

La nueva regulación del sistema de compensación equitativa por copia privada (o el retorno del canon digital)

Ángel García Vidal

Profesor acreditado como catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela
Consejero académico de GA_P

El Boletín Oficial del Estado núm. 158, de 4 de julio del 2017, ha publicado el Real Decreto Ley 12/2017, de 3 de julio, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada. Con esta nueva normativa se reintroduce en el ordenamiento español, con una nueva regulación, el denominado «canon digital».

1. La «copia privada» y la «compensación equitativa»

La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo del 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, dispone (art. 2) que «los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte: a) a los autores, de sus obras; b) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones; c) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas; d) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas; e) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite».

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

No obstante, la citada directiva también dispone, en su artículo 5.2b, que los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción «en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa».

Se faculta, así, a los Estados miembros para introducir un límite al derecho de reproducción, para permitir lo que se denomina *copia privada*. Y, dado que esa limitación supone una pérdida de ingresos para los titulares de los derechos de propiedad intelectual, cuando los Estados miembros deciden aplicar en su Derecho interno la excepción de copia privada prevista por la mencionada disposición, están obligados a regular el abono de una «compensación equitativa» a favor de los titulares de los derechos.

2. La regulación española: evolución

2.1. España es uno de los Estados de la Unión Europea que ha hecho uso de la referida posibilidad de introducir el límite de la copia privada. Y, en consecuencia, ha regulado la «compensación equitativa».

Esta compensación estaba recogida inicialmente en el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), que fijó un sistema muy conflictivo —conocido como *canon digital*— en virtud del cual se gravaban con una determinada cuantía los soportes o aparatos utilizables para la ejecución de copias privadas. Aunque el pago le correspondía a los fabricantes y distribuidores, se generó un intenso movimiento de contestación por parte de las asociaciones de consumidores, por entender que, al repercutirse estas cantidades en el precio final de los productos, el usuario final estaba siendo obligado a pagar por copia privada, incluso aunque dichos aparatos no se utilizasen con tal finalidad.

A raíz del debate social sobre el canon, este sistema fue eliminado por la disposición adicional décima del Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. Ello dio lugar al procedimiento de pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (procedimiento desarrollado en el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre). Posteriormente, la Ley 21/2014 reintrodujo en el articulado del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual la regulación de la compensación, disponiéndose que correría a cargo de los Presupuestos Generales del Estado y que el pago se efectuaría por medio de las entidades de gestión, según lo reglamentariamente establecido.

2.2. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 9 de junio del 2016 (as. C-470/14, *EGEDA, DAMA, VEGAP contra la Administración del Estado*) sostuvo que este sistema

español de compensación equitativa financiado por los Presupuestos Generales del Estado y no por el canon no se ajustaba a la Directiva 2001/29/CE.

Según el tribunal, el artículo 5.2b de la directiva no se opone, por principio, a que los Estados miembros que hayan optado por introducir la excepción de copia privada decidan establecer un sistema de compensación equitativa financiado por sus Presupuestos Generales. Pero, para respetar la directiva, es preciso que dicho sistema alternativo garantice el pago de una compensación equitativa a favor de los titulares de los derechos y que sus modalidades garanticen su percepción efectiva. Y, además, se tiene que asegurar que el coste de dicha compensación sólo sea sufragado, en último término, por los usuarios de copias privadas. Por esa razón, el Tribunal de Justicia declaró que el sistema español era contrario al Derecho de la Unión Europea, porque no existía afectación de ingresos concretos —como los procedentes de un tributo específico— a gastos determinados y porque la partida presupuestaria destinada al pago de la compensación equitativa se alimentaba de la totalidad de los recursos con los que cuentan los Presupuestos Generales del Estado. Dicho sistema implicaba que la compensación equitativa era pagada, del mismo modo, por todos los contribuyentes, incluidas las personas jurídicas, sin que existiese mecanismo alguno que permitiese a las personas jurídicas, que en ningún caso están incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 5, apartado 2, letra b, de la Directiva 2001/29, solicitar la exención de la obligación de contribuir a financiar esta compensación, o, al menos, solicitar la devolución de esta contribución.

- 2.3. Tras esta importante sentencia del Tribunal de Justicia, el Tribunal Supremo español (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en su Sentencia núm. 2394/2016, de 10 de noviembre del 2016, anuló el Real Decreto 1657/2012, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

En consecuencia, el legislador español se ha visto obligado a introducir los cambios normativos oportunos. Porque, como se ha dicho, la previsión de una «compensación equitativa» a favor de los titulares de los derechos es obligatoria para los Estados miembros de la Unión Europea cuando deciden aplicar en su Derecho interno la excepción de la copia privada (como es el caso de España).

Esta situación en la que los titulares de derechos de propiedad intelectual carecían en España de un sistema para compensar el perjuicio por los derechos dejados de percibir como consecuencia del reconocimiento del límite de copia privada en nuestro ordenamiento jurídico es lo que determina que el Gobierno de la nación haya recurrido a la figura del real decreto ley, al entender que concurre la circunstancia de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución española para la utilización de dicha figura normativa.

Se ha aprobado, así, el Real Decreto Ley 12/2017, de 3 de julio, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada, real decreto ley que entrará en vigor el 1 de agosto del 2017. El Real Decreto Ley ha sido convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados del 11 de julio del 2017.

3. Principales rasgos de la nueva regulación

Después de tanto ir y venir normativo, la nueva regulación nace «con vocación de permanencia», tal como se afirma en la exposición de motivos del real decreto ley, donde también se avanza que se «prevé una compensación equitativa que cumple tanto con el derecho europeo como con el nacional».

3.1. *La copia privada como presupuesto del sistema de compensación*

Como se ha indicado, la compensación se vincula a la ejecución de copias privadas de obras protegidas por propiedad intelectual. A tal efecto, el artículo 31.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual dispone que no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias, constitutivas del límite legal de copia privada: «a) Que se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales. b) Que la reproducción se realice a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación. c) Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio».

Pues bien, la redacción de la segunda de las condiciones (la prevista en la letra b) ha sido introducida en el artículo 31.2 del texto refundido por el real decreto ley ahora analizado. Porque, con anterioridad, el precepto establecía un supuesto tasado de hipótesis en las que se entendía que mediaba un acceso legal y desde una fuente lícita. Y, así, tras exigir «que la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita», se preceptuaba que «se entenderá que se ha accedido legalmente y desde una fuente lícita a la obra divulgada únicamente en los siguientes supuestos: 1.º) Cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil. 2.º) Cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada».

3.2. *El reconocimiento de la compensación equitativa*

El derecho a la compensación equitativa se origina en casos de «reproducción de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen mediante real decreto, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, realizada mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, exclusivamente para uso privado, no profesional ni empresarial, sin fines directa ni indirectamente comerciales» (nueva redacción del art. 25.1 TRLPI).

Por lo que respecta a las obras asimiladas a los libros, la disposición transitoria primera del Real Decreto Ley 12/2017 preceptúa que, hasta la aprobación del real decreto al que se refiere la ley, se entenderán asimiladas a los libros las publicaciones de contenido cultural, científico o técnico, siempre y cuando estén editadas en serie continua con un mismo título a intervalos regulares o irregulares, de forma que los ejemplares de la serie lleven una numeración consecutiva o estén fechados, con periodicidad mínima mensual y máxima semestral. Y, además, es preciso que tengan al menos cuarenta y ocho páginas por ejemplar.

Por lo demás, la nueva regulación establece una serie de supuestos en los que se entenderá que no existe una copia privada y, en consecuencia, no dan derecho a compensación equitativa. Se dispone así (nuevo artículo 25.5, letras *c* y *d* del TRLPI) que no tendrán la consideración de reproducciones para uso privado ni las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para llevarlas a cabo, ni las hechas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de derecho o de hecho de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de la ejecución de copias privadas.

3.3. *Los acreedores y deudores de la compensación equitativa*

El derecho a recibir la compensación equitativa y única se reconoce a los autores de las mencionadas obras, explotadas públicamente en alguna de las formas indicadas, así como a los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes.

A su vez, los deudores de la compensación equitativa son los fabricantes y distribuidores de los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción que pueden ser usados para efectuar las copias privadas. Es decir, legalmente los deudores no son los usuarios finales de dichos equipos, medios o soportes, pese a que son ellos los que llevan a cabo las copias privadas que se quieren compensar. Este tipo de sistema ha merecido el refrendo

del Tribunal de Justicia, que ha declarado que los Estados miembros tienen la facultad de financiar esta compensación equitativa mediante un canon impuesto, antes de que se efectúen las copias privadas, a quienes disponen de equipos, aparatos y soportes de reproducción y los ponen a disposición de personas físicas (sentencias de 21 de octubre del 2010, *Padawan*, C-467/08, EU:C:2010:620, apdo. 46; de 16 de junio del 2011, *Stichting de Thuiskopie*, C-462/09, EU:C:2011:397, apdo. 27; de 11 de julio del 2013, *Amazon.com International Sales y otros*, C-521/11, EU:C:2013:515, apdo. 24, y de 5 de marzo del 2015, *Copydan Båndkopi*, C-463/12, EU:C:2015:144, apdo. 46). El usuario privado a cuya disposición se ponen los equipos, aparatos y soportes de reproducción o que utiliza un servicio de reproducción es considerado por el Tribunal de Justicia como el «deudor indirecto» de la compensación equitativa, pues nada impide que dichos deudores repercutan el importe del canon por copia privada en el precio de puesta a disposición de los equipos, aparatos y soportes de reproducción o en el precio del servicio de reproducción prestado. De este modo, los usuarios privados que abonan dicho precio son quienes soportarán, en definitiva, la carga de ese canon. Así se destaca en la Sentencia de 21 de octubre del 2010, *Padawan*, C-467/08, apartado 48, y en la Sentencia de 9 de junio del 2016 (as. C-470/14, *EGEDA, DAMA, VEGAP contra la Administración del Estado*, apdo. 34).

En concreto, están obligados a pagar la compensación los fabricantes en España en tanto actúen como distribuidores comerciales, así como los adquirentes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de éste, de equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción. Asimismo, serán responsables solidarios del pago de la compensación los distribuidores, mayoristas y minoristas, que sean sucesivos adquirentes de los mencionados equipos, aparatos y soportes materiales, con respecto de los deudores que se los hubieran suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a éstos la compensación.

La obligación de pago de la compensación nacerá en los siguientes supuestos: «a) Para los fabricantes en tanto actúen como distribuidores y para los adquirentes de equipos, aparatos y soportes materiales fuera del territorio español con destino a su distribución comercial en éste, en el momento en que se produzca por parte del deudor la transmisión de la propiedad o, en su caso, la cesión del uso o disfrute de cualquiera de aquellos. b) Para los adquirentes de equipos, aparatos y soportes materiales fuera del territorio español con destino a su utilización dentro de dicho territorio, desde el momento de su adquisición» (nuevo art. 25.6 TRLPI).

3.4. *Los equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa, las cantidades que los deudores deberán abonar por este concepto a los acreedores y la distribución de dicha compensación entre las distintas modalidades de reproducción*

La determinación precisa de estas cuestiones se remite en la disposición final primera al real decreto que deberá aprobarse en el plazo máximo de un año desde la entrada en

vigor del Real Decreto Ley 12/2017. Y, una vez aprobado dicho real decreto, las ulteriores modificaciones se fijarán por orden del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones territoriales (art. 25.4 TRLPI).

En todo caso, se dispone que la determinación de la cuantía de la compensación equitativa se calculará sobre la base del perjuicio causado a los sujetos acreedores como consecuencia de las reproducciones efectuadas al amparo del límite de la copia privada. Y para ello se tendrán en cuenta, al menos, una serie de criterios objetivos recogidos en el nuevo artículo 25.5 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, entre los que se encuentran, junto con otros: la intensidad de uso de los equipos, aparatos y soportes materiales, para lo que se tendrá en cuenta la estimación del número de copias realizadas al amparo del límite legal de copia privada; la capacidad de almacenamiento de los equipos, aparatos y soportes materiales, así como la importancia de la función de reproducción respecto al resto de las funciones de aquéllos; o el impacto del límite legal de copia privada sobre la venta de ejemplares de las obras, teniendo en cuenta el grado de sustitución real de éstos por las copias privadas ejecutadas y el efecto que supone que el adquirente de un ejemplar o copia original tenga la posibilidad de realizar copias privadas.

En todo caso, con carácter transitorio y hasta la aprobación del referido real decreto de desarrollo reglamentario, el Real Decreto Ley 12/2017 fija en su disposición transitoria segunda un listado de equipos, soportes y materiales de reproducción, así como las cuantías que habrá que abonar. Así, por ejemplo, por memorias USB y otras tarjetas de memoria no integradas en otros dispositivos habrán de pagarse 0,24 euros por unidad, y por teléfonos móviles con funcionalidad de reproducción de fonogramas, videogramas y textos o de otros contenidos sonoros, visuales o audiovisuales, 1,10 euros por unidad.

3.5. Sistema de exceptuación y reembolso

Para dar acogida a la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia en relación con el pago de la compensación equitativa, el Real Decreto Ley 12/2017 también introduce una serie de supuestos en los que se exceptiona al pago. Se prevé, así, en el nuevo artículo 25.7 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual que quedarán exceptuadas del pago de la compensación, las adquisiciones de equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción llevadas a cabo «por personas jurídicas o físicas que actúen como consumidores finales, que justifiquen el destino exclusivamente profesional de los equipos, aparatos o soportes materiales adquiridos y siempre que éstos no se hayan puesto, de derecho o de hecho, a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas», lo que deberán acreditar oportunamente. De este modo, se incorpora la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, en la Sentencia de 21 de octubre del 2010, *Padawan*, declaró que «la aplicación indiscriminada del canon por copia privada, en particular en relación con equipos, aparatos y soportes

de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas, no resulta conforme con la Directiva 2001/29».

También se exceptúan del pago de la compensación, las adquisiciones de equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción realizadas: a) por quienes cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras, prestaciones artísticas, fonogramas o videogramas, según proceda, en el ejercicio de su actividad; b) por personas físicas para uso privado fuera del territorio español en régimen de viajeros, y c) por las entidades que integran el sector público, así como por el Congreso de los Diputados, el Senado, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo, las Asambleas legislativas de las comunidades autónomas y las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.

Y, de manera complementaria, se regula un sistema que permite a determinadas personas jurídicas o físicas que han pagado la compensación solicitar su reembolso. Tal será posible: a) cuando dichas personas actúen como consumidores finales, justificando el destino exclusivamente profesional del equipo, aparato o soporte material de reproducción adquirido, y siempre que éstos no se hayan puesto, de derecho o de hecho, a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de la realización de copias privadas, o b) cuando los equipos, aparatos o soportes materiales de reproducción adquiridos se hayan destinado a la exportación o entrega intracomunitaria.

3.6. *La gestión de la compensación equitativa*

La compensación equitativa se hará efectiva por medio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual conforme al procedimiento que se determine a tal efecto en el real decreto de desarrollo. Y, a tal efecto, se dispone que las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual participarán en la constitución (cumpliendo lo dispuesto en la disposición adicional única), así como en la gestión y financiación de una persona jurídica que —bajo la inspección, vigilancia y control del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte— ejercerá, en representación de todas ellas: a) la gestión de las excepciones del pago y de los reembolsos; b) la recepción y posterior remisión a las entidades de gestión de las relaciones periódicas de equipos, aparatos y soportes de reproducción respecto de los que haya nacido la obligación de pago de la compensación, elaboradas por los sujetos deudores y, en su caso, por los responsables solidarios, en el marco del procedimiento para hacer efectiva la compensación que se determine mediante real decreto, y c) la comunicación unificada de la facturación.

3.7. Equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción adquiridos con anterioridad al 1 de enero del 2012

La disposición transitoria tercera del Real Decreto Ley 12/2017 dispone que la normativa del canon anterior a la instauración del sistema de compensación equitativa con cargo a los presupuestos generales, es decir, la anterior a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, será aplicable a los deudores y, en su caso, los responsables solidarios que ya hubieran adquirido tal condición con respecto a dicha obligación legal antes del 1 de enero del 2012 y no hubieran presentado la declaración-liquidación correspondiente, o no hubieran abonado las cantidades oportunas, conforme a la normativa aplicable, por los equipos, aparatos y soportes materiales adquiridos antes de la citada fecha.

Además, salvo los casos de liquidación y pago indebidos ocasionados por errores de tipo material o aritmético que den derecho a su reembolso, se entenderá que no procede la devolución del importe abonado o repercutido por la aplicación del régimen de compensación equitativa por copia privada a los fabricantes, distribuidores, mayoristas o minoristas y compradores finales por cantidades devengadas con anterioridad al 1 de enero del 2012, fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, y conforme a la normativa entonces vigente, por la adquisición de equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción afectados por dicho régimen de compensación.