

**INFORME DE LA “ASOCIACIÓN LITERARIA
Y ARTÍSTICA PARA LA DEFENSA DEL
DERECHO DE AUTOR” SOBRE EL
PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL
QUE SE REGULA EL PROCEDIMIENTO DE
PAGO DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA
POR COPIA PRIVADA CON CARGO A LOS
PRESUPUESTOS GENERALES DEL
ESTADO.**

Madrid, 5 de noviembre de 2012

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

1. La Asociación Literaria y Artística para la Defensa del Derecho de Autor (ALADDA) es una asociación de ámbito estatal constituida en 1986 e inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones desde el 17 de agosto de 1987, con el número de registro 74622. Constituye el Grupo Español de la *Association Littéraire et Artistique Internationale* (ALAI), fundada en Francia en 1878. Según el artículo 3.2 de sus vigentes Estatutos, uno de los fines de ALADDA es “la colaboración con los poderes públicos para el estudio de las cuestiones relativas a la forma y perfeccionamiento de la legislación sobre el derecho de autor”. El presente Informe se elabora con la finalidad de dar cumplimiento a este precepto estatutario.
2. Junto a ello, debe señalarse que ALADDA y el Ministerio de Cultura, actual Ministerio de Educación Cultura y Deporte, suscribieron el 16 de diciembre de 2008, un Convenio-marco de colaboración en materia de propiedad intelectual, conforme a cuya Cláusula Primera.², la colaboración entre ambas entidades, en el ámbito del estudio y asesoramiento, irá dirigida –entre otros– a “la elaboración de informes, estudios y proyectos sobre los procesos legislativos relativos a la propiedad intelectual, tanto en el ámbito nacional, como comunitario e internacional”. Por tanto, el presente Informe, también puede entenderse orientado al cumplimiento de este convenio de colaboración.
3. El Ministerio de Educación, Cultura y Deporte ha dado publicidad el pasado día 18 de octubre de 2012, a través de su página electrónica, al texto de un Proyecto de Real Decreto por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

Generales del Estado (en lo sucesivo, el Proyecto) con el que se pretende dar cumplimiento al mandato contenido en la disposición adicional 10ª del Real Decreto-Ley 20/2011, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (en adelante RD-ley 20/2011). ALADDA considera pertinente trasladar al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte este Informe, en el que se realizan diversas observaciones sobre el texto sometido a consulta, esperando que puedan resultar de interés para una eventual mejora del futuro texto normativo.

4. Debe consignarse que en ocasiones anteriores ALADDA ya ha tenido ocasión de informar proyectos normativos en marcha sobre materias de propiedad intelectual. Así sucedió con el Proyecto de Real Decreto por el que se regulaba la Comisión de Propiedad Intelectual para dar cumplimiento a lo establecido en la Disposición adicional 2ª de la Ley 23/2006, que finalmente no vio la luz (y que objeto de un Informe de ALADDA fechado el 18 de julio de 2007), y con el Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) para dar cumplimiento a la Directiva 2001/84/CE, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, mediante la modificación del artículo 24 LPI, que luego daría lugar a la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, homónima de la Directiva (el cual fue objeto de un Informe de ALADDA fechado el 10 de junio de 2008). Así pues, el presente Informe constituye un hito más en el camino de la colaboración que ALADDA viene prestando al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (antes Ministerio de Cultura) en los procesos normativos relativos a materias de propiedad intelectual.

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

5. El presente Informe ha sido aprobado por la Junta Directiva de ALADDA el día 5 de noviembre de 2012, sobre la base de un texto preparado por un Grupo de Trabajo designado al efecto de entre sus miembros.

1. Justificación y habilitación legal de la Norma reglamentaria proyectada.

6. El origen del Proyecto informado se encuentra, como se explica en el Preámbulo del mismo, en 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 (en adelante DA 10 RD-ley 20/2011), la cual ha venido a suprimir el sistema de compensación que se preveía en el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) y ha modificado el mecanismo de financiación de la compensación, que deja de depender de la recaudación que las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual obtienen de los intermediarios en el mercado de equipos, aparatos y soportes de reproducción, para pasar a financiarse directamente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Según el Preámbulo, en virtud de esa DA 10 RD-ley 20/2011, el Gobierno habría sido mandado para establecer reglamentariamente el procedimiento de pago de la compensación y para determinar la cuantía de la misma tomando como base la estimación del perjuicio causado por la vigencia del límite de copia privada.
7. Esta aseveración está en función de una determinada interpretación de los apartados 2 y 3 de la DA 10 RD-ley 20/2011 que no está exenta de riesgos. Si bien se observa, la habilitación al Gobierno para el desarrollo reglamentario de la

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

norma legal sólo se refleja en el apartado 2, conforme al cual “[e]l Gobierno establecerá reglamentariamente el procedimiento de pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado”. Esa habilitación no se produce en el apartado 3, que se limita a decir que “[l]a cuantía de la compensación se determinará tomando como base la estimación del perjuicio causado”. Parece claro que al legislador de urgencia no le habría costado excesivo esfuerzo redactar ambos apartados de manera que la habilitación al Gobierno cubriera ambos aspectos (v. gr. “el Gobierno establecerá reglamentariamente el procedimiento de pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y la cuantía de dicha compensación, que se determinará tomando como base la estimación del perjuicio causado”).

8. Así pues, aunque una interpretación sistemática de ambos apartados de la DA 10 RD-ley 20/2011 pueda avalar que el mandato al Gobierno comprende tanto el establecimiento del procedimiento de pago de la compensación como la fijación de su cuantía, lo cierto es que también cabe entender que la regla del apartado 3 tiene una vocación de índole programática o anticipatoria, dictada en espera de una futura intervención del legislador para determinar mediante norma con rango de ley la cuantía de la compensación.
9. Más allá de lo anterior, la escasa densidad de la norma de cuyo desarrollo se trata, provoca que la habilitación reglamentaria otorgue al Gobierno un aparentemente grande margen de maniobra. Sin embargo, el peligro de que la norma reglamentaria invada el área de materias que deben entenderse

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

reservadas a la ley por imperativo del art. 53.1 de la Constitución española (CE), en la medida en que pueden incidir sobre la delimitación de un derecho de propiedad intelectual, es proporcionalmente mayor que cuando la norma legal de referencia presenta mayor prolijidad. Ese peligro podría concretarse en algunos puntos del Proyecto, como se dirá en otras partes de este informe, al hilo del comentario de diversas partes del articulado. Por otro lado, si el real decreto en proyecto tiene como objetivo el desarrollo reglamentario de los apartados 2 y 3 de la DA 10 RD-ley 20/2011, tal y como se desprende de su Preámbulo, su objeto debería estar dimensionado al contenido de esas disposiciones (establecimiento del procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada y determinación de la cuantía de esa compensación). Sin embargo, como veremos al comentar el art. 1, una parte del contenido del Proyecto excede de ese ámbito de materias, lo que dejaría a la misma huérfana de la oportuna cobertura legal.

2. Observaciones sobre el contenido del Preámbulo.

10. Junto a lo señalado, el Preámbulo de la Norma en proyecto contiene ciertas afirmaciones que merecen algún comentario, pues revelan una interpretación de determinados hechos jurídicos que puede no compartirse. Así, por ejemplo, en el segundo párrafo del Preámbulo encontramos la siguiente afirmación:

“Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado el amplio margen de apreciación de los Estados miembros para determinar quién está obligado al pago de la compensación equitativa por copia

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

privada (Sentencia Sticthing de Thuiskopie de 16 de junio de 2011, asunto c-462/09) y la no consideración, a los efectos de determinar su cuantía, de las reproducciones que sean realizadas por personas físicas para su uso profesional o empresarial (Sentencia de 21 de octubre de 2010, asunto C-467/08)”.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) dictada en el asunto C-467-08, caso Padawan, no dice en modo alguno que a los efectos de determinar la cuantía de la compensación equitativa por copia privada no deban considerarse las reproducciones realizadas por personas físicas para su uso profesional o empresarial, términos éstos que el TJUE ni siquiera emplea en su resolución sobre el fondo del asunto, aunque pudieran haber sido utilizados por el órgano consultante (Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona). Lo que estrictamente dice la STJUE de 21 de octubre de 2010 sobre este punto es que un sistema de compensación equitativa basado en un canon sobre equipos, aparatos y soportes de reproducción podría ser indiscriminado y no conforme con la Directiva 2001/29 si gravase aquellos 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. Ello es algo muy distinto de decir que toda reproducción realizada por personas físicas para su uso profesional o empresarial no debe computar para el cálculo de la cuantía de la compensación. Sin perjuicio de que volveremos sobre esta cuestión al abordar el análisis del art. 3 del Proyecto, quede apuntada la importancia de que el Gobierno asiente el ejercicio de su potestad reglamentaria en un correcto

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

entendimiento de la realidad jurídica sobre la que va a proyectar su intervención normativa.

11. En el antepenúltimo párrafo del Preámbulo se hace otra aseveración que suscita alguna perplejidad, máxime cuando por otro lado se afirma que la aprobación del real decreto en proyecto responde al mandato de desarrollo contenido en la DA 10 RD-ley 20/2011. En efecto, dicho párrafo, tras señalar que “[e]l presente Real Decreto cumple el mandato de la Disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, regulando el procedimiento y los criterios objetivos para la determinación de la cuantía anual de la compensación equitativa por copia privada, y el procedimiento de liquidación y pago a los beneficiarios de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado”, concluye diciendo “en las tres modalidades de reproducción, de libros, de sonido, y visual o audiovisual, referidas en el artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual”.

12. La referencia al art. 25 LPI permite inferir no sólo que el Gobierno da por descontada la vigencia, siquiera parcial, de esta disposición legal –lo cual es acertado, pues no ha sido objeto de derogación formal, aunque sea difícil establecer a qué partes del mismo alcanza la derogación material derivada de lo dispuesto en el apartado 1 de la DA 10 RD-ley 20/2011–, sino incluso el real decreto en proyecto es de alguna manera, o en alguna medida, desarrollo también de esa disposición legal en la parte que no habría quedado derogada. Esta cuestión, que resulta de vital importancia, quizás merecería ser objeto de

Aladda

Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

una mención más explícita en el Preámbulo de la Norma.

3. Descripción del objeto de la Norma en proyecto (artículo 1).

13. El art. 1 del Proyecto describe el objeto de la Norma, que según el propio precepto se desglosaría en dos partes: (a) la regulación del procedimiento y criterios objetivos para la determinación de la cuantía anual de la compensación equitativa por copia privada; y (b) el procedimiento de liquidación y pago a los beneficiarios de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Con independencia de que la redacción del precepto debería revisarse para conseguir un correcto acomodo con otros artículos del Proyecto (v. gr. no debería hablarse de “criterios objetivos para la determinación de la cuantía anual de la compensación”, puesto que los que el art. 3.2 contempla son criterios objetivos para la estimación del perjuicio efectivamente causado a los titulares, *sobre la base del cual* se calculará a su vez la cuantía de la compensación), lo más relevante es que algunos de los contenidos del real decreto proyectado exceden de los contornos de esos dos ingredientes del objeto, tal y como éste es descrito por el art. 1 de la Norma.

14. Entre los contenidos que más claramente se apartan del objeto descrito en el art. 1 del Proyecto destaca la disposición transitoria primera (DT 1), relativa al “régimen de compensación equitativa por copia privada aplicable al ejercicio 2011”. Parece claro que el establecimiento de reglas sobre la aplicación del régimen de compensación equitativa por copia privada anterior a la entrada en vigor del RD-ley 20/2011, aparte de otras objeciones –que se señalarán en el

Aladda

Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

comentario que haremos a esa disposición transitoria–, excede claramente de los contornos objetivos delimitados por el art. 1 del Proyecto, y en definitiva escapa al ámbito de la habilitación reglamentaria emanada de la propia DA 10 RD-ley 20/2011, que se refiere al procedimiento de pago y a la determinación de la cuantía de la compensación que habrá de abonarse con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, esto es, la devengada del 1 de enero de 2012 en adelante.

15. Por otro lado, debe observarse que el apartado 2 de la DA 10 del RD-ley 20/2011 se refiere al procedimiento de pago a los *perceptores* de la compensación equitativa por copia privada. Sin embargo, el Proyecto no emplea el término “perceptores” sino el de “beneficiarios”, trazando además una definición de éstos (art. 2 del Proyecto) que no pasa de ser un trasunto de la que se efectúa en el art. 25.4.b) LPI. Parece evidente que el término “perceptores” hace referencia a los sujetos que pueden recibir el pago de la compensación de manos de quien tenga la obligación legal de abonarlo, aunque no sean los beneficiarios últimos de la compensación. La legitimación para recibir el pago no tiene por qué tener una correspondencia en el plano del derecho a integrar el montante de ese pago en el propio patrimonio, pues se puede recibir el pago de una deuda de la que no se es acreedor en calidad de mero *accipiens*, es decir, en nombre y/o por cuenta del verdadero titular del crédito. Sin duda, la DA 10 del RD-ley 20/2011 tenía a la vista el art. 25.8 LPI –que no se encuentra derogado–, conforme al cual la compensación equitativa por copia privada se hará efectiva de manera obligatoria a través de entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. Es más, el propio Proyecto parte de la premisa de que

Aladda

Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

estamos ante un derecho de gestión colectiva obligatoria cuando en el art. 6.1 estatuye que “[l]a compensación equitativa por copia privada se hará efectiva (...) a los beneficiarios de la compensación, *a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual*”.

- 16.** La consecuencia de lo dicho es que la habilitación reglamentaria prevista en el apartado 2 de la DA 10 RD-ley 20/2011 lo sería para el establecimiento del pago de la compensación a los perceptores de la misma, los cuales *stricto sensu* no son los beneficiarios del derecho a la compensación, sino las entidades de gestión a las que la Ley encomienda de manera obligatoria para hacer efectivo el cobro de la compensación. Si ésta, como parece, es la interpretación correcta de lo dispuesto en la norma legal de referencia, ello significaría que el Proyecto excede del marco que delimita dicha norma legal en todo cuanto regula el procedimiento de liquidación y reparto a los beneficiarios de lo percibido por las entidades de gestión en concepto de compensación equitativa por copia privada (art. 7).
- 17.** En esta línea, tampoco puede considerarse que la DA 10 del RD-ley 20/2011 habilite al Gobierno para regular la realización de actividades de asistencia y fomento por parte de las entidades de gestión, materia a la que se destina la disposición adicional primera del Proyecto (DA 1). Como esta misma disposición no olvida, la norma legal habilitadora es aquí el art. 155 LPI, que en efecto prevé la determinación reglamentaria del porcentaje que las entidades de gestión deberán dedicar a las actividades y servicios de carácter asistencial y de formación y promoción. Ocurre, sin embargo, que el art. 155.2 LPI se remite

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

expresamente a la “remuneración compensatoria prevista en el artículo 25 de esta Ley”, y no parece que la compensación equitativa que ha instaurado la DA 10 el RD-ley 20/2011 sea la misma figura a la que se refiere aquel precepto legal.

4. Descripción de los beneficiarios de la compensación equitativa por copia privada (artículo 2).

18. El art. 2 del Proyecto, de acuerdo con cuyo primer apartado “[s]erán beneficiarios de la compensación equitativa por copia privada los autores de las obras explotadas públicamente y, en los casos en que corresponda, los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas”, tiene su antecedente –casi literal– en el art. 25.4.b) LPI, en el que se describe a los *acreedores* de la compensación equitativa por copia privada con arreglo al sistema previo al RD-ley 20/2011, basado en un canon sobre equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción. Análogamente, el apartado 2 de este artículo (“[e]ste derecho será irrenunciable para los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes”) se corresponde con el inciso final del art. 25.1 LPI.

19. Poco hay que decir con relación a este precepto, que se hace eco de aspectos que aparecen regulados en el art. 25 LPI, lo que viene a ser una clara muestra de la fuerza de atracción que este precepto sigue inevitablemente ejerciendo sobre toda esta materia a pesar de la supresión material del sistema de

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

compensación equitativa en él regulado, y hasta cierto punto un signo de que, aunque pueda parecer paradójico, el real decreto ahora proyectado sería en parte una norma de desarrollo del propio art. 25 LPI.

20. Por lo demás, ya se ha dicho, la delimitación por el Proyecto de los “beneficiarios” de la compensación plantea el inconveniente de que la DA 10 del RD-ley no se refiere a ellos sino a los “perceptores”, y encomienda al Gobierno para establecer el procedimiento de pago de la compensación a dichos perceptores. Así las cosas, es dudoso que el real decreto pueda destinarse a regular el procedimiento de pago a los “beneficiarios” de la compensación, obviamente distintos de los perceptores de la misma en un sistema de gestión colectiva obligatoria –como es el que el real decreto mantiene–, y antes que eso a definir qué sujetos deben ser considerados beneficiarios de la misma.

5. Criterios objetivos de determinación de la cuantía de la compensación (artículo 3).

21. El artículo 3 del Proyecto, titulado “Cuantía de la compensación”, se estructura en torno a tres apartados, de los cuales el primero es hasta cierto punto extraño al contenido del precepto, y el tercero podría perfectamente quedar agrupado dentro del segundo, en el que se contiene una serie de criterios con base en los cuales se estimará el perjuicio efectivamente causado a los titulares de los derechos de reproducción como consecuencia de la realización de copias privadas. Las razones para esta afirmación son que el apartado 1 del artículo contiene una proclamación que más bien se conecta con el procedimiento de

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

determinación de la cuantía (no en vano, el propio apartado se remite al artículo 4, donde se regula dicho procedimiento). En efecto, el apartado en cuestión se limita a disponer que “la cantidad adecuada para compensar el perjuicio causado a los titulares de los derechos de reproducción por la vigencia de la excepción de copia privada se determinará cada ejercicio por el Secretario de Estado de Cultura, conforme al procedimiento establecido en el artículo 4”. Esta afirmación bien podría constituir el primer apartado de este artículo 4, con tan sólo modificar la parte final, de forma que en lugar de decir “conforme al procedimiento establecido en el artículo 4”, dijera “conforme al procedimiento establecido en este artículo”. Por razones sistemáticas cabe recomendar esta segunda opción.

22. Nótese, por lo demás, que la inclusión del adjetivo “adecuada” puede introducir alguna confusión, pues lo que la compensación tiene que ser por mandato legal es “equitativa” (el término “adecuada” no es empleado por la norma legal de cuyo desarrollo se trata, ni de hecho aparece después en el artículo 4 del Proyecto). El calificativo “adecuada” aplicado a la cantidad fijada cada ejercicio por el Secretario de Estado de Cultura está empleado seguramente con función de epíteto, pero por esa misma razón es suprimible: puesto que el modo de fijar la cuantía de la compensación es el que la Norma en proyecto describe en el art. 4, la cantidad resultante –sea o no realmente la *adecuada* en términos económicos o de justicia–, es la que servirá en cualquier caso para hacer efectivo el derecho de los titulares afectados por el límite de copia privada. En fin, como apunte complementario, se recomienda que, en lugar de referirse a la “excepción” de copia privada, el precepto lo haga al “límite”, término éste que es el expresamente empleado por la LPI.

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

23. Con independencia de estas apreciaciones de naturaleza sistemática y terminológica, merece hacerse también una observación sobre el fondo de esta disposición, que no es otro que atribuir al Secretario de Estado de Cultura la facultad de establecer, mediante resolución (como dice el art. 4.3 del Proyecto), la cantidad o cuantía para compensar el perjuicio causado a los titulares de los derechos de reproducción por la vigencia de la excepción de copia privada. En el sistema hasta ahora vigente –con independencia de que en él la compensación la debieran abonar los fabricantes o importadores de equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción, en lugar del Estado–, la fijación de la cuantía la realiza o bien la propia Ley, como sucede para el ámbito analógico (art. 25.5 LPI), o bien una Orden Ministerial conjunta de muy peculiar tramitación, por mandato del art. 25.6 LPI, Orden que sabemos que reúne la característica de ser una disposición de carácter general y no un acto administrativo, pues ello está en la raíz de que la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, aprobada en desarrollo del art. 25.6 LPI, fuera anulada por diversas Sentencias de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2011, al no haberse respetado en su tramitación las exigencias formales que requiere la aprobación de una norma reglamentaria, y en concreto al haberse omitido el dictamen del Consejo de Estado y la memoria justificativa y económica. En el sistema que se diseña en el Proyecto ahora informado, se pretende que la fijación de la cuantía opere por virtud de una mera resolución, no ya del Ministro de Educación, Cultura y Deporte, sino del Secretario de Estado de Cultura, abocando así a una naturaleza de acto administrativo; cuando todo apunta a que por su contenido esa resolución se asemejará a la Orden PRE/1743/2008, y por consiguiente

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

requeriría al menos el mismo rango que ésta, además de cumplir las exigencias formales de tramitación propias de una disposición normativa, ya que igualmente podrá predicarse de ella su carácter general y abstracto, su vocación de aplicarse reiteradamente y su naturaleza innovadora del ordenamiento jurídico. Es más, los efectos *erga omnes* de esa proyectada resolución del Secretario de Estado de Cultura –que el art. 4.4 del Proyecto, por lo demás, da por descontados, al prever la publicación en el BOE de la misma– son si cabe menos cuestionables en un sistema, como el que pretende instaurarse, en el que el pago de la compensación equitativa por copia privada correrá a cargo del erario público. En fin, sin perjuicio de las ulteriores observaciones que se realicen al comentar el art. 4 del Proyecto, baste ahora poner de manifiesto el contraste tan marcado entre el sistema actualmente vigente de fijación de la cuantía de la compensación y el que se proyecta, así como advertir de los riesgos a que se enfrentará esa “resolución” del Secretario de Estado de Cultura una vez que se apruebe con arreglo al procedimiento descrito en el art. 4 del Proyecto.

- 24.** En otro orden de cosas, este apartado primero del art. 3 deja claro que la cantidad de cuya fijación se trata tiene como único fin compensar el perjuicio causado a los titulares del derecho de reproducción como consecuencia del reconocimiento del límite de copia privada. Esto despeja toda duda sobre la vigencia de este límite en nuestro ordenamiento: compensación y límite deben ir de la mano, tal como se desprende de la Directiva 2001/29, donde a pesar de constituir un límite de transposición voluntaria para los Estados miembros, se exige a los que lo incorporen o mantengan que prevean necesariamente una

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

compensación. La compensación –va de suyo– no debe tener como fin aliviar el perjuicio causado por todas aquellas copias que no se realicen al amparo del mencionado límite, ya sea por faltar alguno de sus requisitos de aplicación –en particular la exigencia de acceso legal a la obra, o la realización de la copia por persona física–, o por afectar a obras sobre las que dicho límite no es operativo (bases de datos electrónicas y programas de ordenador), ya sea por haberse realizado al amparo de otro límite legal o merced a la autorización del titular otorgada en el marco de una licencia de reproducción. Ello deberá tener su reflejo a la hora de fijar la cuantía de la compensación. En este sentido, sería deseable que el artículo 3.1 del Proyecto se remitiera expresamente al artículo 31.2 LPI, así como éste se remite al artículo 25 LPI.

- 25.** En cuanto al apartado 3 del artículo 3, si bien se observa, viene a contemplar un último criterio para la estimación del perjuicio efectivamente causado, ya que no otra cosa es establecer que en las situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho de reproducción sea mínimo, no se originará una obligación de compensación. Podría pues, sencillamente, ubicarse como un criterio más en una nueva letra e) dentro del art. 3.2. Otra opción, quizás más recomendable, sería agregar el contenido de este apartado a modo de un segundo inciso dentro del párrafo primero del artículo 3.2, siguiendo el modelo del actualmente vigente artículo 25.6.4ª.a) LPI, que prevé como primer criterio para la fijación de la compensación “el perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos (...), teniendo en cuenta que si el perjuicio causado al titular es mínimo no podrá dar origen a una obligación de pago”. Ciertamente, se echa en falta una mayor precisión normativa acerca de cómo determinar los casos de “perjuicio mínimo”,

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

sin embargo podría no ser correcto que el real decreto en proyecto, sin apenas base legal, se adentrase en esos pormenores. Parece más prudente esperar a una futura reforma de la LPI para poder alcanzar un nivel mayor de precisión sobre este punto, sin olvidar que, si bien la referencia a las situaciones de perjuicio mínimo tiene su origen en el Considerando (35) de la Directiva 2001/29, también es cierto que una demarcación demasiado amplia del concepto de “perjuicio mínimo” podría vulnerar la regla de los tres pasos (art. 40 bis LPI). Y es que si la compensación debe ser equitativa y ha de compensar el perjuicio efectivamente causado, en principio, siempre que haya un perjuicio relevante debería darse lugar al pago de la misma, de tal modo que la ausencia completa de compensación se reserve para los casos en que el perjuicio sea en verdad irrelevante.

- 26.** Así las cosas, el contenido que puede considerarse propio y central del artículo 3 es el que se localiza en su apartado 2, donde tras establecerse una regla básica para el cálculo del perjuicio efectivamente causado a los titulares de los derechos de reproducción como consecuencia de la realización de copias privadas (“la cuantía de la compensación se calculará sobre la base del perjuicio efectivamente causado a los titulares de los derechos de reproducción como consecuencia de la realización de copias por personas físicas, para su uso privado no profesional ni empresarial”), se enumeran diversos “criterios objetivos” cuya aplicación permitirá realizar la estimación de ese perjuicio.
- 27.** La primera consideración que debe hacerse sobre el contenido de este apartado segundo, debe necesariamente referirse a la propia delimitación de las

Aladda

Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

copias privadas compensables que se hace en el primer párrafo, por vía de acotar indirectamente el alcance del límite de copia privada, al considerar que sólo ampara la realización de copias por personas físicas para su uso privado *no profesional ni empresarial*. Este último requisito, que la copia se aplique a un uso privado no profesional ni empresarial, no está plasmado como tal ni en la norma legal de cuyo desarrollo teóricamente se trata (DA 10 del RD-ley 20/2011), ni tampoco *stricto sensu* en el art. 31 LPI, por más que éste excluya del límite de copia privada aquellas copias que sean objeto de una utilización colectiva o lucrativa (v. gr. no es seguro que la copia privada que un empresario utiliza para amenizar al único trabajador de su centro de trabajo, no abierto al público, esté siendo aplicada a una utilización colectiva o lucrativa, pero en cambio sí podría considerarse hecha para un uso privado profesional o empresarial, términos éstos de alcance más amplio). No parece que el real decreto sea el vehículo normativo idóneo para agregar elementos que pueden redundar en una modulación de los contornos del límite de copia privada, y por añadidura de la extensión de los propios derechos de propiedad intelectual, materia ésta sobre la que no debe olvidarse que pesa una reserva de ley conforme al art. 53.1 CE (“[l]os derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a”).

- 28.** Lo anterior vale incluso aunque pudiera entenderse que desde la jurisprudencia del TJUE se ha realizado una interpretación de la Directiva 2001/29 que permite sostener esa clase de modulación, lo cual es por otra parte incorrecto. Existen

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

dos Sentencias recientes del TJUE sobre esta materia, la de 21 de octubre de 2010 en el asunto C-467/08 (caso Padawan) y la de 16 de junio de 2011 en el asunto C-462/09 (caso Stichting de Thuiskopie). Ciertamente que la Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 15ª, de 2 de marzo de 2011, que resolvió la controversia de fondo a la que se refería la STJUE Padawan vino a apreciar (F. de D 18), en una errónea o, al menos, discutible interpretación de la doctrina del TJUE, que “si bien no es necesario acreditar un uso efectivo de la copia privada en el soporte afectado por el canon, sí que debe ser verosímil que adquirirá este destino, y, en principio, ello sólo ocurrirá cuando los adquirientes de estos soportes o materiales sean particulares, y no empresas o, también, profesionales que destinan esos productos a su actividad profesional (abogados, auditores, ingenieros, arquitectos...)”. Pero la STJUE Padawan había hablado únicamente en términos de “usuarios privados” [la STJUE Stichting de Thuiskopie lo hace en términos de “usuarios finales”, concepto todavía más amplio], sin distinguir si éstos son meros particulares o reúnen la condición de empresarios o profesionales (así: “se ajusta a los requisitos del «justo equilibrio» la previsión de que las personas que disponen de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y que, a este título, de derecho o de hecho, ponen esos equipos a disposición de usuarios privados o les prestan un servicio de reproducción sean los deudores de la financiación de la compensación equitativa, en la medida en que dichas personas tienen la posibilidad de repercutir la carga real de tal financiación sobre los usuarios privados”). El matiz que esta Sentencia introdujo es estrictamente el siguiente: “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

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

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”. Pero esto es algo diferente de señalar que no es verosímil que los equipos, aparatos y soportes de reproducción adquiridos por empresas o profesionales vayan a aplicarlos a la realización de copias privadas de obras protegidas, ergo deben estar exentos del canon por copia privada, que es lo que hace la Audiencia de Barcelona, pasando por alto no sólo que también las personas físicas pueden hacer muchas copias de objetos que no son obras ni prestaciones protegidas, sino que muchas copias de obras y prestaciones son realizadas por personas físicas, para su uso exclusivamente privado, pero utilizando los medios de reproducción disponibles en su profesión o empresa. En fin, mayor fidelidad a la doctrina del TJUE muestra el primero de los criterios objetivos para la estimación de la cuantía de la compensación enumerado en la letra a) del segundo párrafo de este mismo art. 3.2, razón por la cual debería optarse por mantener únicamente la precisión contenida en la misma, que reduce el número estimado de copias [privadas] realizadas por el expediente de excluir las que se hayan efectuado “mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas”. Sumado todo, la delimitación del primer párrafo del art. 3.2 del Proyecto debería únicamente trazarse por remisión al límite del art. 31.2 LPI:

“La cuantía de la compensación se calculará sobre la base del perjuicio efectivamente causado a los titulares de los derechos de reproducción, como consecuencia de la realización de copias privadas por personas

Aladda

Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

físicas con apoyo en el límite previsto en el artículo 31.2 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril”.

- 29.** En segundo lugar, resulta crucial advertir que el art. 2.3 en su primer párrafo señala, en correspondencia con la norma legal de desarrollo (ap. 3 de la DA 10 del RD-ley 20/2011), que “la cuantía de la compensación se calculará *sobre la base del perjuicio* efectivamente causado a los titulares de los derechos de reproducción”, frase de la suficiente ambigüedad como para permitir interpretar que dicha cuantía no necesariamente agotará la totalidad de ese perjuicio estimado, lo que a su vez abre diversos interrogantes sobre si –y cómo– los titulares afectados podrían reclamar la parte restante de perjuicio que, no obstante haber sido estimado gubernamentalmente, no ha tenido reflejo en la cuantía de la compensación y por lo mismo no ha quedado cubierto con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.
- 30.** En otro orden de cosas, obsérvese que el párrafo habla del perjuicio causado a *los titulares de los derechos de reproducción*, concepto más general que el de *beneficiarios de la compensación*, tal como aparecen definidos en el artículo 2 del Proyecto. Esa falta de correspondencia suscita la duda de si, a la hora de calcular la cuantía, se deberá tener en cuenta no sólo el perjuicio causado a los beneficiarios de la compensación *stricto sensu* –autores de obras explotadas públicamente, editores, productores de fonogramas y videogramas y artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en los mismos–, sino también el perjuicio causado a otros titulares del derecho de reproducción

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

(v. gr. realizadores de meras fotografías, editores de obras no protegidas, o entidades de radiodifusión). Si –como parece razonable– únicamente se quiere referir a los primeros, sería conveniente que la Norma en Proyecto se remitiera expresamente a los beneficiarios del artículo 2.

31. Pasando al segundo párrafo del art. 3.2, donde se contiene el catálogo de criterios objetivos para la estimación del perjuicio efectivamente causado a los titulares, afluyen consideraciones de muy distinto orden. Antes que nada, cabe preguntarse nuevamente por la habilitación legal para fijar por vía reglamentaria este tipo de criterios. A día de hoy, como se sabe, los criterios para estimar el importe de la compensación (art. 25.6 LPI, para los equipos, aparatos y soportes de reproducción digitales), cuando no las cuantías mismas del canon (art. 25.5 LPI, para los equipos, aparatos y soportes analógicos), se hallan plasmados en la propia Ley, lo que parece apropiado si se tiene en cuenta que la fijación o la estimación de la cuantía de la compensación tienen la virtud de delimitar el contenido del derecho de propiedad, en concreto el derecho de reproducción de los autores y otros titulares de propiedad intelectual. Por ello, procede volver a interrogarse sobre lo ortodoxo de que sea una norma reglamentaria la que prevea los criterios que se habrán de emplear para la estimación del perjuicio, e indirectamente de la cuantía de la compensación, permaneciendo la ley de referencia como norma puramente en blanco que se remite linealmente al ulterior desarrollo reglamentario. Es de esperar que estos criterios queden incorporados a la LPI en cuanto se produzca la próxima reforma de la misma, pero ello no sería sino la mejor demostración de que entre tanto no es posible que figuren recogidos en una norma de rango reglamentario, lo cual hace que no

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

pueda informarse favorablemente del contenido de este precepto. Dicho lo cual, se procede a un examen de los mencionados criterios, pues no obstante forman parte del texto que ha sido sometido a información pública, a fin de valorar la suficiencia y adecuación de los mismos, así como su consistencia interna y la coherencia con lo dispuesto en otras partes del Proyecto.

- 32.** Con carácter preliminar, cabe señalar que tanto en la norma de cuyo desarrollo se trata (la DA 10 del RD-ley 20/2011), como en el Proyecto reglamentario, se echa en falta una afirmación de partida, que en el actual art. 25 LPI sí existe, pero cuya supervivencia arroja dudas dada la “supresión” del sistema de compensación equitativa en él instaurado. Nos referimos al aserto que aparece en el art. 25.1 LPI, consistente en que la reproducción realizada exclusivamente para uso privado mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos de obras divulgadas de determinadas formas (libros, fonogramas, videogramas u otros soportes análogos), originará una compensación equitativa a favor de los titulares de los derechos de reproducción. La ausencia de esta pieza inicial del sistema –omitida, como decimos, tanto en el Proyecto como en la DA 10 RD-ley 20/2011–, permitiría entender que la compensación regulada en el Proyecto es la relativa a todo tipo de copia privada, también la manual o la realizada por medios técnicos tipográficos, y que asimismo se aplicará con independencia de la forma en que se haya divulgado la obra reproducida, extendiéndose por ejemplo a las obras divulgadas mediante grabados, folletos, pliegos sueltos, y en general cualesquiera soportes no reconducibles a las nociones de libro, fonograma, videograma o análogos. Esto segundo, sin embargo, parece excluirlo la frase final del antepenúltimo párrafo del Preámbulo, al que ya nos

Aladda

Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

hemos referido *supra*. En ella se indica que la compensación equitativa de cuyo procedimiento de pago se trata es la relativa a “las tres modalidades de reproducción, de libros, de sonido, y visual o audiovisual, referidas en el artículo 25 del texto refundido de la Ley de propiedad Intelectual”. Sin duda se refiere al apartado 1 del art. 25 LPI, el cual, atendiendo a esta alusión del Preámbulo del Proyecto, debería considerarse en vigor, hasta el punto de contribuir a delimitar el alcance de la compensación equitativa por copia privada *también* en el nuevo sistema de compensación instaurado por la DA 10 del RD-ley 20/2011. De hecho, el art. 5 del Proyecto dispone una fórmula de distribución de la compensación equitativa que responde a esa tripartición entre: (i) fonogramas y otros soportes sonoros, (ii) videogramas y demás soportes visuales, y (iii) libros y publicaciones asimiladas.

33. La primera letra del artículo 3.2 indica que la estimación del perjuicio se realizará mediante la aplicación del criterio consistente, a su vez, en la “estimación del número de copias realizadas, excluyendo aquellas reproducciones realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas”. Naturalmente, debe partirse de que no es posible establecer de manera perfecta, o mediante una estimación directa, el número de copias privadas efectivamente realizadas, pues en ese caso carecería de sentido configurar la compensación por copia privada como un derecho de simple remuneración, dado que podría operar con normalidad el derecho exclusivo de reproducción y un sistema de copias licenciadas. De hecho, la mejor prueba de esa inviabilidad

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

sería el hecho de que en los países que tienen instaurado el límite de copia privada, el modo de compensarla no se basa en una estimación directa del número de copias realizadas, sino en un gravamen aplicado sobre los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción idóneos para realizar copias privadas. Sin pretender que éste sea el único de los métodos para lograr una estimación –indirecta, naturalmente– de las copias privadas realizadas, pues también podrían emplearse estudios de mercado sobre los hábitos de consumo de los usuarios privados que acceden a obras y prestaciones en condiciones de extraer una copia privada a partir del soporte matriz, sí cabe apuntarlo como uno de los posibles –y seguramente más fiables– de cara a efectuar la estimación de que se trata, pues parece indudable la correlación entre el volumen de equipos, aparatos y soportes idóneos de reproducción comercializados al por menor en un cierto periodo y territorio, y el número de copias privadas efectuadas por los usuarios de los mismos. De hecho, es sintomático que la propia letra a) del art. 3.2, para trazar la exclusión de su segundo inciso, aluda a reproducciones efectuadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas. Esto supone asumir implícitamente que el número de copias privadas realizadas estará en función de los equipos, aparatos y soportes de reproducción que se hayan puesto a disposición de usuarios privados y no estén manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas, y que por tanto la estimación deberá efectuarse a partir de esa magnitud. También en la descripción de la fórmula de cálculo del perjuicio causado en el ejercicio 2012 (DT 3) se advierte una clara correspondencia entre dicho perjuicio y el valor del producto nacional

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

consumido de equipos, aparatos y soportes de reproducción, previa la aplicación de diversos índices correctores. En cualquier caso, sin pretender enfatizar ahora la mayor o menor bondad de un método estimatorio frente a otro, lo que sí debe subrayarse es la necesidad de que el real decreto especifique con claridad cuál de esos métodos habrá que emplear, o si la estimación surgirá de la combinación de varios de ellos, siendo completamente insuficiente limitarse a configurar como criterio el de la estimación del número de copias realizadas.

- 34.** En otro orden de cosas, debe señalarse la contradicción entre la exclusión de esta primera letra del art. 3.2, y la que se desprende del primer párrafo del mismo apartado, donde se dice que el perjuicio es el que resulta como consecuencia de la realización de copias por personas físicas para su uso privado no profesional ni empresarial. Esto quiere decir que hay un determinado número de copias que, pese a su uso privado, no serían compensables por esta vía, o no servirían para computar el perjuicio causado a los titulares. Sin embargo, al fijar el primer criterio de estimación del perjuicio, la exclusión que se traza afecta a las copias hechas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital no puestos a disposición de usuarios privados y manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas, lo que resulta mucho más estricto que una copia hecha para un uso privado no profesional ni empresarial. Por consiguiente, no teniendo los mismos efectos para el cálculo del perjuicio generado por la copia privada la exclusión de unos u otros equipos, aparatos y soportes, se recomienda cohonestar ambos preceptos, y en concreto hacerlo tomando como modelo el segundo, por ser el que refleja correctamente el estándar de la STJUE Padawan.

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

- 35.** Importante resulta asimismo destacar que, fuera de la exclusión trazada en la parte final de esta letra a) del art. 3.2, el Proyecto no contiene ninguna otra excepción o exclusión de cara a la estimación del perjuicio causado, pues como veremos a continuación los restantes criterios de la enumeración no contienen ninguna excepción propiamente dicha, sino más bien pautas genéricas que deberán ser tenidas en consideración. Esto significa que no hay ninguna contemplación de las excepciones actualmente contenidas en el art. 25.7 LPI, relativas a equipos, aparatos y soportes materiales adquiridos por quienes cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción, a discos duros de ordenador, y a equipos, aparatos y soportes adquiridos fuera del territorio español por personas naturales en régimen de viajeros. De no introducirse ninguna precisión en el real decreto proyectado, habrá que entender que todos esos equipos, aparatos y materiales –o, conforme a la sistemática del Proyecto, las copias realizadas mediante ellos– también deberán tenerse en cuenta para la estimación del perjuicio causado a los titulares.
- 36.** Pasando a la segunda letra del catálogo debe decirse que, dependiendo del punto de vista que se adopte, no sería en realidad un criterio más sino una reiteración de la regla general del primer párrafo del art. 3.2. Como ya se dice en éste, con la compensación equitativa se tiende a compensar a los titulares del perjuicio que efectivamente se les causa como consecuencia de la realización de copias privadas. Aceptando que ese perjuicio proviene del impacto que la posibilidad de realizar copias privadas tiene sobre la venta de copias originales,

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

el resultado es que estamos ante otra forma de describir dicho perjuicio, a cuya estimación por tanto difícilmente puede servir lo enunciado en esta letra b). Ahora bien, cabe también adoptar otro punto de vista en relación con el impacto de la copia privada sobre la venta de soportes originales, y es que la copia privada no es nunca sustitutiva de la copia original sino complementaria de ésta, prestando al adquirente una utilidad adicional mas no equivalente a la de una copia original. De aceptarse este otro enfoque, entonces el grado de sustitución real de las copias originales por las privadas es siempre cero, y este criterio no puede prestar ninguna utilidad de cara a la estimación del perjuicio, que no lo sería por las copias originales dejadas de vender sino por un número indeterminado de copias no originales que, dado el ámbito privado en que se realizan, no pueden ser objeto de oportuno licenciamiento. Tanto si se adopta un punto de vista como si se adopta el otro, la conclusión es que la letra b) del art. 3.2 debería suprimirse, bien para elevarse a la categoría de regla general, como fórmula alternativa de descripción del perjuicio causado a los titulares, bien para eliminarse sin más dada su falta de utilidad para estimar el perjuicio efectivamente causado a los titulares. Junto a ello cabe apostillar que la posibilidad real de hacer copias privadas, a la que alude el último inciso de la letra b), está en función sobre todo de la aplicación o no de medidas tecnológicas de protección (MTP), lo que produce un cierto solapamiento con el criterio establecido en la letra d).

37. Los dos criterios enumerados en las letras c) y d) del art. 3.2 constituyen en realidad sendos avisos para indicar que el impacto del límite de copia privada es variable, y por ende el número de copias realizadas también, en función tanto

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

del carácter analógico o digital de las reproducciones, como de la aplicación o no de MTP. Pero, en rigor, no se trata en ninguno de los casos de un criterio autónomo de estimación, sino de sendas modulaciones al primero –y único, en realidad– de los criterios de la lista: el número de copias que una persona puede realizar para su uso privado es mayor, y las copias tenderán a ser de mayor calidad y durabilidad, y requerirán menos tiempo para confeccionarse, en el entorno digital que en el analógico; igualmente, el número de copias privadas que pueden extraerse a partir de un soporte matriz puede variar en función de las MTP que el titular haya implementado. Fuera de esto, el Proyecto no proporciona una guía útil, un patrón que sirva para efectuar una estimación cuantitativa del perjuicio en función del grado de utilización de MTP, o dependiendo de si la reproducción se lleva a cabo por medios analógicos o digitales. El resultado es que en el procedimiento para la determinación de la cuantía, que deberá calcularse a su vez sobre la base del perjuicio causado, el único factor al que en principio podrá estarse es al del número de copias realizadas, minorado por las que se hayan hecho mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas, y teniendo a la vista la posible aplicación de MTP así como el dato de que el límite impacta de manera *distinta* –sin mayores especificaciones– en el entorno analógico y en el digital. En el sistema vigente la diferenciación entre la compensación equitativa de las copias privadas analógicas y digitales tiene un reflejo más palmario, dando lugar a dos sistemas autónomos de fijación de la compensación, el del art. 25.5 LPI para las primeras y el del art. 25.6 LPI para las segundas, aunque naturalmente haya elementos comunes a ambos

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

(como por ejemplo las excepciones, o la mayor parte de ellas, previstas en el art. 25.7 LPI). Asimismo, el factor de la aplicación de MTP es uno de los que se contemplan en el art. 25.6.4ª LPI, dentro del listado de criterios para la determinación del importe de la compensación en el entorno digital, debiendo considerarse que su formulación es más depurada que la del Proyecto, al referirse no sólo a la aplicación de medidas tecnológicas, sino a “la disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas”. Por cierto que mientras que el Proyecto alude a las medidas tecnológicas a las que se refiere el artículo 160.3 LPI, el art. 25.6.4ª.e) LPI lo hace a las medidas tecnológicas a las que se refiere el artículo 161. Esta última referencia resulta más correcta, pues es en efecto el apartado 4 del art. 161 LPI el que alude a la posibilidad de que los titulares de derechos de propiedad intelectual implementen medidas tecnológicas “respecto del número de reproducciones en concepto de copia privada”, y parece claro que son estas concretas medidas, y no las MTP en general, las que deberán ser objeto de ponderación a la hora de estimar el perjuicio efectivamente causado a los titulares de los derechos como consecuencia de la realización de reproducciones al amparo del límite de copia privada.

38. Finalmente, debe señalarse que llama la atención la ausencia de contemplación de otros factores que en el sistema actual son tenidos en cuenta de cara a la fijación del importe de la compensación equitativa, al menos para el entorno digital. Nos referimos a los previstos en las restantes letras del artículo 25.6.4ª LPI. Así, por ejemplo, el que se refiere a la capacidad de almacenamiento de los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción, o al grado de uso de

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

estos objetos para la realización de copias privadas, a la calidad de las reproducciones, o al tiempo medio de conservación de las mismas. Es evidente que no causa el mismo perjuicio un disco no regrabable que otro que sí lo es, una memoria USB de 10 GB que otra de 5, una fotocopidora que hace 10 copias por minuto que otra que hace 50. La oportunidad de tomar en consideración estos factores, u otros análogos, no se desvanece por el hecho de que la compensación vaya a ser abonada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, en lugar de por unos deudores privados involucrados en la comercialización de los equipos, aparatos y soportes de reproducción, si aceptamos –como ya hemos explicado– que una pieza clave para la estimación del perjuicio causado a los titulares, sobre la base del cual se fijará la cuantía de la compensación, será sin duda el volumen de equipos, aparatos y soportes de reproducción que se hayan comercializado durante un determinado ejercicio en el territorio nacional; de tal forma que las características o especificaciones técnicas de esos equipos, aparatos y soportes de reproducción (su capacidad de almacenamiento, su velocidad de copia, la calidad de las reproducciones que permiten hacer, la durabilidad de las mismas) no pueden sino influir en el número de copias privadas efectivamente realizadas, o lo que es lo mismo en el perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos.

39. Más allá de esto, cabe cuestionar la oportunidad de configurar el listado de criterios como un catálogo cerrado. El artículo 25.6.4º LPI, al establecer los criterios que deberán tenerse en cuenta a los efectos de aprobar la Orden Ministerial con los importes de la compensación, indica expresamente “deberán tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes criterios”, lo que deja patente su

Aladda

Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

carácter de lista abierta. Quizás sería prudente introducir en el art. 3.2.II una salvedad análoga, de forma que se indique “la estimación del este perjuicio se realizará mediante la aplicación, *entre otros*, de los siguientes criterios objetivos”.

6. Procedimiento para determinar la cuantía de la compensación (artículo 4), con aplicación supletoria de la Ley 30/1992 (disposición adicional 2ª).

40. Aunque el artículo 4 se titula “procedimiento para determinar la cuantía de la compensación”, en la práctica no se establece ningún procedimiento. Sólo se indica quién inicia el procedimiento (la Secretaría de Estado de Cultura), quién instruye el procedimiento (la Dirección General de Política e Industrias Culturales y del Libro) y quién determina la cuantía (el Secretario de Estado de Cultura). Los criterios para determinar la cuantía vienen establecidos en el artículo 3. En el comentario al apartado 1 de este artículo ya se han hecho algunas reflexiones sobre la previsión de que sea una resolución del Secretario de Estado de Cultura la que determine para cada ejercicio la cantidad adecuada para compensar el perjuicio causado a los titulares de los derechos de reproducción.

41. En la disposición adicional segunda se indica que a este procedimiento del artículo 4 del RD le será de aplicación supletoria la Ley 30/1992 (lo que, teniendo en cuenta que el procedimiento como tal no se detalla en el RD entiendo que quiere decir que se tendrá que estar a lo que marca la Ley 30/1992: todo el Título VI sobre disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos – iniciación, ordenación, instrucción, etc.)

42. Sobre los plazos que establece: Según el punto 1 del artículo 4º, la iniciación de

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

oficio del procedimiento debe realizarse durante el primer trimestre del año. Después hay un máximo de 6 meses a contar desde la iniciación de oficio para adoptar la resolución motivada que fije la cuantía. Lo anterior puede suponer un periodo de hasta 9 meses para adoptar la resolución, a todas luces excesivo, ya que en este plazo tan solo se ha determinado la cuantía, sobre todo por su vinculación con los presupuestos generales del Estado.

43. Una vez fijada la cuantía, quedará el proceso de asignar la compensación a las entidades de gestión (artículo 6º). Allí no se fija plazo de tiempo para que las entidades de gestión concurrentes en una misma modalidad de obra alcancen un acuerdo sobre cómo repartirse la compensación. Si las partes no llegan a un acuerdo y aceptan someterse al arbitraje de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, ésta tiene un plazo de 6 meses desde que el demandado presente la respuesta a la solicitud de arbitraje, plazo prorrogable por 2 meses más si hay acuerdo entre las partes (artículo 9.3 del RD 1889/2011). Pero también puede ocurrir que no se sometan a dicho arbitraje. Unos plazos tan laxos abocan a la no operatividad en la función de recaudación y reparto de las entidades de gestión. Podría sugerirse un plazo menor para la adopción de la resolución motivada.

44. El artículo 4.1 del Proyecto establece que la cuantía de la compensación equitativa por copia privada se determinará el año en curso de que se trate, pero para el año inmediatamente anterior. Eso supone que los presupuestos del año anterior -para el que se determina la cuantía- ya estarán cerrados, y los del año en curso en proceso de cerrarse. Por lo tanto o bien se incluye en los

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

presupuestos del año en curso (o del siguiente si los plazos se agotan) aunque corresponda el pago a algo devengado el año anterior o bien se modifica el sistema y se determinan para el año siguiente de acuerdo con la información del año anterior.

45. Por otra parte, si el pago debe hacerse durante el año presupuestario en curso (según establece el artículo 6º 1), deberían haberse incluido en los presupuestos anteriores (los cerrados) ya que los corrientes aún no estarán confeccionados. La solución que se ha tomado en el ejercicio corriente es la de fijar una cuantía alzada (5.000.000 €) que suponen aproximadamente un 5% de lo que se venía repartiendo por este concepto en ejercicios anteriores, y que sí se han podido incluir en los presupuestos del año en curso, cerrados -generalmente- a finales del año inmediatamente anterior. Pero si se mantiene este criterio arbitrario no se comprende para qué todo ese complejo y lento proceso de determinación de una cuantía ya establecida a tanto alzado.

7. Distribución de la compensación entre las entidades de gestión de cada modalidad (artículo 5).

46. El art. 5 del Proyecto establece una distribución de la compensación equitativa por copia privada que viene a coincidir con la fórmula actualmente empleada en el art. 36 del RD 1434/1992:

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

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

ejecutantes y el 25 por ciento para los productores;

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

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

47. Nada hay que observar pues sobre el fondo de esta disposición, en la medida en que no contiene una auténtica innovación normativa de nuestro ordenamiento. No obstante, incluso el mero mantenimiento del contenido de una disposición hasta ahora vigente puede resultar problemático si, en paralelo, se dispone la derogación de otros preceptos con los que aquella disposición se hallaba relacionada. Es lo que sucede con el concepto de “publicaciones asimiladas” al libro, el cual se emplea en la letra c) del art. 5 del Proyecto y se encuentra definido en el art. 9 del RD 1434/1992 (“[a] los efectos del presente Título se entenderán asimiladas a los libros, las publicaciones de contenido cultural, científico o técnico siempre y cuando: a) 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; b) Tengan al menos 48 páginas por ejemplar”). Puesto que la disposición derogatoria única del Proyecto prevé la derogación en su integridad de ese Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, si la Norma en proyecto no se enmienda a este respecto, se

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

producirá un vacío normativo en cuanto a la definición de lo que debe entenderse por “publicaciones asimiladas” a los libros.

8. Asignación de la compensación a las entidades de gestión (artículo 6).

- 48.** Con respecto a este artículo cabe hacer dos apuntes importantes. El primero, en relación a que las entidades de gestión que concurren sobre una misma modalidad deben acordar la forma de repartirse la cantidad asignada en concepto de compensación por copia privada. Debe indicarse que el Ministerio no es ajeno a las tradicionales “dificultades” de las entidades de gestión que se encuentran en dicha situación de llegar a un acuerdo sobre cómo repartirse la compensación (SGAE-DAMA, CEDRO-VEGAP, AGEDI-AIE, AIE-AISGE).
- 49.** Por otro lado, no se fija plazo para que las entidades de gestión lleguen a acuerdos sobre cómo realizar el reparto, lo cual aboca de nuevo a dilatar el proceso con lo que ello supone de afectación a la función de reparto de las entidades.
- 50.** El segundo apunte se refiere a la forma de solucionar la falta de acuerdo entre entidades. El Proyecto plantea la posibilidad de arbitraje ante la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, pero ¿tiene que ser necesariamente ante este órgano?, ¿no pueden acordar las entidades de gestión un árbitro distinto? El Proyecto, por lo demás, no indica qué solución aplicar en caso de que una de las partes se niegue a someterse a dicho arbitraje (algo que también es habitual en la historia de la relación entre entidades de gestión).

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

51. En definitiva, se necesitan fijar plazos y vías de solución más ágiles porque en caso contrario se puede producir una total y absoluta paralización de la actividad de reparto de las entidades de gestión con el consiguiente perjuicio para sus miembros.

9. Liquidación y reparto de la compensación a los beneficiarios (artículo 7).

52. Sobre el porcentaje para gastos de administración: sabiendo como sabemos la cuantía que el Gobierno piensa destinar para el año 2012 (y al parecer también 2013) en concepto de compensación por copia privada, el porcentaje para gastos de administración que consigna el Proyecto (porcentaje que debe detrarse tras detrarse el 10% que se fija para función social en la disposición adicional primera) es claramente insuficiente para la gestión eficaz y eficiente del reparto.

53. Se exige a las entidades de gestión que lleven a cabo un reparto que excluya la arbitrariedad (artículo 154 TRLPI); para ello es necesario que éstas puedan realizar estudios externos sobre qué materiales y en qué cuantía son objetos de copia privada. Esos estudios tienen un coste difícilmente asumible destinando un porcentaje para gastos de administración de sólo el 5%.

54. Por otro lado, el propio artículo impone unas nuevas obligaciones a las entidades en relación con la comunicación a la Secretaría de Estado de Cultura de los criterios detallados de distribución de las cantidades recibidas entre sus miembros [entendiendo que lo que hay que detallar son los criterios, no las

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

cantidades recibidas por cada miembro de la entidad], así como las cantidades abonadas y pendientes de abonar por modalidad de reproducción, lo cual puede incrementar el coste de la gestión del reparto (máxime cuando se anuncia una futura resolución que será la que establecerá el modelo para la remisión de toda esa información).

55. Finalmente, con respecto al apartado 4, nos preguntamos cuál es el plazo legalmente previsto para la reclamación de cantidades no abonadas a los beneficiarios de la copia privada, ya que ni la norma legal de cuyo desarrollo se trata, ni tampoco el real decreto en proyecto lo establecen. Sería bueno que el real decreto fijara dicho plazo, o bien indicase con más precisión a qué marco legal debe estarse.

10. Actividades de asistencia y fomento por parte de las entidades de gestión (disposición adicional primera).

56. Conforme al primer apartado de esta disposición adicional primera (DA 1), en lo que debe considerarse una mera traslación de lo dispuesto en el art. 155.1 LPI, las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, directamente o por medio de otras entidades deberán promover actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus socios, así como atender actividades de formación y promoción de autores y artistas intérpretes o ejecutantes. En virtud del apartado 2 de esta misma DA 1, las entidades deberán dedicar a las dos modalidades de actividades antedichas, por partes iguales, el 10 por ciento del importe de la compensación equitativa por copia privada que reciban con cargo

Aladda

Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

a los presupuestos del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Sobre este porcentaje a destinar a actividades de asistencia y fomento, de nuevo el principal problema está no tanto en la tasa en sí que se fija, sino en la cuantía de la partida que se destina a la compensación.

57. Con todo, y aunque ciertamente es competencia gubernamental fijar ese porcentaje (artículo 155.2 LPI), se podría exigir una tasa más elevada teniendo en cuenta la importancia que esta labor asistencial tiene en las entidades de gestión (en el vigente art. 39.2 del RD 1434/1992 ese porcentaje es del 20 por 100); si a la baja cuantía que se destine al pago de la compensación se suma este porcentaje tan reducido del 10 por ciento, el resultado es que podrían resultar cantidades ridículas para destinar a función asistencial y de formación. Se debería tener en cuenta que esta función asistencial y de formación (sobre todo la directa a socios de las entidades) no suele encontrarse cubierta por otro tipo de asociación u organismo, y por tanto es un elemento de gran importancia para los miembros de una entidad de gestión.

58. Finalmente, además de recordar lo que ya se dijo *supra*, al comentar el art. 1 del Proyecto, a propósito de la habilitación legal de esta DA 1 del Proyecto, la cual es dudosa por la doble circunstancia de que esta disposición no se está refiriendo en realidad al procedimiento de pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada (aptdo. 2 de la DA 10 RD-ley 20/2011), ni el art. 155.2 LPI habilita al Gobierno para fijar el porcentaje que las entidades deberán destinar a actividades asistenciales y de formación si la compensación por copia privada ha dejado de ser la figura regulada en el art. 25

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

LPI, debe ahora consignarse que el contenido del apartado 4 de esta DA 1 del Proyecto (“[a]simismo [las entidades] deberán remitir a la Secretaría de Estado de Cultura cualquier otra información que ésta requiera en relación con la realización de actividades de asistencia y fomento a la que están obligadas las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual”), que es el único que no tiene correspondencia en ninguno de los apartados del vigente art. 39 RD 1434/1992, podría pecar del mismo vicio del que adolecía el art. 159.1.II LPI (“[a] estos efectos, el Ministerio de Cultura podrá exigir de estas entidades cualquier tipo de información, ordenar inspecciones y auditorías [...]”), el cual fue declarado por el Tribunal Constitucional contrario al orden constitucional de competencias por su Sentencia 196/1997, de 13 de noviembre.

11. Régimen de compensación equitativa por copia privada aplicable al ejercicio 2011 (disposición transitoria 1ª).

59. La disposición transitoria primera del Proyecto (DT 1) se destina a efectuar algunas aclaraciones sobre el régimen de compensación equitativa por copia privada aplicable al ejercicio 2011. El apartado primero establece que “no tendrán derecho a la devolución del importe abonado o repercutido por la aplicación del régimen de compensación equitativa por copia privada los fabricantes, distribuidores, mayoristas o minoristas y compradores finales que lo hubieran satisfecho antes del 1 de enero de 2012, por la adquisición de equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción afectados por dicho régimen de compensación”, mientras que el apartado 2 señala que “los deudores y, en su caso, los responsables solidarios de la compensación equitativa por copia

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

privada que hubieran adquirido tal condición en relación con dicha obligación legal antes del 1 de enero de 2012 y no hubieran presentado la declaración-liquidación a que se refiere el artículo 25.4 del TRLPI o no hubieran abonado las cantidades correspondientes por los equipos, aparatos y soportes materiales adquiridos antes de la citada fecha, lo harán en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor del presente real decreto”.

60. Ambas disposiciones salen al paso de las dudas que se habían suscitado tras la entrada en vigor del RD-ley 20/2011, en virtud de cuya DA 10 se suprimía el régimen de compensación equitativa del art. 25 LPI pero nada se disponía sobre la transición entre dicho régimen y el nuevo sistema instaurado por ese RD-ley de pago de la compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, siendo así que parte de la recaudación por copia privada del ejercicio 2011 podía estar a 1 de enero de 2012 (fecha de entrada en vigor del RD-ley 20/2011) devengado pero no abonado, o abonado por los mayoristas pero no repercutido a los usuarios finales. El problema es que unas disposiciones de este tipo, que vienen a definir la vigencia en el tiempo de derechos y obligaciones relacionados con la compensación equitativa por copia privada, no puedan ser establecidas en una norma de rango reglamentario sin existir el más mínimo sustento para ello en la norma legal de cuyo desarrollo se trate. Por consiguiente, tendemos a pensar que el contenido de esta DT 1 debería ser suprimido de la Norma en proyecto y, en su caso, trasladado a una disposición de rango legal.

12. Estimación del perjuicio causado en el ejercicio 2012 (disposición transitoria

Aladda

Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

3ª) y anticipos de la compensación equitativa correspondiente a este mismo ejercicio (disposición transitoria 2ª).

61. La disposición transitoria 3ª del Proyecto (DT 3) proporciona una serie de pasos que deberán seguirse para la estimación del perjuicio causado por la realización de copias para uso privado durante el ejercicio 2012. Es decir, se trata de un método de cálculo específico, aplicable únicamente a este ejercicio, que ha de ponerse en relación con el art. 3 del Proyecto, en el que con carácter general se regulan los criterios que han de servir para proceder a la estimación de ese perjuicio, los cuales ya han sido analizados en otro epígrafe de este Informe. Con independencia de que examinemos el grado de acierto o bondad de la serie de pasos que esta DT 3 dispone para lograr la estimación del perjuicio causado durante el ejercicio 2012, surge un interrogante preliminar, a saber, por qué razón la serie de pasos prevista para la estimación del perjuicio causado durante el ejercicio 2012, no sería generalizable y válida por tanto para la estimación del perjuicio causado en cualquier ejercicio futuro. O a la inversa, ¿por qué el sistema instaurado en el Proyecto no sería igualmente aplicable al ejercicio 2012? Quizás sería bueno que el Preámbulo de la Norma en proyecto aclarase las razones para crear un sistema de cálculo *ad hoc*, únicamente aplicable al ejercicio en curso. Probablemente, ello tenga que ver con el dato de que en los Presupuestos Generales del Estado ya se haya efectuado una provisión concreta para el pago de la compensación equitativa por copia privada, y cabe pensar que el método descrito en la DT 3 no es sino el que ya se ha seguido para la determinación de esa provisión presupuestaria. De ser así, el margen de maniobra para la modificación de las pautas enumeradas en esta DT 3 sería muy estrecho, por no decir inexistente. Pese a lo cual, no nos abstenemos de

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

realizar diversas observaciones encaminadas –dicho sea respetuosamente para con los redactores del texto proyectado– a la mejora de este precepto. Con carácter preliminar, debe consignarse que la DT 3 únicamente se refiere a la estimación del perjuicio causado a los titulares como consecuencia del límite de copia privada durante el ejercicio 2012, lo que tendría su correspondencia en el art. 3 del Proyecto, pero nada dice sobre el procedimiento de determinación de la cuantía de la compensación calculada sobre la base de ese perjuicio (si será precisa resolución del Secretario de Estado de Cultura), ni sobre la distribución de la compensación o la asignación a las entidades de gestión (arts. 5 y 6). Debe suponerse que también al pago de la compensación del ejercicio 2012 son aplicables las correspondientes disposiciones del Proyecto, pero sería conveniente efectuar alguna manifestación expresa dentro de la propia DT 3 del Proyecto.

- 62.** Si se observa, la fórmula –pues no otra cosa es lo descrito en esta DT 3– empleada para el cálculo del perjuicio causado en 2012 por la realización de copias privadas pivota en torno a dos magnitudes, las cuales se ponen en relación para obtener el cociente o porcentaje que la una representa sobre la otra. Esas dos magnitudes son, por un lado, “el valor del producto nacional consumido de equipos, aparatos y soportes de reproducción”, y por otro, el “gasto de consumo cultural de los hogares detrayéndole el valor del Impuesto sobre el Valor Añadido”. La letra c) de la DT 3 indica que ambos valores deben ponerse en relación para obtener qué porcentaje representa el segundo sobre el primero. A continuación, ese porcentaje se proyectará sobre la cifra de recaudación total de la compensación equitativa por copia privada durante el

Aladda

Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

ejercicio 2011. El resultado, una vez detraídos los gastos de administración, previamente corregidos mediante la aplicación del porcentaje obtenido en la letra c), y actualizado a través del correspondiente índice corrector anual, será el montante del perjuicio causado y compensable durante el ejercicio 2012.

- 63.** Lo que la fórmula descrita parece indicar es que la recaudación de la compensación equitativa por copia privada, tal y como ésta estaba configurada hasta el momento en España, no captaba la proporcionalidad entre gasto de consumo cultural en los hogares y valor que representan los equipos, aparatos y soportes de reproducción dentro del producto nacional, o dicho de otra forma que las tarifas del canon sólo se apoyaban en este último valor, lo que haría necesario introducir un índice corrector, basado en las cifras de consumo cultural de los hogares. Sin embargo, no es eso lo que cabe desprender de la Parte Expositiva de la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, por la que se daba desarrollo al art. 25.6 LPI. En ella se explica cómo *“[a]nalizada la repercusión que el límite de copia privada tiene en nuestro país mediante el uso que del mismo hacen los ciudadanos en sus modos de consumo de las creaciones protegidas y la influencia que sobre estos modos ha tenido la aparición y desarrollo de las nuevas tecnologías, se ha estimado que el perjuicio anual correspondiente a la modalidad de reproducción de obras divulgadas en forma de libros o y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros está comprendido entre 34.800.000 € y 37.200.000 €, y el correspondiente a la modalidad de reproducción de fonogramas u otros soportes sonoros y de reproducción visual o audiovisual es de está comprendido entre 75.400.000 € y 80.600.000 €. Dentro de esta horquilla se sitúa la compensación equitativa que*

Aladda

Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

las entidades de gestión deben recaudar efectivamente”. Ello es coherente con lo preceptuado en el art. 25.6.4ª.b) LPI, que ordena que para la fijación del importe del canon se tenga en cuenta, entre otros factores, “el grado de uso de dichos equipos, aparatos y soportes materiales para la realización de las reproducciones a que se refiere el apartado 1 [copia privada]”. Es evidente que este mandato implica la asunción por el legislador de que los equipos, aparatos y soportes de reproducción digitales, por esencia polivalentes, pueden servir para otros usos además de para la realización de copias privadas, luego no es correcto suponer que en el sistema de compensación equitativa aplicado hasta ahora las tarifas del canon se calculaban, sin matices ni modulaciones, sobre el valor total del producto nacional consumido de equipos, aparatos y soportes de reproducción.

64. Dicho lo anterior, que sirve para poner en cuestión la propia base sobre la que descansa la fórmula de cálculo descrita en la DT 3, cabe hacer algunas observaciones de menor alcance, relativas a los diversos pasos o componentes de dicha fórmula. Así, por lo que se refiere al valor del producto nacional consumido de equipos, aparatos y soportes de reproducción, no se entiende por qué no se expresa, como se hace en la letra b), en término de gasto de consumo de los hogares (a fin de cuentas el producto nacional *consumido* no debería ser cosa distinta de ese gasto), ni por qué no se prevé la detracción del IVA. Parece claro que para que ambas magnitudes sean homogéneas, deberían expresarse en unos términos equivalentes, y desde luego no hay tal equivalencia si la primera se computa en valores brutos, con inclusión del IVA, y la segunda no. Fuera de ello, son muchos los interrogantes que surgen a propósito de la

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

magnitud consistente en el “producto nacional consumido de equipos, aparatos y soportes de reproducción”, pero baste mencionar una a modo de ejemplo: ¿deberán incluirse a efectos de este cómputo los discos duros de ordenador, y en caso afirmativo qué debería entenderse por tales? Teniendo en cuenta las vicisitudes por las que atraviesa la Orden PRE/1743/2008 y la vigencia, al menos formal, del art. 25.7 LPI, se haría necesario introducir una precisión a este respecto.

65. En cuanto al gasto del consumo cultural de los hogares, puede resultar un concepto algo ambiguo. Es evidente que se trata de captar el valor de lo consumido en bienes o servicios que permitan a los consumidores acceder a obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual en condiciones de hacer copias privadas de las mismas, pero por eso mismo quizás fuera bueno introducir una precisión en estos o parecidos términos. Debería asimismo notarse que parte del gasto en consumo cultural puede solaparse con el propio valor del producto nacional consumido de equipos, aparatos y soportes de reproducción, y que por tanto existe una zona de intersección entre ambas magnitudes que provoca una interferencia grave para la aplicación de la fórmula. Me refiero al hecho de que algunos equipos y aparatos de reproducción son al mismo tiempo, gracias a su multifuncionalidad, medios empleados en los hogares para el consumo cultural, un consumo cultural de bienes o servicios susceptibles de ser copiados privadamente empleando esos mismos equipos y aparatos. Esto sucede, por ejemplo, con la mayoría de equipos de reproducción del sonido, que llevan incorporada una grabadora, con muchos equipos de reproducción de la imagen, y desde luego con los ordenadores personales y los

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

terminales de telefonía móvil, la amplia mayoría de los cuales, además de dar acceso a contenidos comunicados o puestos a disposición del público a través de Internet, dispone de una unidad grabadora o almacenadora de datos que facilita la copia privada. Sería pues necesario computar también en la magnitud consistente en el gasto de consumo cultural de los hogares, una parte del propio valor del producto nacional consumido de equipos, aparatos y soportes de reproducción; y parece un elemento de la suficiente importancia como para que la DT 3 de la Norma en proyecto efectúe la oportuna advertencia al respecto.

66. La disposición transitoria segunda (DT 2) del Proyecto se refiere a la posibilidad de solicitar anticipos a cuenta de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2012. Según el primer apartado, a partir de la entrada en vigor del RD –el día siguiente al de su publicación en el BOE (DF 3ª Proyecto)–, el Secretario de Estado de Cultura podrá conceder a las entidades de gestión un anticipo a cuenta de la concesión de la compensación correspondiente a 2012, con cargo a los Presupuestos de dicho ejercicio –tal como se deriva de la DA 10ª RD-ley 20/2011, de 30 de diciembre–. Es una facultad que se deja a la discrecionalidad del Secretario de Estado de Cultura. Nótese que el término “concesión”, si bien es correcto cuando se refiere a los anticipos, no lo es cuando se aplica a la propia compensación, que no es una concesión derivada de la discrecionalidad gubernamental o administrativa, sino una obligación legal conectada con la satisfacción de un derecho subjetivo de los titulares de derechos de propiedad intelectual.

67. Existen bastantes extremos que la DT 2 deja sin aclarar: 1) bajo qué

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

circunstancias podrían las entidades de gestión solicitar estos anticipos ni qué criterios utilizará el Secretario de Estado de Cultura para concederlos; 2) qué plazo tienen las entidades de gestión para reclamar estas cantidades; 3) si son las entidades de gestión las que, por sí mismas y bajo su iniciativa, pueden reclamar esos anticipos o si los titulares del derecho a la compensación pueden instar a las entidades a solicitarlos (piénsese que nos encontramos ante un derecho de gestión colectiva obligatoria que las entidades gestionan también para los no socios). En cualquier caso, se trata de anticipos a cuenta, es decir, que serán descontados de las cantidades que perciban las entidades de gestión una vez realizada la liquidación definitiva de la compensación (apartado tercero de esta DT).

- 68.** Según el apartado segundo de la DT 2, la cuantía total de estos anticipos no puede exceder el límite de las disponibilidades presupuestarias del presupuesto de ese ejercicio. Además, el importe que cada entidad de gestión puede solicitar como anticipo deberá calcularse en función del porcentaje medio recibido en concepto de compensación durante los tres últimos ejercicios de los que se disponga de datos oficiales. No se trata de los tres últimos ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud del anticipo, sino de los tres últimos ejercicios en los que consten datos oficiales sobre la cuantía de compensación recibida por tal entidad de gestión, algo que podría resultar injusto, dado que el perjuicio tiende a aumentar con los años y no a reducirse, como regla general.
- 69.** Siendo un régimen transitorio, se aplicará únicamente para el ejercicio de 2012, por lo que no habrá la posibilidad de solicitar anticipos en los ejercicios

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

posteriores. Sin embargo, no se hallan razones para circunscribir esta posibilidad al ejercicio en curso: en un sistema de compensación equitativa con cargo a Presupuestos Generales del Estado, no habría dificultad en dotar al sistema de anticipos de un carácter ordinario.

13. Derogación normativa (disposición derogatoria única).

70. La disposición derogatoria única del Proyecto prevé derogar “las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan al presente real decreto y en particular, en su integridad, el Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, en la versión dada a los mismos por la Ley 20/1992, de 7 de julio, y el Real Decreto 1802/1995, de 3 de noviembre, por el que se establece el sistema para la determinación de la remuneración compensatoria por copia privada en las ciudades de Ceuta y Melilla”. En principio, tiene sentido que el real decreto en tramitación disponga la derogación de su antecesor, que venía a desarrollar el sistema de recaudación y liquidación de la compensación equitativa por copia privada instaurado en el art. 25 LPI, el cual se ha visto desplazado por el nuevo mecanismo de pago de la compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado introducido por la DA 10 del RD-ley 20/2011. La derogación, por lo demás, es en parte sólo formal, ya que hemos tenido ocasión de comprobar cómo algunos de los contenidos del RD 1434/1992 están llamados a sobrevivir, bajo una redacción idéntica o muy similar, en algunos de los artículos del futuro real decreto. Así, el sistema de reparto entre titulares del art. 36 del RD 1434/1992 aparece prácticamente transcrito en el art.

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

5 de la Norma en proyecto, o la regulación del porcentaje de la compensación equitativa que las entidades de gestión deberán necesariamente destinar a actividades asistenciales y de formación/promoción, actualmente localizada en el art. 39 del RD 1434/1992, tiene su plasmación en la disposición adicional primera del Proyecto.

- 71.** Ahora bien, no puede dejar de observarse que el contenido del RD 1434/1992 es más extenso de lo que parece, y contiene definiciones o delimitaciones de no poca importancia, algunas de las cuales el Proyecto no ha previsto rescatar de la derogación. Alguna ya ha sido objeto de mención al tratar del comentario al art. 5, como es el caso de la noción de “publicaciones asimiladas” a los libros, la cual aparece definida en el art. 9.3 del RD 1434/1992. El Proyecto maneja el concepto de publicaciones asimiladas a los libros pero se olvida de que, si se deroga íntegramente el RD 1434/1992 dejaría de existir una norma en nuestro ordenamiento que defina lo que debe entenderse por tales.
- 72.** Otro tanto cabe decir de la importante previsión contenida en el art. 10.1.a) del RD 1434/1992, conforme a la cual no tienen la consideración de reproducciones para uso privado del copista, en el sentido del art. 31.2 LPI, “las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización”. De nuevo debe llamarse la atención sobre el hecho de que la íntegra derogación del citado Real Decreto, no acompañada de la plasmación en la futura norma reglamentaria de una delimitación de esta naturaleza, abocaría a que las copias efectuadas en copisterías, ya sean hechas por el personal de la

Aladda

*Asociación Literaria y Artística para la
Defensa del Derecho de Autor*

Grupo Español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)

empresa o efectuadas por el propio cliente accionando las máquinas mediante la inserción de monedas o de una tarjeta, debiesen ser consideradas copias privadas y no copias licenciadas, como hasta ahora han venido considerándose, lo cual generaría un impacto de grandes proporciones en el sector de la copia reprográfica, que no es seguro que el Gobierno desee provocar. Se recomienda pues, revisar la disposición derogatoria del Proyecto, evitando una íntegra derogación del RD 1434/1992, o bien proceder a “rescatar” un mayor número de sus contenidos en el articulado del futuro real decreto.

En Madrid, a cinco de noviembre de dos mil doce.

Fdo. Ramón Casas Vallés
Presidente de ALADDA