuantía de la compensación equitativa no deban considerarse las reproducciones hechas por usuarios privados para uso profesional o empresarial —sólo hace referencia a usuarios privados, sin distinguir si éstos son meros particulares o reúnen la condición de empresarios o profesionales—. Lo que señala es que un sistema de compensación basado en un gravamen sobre

mediador de la Comisión Europea, A. Vitorino, en su Informe de Recomendaciones. Señaló que la forma más recomendable de impedir que empresarios y profesionales estén gravados con la compensación, es crear una excepción ex ante, evitando así los inconvenientes de los sistemas de reembolso. Vid. A. VITORINO, *Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies*, Bruselas, 31 de enero de 2013, p. 17. Disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf (u.v. 21/05/2013).

³⁷ S. DÍAZ ALABART, «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; R. CASAS VALLÉS, «La fotocopia y su régimen jurídico», en *Aranzadi Civil*, 1993-1, pp. 2003-2007; F. GÓMEZ POMAR, «La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia», en *RCDI*, enero-febrero 1993, p. 209; F. BONDÍA ROMÁN, «Artículo 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (dirs. M. Rodríguez Tapia y F. Bondía Román), Civitas, Madrid, 1997, p. 167; C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Artículo 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 606; A. DELGADO PORRAS, «La “copia privada” en España», en *RIDA*, núm. 145, julio de 1990, p. 29; J. MASSAGUER FUENTES, «La copia privada y la remuneración compensatoria por copia privada», en *Conferencia pronunciada en la I Jornadas de Propiedad Intelectual organizadas por el Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago*, 1994; R. SÁNCHEZ ARISTI, «La copia privada digital», en *Revista pe.i.*, núm. 14, mayo-agosto 2003, p. 12; J. J. MARÍN LÓPEZ, «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», en *Revista pe.i.*, núm. 20, mayo-agosto, 2005, pp. 19-20 y 34; I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Artículo 31... cit.», p. 559; S. MARTÍN SALAMANCA, «Artículo 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (dir. J. M. Rodríguez Tapia), 2ª ed., Civitas, Madrid, 2009, p. 280; S. LÓPEZ MAZA, *Límites del derecho de reproducción... cit.*, pp. 200-201.

³⁸ Lo entienden en este sentido R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Cambio de rumbo en el canon de copia privada», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2012, Westlaw BIB 2012/114; R. SÁNCHEZ ARISTI, «Juicio al sistema español de compensación equitativa... cit.», p. 108.

equipos y soportes podría ser indiscriminado, si gravase aquellos bienes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas. Sólo ese supuesto podría ser contrario al Derecho europeo (apartado 59). Sin embargo, una vez que los equipos y soportes se ponen a disposición de personas físicas para fines privados, entiende el TJUE que ya no es necesario verificar que éstas han realizado efectivamente copias privadas ni que se haya causado efectivamente un perjuicio a los titulares de derechos, sino que se presume legítimamente que dichas personas van a realizarlas (apartados 54-55)³⁹. El TJUE centra su atención en el destino final de los equipos y soportes.

En cambio, la AP de Barcelona sí se refiere a los usos profesionales y empresariales, y a las personas jurídicas y Administraciones Públicas. Ésta considera que cuando no se ponen los equipos y soportes a disposición de usuarios privados, entendidos éstos como contrarios a profesionales y empresarios, tales bienes estarán manifiestamente reservados a usos distintos de la copia privada, apartándose, así, de la interpretación del TJUE. Según la AP, cabría presumir que todas las empresas y profesionales adquieren los equipos y soportes para fines manifiestamente distintos a la reproducción para uso privado. El Gobierno, por su parte, ha optado por adoptar el criterio de los equipos y soportes que estén manifiestamente reservados a usos distintos de la copia privada (ej.: almacenamiento de la información de una empresa, grabación de un juicio). Sin embargo, los proyectados artículos 25.1 y 31.2 LPI incluidos en el ALRLPI vuelven a referirse a los usos profesionales y empresariales, y establecen que sólo serán consideradas copias privadas las realizadas por personas físicas para su uso privado no profesional o empresarial. Por tanto, la copia de un disco que realizara un profesional en su casa y que luego lo reproduce en su oficina, no sería privada, pues está haciendo un uso profesional o empresarial de la misma, según el Anteproyecto, y no se tendría en cuenta a la hora de determinar el perjuicio causado, cuando en realidad no se está haciendo un uso lucrativo ni colectivo⁴⁰.

Entiendo que el problema está en distinguir la condición del adquirente de esos equipos y soportes gravados, del destino o uso que se le da a tales bienes. Y,

³⁹ Apunta MAZZIOTTI que debe haber una relación entre la compensación y el uso estimado de los equipos y soportes utilizados para la copia privada, debiendo descartarse los usos profesionales. No habla de «uso efectivo», sino estimado. *Vid.* G. MAZZIOTTI, *Copyright in the EU Digital Single Market*, Informe del Centro de Estudios sobre política europea, Bruselas, junio 2013, p. 100, disponible en: <http://www.ceps.eu/book/copyright-eu-digital-single-market> (u.v. 02/07/2013).

⁴⁰ En este sentido, M^a. A. ESTEVE PARDO, «Comentario a la sentencia... *cit.*», p. 133; C. LÓPEZ SÁNCHEZ, «Consecuencias jurídicas de la sentencia del TJUE en el “Caso Padawan”», en *Cuestiones de actualidad sobre propiedad intelectual*, (coord. M^a. A. Esteve Pardo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 124; R. SÁNCHEZ ARISTI, «Juicio al sistema español de compensación equitativa... *cit.*», p. 101. Considera SÁNCHEZ ARISTI que muchos profesionales y empresas elaboran copias privadas de contenidos protegidos en una proporción similar a la de un particular o consumidor.

dentro del uso, hay que diferenciar el uso privado profesional o empresarial del uso lucrativo o colectivo. Lo contrario de usuario privado, entendido como persona física, no es el empresario o profesional, sino la persona jurídica⁴¹. Lo importante, a mi juicio, es el destino, pues en ningún apartado del artículo 25 LPI se hace una distinción de los deudores atendiendo a la categoría de adquirentes o destinatarios —el propio apartado 7, letra d), se refiere al destino o uso final, no a los destinatarios—. La adquisición del equipo o soporte y el destino final pueden ser protagonizados por sujetos distintos. Por tanto, lo que hay que dejar exento es únicamente el caso en el que el bien es adquirido por una persona jurídica y los equipos y soportes son utilizados para cosas que no son copias privadas. Es un error interpretar que quedan exentos del pago de la compensación los adquirentes de equipos y soportes por el mero hecho de ser personas jurídicas⁴². La adquisición por éstas de los bienes gravados no debería constituir una presunción de que dichos bienes y soportes se destinarán a usos distintos de la copia privada (ej.: el empresario que adquiere unas memorias USB para regalárselas a sus empleados no debería suponer un supuesto exento del pago, pues éstos las podrán utilizar para almacenar obras y prestaciones protegidas).

Esto nos lleva a plantearnos si el sistema actual, donde deben pagar la compensación todos los ciudadanos, es contrario a la doctrina emanada de las sentencias sobre los casos *Padawan*, *Thuiskopie* y *Austro-Mechana*. En ellas se indica que la aplicación indiscriminada de la compensación a todos los equipos y soportes, con independencia de su uso, es contraria a la DDASI. El TJUE consideró que el sistema español anterior de compensación se ajustaba al criterio del justo equilibrio, según el cual el pago recaía sobre las personas que disponían de los equipos y soportes de reproducción digital y sobre los que ponen tales bienes a disposición de usuarios privados, que son los que tienen la posibilidad de repercutir las cantidades sobre dichos usuarios privados (apartado 43 de la sentencia sobre el caso *Padawan*). Este apartado de la sentencia, junto con el Considerando 31 DDASI, establecen que debe haber un justo equilibrio entre los intereses de los autores, acreedores de la compensación, y los intereses de los usuarios de contenidos protegidos. Por tanto, sólo la persona que realiza la copia privada, que es quien causa el perjuicio de que habla el RD 1657/2012, debería ser deudora de la compensación (apartados 45 y 52, 29 y 24 de las sentencias antes citadas, respectivamente). Igualmente lo indicó el TJUE en la sentencia de 27 de junio de 2013 sobre el caso VG Wort (Asuntos C-457 y 460),

⁴¹ La sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010, a la hora de referirse a los usuarios privados utiliza distintos términos: «usuario privado» (aps. 50 y 59), «persona física» (ap. 57), «persona privada» (ap. 46), «persona física en condición de usuario privado» (ap. 56), «persona física a título particular» (ap. 44). A mi juicio, no todos estos conceptos son sinónimos, pues la amplitud de algunos de ellos permitiría incluir a las personas jurídicas. Sin embargo, la AP de Madrid (Sección 28^a) entendió que los conceptos de «usuario privado» y «persona física» son equivalentes. *Vid.* su sentencia de 22 de abril de 2013 (Westlaw. JUR 2013/195403).

⁴² C. LÓPEZ SÁNCHEZ, «Consecuencias jurídicas... *cit.*», p. 123.

en cuyo apartado 75 entiende que sólo las personas que realizan copias privadas deben ser quienes reparen el perjuicio causado a los titulares de derechos. Siendo así, cabe entender que el sistema español, donde es deudor cualquier persona con independencia de que haga o no copias privadas, es contrario al Derecho europeo⁴³. En cualquier caso, está claro que el propósito del Gobierno no es eliminar el sistema de compensación, algo que sí iría en contra de la DDASI, sino establecer uno nuevo, a su juicio más equitativo, aunque queda claro que no lo es⁴⁴.

El TJUE, en el caso *Autro-Mechana*, resuelto por sentencia de 11 de julio de 2013, se refiere a los usos personales y profesionales. Se trata de una cuestión prejudicial planteada, en octubre de 2011, por el Oberster Gerichtshof de Austria al TJUE sobre el derecho de compensación equitativa por copia privada, en unos términos casi idénticos a los del caso *Padawan*. El litigio principal enfrenta a *Autro-Mechana*, entidad de gestión austríaca de derechos de propiedad intelectual, y a *Amazon*. La primera reclama a la segunda el pago de la compensación equitativa por copia privada por los soportes digitales comercializados. Según el TJUE, un sistema de compensación donde se grave sin distinciones los equipos y soportes aptos para la copia privada, y, donde al mismo tiempo, se establezca un derecho a la devolución de la compensación pagada, es conforme con el artículo 5.2.b) DDASI (apartado 31). Ante la ausencia del vínculo necesario que debe haber entre la aplicación de la compensación y el uso de los equipos y soportes para tales fines, cabe que un Estado miembro establezca el derecho a la devolución cuando el uso final de los equipos y soportes no sea el contemplado en el precepto indicado, extremo éste que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional competente (apartado 37)⁴⁵. Por tanto, el TJUE plantea

⁴³ Así también lo entiende I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Tema 5... *cit.*», p. 143; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Las desgracias del canon», en *Aranzadi Civil*, núm. 4, 2011, Westlaw BIB 2011/993. Señala este autor que la interpretación realizada por la AP de Barcelona de la doctrina del TJUE es *contra legem*.

⁴⁴ En el Informe de Recomendaciones de A. Vitorino, realizado el 31 de enero de 2013 en el proceso de mediación sobre los sistemas europeos de compensación por copia privada, el mediador parece apostar por un sistema de gravamen de los equipos y soportes destinados a realizar copias privadas. A su juicio, la compensación por copia privada no debería imponerse sobre bienes que claramente van a ser usados para fines distintos a la copia privada. A estos efectos, sólo el minorista, que está en la mejor posición para discriminar entre los distintos usos, debería ser considerado deudor de la compensación, sin perjuicio de poderlo repercutir sobre el consumidor final —por tanto, los fabricantes e importadores no deberían ser considerados deudores—. El mediador apunta que es relativamente fácil distinguir entre usuarios particulares y usuarios no privados. La utilización de un número de identificación fiscal a la hora de adquirir un soporte digital sería un fuerte indicativo de que ese producto no va a ser usado para fines privados, por lo que las ventas a personas jurídicas podrían ser fácilmente excluidas. El Sr. Vitorino, en lugar de configurar un sistema con cargo en los Presupuestos Generales del Estado, se decanta por un sistema donde se excluya expresamente a las personas jurídicas. *Vid.* A. VITORINO, *Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies*, Bruselas, 31 de enero de 2013, pp. 15-16. Disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf (u.v. 21/05/2013). Así también lo considera G. MAZZIOTTI, *Copyright in the EU... cit.*, p. 102.

⁴⁵ El Abogado General Paolo Mengozzi, en las conclusiones presentadas el 7 de marzo de 2013, abogaba por establecer, en primer lugar, un sistema de excepciones *a priori* al pago de la com-

que la presunción por la que las personas físicas que adquieren bienes y equipos van a destinarlos a la copia privada, es una presunción que admite prueba en contrario, en cuyo caso cabría la posibilidad de devolver la cantidad previamente pagada en concepto de compensación equitativa⁴⁶.

3. Criterios para determinar el perjuicio

El apartado segundo del artículo 3 RD 1657/2012 continúa con un listado de criterios que deberán utilizarse a la hora de estimar el perjuicio causado a los

pensación respecto de personas físicas o jurídicas de las que quepa razonablemente entender, sobre la base de criterios objetivos —e incluso meramente indiciarios—, que han adquirido los soportes para fines manifiestamente ajenos a la copia privada. El propio TS austríaco formuló la siguiente pregunta: «*En un supuesto de venta a personas físicas, ¿debe presumirse que éstas usarán el material de soporte para las reproducciones con fines privados mientras no se demuestre lo contrario?*». Al contrario que nuestra AP de Barcelona, el TS austríaco parte de la premisa de que tanto personas físicas como jurídicas pueden usar los equipos y soportes para fines ajenos a la copia privada. En segundo lugar, el Abogado General apuesta por un sistema de reembolso de la compensación *a posteriori* si el usuario particular logra demostrar no ya que no ha realizado una copia privada, sino que, aún haciéndola, no ha ocasionado un perjuicio al titular de derechos. Intenta matizar la doctrina del TJUE en el caso *Padawan*. Entiende que el hecho de que la persona que adquiera el soporte no sea una persona física sino una persona jurídica, no puede exonerarla automáticamente del pago de la compensación, pues su personal puede realizar copias privadas. De igual modo, que sea una persona física la que compre el soporte no entraña necesariamente que dicha persona lo use para copia privada. Es perfectamente posible que una persona física adquiera el soporte no en su condición de particular, sino en calidad de empresario o profesional. Según él, si la persona física logra demostrar que ha adquirido el soporte con fines manifiestamente distintos de la copia privada (ej.: almacenamiento de datos personales o datos generados por el propio usuario), no deberá estar sujeta al pago (apartado 45). Entiende el Abogado General que la presunción de uso privado del soporte cuando sea adquirido por una persona física debe ser interpretada como una presunción *iuris tantum* (apartado 66). Por tanto, la persona física o el obligado al pago debe tener la oportunidad de demostrar, para quedar exento del pago de la compensación o para su eventual reembolso, que ha adquirido el soporte para un fin manifiestamente distinto de la realización de copias privadas. En su opinión, un sistema de este tipo es perfectamente compatible con el Derecho europeo y permite garantizar una protección eficaz y rigurosa de los derechos de autor y un justo equilibrio entre los intereses de los distintos interesados.

⁴⁶ En España, en un caso en que los soportes digitales fueron adquiridos por un particular, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15^a), en su sentencia de 1 de febrero de 2012 (Aranzadi Civil. Marg. n.º 2012/379), abrió la puerta a la posibilidad de devolución de la compensación si el usuario lograba probar que el destino de los soportes no es la copia privada, cosa que no ocurrió en este supuesto. Sí lo consiguió demostrar el demandante en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5^a), de 19 de septiembre de 2006 (Aranzadi Civil. Marg. n.º 2006/1569). Según la AP, el artículo 25 LPI contiene una presunción *iuris tantum* de que los soportes digitales se adquieren con el fin de realizar copias privadas. Al entregar el actor un CDROM donde estaba grabado el acta de un juicio, consiguió probar que ese soporte concreto no fue utilizado a los fines señalados en el artículo 25 LPI, por lo que entendió que procedía la devolución de la cantidad pagada en concepto de compensación. En el mismo sentido se pronunció la sentencia del JM núm. 1 de Sevilla, de 2 de septiembre de 2009 (Aranzadi Civil. Marg. n.º 2009/1970). Considera LÓPEZ SÁNCHEZ que cuando los equipos y soportes se han puesto a disposición de personas físicas para fines privados, no es necesaria ninguna verificación sobre la realización efectivas de copias privadas, constituyendo una presunción *iuris et de iure*. Vid. C. LÓPEZ SÁNCHEZ, «Consecuencias jurídicas... *cit.*, p. 116.

titulares de derechos⁴⁷. No obstante, estos criterios deberían ser considerados no sólo a la hora de determinar el perjuicio causado, sino también para proceder al reparto de la compensación. Si a través de ellos se va a determinar el perjuicio causado, algo que delimita el contenido del derecho exclusivo de reproducción, debería haberse dejado que fuera la Ley la que los determinara y no una norma con rango reglamentario⁴⁸. Además, tienen una vocación de continuidad, en la medida en que se tendrán que utilizar no sólo para fijar el perjuicio correspondiente al año siguiente a la aprobación del RD 1657/2012, sino también para todos los años posteriores. No es una lista cerrada, pues el propio precepto indica que se tendrán en cuenta «entre otros» tales criterios —el Proyecto parecía recoger un listado cerrado, en la medida en que estaban enunciados sin las palabras mencionadas⁴⁹—.

Por otro lado, el apartado 3 del artículo 2 RD 1657/2012 establece que cuando el perjuicio causado al titular de los derechos haya sido mínimo, no dará lugar a una obligación de compensación del perjuicio causado —apartado que se podría haber incluido como un criterio más de los del apartado 2, pues nada tiene que ver con los beneficiarios de la compensación, sino más bien con el reparto de la compensación⁵⁰—. El RD 1657/2012 sigue aquí el artículo 25.6.4º LPI y el Considerando 35 DDASI. Así, cabría excluir de la compensación: 1) los supuestos en los que no se produce ningún perjuicio para los titulares de derechos; 2) aquellos supuestos en los que, produciéndose, es mínimo. Esta previsión parece chocar con la idea de compensación equitativa. En aquellos supuestos en que se produzca copia privada, deberá surgir el derecho de compensación, que será mayor o menor en función del perjuicio causado. Por tanto, si el perjuicio es mínimo no debería decretarse sin más la ausencia de compensación, sino una compensación menor, proporcional al perjuicio. Tal como queda establecido en el RD 1657/2012 podría vulnerar la regla de los tres pasos (art. 40bis LPI), si se hace una interpretación demasiado amplia del perjuicio mínimo. El Gobierno debería haber precisado mejor cómo determinar los supuestos en que tal perjuicio se produce (¿cuándo hay que entender que el perjuicio es mínimo?, ¿a partir de qué cantidad?). Sería conveniente fijar una cantidad a tener en cuenta —cantidad que no debería ser arbitraria, como los máximos y mínimos que se establecían en el artículo 3 OM PRE/1743/2008—⁵¹.

⁴⁷ El artículo 1 RD 1657/2012, al regular el objeto de la norma, habla, en cambio, de criterios objetivos para determinar la cuantía. Aunque en teoría la cuantía de la compensación debe ser equivalente al perjuicio sufrido, en la práctica ello no va a ser así dados los límites presupuestarios.

⁴⁸ ALADDA apunta que seguramente se recojan en la futura reforma de la LPI (apartado 31, pp. 23-24).

⁴⁹ ALADDA sugirió una redacción que convirtiera el listado en un *numerus apertus* (apartado 39, pp. 32-33).

⁵⁰ Así se sugirió por ALADDA (apartado 25, p. 17).

⁵¹ El artículo 3 de esta OM establecía unas cantidades máximas y mínimas de dinero que se pretendían recaudar en concepto de compensación por copia privada, para cada modalidad de reproducción. Transcurrido el primer año de aplicación de la Orden, las cantidades eran: a) para el

El proyectado artículo 25.5 LPI, en su redacción por el ALRLPI, contiene dos supuestos concretos que no serán objeto de compensación porque entiende el legislador que se produce un perjuicio mínimo. Se trata de una lista abierta, pues primero se contiene la afirmación general del RD 1657/2012 y luego se indica que, en todo caso, en las dos situaciones siguientes se produce un perjuicio mínimo: a) la copia individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras a las que se haya accedido mediante actos legítimos de radiodifusión pública para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno —se trata de los casos de *time-shifting* (ej.: una persona graba una película que están emitiendo en televisión para verla posteriormente)—; b) las copias por una persona física de obras y prestaciones lícitamente adquiridas por éste al objeto de darle un formato diferente. Conforme a este último supuesto, si una persona, por ejemplo, compra una película en un establecimiento y la ripa con el ordenador que tiene en casa para convertirla en un archivo digital, eso produciría un perjuicio mínimo y, en consecuencia, no sería objeto de compensación. Entonces, ¿qué supuestos no producirán un perjuicio mínimo? Si el proyectado artículo 31.2 LPI redactado por el ALRLPI únicamente permite la copia privada a efectos de *time-shifting* y respecto de ejemplares físicos adquiridos por compraventa por el propio copista, ¿qué casos de copia privada permitida serán objeto de compensación? De mantenerse esta segunda situación en el texto final de la futura reforma de la LPI será contraria a la regla de los tres pasos, pues sí habría perjuicio que compensar. Tal como está ahora planteado, no hay correspondencia entre copia privada, compensación y perjuicio (hay copias privadas que no van a ser objeto de compensación). En definitiva, entre las copias que no se entienden copias privadas conforme al proyectado apartado 3 del artículo 31 LPI y las copias que se entienden que causan perjuicio mínimo, la copia que sí dará lugar a la compensación es prácticamente inexistente.

El Østre Landsret danés ha planteado una cuestión prejudicial ante el TJUE el 16 de octubre de 2012 (Asunto C-463/12). Se trata de un caso donde Copydan Båndkopi, entidad de gestión danesa, reclama a Nokia Danmark el pago de la compensación equitativa por copia privada. Una de las cuestiones que plantea el Tribunal danés es qué debe entenderse por «*situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo*», del Considerando 35 DDASI. El TJUE nos dará seguramente unas pistas sobre cómo determinar este tipo de situaciones. Además, también pregunta el Tribunal danés cómo debe considerarse la relación entre la compensación equitativa por copia privada y la utilización de medidas tecnológicas por parte de los titulares de derechos.

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.

I. Criterio 1: estimación del número de copias

El primer criterio se refiere a la estimación del número de copias privadas realizadas. Este criterio ha sido redactado de manera más clara en el texto final del RD 1657/2012, puesto que se pone en relación con el artículo 31 LPI. Ahora se deja claro que las únicas copias a tener en cuenta son las que cumplen los requisitos de este precepto y no otras. El texto del Proyecto RD 1657/2012 se refería a la estimación del número de copias realizadas, sin decir si eran privadas o no, debiendo suponer que sí. Además, el RD 1657/2012 habla de «*estimación del número de copias*», pues es imposible determinarlo de una manera fiel y exacta.

Este primer criterio excluye dos supuestos que no cabe computar a efectos de determinar el perjuicio: a) las copias realizadas mediante equipos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas; b) los casos en los que queda exceptuado por Ley el pago de la compensación. El primer supuesto tiene que ver con el caso *Padawan* y recuerda, en cierta medida, al criterio de la idoneidad objetiva, utilizado en el sistema anterior para determinar los equipos y soportes a gravar con la compensación. Se recoge también en el proyectado artículo 25.4 LPI redactado conforme al ALRLPI, si bien como criterio no para determinar el perjuicio, sino para determinar la cuantía de la compensación —el nuevo apartado 4 no incluye, sin embargo, todas las exclusiones a que se refiere el artículo 3.4 RD 1657/2012—. Hay una contradicción, por tanto, entre el Anteproyecto y el RD 1657/2012. Según este último, las copias realizadas a través de soportes y equipos que no hayan sido puestos a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas deben excluirse a la hora de estimar el número de copias realizadas y, por ende, a la hora de considerar el perjuicio causado. Estas copias no van a ser objeto de compensación. Sin embargo, conforme al Anteproyecto, estas reproducciones se tendrán en cuenta en el momento de determinar la cuantía, pero no dice si es para dejarlas exentas de compensación, tal como se desprende del RD 1657/2012, o para reducir la cuantía.

Volviendo al RD 1657/2012, se imponen tres condiciones cumulativas (dada la conjunción «y» del artículo 3.2.a) RD) respecto de los equipos y soportes que no se van a tener en cuenta para computar el número de copias realizadas: a) que sean digitales; b) que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados (ej.: que se hayan puesto a disposición de personas jurídicas o Administraciones Públicas); c) que estén reservados manifiestamente a usos distintos de las copias privadas, sin perjuicio de que, en algún momento, puedan ser utilizados para tal fin⁵².

⁵² Acogiendo la recomendación del Informe de ALADDA (apartado 34, p. 27), el RD 1657/2012 coherente este primer criterio con el primer párrafo de su artículo 3.2. En el Proyecto, este último precepto señalaba que la cuantía se calcularía sobre la base del perjuicio efectivamente causado, excluyendo las copias realizadas para uso profesional o empresarial. Sin embargo, en el primer

El primer supuesto de copias excluidas plantea muchas dudas: 1) si se cumplen las dos últimas condiciones y estamos ante dispositivos analógicos, ¿significa que no se computarán las copias realizadas mediante ellos? ¿las copias analógicas no causan perjuicio? —parece que, en principio, habría que incluirlas dentro del cómputo si hacemos una interpretación *a contrario*—; 2) ¿las copias realizadas mediante dispositivos digitales adquiridos por personas físicas para usos distintos a las copias privadas se van a tener en cuenta para computar el perjuicio (ej.: un profesor que utiliza un *pendrive* para guardar los documentos en los que ha preparado sus clases)?; 3) ¿se excluirían las copias realizadas mediante dispositivos digitales, adquiridos por personas jurídicas pero que tienen un uso manifiestamente reservado a la copia privada?; 4) ¿qué soportes y dispositivos concretos no están manifiestamente reservados a la copia privada?; 5) ¿cómo se calcula el número de copias realizadas? ¿habría que tener en consideración, para ello, la vida útil del equipo o soporte, la velocidad en la realización de copias, o el hecho de que sean soportes regrabables?; 6) ¿qué es lo que manifiestamente nos da a entender que se destinarán a usos profesionales o empresariales? ¿que tales dispositivos o soportes son adquiridos por personas jurídicas? No es lo mismo poner a disposición equipos y soportes que adquirir los mismos. Los bienes adquiridos por empresas y profesionales también cumplen el requisito de haber sido puestos a disposición de usuarios privados. De ahí que se añada el requisito cumulativo de que tales bienes estén manifiestamente reservados a usos distintos de las copias privadas⁵³. Esta condición significa que sea evidente que se destinarán a otro tipo de usos. Cabe que se puedan utilizar los equipos y soportes, en alguna medida, para la copia privada, pues, de otra manera, el RD 1657/2012 se referiría a equipos y soportes totalmente destinados a usos distintos de la copia privada. Así, el personal de una empresa o de una Administración Pública se podría hacer copias privadas con los medios allí disponibles y eso no se tendría en cuenta para el cómputo del perjuicio —de hecho, un porcentaje, aunque sea inferior al de los usuarios privados, los destinarán a estos efectos—⁵⁴. El problema está en distinguir los bienes que manifiestamente están reservados a la copia privada y son adquiridos por personas jurídicas y los que son adquiridos por personas físicas. A día de hoy, los equipos y soportes puestos en el mercado a disposición de

criterio se excluían las copias realizadas a través de equipos y soportes que estuvieran manifiestamente reservados a usos distintos de las copias privadas, ámbitos ambos distintos y que daba lugar a confusión. Explica el Informe que los usos privados no profesionales ni empresariales constituyen un concepto más amplio que el de manifiestamente reservados para usos distintos de la copia privada.

⁵³ LÓPEZ SÁNCHEZ también entiende que son requisitos cumulativos al analizar la sentencia del TJUE sobre el caso *Padawan*. Según este autor, no basta con que el equipo o soportes sea adquirido por una persona jurídica, ni que el fin de tal adquisición sea meramente ajeno a la copia privada, sino que debe existir un plus, como es que sea claro y evidente el fin distinto a la reproducción para uso privado. *Vid.* C. LÓPEZ SÁNCHEZ, «Consecuencias jurídicas... *cit.*», p. 117.

⁵⁴ Así lo ponen de manifiesto R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Las desgracias del canon... *cit.*»; R. SÁNCHEZ ARISTI, «Juicio al sistema español de compensación equitativa... *cit.*», p. 100; M^a. A. ESTEVE PARDO, «Comentario a la sentencia... *cit.*», pp. 133 y 137.

unas y otras son exactamente los mismos. Ambos pueden adquirir los mismos tipos de bienes gravados y en los mismos establecimientos, sin distinción por categorías⁵⁵. El derogado artículo 15 RD 1434/1992 excluía de la obligación de remuneración equipos y soportes que tenían un destino distinto a la copia privada, dada su aplicación industrial: los dictáfonos, los contestadores telefónicos o los aparatos de grabación destinados a aeronaves, entre otros. Tal distinción no se puede producir en el entorno digital, pues los equipos y soportes tienen múltiples funciones y pueden ser adquiridos por cualquiera.

Por otro lado, «el manifiestamente reservados a otros usos» parece algo distinto al criterio de la idoneidad objetiva que regía en el sistema anterior de compensación. Con el RD 1657/2012 puede ocurrir que no se compute a efectos del perjuicio un equipo o soporte idóneo para hacer o almacenar copias privadas pero que manifiestamente tenga un uso distinto por ser adquirido por una persona jurídica (ej.: una grabadora de CDs o de DVDs). Los bienes manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas pueden ser también aquellos que no sirven para realizar este tipo de reproducciones o que, permitiéndolas, el uso principal no sea ese. El hecho de que un dispositivo no tenga como función principal la elaboración de copias privadas pero que esta función se incluya entre las que tiene, no justifica que sea excluido a los efectos de la letra a). Una cosa es idoneidad y otra cosa el destino efectivo que se le dé.

El segundo supuesto excluido en el primer criterio del cómputo de copias realizadas, se refiere a los casos en los que queda exceptuado por Ley el pago de la compensación. Parece que tiene que ver con las excepciones del artículo 25.7 LPI. En consecuencia, tampoco se tendrán en cuenta: a) las copias realizadas por aquellos que cuenten con la debida autorización para llevar a cabo la reproducción de obras y prestaciones en el ejercicio de su actividad —las copias autorizadas por los titulares de derechos no son copias privadas, pues lo característico de éstas es que no es necesario tal consentimiento—; b) las copias almacenadas en los discos duros de ordenador⁵⁶; c) las copias realiza-

⁵⁵ R. SÁNCHEZ ARISTI, «Juicio al sistema español de compensación equitativa... *cit.*, p. 109.

⁵⁶ Sólo quedarían exentos los discos duros que están insertados en un ordenador, no las memorias externas o las memorias incluidas en equipos de reproducción, como grabadoras de CD o DVDs. El concepto de «disco duro de ordenador» está en el artículo 1.2 de la OM PRE/1743/2008: «el dispositivo de almacenamiento magnético de un ordenador en el que se aloja el sistema operativo de dicho ordenador, al cual está conectado con carácter permanente, de forma que éste sólo y exclusivamente pueda servir de disco maestro o del sistema en el sentido de que su conexión sólo le permite adoptar esa funcionalidad y no la de disco esclavo». Como esta norma fue declarada nula de pleno derecho por la Audiencia Nacional, en sentencias de 22 de marzo de 2011, confirmadas por la STS de 22 de marzo de 2013, habrá que recuperar, por tanto, el concepto de disco duro. Con el texto del Anteproyecto en la mano, los discos duros de ordenador quedarán excluidos por vía indirecta, sobre la base de dos hechos: 1) la imposibilidad de hacer copias privadas a partir de obras comunicadas públicamente; 2) se entiende que hay perjuicio mínimo, y por tanto no hay compensación, cuando el copista se haga una copia privada al objeto de darle a la obra un formato diferente.

das por personas físicas utilizando equipos y soportes adquiridos fuera del territorio nacional en régimen de viajeros y en una cantidad tal que permita presumir que los destinarán a la copia privada; d) otras copias que el Gobierno, mediante Real Decreto, decreta que deben quedar exentas de cómputo del perjuicio porque se hagan mediante aparatos y soportes cuyo destino o uso final no es —o no quepa presumir que es— la copia privada⁵⁷. Este segundo supuesto del artículo 3.2.a) RD 1657/2012 no estaba contemplado en el Proyecto, por lo que planteaba la duda de si los equipos y soportes recogidos en el artículo 25.7 LPI también debían tenerse en cuenta a la hora de fijar el perjuicio causado. El texto final del RD 1657/2012, aunque no se refiere expresamente a ese precepto, parece despejar las dudas⁵⁸. Sin embargo, en el proyectado artículo 25 LPI del ALRLPI no aparecen en ningún sitio estas excepciones del anterior apartado séptimo, sino que únicamente se refiere a las situaciones en las que el legislador entiende que hay perjuicio mínimo y que no darán lugar a compensación.

II. Criterio 2: el impacto sobre la venta

El segundo criterio del artículo 3.2 RD 1657/2012 para estimar el perjuicio causado por la copia privada es el impacto de la misma sobre la venta de ejemplares de las obras. Se trata de un criterio muy similar al cuarto incluido en la Sección 107 DMCA (*fair use*): el efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra protegida. Para determinar ese impacto se tendrá en cuenta el grado de sustitución real de los ejemplares por las copias privadas realizadas y la posibilidad que tiene el adquirente de un ejemplar o copia original de hacer nuevas copias. Varias cosas se pueden decir de este criterio.

En primer lugar, se habla de posibilidad de realizar copias privadas. De nuevo se está teniendo en cuenta la mera posibilidad y no la realización efectiva de copias privadas, algo que sería muy difícil de determinar; puesto que está al arbitrio del copista decidir si hace o no una copia privada. Pero, ¿cómo se valora la mera posibilidad que tienen los usuarios de obras y prestaciones de hacer copias privadas? Si uno tiene la posibilidad pero finalmente no la aprovecha porque no realiza ninguna copia privada, ¿significa que no debería tenerse en cuenta para fijar el perjuicio? Si entendemos que sí da lugar a compensación, sería incompatible con el hecho de compensar el perjuicio efectivamente causado a que se refiere el primer párrafo del artículo 3.2 RD 1657/2012, pues en este caso no lo habría. Sin embargo, en la práctica esto es muy difícil de comprobar, en la medida en que estaría en juego el derecho a la intimidad.

⁵⁷ Lo que no podría el Gobierno es establecer nuevos requisitos para que una copia pueda ser considerada o no privada a los efectos del artículo 31.2 LPI, pues sólo se podría hacer a través de una norma con rango legal.

⁵⁸ Se acoge de nuevo la recomendación de ALADDA (apartado 35, p. 28).

En segundo lugar, el criterio se refiere al «adquirente de un ejemplar o copia original». ¿Implica esto que las copias privadas realizadas a partir de ejemplares prestados o alquilados no se van a tener en cuenta a efectos de computar el perjuicio? O más aún, ¿significa que no está permitida la copia privada realizada a partir de este tipo de ejemplares? Esa parece ser la intención del legislador, a la luz del ARLPI. El proyectado artículo 31.2 LPI, al determinar los requisitos de la copia privada, apunta que hay acceso lícito cuando la copia se realice a partir del soporte original de la copia de la obra adquirida en propiedad por compraventa comercial. Quedarían excluidas del límite, y por tanto no computarían a efectos de la compensación, las copias realizadas a partir de ejemplares prestados, alquilados o incluso donados. Únicamente cuando se ha adquirido el soporte mediante compraventa se puede hacer una copia privada lícita. Además, no cabría hacer una copia privada de una obra a partir de un acto de comunicación pública (ej.: de un archivo musical descargado desde un sitio web lícito), salvo en los casos de radiodifusión. La copia debe realizarse a partir de ejemplares físicos como regla general y no de soportes intangibles, como puede ser un archivo digital.

En tercer lugar, si la copia privada se hace a partir del original comprado, en realidad no tiene impacto porque no hay sustitución, puesto que ya se ha adquirido el original —sí lo habría si la copia se hiciera a partir de un ejemplar prestado o alquilado—. No es nada probable que el sujeto en cuestión vaya a comprarse dos discos iguales en lugar de comprar uno y hacerse luego una copia privada. La copia privada lícita no tiene por qué sustituir a la copia original, sino que se trata de obtener una utilidad complementaria (ej.: el copista adquiere una película en un establecimiento y se realiza una copia privada para tenerla en la casa de verano). Siendo así, el grado de sustitución será cero.

A la hora de utilizar este criterio, sería conveniente tener en cuenta la situación que se produciría si el límite no estuviera legalmente reconocido y, más concretamente, el valor que los consumidores otorgan a las copias adicionales de contenidos legalmente adquiridos que ellos destinan a usos privados⁵⁹. Si el límite se permite en nuestro ordenamiento jurídico por la imposibilidad de control de las copias por parte de los titulares de derechos y la imposibilidad de licenciarlas, el perjuicio a compensar consistirá en las cantidades que habrían recibido por esas copias adicionales si no hubiera límite de copia privada. Siendo así, el valor del perjuicio no debe ser equivalente al valor del original dejado de adquirir, pues de no existir el límite de copia privada no está totalmente asegurado que el usuario particular vaya a adquirir un segundo original (ej.: si alguien adquiere un disco de 12 euros y se hace dos copias privadas, el

⁵⁹ Así lo entendieron también: el mediador europeo A. VITORINO, *Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies*, Bruselas, 31 de enero de 2013, p. 19; disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf (u.v. 21/05/2013); G. MAZZIOTTI, *Copyright in the EU... cit.*, p. 100.

perjuicio no va a ser de 24 euros). Además, no todas las posibles copias privadas van a tener el mismo impacto y el mismo valor, puesto que la disposición que tendrían los consumidores de pagar por copias adicionales si no existiera el límite, decrecería proporcionalmente con su número y, por tanto, la hipotética retribución por la licencia que el titular de derechos habría obtenido disminuiría por cada copia adicional hecha. Por tanto, no se pueden computar todas las posibles copias privadas de la misma manera, pues lo contrario llevaría a compensar en un grado mayor del requerido.

III. Criterio 3: el precio del ejemplar y la vigencia de derechos

El tercer criterio a tener en cuenta es el precio medio de la unidad de cada modalidad reproducida, el porcentaje del precio de la copia original que va destinado a remunerar a los titulares de derechos y la vigencia de los derechos de propiedad intelectual de obras y prestaciones. Este criterio fue añadido en el texto definitivo del RD 1657/2012, ya que no estaba previsto en el Proyecto.

El primero de los elementos a que se refiere la letra c) del artículo 3.2 RD 1657/2012 es un tanto ambiguo, pero parece que se refiere al precio de la obra o prestación. Como no todo el precio se destina a retribuir a los titulares de derechos, a la hora de calcular el perjuicio sólo se tendrá en cuenta el porcentaje que sí va destinado a ellos. Esa retribución ha de entenderse referida al derecho de reproducción en particular, pues la copia privada es un límite a dicho derecho exclusivo. En cuanto a la vigencia de los derechos, se trata de una referencia innecesaria. De estar en el dominio público la obra o prestación a copiar, no se debería generar el derecho de compensación por copia privada, puesto que los contenidos pueden ser libremente reproducidos, con el respeto siempre de los derechos morales de paternidad e integridad (art. 41 LPI).

IV. Criterio 4: carácter de la copia, calidad y tiempo de conservación

El cuarto criterio viene a ser un cajón de sastre de los criterios ya establecidos por el legislador en las letras d) y f) del artículo 25.6.4º LPI. En el RD 1657/2012 se apuntan: el carácter analógico y digital de la copia, la calidad de la misma y el tiempo de conservación. Es obvio que en el entorno digital las copias son muchos más fieles al original, se pueden hacer más rápida y fácilmente que en el entorno analógico y son menos costosas. La calidad, por tanto, es mayor. Pero es que incluso en el propio entorno digital, la calidad de la copia puede ser mayor o menor (ej.: las copias en formato *Blu-ray* tendrán una mayor calidad de imagen y sonido que las copias en formato DVD). No obstante, no se acierta a saber bien cuál es la razón por la que la letra a) del artículo 3.2 RD 1657/2012 excluye a los equipos y soportes analógicos, y aquí en la letra c) sí se tiene en cuenta la copia analógica. Además, el carácter digital o analógico

se predica de la copia obtenida, no del original, algo razonable, pues un original en formato analógico puede convertirse a formato digital, originando eventualmente más perjuicio para el titular de los derechos. En cuanto al tiempo de conservación, se refiere a que la copia no tenga algún mecanismo de auto-destrucción o borrado automático pasado un determinado período de tiempo, limitando, de esta manera, el disfrute de la copia (*date bombs*).

El criterio de la calidad y del tiempo de conservación de las copias no estaban previstos en el Proyecto, sino que aparecieron en el texto final en un intento de recuperar los que aparecían en el artículo 25.6.4º LPI⁶⁰. Todas estas características influyen en el número de copias privadas realizadas y, en consecuencia, en el mayor o menor perjuicio ocasionado a los titulares de derechos. Sin embargo, no se han tenido en cuenta otros criterios que son también importantes a la hora de determinar el daño, como el carácter grabable o regrabable de los soportes o su capacidad de almacenamiento.

V. Criterio 5: disponibilidad y aplicación de medidas tecnológicas

El último criterio tiene que ver con la disponibilidad y aplicación de las medidas tecnológicas a que se refiere el artículo 160.3 LPI. La DDASI alude al grado de utilización de las medidas tecnológicas (Cdo. 35), existencia de medidas tecnológicas (Cdo. 39) y aplicación de medidas tecnológicas (art. 5.2.b). El artículo 25.6.4º.e) LPI también se refería a este criterio, si bien hacía alusión a la disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas del artículo 161 LPI. Como en la práctica la efectividad 100% de una medida tecnológica es muy difícil, en el RD 1657/2012 se ha eliminado esta última referencia. La disponibilidad variará en función del desarrollo tecnológico y tiene que ver con la posibilidad de utilizar las medidas —una medida tecnológica estará disponible si puede ser utilizada efectivamente por el titular de derechos—. En cambio, cuando se habla de aplicación, lo importante no es si la medida está o no disponible, sino si el titular ha utilizado tal o cual medida con el fin de evitar la copia privada. Si el titular de derechos utiliza medidas tecnológicas para proteger sus contenidos y controlar las copias, eso deberá tenerse en cuenta para medir el perjuicio. Aunque el criterio del artículo 3.2 RD 1657/2012 alude al artículo 160.3 LPI⁶¹, lo más correcto sería haberse referido al artículo 161.4 LPI, que es el que recoge la posibilidad de que los titulares implementen medidas tecnológicas para limitar el número de copias. Son éstas y no las medidas tecnológicas en general del artículo 160 LPI las que deben tenerse en cuenta para determinar el perjuicio.

⁶⁰ ALADDA ya recomendó en su Informe la incorporación de estos criterios (apartado 38, p. 32).

⁶¹ El artículo 160.3 LPI define estos dispositivos como toda técnica o componente que, en su funcionamiento normal, impida o restrinja actos relativos a obras y prestaciones que no cuenten con la autorización de los titulares de derechos.

El artículo 161 LPI regula la relación entre los límites y las medidas tecnológicas. Cuando la obra o prestación es explotada en el entorno *off line* o en el entorno *on line* pero sin un contrato o licencia, los titulares de derechos deben permitir la copia privada, puesto que se trata de un límite privilegiado (art. 161.1.a) LPI). Ahora bien, el legislador permite que puedan establecer dispositivos que controlen o limiten el número de copias privadas a realizar por los beneficiarios (art. 161.4 LPI). Por tanto, quien permita una única copia estaría cumpliendo con el mandato del legislador, sin que los usuarios pudieran acudir a la jurisdicción civil para solicitar el levantamiento de la medida. Cuando la obra o prestación es explotada en el entorno *on line*, el titular de derechos puede impedir totalmente la realización de copias privadas, puesto que no está obligado a permitir las (art. 161.5 LPI). Como indiqué antes, el ALRLPI prevé modificar el artículo 161 LPI, en el sentido de permitir que los titulares de derechos puedan impedir radicalmente el límite de copia privada en las dos formas de explotación aquí señaladas.

Por tanto, deberían tener derecho a la compensación: 1) los titulares de derechos que no utilicen medidas tecnológicas, aunque éstas estén disponibles; 2) aquellos que, utilizándolas, permitan en algún grado la realización de copias privadas; 3) aquellos que utilizando medidas tecnológicas que en principio impiden la copia privada, resultan ineficaces⁶². La cuantía para los primeros debe ser mayor que para los segundos o los terceros, pues el perjuicio es mayor. Y en cuanto a los segundos, su compensación será mayor o menor en función o proporción a las copias privadas permitidas mediante medidas tecnológicas. A pesar de lo señalado expresamente en el RD 1657/2012, este criterio, más que para determinar el perjuicio causado en general, debería tenerse en cuenta para hacer el reparto a titulares concretos de este derecho. A la hora de pagarles su porcentaje de compensación, habría que considerar si utilizan o no medidas tecnológicas. En este sentido se expresó el TJUE, en la sentencia de 27 de junio de 2013 sobre el caso VG Wort (Asuntos C-457 Y 460). En el apartado 57 indica que, en la medida en que la aplicación de medidas tecnológicas es voluntaria, el hecho de no aplicarlas no debe suponer la eliminación de la compensación equitativa.

4. Procedimiento para determinar la cuantía

El artículo 4 RD 1657/2012 recoge el procedimiento para determinar la cuantía de la compensación cada año respecto del ejercicio anterior. Al establecerse este nuevo procedimiento, hay que entender suprimidos los apartados 13 a 22 y el

⁶² En este sentido también, R. SÁNCHEZ ARISTI, «La copia privada digital... *cit.*», p. 25; J. J. MARÍN LÓPEZ, «La copia privada frente a las medidas tecnológicas... *cit.*», p. 30-31; F. CARBAJO CASCÓN, «El pulso en torno a la copia privada», en Revista *pe.i.*, núm. 16, enero-abril 2004, pp. 44-45; J. LÓPEZ RICHART, «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en *Límites a la Propiedad Intelectual y nuevas tecnologías*, (coord. J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2008, pp. 218-221; J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008, p. 328.

25 del artículo 25 LPI —en la modificación prevista en el ALRLPI ni siquiera aparece este procedimiento, que se deja al ámbito reglamentario—. El procedimiento tiene las siguientes características: 1) se inicia de oficio por la Secretaría de Estado de Cultura durante el primer trimestre de cada año; 2) la instrucción de este procedimiento corresponde al titular de la Subdirección General de Propiedad Intelectual, que podrá adoptar las medidas que estime necesarias para determinar, conocer o comprobar los datos que precise, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación sobre protección de datos —inciso este último que no aparecía en el Proyecto RD 1657/2012—; 3) se debe dar audiencia a las entidades de gestión; 4) el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte determinará, mediante Orden motivada, la cuantía de la compensación y su distribución entre las tres modalidades de reproducción (libros y publicaciones asimiladas, fonogramas y videogramas)⁶³; 5) dicha Orden deberá adoptarse en el plazo de seis meses desde la fecha de inicio y deberá publicarse en el BOE. En realidad, el artículo 4 RD 1657/2012, en puridad, no establece ningún procedimiento, sino que, como se puede ver, sólo indica quién lo inicia, cuándo, quién lo instruye, y cómo se determinará la cuantía y su distribución. Además, conforme a la DA 2ª RD 1657/2012, al procedimiento recogido aquí le será de aplicación supletoria lo establecido en la LRJPAC (Ley 30/1992), en especial el Título VI, lo que viene a subrayar el carácter eminentemente administrativo del mismo.

El artículo 4.1 RD 1657/2012 establece que el procedimiento para determinar la cuantía se iniciará en el primer trimestre de cada año para el ejercicio del año inmediatamente anterior. En consecuencia, los pagos a las entidades de gestión no se producirán dentro del plazo correspondiente al ejercicio presupuestario, puesto que el mismo se inicia precisamente una vez terminado el ejercicio anterior. Esto implica que los Presupuestos del año anterior —el año para el que se determina la cuantía— ya estarán cerrados y los del año en que se determina estarán en proceso de cerrarse. Si se estiran los plazos al máximo, podrá ocurrir que ni siquiera para el año en que se inicia el procedimiento se podrá imputar la compensación a tales Presupuestos, pues éstos podrían estar ya cerrados. Efectivamente, si el procedimiento se inicia a finales del tercer mes y la OM del Ministerio no se aprueba hasta finales del sexto mes desde el inicio, tenemos que, en total, pueden pasar hasta nueve meses para tener una norma definitiva⁶⁴. Este plazo puede ser excesivo, sobre todo teniendo en cuenta que el pago de imputará a los Presupuestos Generales.

Por otro lado, si la cuantía se va a determinar a tanto alzado en función de las posibilidades presupuestarias, tal como apunta el artículo 3.1 RD 1657/2012, ¿por qué se establece este procedimiento lento y complejo?

⁶³ Aquí, de nuevo, se vuelve a hacer referencia a las tres modalidades de reproducción establecidas en el artículo 25 LPI, cosa que ya ocurría en el Proyecto.

⁶⁴ Lo pone de manifiesto también R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «El nuevo procedimiento de pago de la compensación equitativa... *cit.*»

5. EL REPARTO DE LA COMPENSACIÓN

1. Porcentajes de reparto

El artículo 5 RD 1657/2012 contiene los porcentajes de distribución de la compensación para cada modalidad de reproducción. Esta forma de reparto no coincide con el sistema establecido en el artículo 2 OM PRE/1743/2008⁶⁵ ni con el de la DT única de la Ley 23/2006⁶⁶, sino con el del artículo 36 RD 1434/1992,

⁶⁵ En la OM PRE/1743/2008, los porcentajes de reparto eran los siguientes. Respecto de equipos y aparatos de reproducción de libros y publicaciones asimiladas, los titulares de derechos por la reproducción de tales contenidos recibirían el 100%. En cuanto a la copia de fonogramas y grabaciones audiovisuales: 1) por los discos duros integrados o no en un equipo, idóneos para la reproducción de videogramas y fonogramas, el 92.21% sería para los titulares de derechos sobre videogramas y el 7.79% para los titulares de derechos sobre fonogramas; 2) por los discos duros que estén integrados en equipos descodificadores de señales de televisión digital, el 100% sería para los titulares de derechos sobre videogramas; 3) por los teléfonos móviles con funcionalidad de reproducción de fonogramas en formato comprimido, el 100% sería para los titulares de derechos sobre fonogramas; 4) por los dispositivos reproductores de audio en formato comprimido (mp3), el 100% iría para los titulares de derechos sobre fonogramas; 5) por los dispositivos reproductores de audio y vídeo en formato comprimido (mp4), el 92.21% sería para los titulares de derechos sobre videogramas y el 7.79% para los titulares de derechos sobre fonogramas; 6) por las grabadoras de discos versátiles de sobremesa destinadas a conectarse a un receptor de televisión, el 100% sería para los titulares de derechos sobre videogramas. Respecto a la copia de libros o publicaciones asimiladas, fonogramas y grabaciones audiovisuales: a) por las grabadoras de discos compactos específicos y mixtos, el 1.1% sería para los titulares de derechos sobre libros y publicaciones asimiladas, el 19.76% para los titulares de derechos sobre videogramas y el 79.14% para los titulares de derechos sobre fonogramas; b) por las grabadoras de discos versátiles específicos, mixtos o de discos compactos y versátiles, el 1.1% iría para los titulares de derechos sobre libros y publicaciones asimiladas, el 69.82% para los titulares de derechos sobre videogramas y el 29.08% para los titulares de derechos sobre fonogramas. En cuanto a los soportes de almacenamiento: 1) por los discos compactos regrabables y no regrabables (CD-R/RW), el 1.1% sería para los titulares de derechos sobre libros y publicaciones asimiladas, el 19.76% para los titulares de derechos sobre videogramas y el 79.14% para los titulares de derechos sobre fonogramas; 2) por los discos versátiles regrabables y no regrabables (DVD-R/RW), el 1.1% sería para los titulares de derechos sobre libros y publicaciones asimiladas, el 91.2% para los titulares de derechos sobre videogramas y el 7.7% para los titulares de derechos sobre fonogramas; 3) por las memorias USB y otras tarjetas de memoria no integradas en otros dispositivos, el 1.1% iría para los titulares de derechos sobre libros y publicaciones asimiladas, el 7.91% para los titulares de derechos sobre videogramas y el 90.99% para los titulares de derechos sobre fonogramas. El apartado segundo del artículo 2 preveía la posibilidad de que las entidades de gestión modificaran estos porcentajes de reparto cuando existiera acuerdo unánime de todas ellas.

⁶⁶ En la DT única de la Ley 23/2006, el sistema de reparto quedaba como sigue. En cuanto a los equipos y aparatos de reproducción de libros y publicaciones asimiladas, el 100% iría para los titulares de derechos sobre este tipo de obras. Respecto a la copia de fonogramas y grabaciones audiovisuales: 1) por los equipos o aparatos digitales de grabación de fonogramas, el 100% sería para los titulares de derechos sobre fonogramas; 2) por los equipos o aparatos digitales de grabación de videogramas, el 100% iría para los titulares de derechos sobre videogramas; 3) por los soportes digitales específicos de reproducción sonora, sean o no regrabables (CD-R/RW), el 100% sería para los titulares de derechos sobre fonogramas; 4) por los soportes digitales específicos de reproducción visual o audiovisual, sean o no regrabables (DVD-R/RW), el 100% iría para los titulares de derechos sobre videogramas; 5) por los discos compactos mixtos, sean o no regrabables (CD Data R/RW), el 12.46% sería para los titulares de derechos sobre videogramas y el 87.54%

que se aplicará tanto para el entorno analógico como para el digital. El reparto queda de la siguiente manera: a) para la modalidad de fonogramas y demás soportes sonoros, el 50% irá para los autores, el 25% para los artistas intérpretes o ejecutantes, y el 25% restante para los productores; b) en la modalidad de videogramas y demás soportes visuales o audiovisuales, un tercio para autores, un tercio para los artistas intérpretes o ejecutantes, y el tercio restante para los productores; c) en la modalidad de libros y publicaciones asimiladas, el 55% para los autores y el 45% para los editores.

2. *El procedimiento de reparto a las entidades de gestión*

Se pueden distinguir dos planos en el procedimiento de reparto de la compensación: a) un plano externo, donde el Ministerio reparte la compensación entre los perceptores, es decir, las entidades de gestión (art. 6 RD 1657/2012); b) un plano interno, donde cada entidad de gestión reparte la compensación asignada por el Ministerio entre los titulares de derechos en particular (art. 7 RD 1657/2012). El artículo 6 RD 1657/2012, que se corresponde con el artículo 25.8 LPI, determina la gestión colectiva obligatoria del derecho de compensación por copia privada. Según su primer apartado, la misma se hará efectiva a través de las entidades de gestión, que actuarán como receptoras. Ellas recibirán los importes correspondientes y tendrán la obligación de repartirlos después entre los beneficiarios. El Estado no va a pagar a una entidad y luego ésta lo distribuirá al resto de entidades de gestión, sino que el Ministerio será quien directamente reparta la compensación entre las distintas entidades. Ahora bien, para que el Ministerio pague a las entidades de gestión, éstas deberán acreditar dos cosas ante la Secretaría de Estado de Cultura: a) el acuerdo donde se establezca el sistema de reparto, firmado por los representantes legales de las entidades de gestión; b) la acreditación de estar al corriente del cumplimiento de las obligaciones fiscales y de seguridad social o del consentimiento para que la Secretaría compruebe tal extremo.

Por otro lado, las entidades de gestión están obligadas a ponerse de acuerdo en cuanto al porcentaje o sistema de reparto cuando se trate de entidades de gestión concurrentes en la gestión de una categoría de titulares de una misma modalidad de reproducción. En la medida en que existe una pluralidad de acreedores de la compensación y puesto que este derecho es de gestión colectiva obligatoria, ocurrirá que sean varias las entidades que concurran a la recaudación y percepción del mismo. Si no existiera acuerdo, el sistema de reparto se fijará por laudo en un arbitraje ante la Sección Primera de la Comisión de

para los titulares de derechos sobre fonogramas; 6) por los discos versátiles mixtos, sean o no regrabables (DVD Data R/RW), el 96.57% sería para los titulares de derechos sobre videogramas y el 3.43% para los titulares de derechos sobre fonogramas.

Propiedad Intelectual u otro órgano arbitral⁶⁷, previa suscripción del convenio arbitral por las entidades afectadas (art. 6.3 RD 1657/2012). La Comisión tiene un plazo de seis meses para resolver desde que el demandado presente la respuesta a la solicitud de arbitraje, plazo que se puede prorrogar dos meses más si las partes no se oponen (art. 9.3 RD 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual). Debería preverse un plazo menor para asegurar la adopción de una resolución⁶⁸. El laudo adoptado será vinculante, ejecutable e impugnabile conforme a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (art. 9.2 RD 1889/2011). No obstante, las partes pueden alcanzar un acuerdo en cualquier momento, que ponga fin total o parcialmente a la controversia (art. 9.4 RD 1889/2011).

El artículo 6 RD 1657/2012 no determina el plazo que tiene el Ministerio para pagar a las entidades de gestión la compensación y, en caso de impago, poder reclamarla, ni el plazo para que las entidades de gestión concurrentes alcancen un acuerdo sobre cómo repartirse la compensación, algo que habría sido deseable. Las cantidades que no hayan sido asignadas por la falta de acuerdo entre las entidades de gestión, serán consignadas en un establecimiento público con el fin de evitar que devenguen intereses (art. 6.4 RD 1657/2012) —posibilidad ésta que no aparecía recogida en el Proyecto⁶⁹—. La consignación, tal como dispone el artículo 1176 CC, permitirá al deudor cumplidor (Ministerio) liberarse de la obligación, dada la falta de colaboración del acreedor, poniendo a disposición de la autoridad judicial la cantidad debida, siempre que acredite su voluntad de cumplir la prestación y la resistencia del acreedor a recibirla.

Por su parte, en Noruega es la entidad de gestión *Norwaco* la que recibe la cantidad correspondiente de los Presupuestos Generales en concepto de compensación. Ella la reparte posteriormente entre las treinta y cuatro organizaciones que representan a los titulares de derechos de propiedad intelectual, y éstas últimas son las que se encargan de hacer el reparto individualizado.

3. *El procedimiento de reparto interno entre los titulares de derechos*

El artículo 7 RD 1657/2012 se refiere a la liquidación de la compensación a los titulares beneficiarios. Se plantea la duda de si los beneficiarios de la compensación deben estar asociados o no a una entidad de gestión para recibir su parte. Aunque el apartado segundo hace referencia a las cantidades recibidas

⁶⁷ El Proyecto RD 1657/2012 no preveía la posibilidad de acudir a otro órgano arbitral que no fuera la Comisión de Propiedad Intelectual, algo que recomendaba ALADDA en su Informe (apartado 50, p. 37).

⁶⁸ Así propuso ALADDA en su Informe (apartado 43, p. 34).

⁶⁹ Su inclusión fue sugerida por el Consejo de Estado a través de su dictamen de 29 de noviembre de 2012 (ref. 1260/2012).

entre los miembros de la entidad de gestión, debe incluirse también a los no miembros, pues también éstos, a pesar de no estar asociados, son titulares del derecho de compensación y tendrán un derecho de crédito frente a la entidad de gestión⁷⁰. La titularidad de este derecho la tienen con independencia de que estén o no asociados a la entidad de gestión —prueba de ello es el apartado primero del artículo 7 RD 1657/2012, que se refiere al reparto «entre los titulares beneficiarios» de la compensación—. Por el contrario, sí deberán estarlo para ser beneficiarios de las actividades o servicios de carácter asistencial recogidos en la DA 1ª RD 1657/2012.

Conforme al primer apartado del artículo 7 RD 1657/2012, el reparto de los importes abonados con cargo a los Presupuestos del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte se realizará conforme al artículo 154 LPI —se suprime, por tanto, el apartado 24 del artículo 25 LPI—. El artículo 154 LPI, enmarcado en el Título IV LPI sobre las entidades de gestión, indica que el reparto de derechos deberá efectuarse equitativamente entre los titulares de derechos conforme a un sistema predeterminado en los estatutos de la respectiva entidad, excluyéndose la arbitrariedad. Además, la participación en los derechos deberá ser proporcional a la utilización de las obras —el reparto proporcional y equitativo también lo establecía el artículo 38 RD 1434/1992—⁷¹. Por tanto, según una obra se utilice más o menos, ese autor recibirá más o menos cantidad de compensación, lo que remite al número de copias vendidas —pero que una obra sea muy vendida no significa necesariamente que sea muy copiada—. A estos efectos, el proyectado artículo 154.2 LPI redactado por el ALRLPI establece la obligación de las entidades de gestión de prever métodos adecuados para obtener información pormenorizada sobre el grado de utilización de las obras y prestaciones por los usuarios, incluyendo los medios necesarios para la obtención vía electrónica de dicha información. Ahora bien, lo anterior se condiciona a que sea posible y económicamente razonable, sin apuntar que también lo sea desde el punto de vista jurídico, dada la intervención del derecho a la intimidad de los usuarios de obras y prestaciones. En Noruega, a la hora de hacer tanto el reparto de *Norwaco* a las organizaciones representativas de los titulares de derechos, como el reparto individualizado a éstos, se tienen en cuenta una serie de encuestas estadísticas anuales, elaboradas por una compañía de investigación independiente (*Synovate*), sobre la realización de copias privadas y las obras y prestaciones que han sido objeto del límite⁷².

⁷⁰ En este sentido también, J. J. MARÍN LÓPEZ, «Artículo 154», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 1932; I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 477.

⁷¹ Sobre los distintos sistemas de reparto establecidos en los Estatutos de las entidades de gestión, *vid.* J. J. MARÍN LÓPEZ, «Artículo 154... *cit.*», pp. 1925-1932.

⁷² M. KRETSCHMER, *Private copying... cit.*; L. DE TERLIZZI, *El sistema de compensación equitativa por copia privada en Noruega*, Informe para el Instituto de Autor, marzo 2011, disponible en: <http://institutoautor.org/uploads/website/docs/2920-1-Noruega.pdf> (u.v. 02/07/2013).

Para dar transparencia al procedimiento de reparto, principal lastre de las entidades de gestión en los últimos años, el apartado segundo del artículo 7 RD 1657/2012 señala que éstas deberán remitir, anualmente y hasta su total distribución a la Secretaría de Estado de Cultura, información sobre dos extremos: a) las cantidades abonadas y las pendientes de abonar en este concepto; b) los criterios utilizados de distribución entre sus miembros. Además, para asegurar la eficiencia y transparencia de las entidades de gestión, la DA 4ª RD 1657/2012 prevé que el Gobierno establezca mecanismos orientados a ese fin respecto del reparto de la compensación —disposición que no estaba prevista en el Proyecto—⁷³. El sistema de reparto es el que aparece en el artículo 5 RD 1657/2012, pero este deber de información abarca mucho más que los porcentajes que allí se establecen: deberán informar sobre qué criterios concretos han llevado a repartir la compensación de la manera en que lo han hecho, y en qué cantidad concreta.

El Proyecto preveía un segundo apartado donde se señalaba que del importe recibido por compensación, la entidad de gestión no podría detraer un porcentaje en concepto de gastos de administración superior a un 5%, una vez deducido el 10% que la DA 1ª del Proyecto preveía para la promoción de actividades y servicios de carácter asistencial y de formación y promoción de autores y artistas. Ese 5% era claramente insuficiente para garantizar una gestión eficaz y eficiente. Tal disposición ha desaparecido del texto final, sin que se prevea ahora ningún porcentaje destinado a cargos de gestión.

Por otro lado, el Ministerio deberá garantizar que el importe de la compensación no satisfecho a sus titulares por haber prescrito el plazo previsto para su reclamación sea destinado a actividades asistenciales, formativas o de promoción (art. 7.3 RD 1657/2012). El proyectado artículo 154.5 LPI, conforme al ALRLPI, incluye una actividad más a la que destinar el importe no reclamado: la promoción de la oferta digital legal de obras y prestaciones cuyos derechos son gestionados por las entidades. Conforme al RD, si el titular de derechos correspondiente no reclama el importe de la compensación, dicha cantidad será utilizada para las actividades indicadas. Se trata de garantizar el retorno de estas inversiones a toda la sociedad, en la medida en que proceden de los impuestos pagados por todos. En el Proyecto RD 1657/2012, esas cantidades no reclamadas se iban a destinar a sufragar los gastos de reparto de este derecho (art. 7.4 Proyecto)⁷⁴. El proyectado apartado quinto del artículo 154 LPI, en su

⁷³ La necesidad de transparencia ya se planteó por el Grupo Parlamentario de la Izquierda Plural mediante una proposición no de Ley publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, con fecha de 10 de febrero de 2012 (núm. 33). Indicaban que una compensación gestionada por entidades orientadas a obtener el máximo beneficio y sin la necesaria transparencia ha demostrado que no es la fórmula más adecuada para los titulares de derechos. Además, el nuevo artículo 154.1 LPI propuesto en el ALRLPI indica que el reparto y el pago de derechos deberán efectuarse diligentemente.

⁷⁴ En la memoria justificativa económica del Proyecto RD 1657/2012 que el Ministerio presentó al Consejo de Estado, se apuntaba que esta norma produciría un doble efecto positivo: 1) las entidades de gestión ahorrarían los gastos que venían realizando para la recaudación de la compen-

versión del ALRLPI, se refiere también al porcentaje que deben destinar a estos fines: cada entidad de gestión acordará tal porcentaje, que no deberá ser inferior al 15% para cada una de ellas —hay que tener presente que hace referencia a la recaudación total de la entidad de gestión, y no sólo respecto de la compensación por copia privada—. En cualquier caso, ni la LPI ni el RD 1657/2012 establecen cuál es el plazo para que los beneficiarios reclamen las cantidades en concepto de compensación por copia privada⁷⁵. Sí lo hace, en cambio, el ALRLPI, donde al incluir los apartados 3 y 4 al artículo 154 LPI señala que la acción para reclamar a las entidades de gestión el pago de cantidades asignadas en el reparto y de cantidades recaudadas pendientes de asignación cuando, tras el procedimiento de reparto, no se haya identificado al titular de derechos o a la obra o prestación protegida, prescribirá a los diez años —en el primer caso contados desde el 1 de enero del año siguiente al de la puesta a disposición del titular de las cantidades que le correspondan, y en el segundo supuesto desde el 1 de enero del año siguiente al de su recaudación—⁷⁶.

Distinto de lo anterior es la previsión de la DA 1ª RD 1657/2012, que es reiteración de los artículos 155.2 LPI y 39 RD 1434/1992. Aquí ya no estamos ante cantidades que no han sido reclamadas por los titulares de derechos, sino que de lo obtenido por la entidad de gestión en concepto de compensación con cargo en los Presupuestos del Ministerio, deberán dedicar un determinado porcentaje a ciertas actividades. Se obliga a las entidades de gestión a destinar un porcentaje de lo recaudado para actividades y servicios de carácter asistencial en beneficio de los socios, y para actividades de promoción y formación de autores y artistas. Según el apartado segundo de la DA, el porcentaje destinado a estas actividades es del 20% —en el Proyecto era un 10%⁷⁷—. Además, el 20%

sación; 2) éstas se verían obligadas a llegar a acuerdos de reparto del importe de la compensación dentro de cada modalidad de reproducción, lo que constituiría un beneficio para las entidades y para los titulares de derechos.

⁷⁵ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ entiende que el plazo para reclamar las cantidades recaudadas y no repartidas es de quince años, el correspondiente a las acciones personales (art. 1964 CC). A su juicio, este plazo es aplicable tanto para los socios como para los no socios. *Vid.* I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Artículo 25... *cit.*», p. 477. En cambio, MARÍN LÓPEZ considera que, respecto de los titulares de derechos no socios, el plazo debe ser de quince años previsto con carácter general para las obligaciones personales (art. 1964 CC). Mientras que para los socios se aplica el plazo de cinco años, en la medida en que los derechos reconocidos a aquéllos en cada reparto constituye una obligación sometida a plazo de prescripción del artículo 1966.3º CC. *Vid.* J. J. MARÍN LÓPEZ, «Artículo 154... *cit.*», p. 1931.

⁷⁶ El nuevo apartado sexto de este artículo prevé la posibilidad de que, pasados cinco años desde el 1 de enero del año siguiente al de la recaudación, las entidades de gestión dispongan, anualmente y de forma anticipada, de hasta un quinto de las cantidades pendientes de prescripción, para cubrir los fines señalados, sin perjuicio de que los titulares puedan reclamar aún las cantidades no prescritas. No obstante, las entidades que hagan uso de esta facultad deberán constituir un depósito de garantía con el 10% de las cantidades dispuestas.

⁷⁷ Si a este porcentaje unimos una baja cantidad en concepto de compensación, resultarán cantidades bajísimas para destinarlas a la función asistencial y de formación, actividades de gran importancia para los miembros de las entidades de gestión. De ahí que el texto definitivo del RD

lo deberán destinar las entidades de gestión a partes iguales entre ambos tipos de actividades: 10% para actividades o servicios de carácter asistencial; b) otro 10% para actividades de formación y promoción de autores y artistas. El ALRL-PI, al reformar el artículo 155 LPI, añade la tercera actividad ya señalada antes: la promoción de la oferta digital legal de obras y prestaciones (apartado 1). El proyectado apartado segundo reitera lo establecido en el actual artículo 155.2 LPI. Esto se traduciría en que las entidades deberán dedicar casi un 6.7% de lo recaudado en concepto de compensación a cada una de las tres actividades.

Para asegurar esto, se prevé un deber de información de las entidades de gestión a la Secretaría de Estado de Cultura (apartados 3 y 4 de la DA 1ª RD 1657/2012). El apartado tercero prevé que las entidades de gestión remitan, el primer trimestre de cada año, a la Secretaría de Estado de Cultura la información sobre el ejercicio anterior relativa a las actividades o servicios de carácter asistencial y de formación y promoción de autores y artistas, desglosando las cantidades y relacionando pormenorizadamente los titulares beneficiarios⁷⁸. Estos documentos coinciden literalmente con los documentos señalados en el artículo 39.3 RD 1434/1992.

La Ley noruega no prevé ninguna obligación de reservar parte de la compensación equitativa por copia privada a fines culturales o a actividades de promoción y formación. Sin embargo, el Estado sí que destina otra parte del presupuesto nacional, distinta de la compensación, a un fondo para el sector musical y audiovisual⁷⁹.

Hay que tener presente que tales cantidades destinadas a fines promocionales y asistenciales no van a compensar directamente el perjuicio ocasionado por la copia privada y que las mismas pueden ser recibidas, incluso, por titulares de derechos que no han sufrido ningún tipo de perjuicio. En este sentido, ante el TJUE se planteó la cuestión de que si la compensación equitativa es para mitigar el perjuicio causado a los titulares de derechos por la copia privada, ¿por qué se ha de utilizar parte de la misma para fines asistenciales o de promoción? En la sentencia de 11 de julio de 2013 (caso *Autro-Mechana*), apunta el Tribunal que la DDASI no impone a los Estados miembros la obligación de garantizar a los titulares de la compensación el abono de la totalidad de la misma en efectivo, ni impide establecer que una parte de la misma se perciba en forma de compensación indirecta (apartado 49). Aunque la compensación sea

1657/2012 haya aumentado a 20 ese porcentaje, algo que ya recomendó ALADDA en su Informe (apartado 57, p. 40).

⁷⁸ Hay que recordar, a este respecto, que el artículo 159.1.2º LPI fue declarado contrario al orden constitucional por la STC 196/1997, de 13 de noviembre. Este precepto establece que el Ministerio de Cultura podrá exigir a las entidades de gestión, a efectos de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, cualquier tipo de información, ordenar inspecciones y auditorías, entre otras cosas. La DA 1ª RD 1657/2012 podría adolecer del mismo vicio que este precepto de la LPI.

⁷⁹ M. KRETSCHMER, *Private copying... cit.*; L. DE TERLIZZI, *El sistema de compensación... cit.*

la contrapartida al perjuicio sufrido, esto no es obstáculo para que una parte de los ingresos se abonen indirectamente a través de instituciones sociales y culturales creadas en beneficio de los titulares de la compensación. Este sistema, a juicio del TJUE, responde a los objetivos de protección jurídica de los derechos de propiedad intelectual contemplados en los Considerandos 10º y 11º DDASI. Ahora bien, ello será así siempre y cuando dichas instituciones beneficien efectivamente a tales titulares y que su modo de funcionamiento no sea discriminatorio (apartado 53).

6. EL RÉGIMEN TRANSITORIO PARA EL EJERCICIO 2012

1. Normativa aplicable

La Disposición Transitoria (DT) 1ª RD 1657/2012 establece el régimen transitorio respecto de los equipos y soportes adquiridos con anterioridad al 1 de enero de 2012, fecha a partir de la cual entra en vigor el nuevo sistema de compensación. Esta norma excede claramente el ámbito de la habilitación reglamentaria establecido por la DA 10ª RD-ley 20/2011, que se refiere al procedimiento de pago y determinación de la compensación a partir del 1 de enero de 2012, y no para ejercicios anteriores⁸⁰. Pues bien, conforme a esta DT, el importe abonado o repercutido a los deudores y compradores finales que hubieran satisfecho conforme al sistema anterior antes del 1 de enero de 2012 no será devuelto, salvo que proceda su reembolso —la posibilidad del reembolso no estaba prevista en el Proyecto RD 1657/2012—. El sistema vigente con anterioridad a la entrada en vigor del RD-ley 20/2011 será aplicado: 1) a los deudores y responsables subsidiarios de la compensación que hubieran adquirido tal condición antes del 1 de enero de 2012⁸¹ y que no hubieran presentado la correspondiente declaración-liquidación prevista en el artículo 25.13 LPI⁸²; 2) a los que no hubieran abonado las cantidades correspondientes, conforme a la normativa aplicable, por los equipos y soportes adquiridos antes de la citada fecha. En el Proyecto se les daba a estos deudores un plazo máximo de seis

⁸⁰ ALADDA señaló en su Informe que este régimen excede en gran medida la habilitación reglamentaria al Gobierno mediante el RD-ley 20/2011 (apartado 60, p. 42).

⁸¹ Hay que entender deudores conforme al artículo 25.4.a) LPI a: los fabricantes, los importadores, los distribuidores, los mayoristas, minoristas y sucesivos adquirentes de los equipos y soportes gravados, con la posibilidad de repercusión de la cuantía a los usuarios finales. Además, aunque la LPI (art. 25.4) y el propio RD 1657/2012 (DT 1ª.1) hablan de «responsables solidarios», en realidad entre los deudores principales (fabricantes e importadores) y los deudores secundarios no hay una responsabilidad solidaria, sino subsidiaria. 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 (art. 25.14 LPI).

⁸² La alusión que hace la DT 1ª, apartado tercero, RD 1657/2012 al artículo 25.4 LPI debe ser entendida como un error, pues tal precepto no se refiere a la declaración-liquidación, sino a los deudores. Es el apartado 13 el que hace alusión a ella. El Ministerio de Educación, Cultura y Deporte advirtió y corrigió este error posteriormente en el sentido indicado (BOE 26/04/2013).

meses desde la entrada en vigor del supuesto RD para ponerse al corriente de pago, algo que se ha eliminado en el texto final.

El apartado segundo de la DT 1ª RD 1657/2012 se refiere a la normativa entonces vigente (la anterior a 1 de enero de 2012). Dado que la OM PRE/1743/2008 ha sido anulada por la Audiencia Nacional, decisión confirmada por la STS de 22 de marzo de 2013, ¿significa eso que se aplicará el régimen transitorio de la DT única de la Ley 23/2006, de transposición de la DDA-SI, previsto en tanto no se aprobara la OM correspondiente? Esa debería ser la solución correcta, pues, de otra manera, sería contrario al principio de prelación de fuentes⁸³.

2. Liquidación provisional de la compensación

La DT 2ª RD 1657/2012 determina la compensación equitativa correspondiente al ejercicio de 2012. En la medida en que el RD-ley 20/2011 que deroga el sistema de compensación anterior entra en vigor el 1 de enero de 2012 y la determinación y desarrollo de este sistema no se produce hasta la entrada en vigor de este RD 1657/2012 (9 de diciembre de 2012, según la DF 3ª), este último prevé un sistema transitorio. Será el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte quien, en cumplimiento de esta norma, determinará la compensación, con base en lo previsto en la DA 10ª RD-ley 20/2011 y en el presente RD 1657/2012. El Ministerio ha determinado la cuantía en cinco millones de euros, cantidad que, efectivamente, es conforme con el RD-ley 20/2011 porque se imputa a los Presupuestos Generales del Estado, pero no conforme al RD 1657/2012, que es posterior a la Ley de Presupuestos y no se ajusta a los parámetros allí establecidos.

El apartado segundo de la DT 2ª RD 1657/2012 prevé un sistema de liquidación provisional entre las entidades de gestión para el ejercicio 2012. Así, sin perjuicio de lo anterior, a la entrada en vigor de este RD la Secretaría de Estado de Cultura procederá a esa liquidación provisional. Para determinar el importe correspondiente a cada entidad de gestión, se estará al porcentaje medio devengado en concepto de compensación durante los tres últimos ejercicios de los que se dispongan de datos oficiales. Es decir, para calcular cuánto debe en-

⁸³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO también apuesta por la aplicación de la DT única de la Ley 23/2006. Sin embargo, pone de manifiesto que los redactores del RD 1657/2012 no pensaban en esta norma, sino en el sistema de la OM PRE/1743/2008. *Vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «El nuevo procedimiento de pago de la compensación equitativa... *cit.* También considera la aplicación de la DT única tras la nulidad de la OM, F. CARBAJO CASCÓN, «Consideraciones sobre la nulidad de la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, de reglamentación del canon digital (Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de marzo de 2011)», en Revista *pe.i.*, núm. 39, septiembre-diciembre 2011, p. 132, y la propia AP de Madrid (Sección 28ª), en su sentencia de 22 de abril de 2013 (Westlaw. JUR 2013/195403).

tregar la Secretaría de Estado a las entidades de gestión, se hará un promedio de los tres últimos ejercicios de los que haya información oficial —no se trata de los tres últimos ejercicios inmediatamente anteriores, sino de los que existan datos oficiales, algo que podría resultar injusto y poco equitativo, puesto que el perjuicio por copia privada tiende a aumentar con los años, no a reducirse—. Además, esas cantidades tendrán un límite claro: la disponibilidad presupuestaria. No van a recibir más de lo que se haya establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, ni siquiera aunque los cálculos de los tres últimos ejercicios de los que se tengan datos arrojen cantidades mayores. No hay ninguna norma que sirva para ajustar la cuantía de la compensación al daño producido en este caso concreto.

Por otro lado, estas cantidades serán consideradas entregas a cuenta de la liquidación que finalmente resulte de la aplicación del artículo 4 RD 1657/2012 (procedimiento para determinar la cuantía). Se trata de auténticos anticipos concedidos por la Secretaría de Estado de Cultura —la DT 2ª RD 1657/2012 no los llama así, que habla de «*entregas a cuenta*», pero sí la DT 2ª del Proyecto RD 1657/2012—. No obstante, la DT no deja claros algunos extremos: 1) si las entidades de gestión pueden solicitar estos anticipos o se concederán de oficio por la Secretaría de Estado; 2) qué circunstancias deben concurrir y qué criterios se utilizarán para su concesión; 3) qué plazo existe para su pago y, en caso de impago, para su reclamación. En cualquier caso, son anticipos a cuenta, es decir, que luego deberán descontarse de la liquidación definitiva. Así, el último párrafo del apartado segundo de la DT 2ª RD 1657/2012 señala que, una vez finalizado el ejercicio presupuestario 2012, se realizará la liquidación definitiva de las entregas a cuenta efectuadas, conforme a los siguientes supuestos: a) si el importe de dichas entregas a cuenta fuera inferior a la liquidación definitiva, se imputará la diferencia al concepto presupuestario correspondiente al ejercicio 2013; b) si fuera de cuantía superior a la liquidación definitiva, se procederá a descontar la diferencia de la compensación correspondiente al ejercicio 2013. Estos dos supuestos no estaban previstos en el Proyecto, pero su incorporación al texto definitivo cumple una función meramente aclaratoria.

Este régimen de entregas a cuenta sólo está previsto para el ejercicio de 2012, puesto que estamos ante un régimen transitorio. ¿Significa eso que no se concederán anticipos en ejercicios posteriores? En principio el RD 1657/2012 no prevé tal posibilidad, aunque habría sido deseable que se hubiera manifestado al respecto. En cualquier caso, si la cuantía de la compensación se va a imputar a los Presupuestos Generales del Estado, no hay razón ni dificultad para hacer extensivo el régimen de entregas a cuenta en los años venideros.

Finalmente, el Proyecto RD 1657/2012 incluía una DT tercera relativa a la estimación del perjuicio causado en el ejercicio 2012, que ha sido eliminada totalmente del texto final, quizá por la gran dificultad que planteaba su aplicación. A través de una fórmula matemática se trataba de determinar cuál era el per-

juicio causado por las copias privadas para ese ejercicio, sobre la base de datos objetivos de recaudación en el sistema vigente hasta el 31 de diciembre de 2011. Los pasos a seguir eran: 1) obtención del valor del producto nacional consumido de equipos, aparatos y soportes de reproducción; 2) obtención del gasto del consumo cultural de los hogares restándole el valor del IVA; 3) cálculo del porcentaje que implica dicho gasto de consumo cultural de los hogares, sobre el total del valor del producto nacional consumido; 4) obtención del valor de la recaudación total de la compensación en el ejercicio 2011; 5) aplicación del porcentaje obtenido en 3) al valor de la recaudación total de la compensación en el ejercicio 2011; 6) obtención de los gastos de administración de la compensación en el ejercicio 2011 y aplicación a esa cifra el porcentaje obtenido en 3); 7) detracción de la cifra obtenida en 6) al valor obtenido en 5); 8) actualización de la cifra obtenida en 7) mediante la aplicación del correspondiente índice corrector anual. Como se puede comprobar, se trata de una fórmula harto compleja y que tomaba en consideración parámetros demasiado generales y nada indicativos del perjuicio que se podía ocasionar a los titulares de derechos (ej.: «gasto del consumo cultural»). Además, esta norma era aplicable sólo para el ejercicio de 2012, sin llegarse a entender por qué esta fórmula no podía generalizarse para la estimación del perjuicio en cualquier ejercicio futuro.

III. CONSIDERACIONES FINALES

El nuevo régimen de la compensación equitativa queda lejos de retribuir adecuadamente a los titulares de derechos por las copias privadas realizadas por usuarios particulares, máxime si la determinación de la cuantía se hace en los próximos ejercicios de la manera tan aleatoria como se ha hecho para 2012. El RD 1657/2012 puede ser objeto de muchas críticas. Algunas las he apuntado al hilo del análisis de la norma, pero quisiera resaltar las que, a mi juicio, son las más importantes.

En primer lugar, hubiera sido más conveniente que la reforma del sistema de compensación se hubiera llevado a cabo a través del propio artículo 25 LPI y no mediante un RD⁸⁴. Si la intención era excluir a las personas jurídicas y las Administraciones Públicas del pago de la compensación —y así se desprende de la Exposición de Motivos del ALRLPI—, hubiera bastado con una mera modificación del artículo 25 LPI. En lugar de hacer una reforma integral del sistema de compensación, debió haberse modificado ese precepto, asegurándose así la unidad y coherencia normativa.

En segundo lugar, el TJUE no imponía en su sentencia la supresión del sistema de compensación basado en la afección de equipos y soportes de reproducción

⁸⁴ Así también lo aconsejó el Consejo de Estado en su dictamen de 29 de noviembre de 2012 (ref. 1260/2012).

puestos a disposición de personas físicas, sino tratar de eximir a las personas jurídicas y Administraciones Públicas del pago por no ser beneficiarias del límite de copia privada. El gravar a los usuarios finales por la adquisición de equipos y soportes que presumiblemente se van a destinar a la copia privada es perfectamente acorde con el Derecho de la UE, según el TJUE —así lo ha reiterado en su sentencia de 11 de julio de 2013, caso *Autro-Mechana* (ap. 2)—.

En tercer lugar, ha dicho el Gobierno que se ha sustituido el sistema anterior de compensación en un intento de hacer un régimen menos indiscriminado. Trató de acabar con un sistema en el que la compensación se aplicaba indiscriminadamente a los usuarios que adquirirían equipos y soportes con independencia de los fines. Pues bien, el sistema actual es mucho más indiscriminado. Antes sólo pagaban la compensación aquellas personas que adquirirían equipos o soportes destinados a la copia privada. Ahora, al pagarse con cargo en los Presupuestos Generales, lo pagan todos los ciudadanos vía impuestos, aunque ni siquiera compren esos equipos y soportes y aunque no hagan copias privadas. Además, del Considerado 35 DDASI se puede derivar que debe existir un vínculo entre las personas que causan el daño por hacer copias privadas y la obligación de pago de la compensación, por lo que las personas que no hacen copias privadas —y menos aún, las personas que no adquieren los soportes y equipos destinados a su realización— no deberían soportar ese gravamen. La regulación actual sí que va en contra del Derecho europeo. Algunos autores proponen que el sistema de compensación se centre no en los equipos y soportes idóneos para realizar copias privadas, sino que grave las propias obras y prestaciones que van a ser objeto de copia⁸⁵. Sin embargo, esta opción, lejos de ser equitativa y justa, plantea muchos interrogantes e inconvenientes: 1) ¿quién determinará la cuantía a imponer en cada original?; 2) elevará considerablemente el precio de los productos culturales, que, sumado al 21% de IVA, provocará un aumento de la piratería; 3) no se compensará adecuadamente a los titulares de derechos, al pagar el copista una cantidad única por todas las múltiples copias privadas que podría realizarse. Cabe subrayar también la incoherencia del sistema, pues si el pago se realiza a través de los Presupuestos Generales, el precio de los equipos y soportes utilizados para hacer copias privadas debería haberse reducido.

En definitiva, la única justificación que encuentro a este nuevo régimen y a la cuantía prevista para 2012 es la extraordinaria reducción del ámbito de aplicación del límite de copia privada y, en consecuencia, de las reproducciones a compensar, en la próxima reforma de la LPI. Tal como se plantea en el ALRL-PI no se sabe muy bien qué copias son las que efectivamente serán objeto de compensación, pues de las permitidas, hay una buena parte que no generarán

⁸⁵ F. CARBAJO CASCÓN, «Consideraciones sobre la nulidad de la Orden PRE/1743/2008... cit.», p. 140; J. CALVO VÉRGEZ, «Perspectivas de futuro del canon digital en España», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2012, Westlaw BIB 2012/671.

compensación por entender el legislador que producen un perjuicio mínimo. De esta manera, está claro que nos ajustaremos a los cinco millones de euros, e incluso menos, pero dejando a los titulares de derechos totalmente indefensos y sin compensarles el «perjuicio efectivamente causado» de que habla el artículo 3.2 RD 1657/2012. El sistema establecido en el RD 1657/2012 y en el ALRLPI es un traje hecho a medida para caber en el corsé de los cinco millones. La modificación del límite de copia privada en el Anteproyecto trata de justificar el descenso tan drástico de la cantidad abonada en concepto de compensación equitativa. Sin embargo, la realización de copias privadas ilícitas, entendiendo por tales las que no cumplirán los requisitos del proyectado artículo 31.2 y 3 LPI, no disminuirá y será muy difícil perseguirlas en la práctica, pues los tradicionales problemas que lo impedían anteriormente seguirán existiendo respecto de las copias excluidas.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Capítulo II. Los derechos de autor y los límites a la propiedad intelectual», en *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, VV.AA., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «El nuevo procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2013, Westlaw BIB 2013/132.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Las desgracias del canon», en *Aranzadi Civil*, núm. 4, 2011, Westlaw BIB 2011/993.
- BONDÍA ROMÁN, F.: «Artículo 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (dirs. M. Rodríguez Tapia y F. Bondía Román), Civitas, Madrid, 1997.
- CALVO VÉRGEZ, J.: «Perspectivas de futuro del canon digital en España», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2012, Westlaw BIB 2012/671.
- CARBAJO CASCÓN, F.: «Consideraciones sobre la nulidad de la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, de reglamentación del canon digital (Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de marzo de 2011)», en *Revista pe.i.*, núm. 39, septiembre-diciembre 2011.
- CARBAJO CASCÓN, F.: «El pulso en torno a la copia privada», en *Revista pe.i.*, núm. 16, enero-abril 2004.
- CASAS VALLÉS, R.: «La fotocopia y su régimen jurídico», en *Aranzadi Civil*, 1993-1.
- DE TERLIZZI, L.: *El sistema de compensación equitativa por copia privada en Noruega*, Informe para el Instituto de Autor, marzo 2011, disponible en: <http://institutoautor.org/uploads/website/docs/2920-1-Noruega.pdf> (u.v. 02/07/2013).
- DELGADO PORRAS, A.: «La “copia privada” en España», en *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, núm. 145, julio de 1990.
- 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.

- DÍAZ ALABART, S.: «Artículo 37», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirs. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), Tomo V, vol. 4-A, Edersa, Madrid, 1994.
- ESTEVE PARDO, M^a. A.: «Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15^a) de 2 de marzo de 2011, “Caso Padawan”. La compensación equitativa por copia privada a examen», en *Cuestiones de actualidad sobre propiedad intelectual*, (coord. M^a. A. Esteve Pardo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 3^a ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: «Artículo 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 3^a ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: «Tema 5. El derecho de participación y el derecho de compensación por copia privada», en *Manual de Propiedad Intelectual*, (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 5^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GÓMEZ POMAR, F.: «La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1993.
- GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J.: *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008.
- KRETSCHMER, M.: *Private copying and fair compensation: an empirical study of copyright levies in Europe*, Report for the UK Intellectual Property Office, octubre 2011, disponible en: <http://www.cippm.org.uk/pdfs/copyright-levy-kretschmer.pdf> (u.v. 02/07/2013).
- LÓPEZ MAZA, S. y MINERO ALEJANDRE, G.: «El carácter equitativo de la compensación por copia privada. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de octubre de 2010 (Caso Padawan)», en *Revista pe.i.*, núm. 36, septiembre-diciembre 2010.
- LÓPEZ MAZA, S.: «Estudio de los criterios del artículo 25.6.4^o LPI y su aplicación a la Orden Ministerial PRE/1743/2008, de 18 de junio», en *Revista pe.i.*, núm. 32, mayo-agosto 2009.
- LÓPEZ MAZA, S.: *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada, 2009.
- LÓPEZ RICHART, J.: «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en *Límites a la Propiedad Intelectual y nuevas tecnologías*, (coord. J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2008.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: «Consecuencias jurídicas de la sentencia del TJUE en el “Caso Padawan”», en *Cuestiones de actualidad sobre propiedad intelectual*, (coord. M^a. A. Esteve Pardo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Artículo 154», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 3^a ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- MARÍN LÓPEZ, J. J.: «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», en *Revista pe.i.*, núm. 20, mayo-agosto, 2005.
- MARTÍN SALAMANCA, S.: «Artículo 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (dir. J. M. Rodríguez Tapia), 2^a ed., Civitas, Madrid, 2009.

- MARTÍN SALAMANCA, S.: «Artículo 37», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (dir. J. M. Rodríguez Tapia), 2ª ed., Civitas, Madrid, 2009.
- MASSAGUER FUENTES, J.: «La copia privada y la remuneración compensatoria por copia privada», en *Conferencia pronunciada en la I Jornadas de Propiedad Intelectual organizadas por el Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago*, 1994.
- MAZZIOTTI, G.: *Copyright in the EU Digital Single Market*, Informe del Centro de Estudios sobre política europea, Bruselas, junio 2013, disponible en: <http://www.ceps.eu/book/copyright-eu-digital-single-market> (u.v. 02/07/2013).
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: «Artículo 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ ARISTI, R.: «Juicio al sistema español de compensación equitativa por copia privada: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 2 de marzo de 2011 (“caso Padawan”)», en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2012.
- SÁNCHEZ ARISTI, R.: «La copia privada digital», en *Revista pe.i.*, núm. 14, mayo-agosto 2003.
- VITORINO, A.: *Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies*, Bruselas, 31 de enero de 2013, p. 19; disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf (u.v. 21/05/2013).

