

ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS EN TORNO A LA FIGURA DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA EN ESPAÑA Y EL REINO UNIDO*

COMPARATIVE STUDY OF THE FAIR COMPENSATION FOR PRIVATE COPYING SCHEME IN SPAIN AND THE UNITED KINGDOM

JAIME DELGADO GARCÍA-POMAREDA**

Resumen: El trabajo pretende señalar las fricciones y dificultades que se dan en materia legislativa-tecnológica respecto a la excepción por copia privada, comenzando por el análisis de la jurisprudencia del TJUE. Posteriormente, se estudiarán y compararán los sistemas de compensación español y británico. Mediante este análisis se pretenden mostrar las problemáticas presentes en el sistema europeo, evidenciados por la trayectoria legislativa de ambos países. A continuación se exponen algunos de los más acuciantes defectos que acarrea el sistema supranacional de compensación, para proponer alternativas tanto de legislación, como de financiación y hasta de enfoque de la excepción por copia privada. El estudio procura así plantear una reinención de la regulación actual, cuya quasi obsolescencia y trabas son recurrentes a lo largo del contenido del mismo.

Palabras clave: compensación equitativa, excepción por copia privada, Reino Unido, España, Unión Europea.

Abstract: The paper intends to point the frictions and difficulties regarding the exception for private copying, from a legislative and technologic perspective. The analysis begins with the study of the caselaw of the European Court of Justice, followed by the examination and comparison of the Spanish and British systems of compensation. The analysis aims to show the issues present in the European system, highlighted by the legislative process of both countries. Hereafter, some of the more pressing defects of the supranational system of compensation will be exposed, so that legislative, financing and approach alternatives can be offered for the exception for private copying. This essay seeks to propose a reinvention of the current regulation, as well as exposing its obsolescence and hurdles.

Keywords: fair compensation, exception for private copying, United Kingdom, Spain, European Union.

* Fecha de recepción: 24 de enero de 2018.

Fecha de aceptación: 21 de febrero de 2018.

** Finalista en la modalidad de Derecho privado, social y económico del VII Premio Jóvenes Investigadores. Estudiante del Máster de Propiedad Intelectual, Industrial y Nuevas Tecnologías (LL.M. IP & IT) en la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: jaime.delgado.gp@outlook.com.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. ANÁLISIS DE LA FIGURA DE LA COPIA PRIVADA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE; 2.1. Respecto a la excepción por copia privada; 2.2. Identificador del deudor de la compensación; 2.3. Equipos sometidos al canon; III. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LEGISLACIÓN Y SENTENCIAS DE ESPAÑA; IV. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LEGISLACIÓN Y SENTENCIAS DEL REINO UNIDO; V. ANÁLISIS CONJUNTO DE AMBOS ORDENAMIENTOS; VI. CONCLUSIONES; VII. BIBLIOGRAFÍA; 7.1. Artículos y libros; 7.2. Informes.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es el análisis y estudio de la regulación de la excepción por copia privada en el marco europeo, contrastando el ordenamiento británico y el español. La compensación equitativa por copia privada, comúnmente conocida como canon por copia privada, consiste en una tasa aplicada a determinados medios de grabación y reproducción, cuya recaudación se destina al autor, editor, artista o productor como compensación por las copias hechas en el ámbito doméstico para cubrir utilidades no comerciales¹.

Se han elegido estos dos países para su estudio y comparación por diversos motivos. En primer lugar, y como característica común, ambos han visto recientemente cómo su sistema de compensación equitativa por copia privada era desmantelado judicialmente². En segundo lugar, se han escogido por el contraste entre sus diferentes enfoques a la hora de establecer la financiación de sus sistemas de compensación: mientras que España tradicionalmente recurrió a un sistema de canon –reimplantado en 2017–, el Reino Unido se comporta de manera diametralmente opuesta, evitándolo explícitamente³. Este contraste entre el enfoque que ambos países emplean a la hora de regular la compensación equitativa es determinante para su análisis comparado.

En tercer lugar, ambos países están sometidos –de momento– al marco de la Unión Europea y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como referente y marco de ambos ordenamientos y proveedor de directrices para la transposición y cumplimiento de la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Esta Directiva tiene como objetivo la creación de un sistema eficaz y riguroso de

¹ Para disponer de un soporte de la obra en otro momento, lugar o formato. Véase SÁNCHEZ ARISTI, R., «La copia privada digital», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.* núm. 4, 2003, p.11.

² Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros) de 9 de junio de 2016; Sentencia nº 2394/2016 de TS, Sala 3ª, de lo contencioso-administrativo, 10 de noviembre de 2016.; y Sentencia de la High Court of Justice del 19 de junio de 2015, BASCA & Others -v- Secretary of State for Business, Innovation & Skills (en adelante, BASCA-v-BIS).

³ Como se señalará en el primer párrafo, apartado cuatro de este trabajo.

protección de los derechos de autor, haciendo operativos los principios y garantías establecidos por las normas jurídicas mediante su protección por medio de medidas tecnológicas⁴.

II. ANÁLISIS DE LA FIGURA DE LA COPIA PRIVADA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

2.1. Respecto a la excepción por copia privada

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el alcance de la excepción por copia privada no puede ser ampliado por los Estados Miembros. Sin embargo, sí se contempla la posibilidad de que los Estados Miembros establezcan las excepciones o limitaciones que recoge la Directiva de manera más restringida⁵.

Una correcta interpretación del artículo 5.2 b) de la Directiva 2001/29 excluye el supuesto en el que las copias privadas se realicen a partir de una fuente ilícita⁶. De este modo, a la hora de proceder al cálculo del daño producido a los titulares de derechos de propiedad intelectual, la indemnización mediante compensación equitativa no tendrá en cuenta los perjuicios causados por la piratería. La indemnización de dicho perjuicio –existente y creciente– habrá de ser perseguida de otro modo, como puede ser la demanda específica contra los sujetos que llevan a cabo o colaboran con la piratería. En consecuencia, la articulación de la compensación equitativa por copia privada no puede ser el cauce efectivo o adecuado para conseguir dicha indemnización.

En cuanto a su alcance, la Directiva impone a los Estados Miembros una obligación no de medios sino de resultado: garantizar la percepción efectiva de la compensación equitativa⁷. De este modo, deja libertad a los países para regular los pormenores de su aplicación. Esto ha dado pie a enormes diferencias entre los regímenes nacionales de los Estados Miembros en cuanto a las formas de financiación de la compensación y los soportes y aparatos gravados, entre otros. Impone, eso sí, tres requisitos para establecer la excepción de la copia privada: debe aplicarse solo en determinados casos concretos, no debe entrar

⁴ Considerandos (11) y (13) Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

⁵ Parágrafo (27) Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-435/12 (ACI Adam BV y otros / Stichting de Thuiskopie, Stichting Onderhandeligen Thuiskopie vergoeding) de 10 de abril de 2014.

⁶ Parágrafo (41) Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-435/12 (ACI Adam BV y otros / Stichting de Thuiskopie, Stichting Onderhandeligen Thuiskopie vergoeding) de 10 de abril de 2014.

⁷ Parágrafo (106) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C277/10 (Martin Luksan contra Petrus van der Let) de 9 de febrero de 2012 y (34) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-462/09 (Stichting de Thuiskopie / Opus Supplies Deutschland GmbH, M. van der Lee, H. van der Lee) de 16 de junio de 2011.

en conflicto con la explotación normal de la obra y no puede perjudicar injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho de autor⁸.

Respecto al concepto de compensación equitativa, la Directiva 2001/29/CE no estipula su definición legal expresa, ni la remite al Derecho nacional de los Estados Miembros. El TJUE, en vista de estas circunstancias y mediante su doctrina jurisprudencial, declaró la definición de compensación equitativa como concepto autónomo del Derecho de la Unión Europea⁹. Se debe interpretar así de manera uniforme en todos los Estados Miembros que hayan establecido una excepción de copia privada, independientemente de su facultad para determinar la forma, modalidades de financiación y percepción y la cuantía de la compensación¹⁰. Esta cuantía y el concepto de la propia compensación están vinculados al perjuicio causado al autor mediante la reproducción para uso privado, no autorizada, de su obra protegida: la compensación debe considerarse la contrapartida de este perjuicio¹¹. El uso de este término de «compensación» o «recompensa» en los considerandos trigésimo quinto y trigésimo octavo de la Directiva 2001/29 reflejan la voluntad del legislador de establecer una obligación de recompensar a los autores por este daño¹². El Tribunal de Justicia considera que la realización de una copia de una obra protegida por una persona física que actúa a título particular debe considerarse un acto que puede generar un perjuicio para el autor de la obra en cuestión¹³.

La compensación equitativa se configura con una naturaleza obligatoria e indisponible en sucesivas sentencias del Tribunal de Justicia. Cuando el legislador nacional haya decidido introducir o mantener la regulación de una excepción de copia privada, habrá de regular asimismo, de manera imperativa, la compensación equitativa aplicable a esta. El titular del derecho –normalmente el autor, aunque también los editores, los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas y grabaciones audiovisuales, como titulares de un derecho de reproducción– no puede renunciar a la percepción de esta compensación¹⁴

⁸ Parágrafo (21) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-462/09 (Stichting de ThuisKopie / Opus Supplies Deutschland GmbH, M. van der Lee, H. van der Lee) de 16 de junio de 2011, en aplicación de la «prueba de los tres pasos» incluida en el artículo 9.2 del Convenio de Berna (Acta de Estocolmo de 1967), que permite a los Estados firmantes incluir en sus legislaciones excepciones o limitaciones al derecho de reproducción siempre que se cumpla con estos tres requisitos.

⁹ Parágrafo (37) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C467/08 (Padawan-SGAE) de 21 de octubre de 2010.

¹⁰ LÓPEZ MAZA, S. y MINERO ALEJANDRE, G., «El carácter equitativo de la compensación por copia privada. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de octubre de 2010 (caso Padawan)», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 36, 2010, página 7.

¹¹ Parágrafo (40) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C467/08 (Padawan-SGAE) de 21 de octubre de 2010 y parágrafo (30) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C37/16 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Polonia) de 18 de enero de 2017.

¹² Ídem, parágrafo (41).

¹³ Ídem, parágrafo (44).

¹⁴ Parágrafo (100) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C277/10 (Martin Luksan contra Petrus van der Let) de 9 de febrero de 2012.

ni siquiera a cambio del alquiler¹⁵. El hecho de que el autor dé su autorización para la utilización de los archivos que contienen sus obras no afecta a la obligación de compensación equitativa¹⁶.

2.2. Identificación del deudor de la compensación

En cuanto a la identificación de la persona que debe considerarse deudora de la compensación equitativa, el propio TJUE admite que la Directiva 2001/29 no regula explícitamente la cuestión de quién debe pagar dicha compensación, confiando esta potestad a los Estados miembros. Estos «disponen de un amplio margen de apreciación» para determinar quién debe abonar esta compensación equitativa, siempre que el deudor final esté relacionado con el perjuicio causado al titular del Derecho de propiedad intelectual¹⁷.

El hecho de que se haya pagado ya un canon análogo en otro Estado miembro no excluye la obligación impuesta por el Estado del canon de copia privada¹⁸. El TJUE presume que el perjuicio que precisa reparación se produce en el Estado Miembro residencia de los usuarios finales que reproduzcan una obra protegida para su uso privado sin autorización previa del titular de los derechos correspondientes¹⁹. Considerando así la compensación equitativa como la contrapartida de este perjuicio, calculada en base al criterio de este, afirma el TJUE que no puede sostenerse que el traslado entre Estados Miembros de soportes de grabación utilizables para la grabación aumente el perjuicio ocasionado a los titulares²⁰.

Quien causa el perjuicio al titular exclusivo del derecho de reproducción es la persona que realiza para su uso privado una reproducción de una obra sin la autorización previa del titular –incumbe *en principio* a dicha persona reparar el perjuicio derivado de tal reproducción–²¹.

¹⁵ Ídem, párrafo (102).

¹⁶ Párrafo (67) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-463/12 (Copydan Båndkopi contra Nokia Danmark A/S) de 5 de marzo de 2015.

¹⁷ Párrafo (23) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-462/09 (Stichting de ThuisKopie / Opus Supplies Deutschland GmbH, M. van der Lee, H. van der Lee) de 16 de junio de 2011.

¹⁸ Párrafo (66) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-521/11 (Amazon.com y otros / Austro-Mechana) de 11 de julio de 2013.

¹⁹ Párrafo (35) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-462/09 (Stichting de ThuisKopie / Opus Supplies Deutschland GmbH, M. van der Lee, H. van der Lee) de 16 de junio de 2011 y párrafo (58) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-521/11 (Amazon.com y otros / Austro-Mechana) de 11 de julio de 2013.

²⁰ Párrafo (62) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-521/11 (Amazon.com y otros / Austro-Mechana) de 11 de julio de 2013.

²¹ Párrafo (45) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C467/08 (Padawan-SGAE) de 21 de octubre de 2010; párrafo (26) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-462/09 (Stichting de ThuisKopie / Opus Supplies Deutschland GmbH, M. van der Lee, H. van der Lee) de 16 de junio de 2011; y párrafo (23) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-521/11 (Amazon.com y otros / Austro-Mechana) de 11 de julio de 2013.

Dadas las evidentes dificultades en la práctica para identificar a todos y cada uno de los usuarios privados, una posibilidad para la financiación de esta compensación es la facultad que tienen los Estados miembros para establecer un canon por copia privada: una tasa aplicada sobre el precio de venta de aparatos, soportes y equipos de reproducción y grabación. En el marco de este sistema, las personas que dispongan de los equipos gravados serán las obligadas a abonar el canon²². Este no deberá aplicarse a equipos suministrados a personas distintas de las personas físicas –es decir, personas jurídicas– y/o con fines manifiestamente ajenos a realizar copias para el uso privado²³.

Pero, ¿qué se entiende por un uso manifiestamente ajeno a realizar copias para el uso privado? En la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de septiembre de 2016 (Asunto C-110/15) el *Consiglio di Stato* emplea la expresión «fines manifiestamente ajenos a la copia privada —es decir, para uso exclusivamente profesional»²⁴. Si bien esto no constituye un pronunciamiento expreso del TJUE, este tribunal ni contradice esta concepción, ni la aclara o especifica en ningún lugar de la sentencia. Bercovitz Rodríguez-Cano también entiende que el uso manifiestamente distinto a la realización de copias privadas se refiere a su utilización empresarial, profesional o por administraciones públicas: «(...) el sistema de compensación equitativa no puede aplicarse a la comercialización de equipos, aparatos y soportes cuando su destino sea su utilización empresarial o por cualquiera de las administraciones públicas y demás órganos del Estado»²⁵.

Esta acotación, sin embargo, no se corresponde con una interpretación realista del término «uso manifiestamente distinto a la realización de copias privadas»: la adquisición de una tarjeta de memoria para una cámara para realizar fotografías en condición de aficionado no es un uso profesional ni empresarial y quedaría razonablemente fuera de la acepción. Sin embargo, se dice que la aplicación del gravamen de este tipo de situaciones se justifica por la imposibilidad de comprobar el destino efectivo que esa persona física vaya a dar al soporte adquirido. La comprobación de las circunstancias particulares de cada adquirente que no tendría por qué soportar este canon es tan solo una de las trabas que aquejan a este sistema.

²² Parágrafo (27) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-462/09 (Stichting de ThuisKopie / Opus Supplies Deutschland GmbH, M. van der Lee, H. van der Lee) de 16 de junio de 2011

²³ Parágrafo (52) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C467/08 (Padawan-SGAE) de 21 de octubre de 2010; parágrafo (28) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-521/11 (Amazon.com y otros / Austro-Mechana) de 11 de julio de 2013; y parágrafo (47) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-463/12 (Copydan Båndkopi contra Nokia Danmark A/S) de 5 de marzo de 2015.

²⁴ Parágrafo (16) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-110/15 (Microsoft Mobile Sales International Oy, anteriormente Nokia Italia SpA y otros contra Ministero per i beni e le attività culturali (MiBAC) y otros) de 22 de septiembre de 2016.

²⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La copia privada», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, F.; GONZÁLEZ GOZALO, A. y SÁNCHEZ ARISTI, R., *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006, p. 55.

A esto se suma la dilatación de este proceso de comprobación, acompañado de un elevado riesgo de falseamiento en la declaración de uso, siendo imposible su comprobación sin vulnerar el derecho fundamental amparado por el artículo 18 de la Constitución Española. Del análisis ponderado de la aplicación de ambos derechos –el derecho fundamental a la intimidad y el derecho a la propiedad privada, regulados en el art.18 CE y art. 33 CE respectivamente–, se puede concluir que la aplicación de la normativa sobre compensación equitativa en modo alguno puede suponer una afectación del derecho a la intimidad.

Debe considerarse, en principio, al usuario que realiza la reproducción a título privado de una obra o prestación protegidas como el deudor de la compensación equitativa²⁶. En un sistema de canon, las personas que ponen los equipos a disposición de estos usuarios pueden ser los deudores de la financiación, ya que pueden repercutir esta sobre el importe que abonen los usuarios privados; ajustándose así a los requisitos del justo equilibrio del Tribunal de Justicia.

El TJUE ha observado en posteriores sentencias que esta consideración debe extenderse más allá del sistema de canon, es decir: el deudor de la compensación equitativa ha de considerarse a todas luces el usuario privado, sea cual sea el sistema de compensación que regule cada legislador nacional²⁷. Por otro lado, el Abogado General Maciej Szpunar argumenta que este razonamiento solo se aplica en los contextos de las sentencias en las que se menciona, todas ellas respectivas al canon por copia privada; y que en su conjunto, pues, no identifican una línea jurisprudencial clara y coherente²⁸.

En caso de que se ignore si los adquirentes finales serán particulares o profesionales, podrá aplicarse el canon sin distinciones si se cumple acumulativamente con los siguientes requisitos: si el establecimiento del régimen está justificado por dificultades prácticas; los obligados al pago del canon estarán exentos si demuestran que han suministrado los soportes, aparatos o medios a personas distintas de las físicas y/o con fines manifiestamente ajenos

²⁶ Parágrafo (29) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-462/09 (Stichting de ThuisKopie / Opus Supplies Deutschland GmbH, M. van der Lee, H. van der Lee) de 16 de junio de 2011.

²⁷ Parágrafo (34) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros) de 9 de junio de 2016.

²⁸ «(...) a mi juicio esta lectura de la jurisprudencia no tiene en cuenta ni el contexto en el que se dictaron las sentencias del Tribunal de Justicia, ni su estructura ni su razonamiento global. Ahora bien, si, para resolver una cuestión jurídica, se quiere encontrar fundamento en la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia, no se trata de hallar en esta jurisprudencia pasajes aislados que pueden sostener una u otra tesis, sino de identificar una línea jurisprudencial clara y coherente, considerando también su evolución, y determinar a continuación si esta línea puede servir de base para resolver nuevos litigios». Parágrafos (28) y (29) Conclusiones Abogado General Maciej Szpunar. Asunto C470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros), presentadas el 19 de enero de 2016. – Esta interpretación no fue seguida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

a la reproducción para uso privado; y se establezca un derecho a la devolución del canon por copia privada efectivo y que no dificulte excesivamente la devolución del canon pagado²⁹.

2.3. Equipos sometidos al canon

Una vez que una persona física accede a un equipo, aparato o soporte de reproducción según el TJUE, se presume legítimamente que se explotan plenamente las funciones de estos equipos, incluida la reproducción³⁰. La mera capacidad de estos equipos o aparatos para realizar o para almacenar copias basta para justificar la aplicación del canon por copia privada³¹.

El criterio útil es, por tanto, el «posible daño»: el sistema de financiación de la compensación equitativa sólo es compatible con el «justo equilibrio» en el caso de que los aparatos gravados sean susceptibles de su utilización para realizar copias privadas y puedan causar un perjuicio a los autores de obras protegidas.³²

El problema de este criterio, en palabras del Abogado General en sus conclusiones en el asunto EGEDA, es que a día de hoy cualquier equipo electrónico es prácticamente un ordenador, con funciones tanto de grabación como de creación de contenido audiovisual. Sin embargo, que todo comprador de tales equipos se disponga probablemente a realizar copias de obras protegidas es bastante cuestionable.³³ Se crea así un sistema de socialización del riesgo: todos los compradores soportan el canon para financiar el perjuicio que realiza únicamente un porcentaje de ellos. Argumenta razonablemente el Abogado General que este sistema poco tiene que ver con el sistema general de indemnización de daños y perjuicios en el Derecho Civil³⁴.

²⁹ Parágrafo (55) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-463/12 (Copydan Båndkopi contra Nokia Danmark A/S) de 5 de marzo de 2015; y parágrafo (31) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-521/11 (Amazon.com y otros / Austro-Mechana) de 11 de julio de 2013.

³⁰ Parágrafo (55) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C467/08 (Padawan-SGAE) de 21 de octubre de 2010.

³¹ Parágrafo (56) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C467/08 (Padawan-SGAE) de 21 de octubre de 2010, parágrafo (42) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-521/11 (Amazon.com y otros / Austro-Mechana) de 11 de julio de 2013.

³² Parágrafo (28) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-521/11 (Amazon.com y otros / Austro-Mechana) de 11 de julio de 2013.

³³ Parágrafo (44) Conclusiones Abogado General Maciej Szpunar. Asunto C470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros), presentadas el 19 de enero de 2016. – Contrapuesto a la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

³⁴ Parágrafo (45) Conclusiones Abogado General Maciej Szpunar. Asunto C470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros), presentadas el 19 de enero de 2016.

Como resultado de esta forma de gravamen y compensación, el legislador europeo, el nacional y el Tribunal de Justicia se ven obligados a ir estableciendo, consultando y actualizando criterios (con inevitable retraso) para la determinación de la compensación equitativa mediante canon. Estos llegan siempre rezagados respecto a la realidad social, en la que las nuevas características y funcionalidades de los soportes tecnológicos avanzan a una velocidad muy superior.

Como acertadamente señala el Abogado General en sus Conclusiones en el asunto *Nokia Italia*, la compensación equitativa se aplica generalmente a dispositivos y soportes que puedan emplearse para realizar copias privadas, incluyendo CDs, ordenadores, teléfonos móviles, y soportes de memoria y USB. Esta compensación se basa en la presunción de que el adquirente de estos terminales empleará todas las funciones de las que éstos sean capaces, incluyendo la posibilidad de realizar copias privadas. Sin embargo, la Directiva 2001/29/CE tiene ya más de quince años, y el panorama tecnológico ha cambiado drásticamente. La copia privada actualmente ha sido sustituida por servicios basados en internet que permiten a los titulares de derechos controlar el uso de su material protegido por derechos de autor mediante contratos de licencia. Sin embargo, la excepción de copia privada continúa aplicándose de manera generalizada en la Unión Europea, pese a los avances tecnológicos y su decreciente importancia práctica³⁵.

Personalmente, entiendo que quizá sea más razonable buscar un sistema de compensación alternativo y más de acuerdo con los actuales hábitos tecnológicos y de consumo de obras protegidas que pretender perpetuar el sistema de canon por copia privada, cuyo anacronismo empieza a manifestarse con cada vez mayor contundencia.

III. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LEGISLACIÓN Y SENTENCIAS DE ESPAÑA

El primer intento de regulación de la compensación equitativa por copia privada en nuestro país se contenía en la redacción dada en 1996 al artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual. El importe de esta tasa dependía de la capacidad de copias por minuto y los minutos de grabación, correspondiente a la tecnología VHS de aquel entonces³⁶.

Siete años después, en julio de 2003, las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual llegaron a un acuerdo con ASIMELEC para ampliar el canon digital a la venta de CDs y DVDs. A los dos años esta solicitó una rebaja de la cuantía del canon

³⁵ Parágrafos (23) y (24) Conclusiones Abogado General Nils Wahl. Asunto C110/15 (*Microsoft Mobile Sales International Oy*, anteriormente *Nokia Italia SpA* y otros contra *Ministero per i beni e le attività culturali* (MiBAC) y otros), presentadas el 4 de mayo de 2016.

³⁶ La ley contemplaba esta compensación para «obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales» art. 25.1 Ley de Propiedad Intelectual, 1996.

negociado, alegando que el sobre coste favorecía el fraude y la piratería y había supuesto una reducción del 50% en sus ventas.

Las cifras de fraude y de porcentaje de CDs y DVDs que evitaban la tasa bailaban de una fuente a otra, y ASIMELEC solicitó una revisión de los términos del acuerdo en vista de las cuantiosas pérdidas financieras. Ante esta situación, en 2006 el Gobierno procedió a la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, en la que el artículo 25 pasó a titularse «Compensación equitativa por copia privada». En esta revisión se instó a los representantes de la industria y entidades de gestión a fijar la tasa, aunque sin éxito³⁷. Finalmente y a falta de acuerdos, en el BOE del 18 de junio de 2008 se publicó la OM PRE/1743/2008 en la que se estableció definitivamente la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, entre los que se incluían equipos y soportes digitales de reproducción, grabadoras digitales, discos compactos, equipos de impresión, copia, fax y escáner y dispositivos de almacenamiento.

La aplicación del sistema de canon por excepción de copia privada produjo un intenso rechazo social: la cuantía aplicable se consideraba excesiva y se criticó la extensión de la aplicación de este canon a todo tipo de aparatos y soportes, prescindiendo de si su destino era o no efectivamente la realización de copias privadas. Se sucedieron numerosas reclamaciones judiciales exigiendo la devolución del importe de la compensación pagado por aparatos con un uso efectivo completamente ajeno a la copia privada de prestaciones protegidas³⁸.

A este malestar le siguieron numerosas reclamaciones judiciales exigiendo la devolución del importe de la compensación pagado por aparatos con un uso efectivo completamente ajeno a la copia privada de prestaciones protegidas. Uno de estos conflictos resultó motivo del planteamiento de una mediática cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el caso Padawan.

Padawan es una empresa que comercializa CD-R, CD-RW, DVD-R y aparatos de MP3. La SGAE reclamó a Padawan el pago del «canon por copia privada» previsto en el artículo 25 del TRLPI, correspondiente a los ejercicios 2002 a 2004. Padawan en lugar de imputar la compensación a los consumidores finales independientemente de que sean personas físicas o jurídicas, y que sean estos quienes reclamen, se opuso al pago. La empresa alegó que la

³⁷ «Conforme a lo dispuesto en la regla 1.ª del apartado 6 del artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, el mencionado procedimiento negociador fue iniciado mediante la publicación en el «Boletín Oficial del Estado», con fecha de 24 de agosto de 2006, de la Resolución conjunta de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Cultura y de la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio por la que se hace público el inicio del procedimiento para la determinación de la compensación equitativa por copia privada. Finalizado el plazo de cuatro meses, las partes comunicaron su falta de acuerdo». – Párrafo II, Exposición de motivos OM PRE/1743/2008.

³⁸ Llegando en diversas ocasiones éstas al Tribunal Constitucional, algunas de ellas con irrisorios importes como objeto de la reclamación: STC 196/2009: reclamación de 19 céntimos abonados en concepto de canon al adquirir un CD virgen por 60 céntimos de euro y STC 123/2010 en la que se reclamaron 1,72 euros abonados también por este concepto por la compra de diez CD-ROMS por 6 euros.

aplicación del canon a dichos soportes digitales sin distinción y con independencia de la función a que estos se destinen (uso privado u otra actividad profesional o comercial) era contraria a la Directiva 2001/29/CE.

Mediante sentencia de 14 de junio de 2007, el Juzgado de lo Mercantil nº. 4 de Barcelona estimó plenamente la reclamación de la SGAE y condenó a Padawan al pago de una cantidad de 16.759,25 euros, más los correspondientes intereses legales. Padawan interpuso contra dicha sentencia recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que decidió suspender el procedimiento y elevar el asunto al TJUE, contando con un total de cinco cuestiones prejudiciales³⁹.

En primer lugar, la Audiencia Provincial deseaba saber si el concepto de «compensación equitativa» debía entenderse como un concepto armonizado, independientemente de la facultad de los Estados Miembros de escoger los sistemas de retribución que a su criterio resultaran más pertinentes⁴⁰. A esta cuestión respondió el Tribunal de Justicia argumentando que, según una jurisprudencia asentada, tanto la aplicación uniforme del Derecho comunitario como el principio de igualdad exigen que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados Miembros para determinar su sentido y su alcance, deba ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme⁴¹. Esta debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretenda alcanzar⁴². De esta respuesta se derivó una prohibición a los legisladores y jueces nacionales de dar a la compensación equitativa una perspectiva nacional, entendiéndola a la luz de las circunstancias y el ordenamiento español.⁴³ En consecuencia, los tribunales y legisladores nacionales ya no podían interpretar el concepto de compensación, sino atendiendo a la interpretación uniforme de este Tribunal.

En segundo lugar, se planteaba la cuestión de si el cumplimiento de la exigencia de la fórmula de justo equilibrio debía ser calculado atendiendo al perjuicio causado como reconocimiento del límite de copia privada. El Tribunal de Luxemburgo considera que la

³⁹ Parágrafos (17) y (18) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C467/08 (Padawan-SGAE) de 21 de octubre de 2010.

⁴⁰ Parágrafo (19) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C467/08 (Padawan-SGAE) de 21 de octubre de 2010.

⁴¹ Entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C- 327/82 (Ekro BV Vee- en Vleeshandel contra Produktschap voor Vee en Vlees) de 18 de enero de 1984; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-287/98 (Gran Ducado de Luxemburgo contra Berthe Linster, Aloyse Linster y Yvonne Linster) de 19 de septiembre de 2000; y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto A C-523/07 (Petición de decisión prejudicial: Korkein hallinto-oikeus - Finlandia) de 2 de abril de 2009.

⁴² Parágrafos (32) y (33) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C467/08 (Padawan-SGAE) de 21 de octubre de 2010.

⁴³ LÓPEZ MAZA, S. y MINERO ALEJANDRE, G. «El carácter equitativo de la compensación por copia privada. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de octubre de 2010 (caso Padawan)», cit.

cuantía de la compensación está estrechamente vinculada al perjuicio sufrido por los titulares de derechos, en virtud de su sentido indemnizatorio.

Como cuestiones tercera y cuarta, se planteaba si existe una necesaria vinculación entre la aplicación de la compensación y el presumible uso de los bienes gravados para realizar copias privadas; planteándose también si era conforme a la Directiva la aplicación indiscriminada de la compensación a todo soporte o aparato susceptible de ser empleado para realizar o almacenar copias de obras protegidas e identificadas por la ley, incidiendo así en equipos y soportes destinados a usos manifiestamente distintos a la realización de este tipo de reproducciones. La respuesta del Tribunal no difiere del criterio tradicional utilizado en España para determinar los bienes gravados, es decir, el de idoneidad objetiva. Este criterio se fundamenta en que si un soporte o equipo tiene dentro de sus funciones la de elaborar o almacenar copias privadas, deberá estar gravado, aunque no sean éstas sus únicas funciones, ni siquiera las principales. Este y otros principios, como el criterio del grado de uso, se conjugaban en la redacción de 2006 del artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Asimismo, el grado de uso se emplea para considerar el uso efectivo de los equipos gravados para realizar reproducciones. El legislador reconoce que la mera capacidad de los soportes para realizar estas funciones no puede ser el único criterio para determinar la tasa, así que incorpora el destino de estos equipos para determinar su grado de utilización y la cuantía correspondiente de la compensación.

La cuestión ya había sido tratada por la propia Audiencia Provincial de Barcelona en el propio auto que planteaba las cuestiones prejudiciales que dieron origen a la sentencia del TJUE, señalando que está justificado el cobro de la compensación en supuestos en los que lo normal o previsible sea la utilización de los soportes para hacer reproducciones para uso privado, como en la venta directa al consumidor de equipos y soportes idóneos. Por otro lado, en la venta de estos equipos a entidades públicas o profesionales cabe presumir que se les dará un uso completamente ajeno a la copia privada. De este modo, sostiene la Audiencia y posteriormente confirma el TJUE, cabe discriminar y gravar las ventas destinadas a consumidores particulares, pero no las adquiridas por personas jurídicas.

Del análisis de los criterios estudiados por el TJUE, se puede afirmar que la redacción de la OM PRE 1743/2008 no tomaba en consideración ni el principio de idoneidad objetiva ni del grado de uso. Así, las personas jurídicas no se veían excluidas del pago de la compensación. No se gravaban los ordenadores ni los teléfonos móviles, pese a sus funcionalidades de reproducción y realización de copias. Se ignoraban los hábitos de consumo y funcionalidades tecnológicas de los soportes gravados, sin distinguir entre CDs de audio y CDs de datos, ni entre aparatos con función exclusiva de grabación y otros multifuncionales⁴⁴.

⁴⁴ LÓPEZ MAZA, S. Y MINERO ALEJANDRE, G. «El carácter equitativo de la compensación por copia privada. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de octubre de 2010 (caso Padawan)», cit.

Finalmente, como última cuestión prejudicial la Audiencia Provincial inquirió sobre la compatibilidad del sistema de compensación equitativa español con el tenor de la Directiva 2001/29/CE. Al respecto, contestó el Tribunal que es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales –una vez obtenidas las precisiones sobre el alcance e interpretación del Derecho de la Unión en el caso– la decisión sobre la compatibilidad del sistema español con la Directiva 2001/29/CE, no habiendo lugar a respuesta del Tribunal de Justicia al respecto.

Sin embargo, con su respuesta a las cuestiones prejudiciales el TJUE reveló las incompatibilidades del sistema nacional con el Derecho Europeo: el ámbito de la recaudación de la compensación equitativa debía reconducirse a la comercialización de soportes y aparatos cuyo destino previsible fuera la realización de copias privadas. Por el contrario la aplicación a aquellos cuyo destino previsible fuera ajeno al disfrute de dicha excepción supondría una extensión de la aplicación de la compensación equitativa a supuestos no previstos en la Directiva y contrarios a esta⁴⁵.

Una vez obtenido el pronunciamiento del Tribunal de Justicia, la Audiencia Provincial de Barcelona resolvió mediante sentencia prácticamente idéntica al pronunciamiento del Tribunal de Justicia. Supuso, pese a ello, un punto de inflexión que transformó la interpretación y aplicación tradicional que los órganos jurisdiccionales españoles habían aplicado al artículo 25 LPI hasta el momento⁴⁶.

La Sentencia mencionaba que no constaba que se hubiera eximido del canon a los equipos, aparatos y soportes que en atención a sus destinatarios, presumiblemente no fueran a ser destinados a la copia privada. Esto suponía una interpretación *contra legem* de la letra del artículo 25.7d) LPI⁴⁷, que emplea el criterio del destino o uso final de los equipos –destinados a la copia privada o no–, en ningún caso dependiendo de las condiciones subjetivas de los destinatarios⁴⁸.

La OM PRE/1743/2008 fue declarada nula por sentencia de la Audiencia Nacional el 22 de marzo de 2011. Su nulidad se debió a la carencia de dos requisitos fundamentales en el procedimiento de elaboración de reglamentos: no contaba con el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, preceptiva en los asuntos de reglamentos dictados en ejecución y modificación de las leyes; y se habían omitido las memorias justificativa y económica, inherentes a todo reglamento.

Tras las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011, el Gobierno resultante cumplió con su promesa electoral de suprimir el sistema de canon de copia privada. Me-

⁴⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La copia privada», cit.

⁴⁶ MINERO ALEJANDRE, G., «Fair Compensation for the Private Copying Exception: Private Use versus Professional Use», *European Intellectual Property Review*, 2011.

⁴⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Las desgracias del canon», *Aranzadi Civil*, núm. 4, 2011.

⁴⁸ SÁNCHEZ ARISTI, R. «Juicio al sistema español de compensación equitativa por copia privada: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 2 de marzo de 2011 (“caso Padawan”)» *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 1, núm. 9 (enero), 2012.

diante la Disposición Adicional Décima del Real Decreto-ley 20/2011 del 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, se suprimió la compensación equitativa por copia privada, y por ende, el artículo 25 LPI donde se regulaba. En adelante, el Gobierno establecería mediante reglamento el procedimiento de pago a los perceptores de la compensación equitativa, con cargo a su correspondiente partida de los Presupuestos Generales del Estado. La cuantía de la compensación, según el Real Decreto-ley, sería calculada tomando como base la estimación del perjuicio causado.

Como observa Bercovitz Rodríguez-Cano, llama la atención el hecho de que mientras que el cobro del canon por compensación equitativa por la compra de soportes y aparatos que no estaban destinados a la copia privada provocó numerosas protestas y rechazo social, su cobro a todos los ciudadanos mediante los Presupuestos Generales no ha provocado ninguna queja ni desaprobación⁴⁹.

Al día siguiente, el 7 de diciembre, se publicó el Real Decreto 1657/2012, por el que se regulaba el procedimiento de pago de la compensación equitativa. La cuantía de la compensación se calculaba en base al perjuicio efectivamente causado a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, teniendo en cuenta para ello criterios como la estimación del número de copias realizadas, el impacto de la copia privada sobre la cifra de venta de las obras o el precio medio de cada modalidad reproducida, entre otros⁵⁰.

Las entidades de gestión revelarían la descompensación entre las cantidades así obtenidas y los perjuicios que estas estimaban en una demanda contra la Administración del Estado cuya evolución terminaría derribando el sistema de compensación a cargo de los Presupuestos del Estado: en la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 9 de junio de 2016 en el asunto C-470/14. En su demanda, las entidades de gestión EGEDA, DAMA y VEGAP afirmaban que los importes efectivamente abonados mediante la compensación equitativa ascendían a unos 8,6 millones de euros para el ejercicio 2013 y 5 millones para el ejercicio 2014; mientras que el perjuicio sufrido por los titulares de derechos en esos ejercicios era de 18,7 y 15,2 millones de euros, respectivamente⁵¹.

El Abogado General del asunto, Maciej Szpunar, no consideró el sistema de compensación a cargo de los Presupuestos Generales contrario *per se* al tenor de la Directiva 2001/29/

⁴⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La copia privada», cit., p. 60.

⁵⁰ Artículo 3, «Cuantía de la compensación», RD 1657/2012.

⁵¹ Parágrafo (56) Conclusiones Abogado General Maciej Szpunar. Asunto C470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros), presentadas el 19 de enero de 2016; al respecto GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ señala que parece claro que el origen de estas cuantías se debía más a un trasvase de un concepto presupuestario a otro que a un análisis riguroso del perjuicio realmente causado. Esto provocaba que las cifras consignadas en los PPGG no tuvieran conexión con el perjuicio real sufrido por los derechohabientes. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «La interpretación del concepto de “compensación equitativa” por el TJUE y su impacto en el sistema español (cuestión prejudicial ante el TJUE)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 94, enero-abril, 2014, pp.27-52.

CE; afirmaba que no existe un vínculo entre los tributos abonados por los contribuyentes, personas físicas y jurídicas, y la financiación de la compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado⁵². Así, no existe un vínculo entre el impuesto abonado por un contribuyente con partidas de gastos concretas de los Presupuestos y la compensación del perjuicio sufrido por los titulares de derechos de propiedad intelectual, ya que la propia intermediación de los Presupuestos rompe este vínculo.

Sin embargo, Maciej Szpunar consideró que sí se oponía a la Directiva el hecho de que el importe para la compensación se fijara *a priori* dentro de los límites presupuestarios para cada ejercicio. Esta compensación no puede ser fijada, según él, de antemano y de manera rígida, con límites que no tengan suficientemente en cuenta el importe del perjuicio sufrido por los titulares de los derechos⁵³.

En su sentencia del 9 de junio de 2016, el Tribunal de Justicia Europeo concluyó que el sistema español era contrario a la Directiva: al financiarse la compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado no resultaba posible asegurar que el coste de esta compensación fuera soportado únicamente por las personas privadas. Estas personas son quienes causan el perjuicio a los titulares de los derechos, y por tanto son las únicas obligadas a financiar la compensación equitativa que se les adeuda a estos.

Si bien la Directiva no se opone, en principio, a que los Estados miembros financien la excepción por copia privada mediante sus Presupuestos Generales, este sistema alternativo ha de garantizar el pago de la compensación equitativa a los titulares de los derechos, y que se garantice su percepción efectiva.

Aunque se pueda instaurar un sistema en el que las personas jurídicas sean obligadas a financiar la compensación equitativa, en ningún caso serán estas deudoras efectivas del gravamen en último término. Estas carecen en el sistema español de un mecanismo para que puedan solicitar la exención o devolución de su contribución a esta partida⁵⁴.

En conclusión, el TJUE encontró que el sistema español se oponía a la Directiva 2001/29/CE no debido a los límites presupuestarios fijados *a priori*, como argumentaba el Abogado General, sino debido a que no era posible asegurar que el coste de la compensación equitativa fuera soportado única y exclusivamente por los usuarios de copias privadas, personas físicas.

Como consecuencia de este pronunciamiento, la Sala Tercera del Tribunal Supremo anuló el Real Decreto 1657/2012 por ser contrario al Derecho de la UE en su sentencia

⁵² Parágrafo (51) Conclusiones Abogado General Maciej Szpunar. Asunto C470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros), presentadas el 19 de enero de 2016.

⁵³ Ídem, parágrafo (69).

⁵⁴ Parágrafos (39) y (40) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros) de 9 de junio de 2016.

2394/2016 del 11 de noviembre. El Abogado del Estado había solicitado la suspensión del procedimiento hasta que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre el recurso planteado contra el artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual de 2014, que hizo suya la regulación por Decreto-Ley de 2011 de la compensación equitativa con cargo a los Presupuestos⁵⁵.

De este modo, la sentencia del TS del 11 de noviembre de 2016 estimó parcialmente el recurso de las entidades de gestión demandantes, EGEDA, DAMA y VEGAP. El Supremo argumentó que las entidades de gestión combatían el sistema de compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales, por entender que con ese sistema sus ingresos eran inferiores que con el sistema de compensación equitativa por canon; de este modo se justificaba su interés legítimo en su pretensión anulatoria del Real Decreto 1657/2012⁵⁶.

La Ley 21/2014 sobre propiedad intelectual y el Decreto-Ley de 2011 no eran conformes al Derecho de la Unión –como declaró la STJUE del 9 de junio de 2016– por lo que fueron inaplicados, en virtud del principio de primacía⁵⁷. Quedaba así el Real Decreto de 2012 regulador del procedimiento de pago con cargo a los Presupuestos Generales sin fundamento legal efectivo, lo que determinó su nulidad.

Esta nulidad por carencia de «fundamento legal efectivo» puede ser entendida como «improcedente», ya que esta no deriva de la inconstitucionalidad de los preceptos legales que desarrolla –como se intentó argumentar– ni de carecer de fundamento legal por nulidad de sus preceptos, sino de su originaria no conformidad con el Derecho de la Unión.⁵⁸

Recientemente se publicó en el BOE el Real Decreto Ley 12/2017, de 3 de julio, de modificación del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual en cuanto a compensación equitativa por copia privada. Este sustituirá el anterior modelo de compensación a

⁵⁵ La contestación del Supremo a esta solicitud fue: «si una norma jurídica nacional es contraria al derecho de la Unión Europea, ha de ser inaplicada independientemente de que además pueda ser inconstitucional. El deber que pesa sobre todos los órganos judiciales nacionales de inaplicar –por sí solos, sin plantear previamente cuestión alguna al propio Tribunal Constitucional– las normas jurídicas nacionales contrarias al derecho de la Unión Europea es una exigencia dimanante del principio de primacía de este». - Fundamento de derecho 8º STS 2394/2016.

⁵⁶ Fundamento de derecho 9º STS 2394/2016.

⁵⁷ Fundamento de derecho 10º STS 2394/2016. «(...) se desprende inexorablemente la incompatibilidad de la Disposición adicional 10ª del Real Decreto-ley 20/2011 y del apartado segundo del artículo 1 de la Ley 21/2014 con la Directiva 2001/29/CE, la única conclusión que puede extraer esta Sala es que –en aplicación del principio de primacía del derecho de la Unión Europea (...)– los mencionados preceptos legales deben considerarse inaplicables en el presente caso. A ello ha de añadirse que el Real Decreto 1657/2012 es un reglamento ejecutivo, cuya finalidad consiste en desarrollar esos preceptos legales en lo relativo al procedimiento para el pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a las Presupuestos Generales del Estado. Así las cosas, es claro que el Real Decreto 1657/2012 carece de un fundamento legal efectivo y, en consecuencia, es nulo».

⁵⁸ Así la califica BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. en «Sistema de compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado: anulación del Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre; Comentario a la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 noviembre 2016 (JUR 2016, 245721)», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 103, 2017.

cargo de los Presupuestos Generales del Estado por un sistema de canon con «vocación de permanencia».

IV. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LEGISLACIÓN Y SENTENCIAS DEL REINO UNIDO

En el año 2010, el Gobierno del Reino Unido decidió estudiar la posibilidad de implantar en el Copyright, Design and Patents Act 1988⁵⁹ la excepción contemplada en el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE. El Gobierno partía de una notable predisposición –diametralmente opuesta a los pronunciamientos del TJUE– a que esta excepción no fuera acompañada de un sistema de canon o de tasas como forma de compensación a los titulares de derechos.

Un primer resultado de esta consulta fue el conocido Informe Hargreaves, que recomendaba la introducción de una excepción relativamente amplia que amparara la copia para uso privado. Argumentaba que la copia privada suponía parte del uso normal de los aparatos, por lo que los titulares de los derechos tenían en cuenta este beneficio en el precio que cobraban por la venta de los ejemplares de sus obras o prestaciones protegidas o por la cesión de sus derechos⁶⁰. En agosto del 2011, el Gobierno manifestó su acuerdo con la conclusión del Informe: debería permitirse la copia con fines privados, siempre que no dañara los objetivos subyacentes del copyright ni restringiera la justa compensación de los titulares de este⁶¹.

El 1 de noviembre de 2011, se llevó a cabo un primer análisis de impacto. Se consideraron varias opciones para la implementación de la excepción por copia privada: abarcando desde permitir que la copia privada continuara siendo ilegal, hasta amparar la copia de contenido no necesariamente poseído o comprado legítimamente, lo que ampararía legalmente la piratería de contenido digital.

La opción que se acabaría imponiendo, y la preferida principalmente por el Gobierno, consistía en la introducción de una excepción por copia privada que permitiera realizar copias de contenido legalmente obtenido por un individuo a otros medios o soportes para su uso personal. Este primer análisis aseguraba que los costes para los propietarios de derechos de copyright serían mínimos o incluso cero; viendo que podrían repercutir el coste de la copia privada a través de los precios de venta y que la copia privada ya estaba generalizada.

⁵⁹ Que traslada al Reino Unido las actualizaciones que al Convenio de Berna se realizaron durante los años 60, e incorporó por primera vez en este país los derechos morales y personales del *droit d'auteur*: HOLYOAK y TORREMANS, *Intellectual Property Law*, 6ª ed., pp. 10-11.

⁶⁰ HARGREAVES, I., *Digital Opportunity, A Review of Intellectual Property and Growth: An Independent Report by Professor Ian Hargreaves*, mayo de 2011.

⁶¹ De esta forma, el gobierno británico se escudaba en el propio texto de la Directiva: «Determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago», Considerando (35) Directiva 2001/29CE.

Aunque esta conclusión se apoyaba en diversos estudios económicos⁶², el propio documento admitía que las conclusiones expresadas sobre la repercusión del canon mediante los precios de venta eran simplemente «suposiciones y argumentos teóricos», precisando de una investigación independiente para proporcionar datos que las respaldaran.

El Gobierno británico comenzó así un período de consultas –en adelante la Consulta– que se extendería desde el 14 de diciembre del 2011 hasta el 21 de marzo de 2012. Durante este período se obtuvieron 471 contestaciones de organizaciones del sector, heterogéneas en sus consideraciones y argumentos. Mientras que muchas de estas organizaciones se opusieron tajantemente, algunas como UK Music, afirmaron poder aceptar una limitada excepción por copia privada sin canon, admitiendo esta práctica como una realidad social.

Entre septiembre y noviembre del 2011, el Business, Innovation & Skills Select Committee llevó a cabo una investigación sobre el Informe Hargreaves y su respuesta gubernamental, que se publicó el 27 de junio de 2012. Tras la recepción de diversas evidencias y su discusión, el Comité respaldó el enfoque planteado en la Consulta. Concluyó así que una excepción de copyright amparando el uso en la esfera privada era probablemente la solución más practicable y justificable. Reconoció a su vez que la repercusión de esta excepción mediante los precios de venta («*pricing in*») era «probablemente un punto válido», ya que el precio de estos contenidos –por motivos prácticos– incluía una expectativa de uso personal más allá del formato original⁶³.

En diciembre del 2012, el Gobierno publicó su respuesta a la Consulta. En ella, exceptuando a los propietarios de derechos de copyright, las partes aclamaban casi unánimemente la propuesta de la excepción. Por otro lado, la gran mayoría de los titulares de derechos sostenían que una excepción por copia privada de cualquier alcance generaría un daño no razonable, que justificaba la imposición de un canon.

En este documento el Gobierno, de acuerdo con sus análisis, concluía que el valor para los consumidores de esta funcionalidad adicional sería repercutido en el precio de venta, «en cierta medida». Según estudios de mercado, argumentaba, este valor era tenido «frecuentemente» en cuenta, citando como ejemplo la diferencia de precio entre descargas de música con autorización para ser copiadas para uso personal y las protegidas por DRM. Así, concluía, el mínimo impacto en ventas y la oportunidad de repercutir el valor de la excepción en el precio causarían poco o ningún daño a los titulares de derechos⁶⁴.

Posteriormente, el 13 de diciembre de 2012 se publicó una investigación más detallada sobre los costes y beneficios de la excepción propuesta, recopilando toda información, datos y estudios sobre la repercusión de la medida en precios de venta. Se concluyó así

⁶² En concreto: el Informe Rogers, el Informe Kretschmer y el artículo de VARIAN, H.: «Copying and Copyright», *Journal of Economic Perspectives*, 2005.

⁶³ «The Hargreaves Review of Intellectual Property, Where next?», pp. 10-11.

⁶⁴ «Modernising copyright: A modern, robust and flexible framework Government response to consultation on copyright exceptions and clarifying copyright law», p. 23.

que esta repercusión no solo era posible, sino que estaba relativamente extendida, aunque no universalmente. En junio de 2013 el Gobierno publicó una propuesta de legislación, permitiendo que las partes interesadas aportaran sus opiniones y comentarios durante un período de ocho semanas.

El 23 de marzo el Gobierno estableció finalmente la implantación de la excepción por copia privada consultada. Sin embargo, admitía que no se habían recibido datos útiles durante el período de consultas que permitieran monetizar los costes y los beneficios para los titulares de derechos consecuencia de la introducción de la excepción; aunque esperaban que fueran mínimos o inexistentes.

El análisis económico independiente encargado por el Gobierno, «IPO Research Report», en el que se basaba principalmente el Updated Impact Assessment, no resultaba nada concluyente. En relación con el sector musical, no se encontró ningún dato que demostrara la existencia del «pricing in», ni si el perjuicio resultante era efectivamente mínimo o cero.⁶⁵ En lo relativo al sector audiovisual, los investigadores encontraron evidencia de esto, aunque no pudieron determinar si estaba lo suficientemente extendido como para causar mínimos perjuicios.⁶⁶ Por último, respecto al sector editorial, los resultados de este estudio percibían diferencias en el precio de e-books que permitieran más copias que otros, aunque admitía que podía deberse a una estrategia promocional del vendedor.⁶⁷

El 26 de agosto de 2014 se redactaron las «The Copyright and Rights in Performance (Personal Copies for Private Use) Regulations 2014», entrando en vigor el 1 de octubre del mismo año.

Este modelo no fue bien recibido por sus iniciales detractores. Los titulares de derechos de copyright ya habían manifestado su disconformidad, y la British Academy of Songwriters, Composers and Authors, la Musician's Union y UK Music 2009 Limited llevaron esta excepción por copia privada a los Tribunales, que resolvieron el 19 de junio de 2015 en la sentencia *BASCA v. BIS*, ante el Juez Green. Argumentaban que las asunciones empleadas por el Secretary of State for Business, Innovation and Skills eran incorrectas, tanto legal como fácticamente. Criticaban también que el Secretario de Estado estaba tan determinado a introducir la excepción por copia privada sin ningún tipo de compensación que esto interfirió en las conclusiones extraídas de la evidencia y determinó que actuara injustamente. Los demandantes mantenían que la decisión estaba viciada, ya que las evidencias empleadas para justificar la conclusión sobre el mínimo daño eran manifiestamente inadecuadas. Argumentaban que la decisión adoptada no podía justificarse con los datos que el Ministro había aceptado y avalado específicamente.

⁶⁵ «IPO Research Report», p. 11.

⁶⁶ «IPO Research Report», cit., p. 16.

⁶⁷ «IPO Research Report», cit., p. 21.

El Juez Green analizó estos datos uno por uno, llegando a la conclusión de que efectivamente la decisión tomada por el Secretario de Estado de ningún modo podía considerarse justificada por las pruebas que específicamente fueron aceptadas y consideradas.⁶⁸

Documentos relevantes para la decisión del Secretario fueron completamente desestimados por el Juez Green, llegando a calificar alguno como «difícilmente descriptible como prueba»⁶⁹. Respecto al IPO Research Report, el juez admitió la existencia de pruebas que apoyan la conclusión a la que llegó el informe: el «pricing in» ocurre en cierta medida en la industria del copyright. El problema era que el informe no iba más allá de este débil reconocimiento, sin entrar a analizar si este «pricing-in» absorbía completamente los posibles perjuicios, o si por el contrario, dejaba cierto margen residual de daños. El informe, por tanto, «planteaba más preguntas de las que resolvía», y fue calificado de incompleto⁷⁰.

El juez concluía que existían las suficientes pruebas y bibliografía como para extraer ciertas nociones de sentido común económico. Si bien estas eran válidas como punto de partida, de ningún modo eran capaces de resolver las cuestiones legales específicas: si el «pricing in» era tan extensivo como para que el daño residual resultara mínimo o inexistente y por tanto, no fuera obligatorio el abono de la compensación equitativa⁷¹.

Según sostiene el Prof. Paul Torremans, desde este pronunciamiento el sistema de compensación equitativa británico está en limbo, a la espera de una nueva iniciativa del Gobierno. Debido al impacto del Brexit, se desconoce cómo y cuándo avanzará este proyecto. La escisión del Reino Unido de la Unión Europea es ahora la prioridad legislativa para este país, en detrimento de desarrollos normativos igualmente importantes para el comercio de obras y prestaciones protegidas, como el que aquí estudiamos.

V. ANÁLISIS CONJUNTO DE AMBOS ORDENAMIENTOS

Tras el estudio de la evolución de ambos ordenamientos, puede observarse que los dos países han visto cómo sus intentos más recientes de legislar el espinoso asunto de la excepción por copia privada no han resistido el cuestionamiento jurisdiccional. En España, a raíz del caso EGEDA y el Reino Unido con la sentencia BASCA-v-BIS han visto las

⁶⁸ Parágrafo (234) Sentencia High Court of Justice del 19 de junio de 2015, BASCA & Others -v- Secretary of State for Business, Innovation & Skills.

⁶⁹ Ídem, parágrafo (253) «[Vídeo] estos continuaron usando el DRM para restringir el número de copias que podían realizarse, y respuestas a la Consulta del Gobierno sugieren que los propietarios de derechos esperan en consecuencia cobrar más por formatos que físicamente permitan que se realicen más copias. Citan como ejemplo pruebas presentadas por el British Screen Advisory Council. Este ejemplo se da en el mercado cinematográfico pero no en el musical. Es en todo caso difícil de describir la cuestión como “evidencia” relevante para el asunto de minimis específico».

⁷⁰ Ídem, parágrafo (268) «(...) Esta especulación sirvió para destacar lo incompleto de la investigación como un ejercicio diseñado para responder la cuestión de minimis. Dicho de otro modo, planteaba más preguntas de las que respondía».

⁷¹ Ídem, parágrafo (272).

deficiencias de sus sistemas señaladas, y si bien ninguno de los sistemas ha sido señalado como ilegal *per se*, sí que están sometidos a su adecuación a las exigencias que las respectivas sentencias señalan.

En España se ha retornado al sistema de canon, parecido al existente antes de 2012. Están obligados a su pago los fabricantes en España de equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción, en su actuación como distribuidores comerciales, así como los adquirentes de los mismos fuera del territorio español para su distribución comercial o utilización dentro de este. Además, la regulación de la compensación incluye un sistema para su exceptuación y reembolso, para supuestos como casos no exceptuados en los que el consumidor final que hubiera abonado la compensación justifique el destino del equipo, aparato o soporte adquirido a un uso exclusivamente profesional o a su exportación o entrega intracomunitaria. En el Reino Unido, como hemos señalado en el apartado anterior, el porvenir no está tan claro.

Un problema conjunto de ambos ordenamientos es la necesaria adaptación de sus reformas legislativas a la Directiva 29/2001/CE. Si bien es cierto que la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea tiene los días contados, y por tanto su sumisión a esta Directiva, esto no elimina los problemas subyacentes que acarrea una pluralidad de regulaciones nacionales muy heterogéneas: problemas con la importación y fabricación internacional de soportes sometidos a gravamen o de coordinación de tasas a aplicar para soportes multifuncionales o interdependientes, por ejemplo.

Queda por ver si la reimplantación del sistema de canon en España logra asentarse como la normativa legislativa definitiva en la materia, aunque vistas las complicaciones que acarrea este sistema, esto parece poco probable. Argumentaremos a continuación alternativas al sistema de canon, con vistas a establecer un modelo de compensación por copia privada más hegemónico y perdurable.

VI. CONCLUSIONES

En la práctica, la excepción por copia privada se aplica en el marco de un sistema de canon percibido sobre los equipos electrónicos⁷². En el ámbito europeo, son únicamente cinco los países que no han recurrido a un sistema de canon como método de financiación de la copia privada: el Reino Unido, Irlanda, Chipre, Luxemburgo, y Malta. Aunque se discuta si existe un principio general que exija que la compensación la financien necesariamente los usuarios, se ha llegado a afirmar que a efectos prácticos el único sistema de financiación de la compensación es el sistema del canon⁷³. Sin embargo, la legitimidad y la eficacia del

⁷² Parágrafo (38) Conclusiones Abogado General Maciej Szpunar. Asunto C470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros), presentadas el 19 de enero de 2016.

⁷³ Ídem, parágrafo (41).

canon son ampliamente discutidas en numerosos Estados Miembros y se buscan soluciones que lo sustituyan, más adaptables al desarrollo tecnológico⁷⁴.

No se puede considerar que la Directiva 2001/29/CE se oponga a que los Estados Miembros que han introducido la excepción de copia privada decidan establecer un sistema de compensación equitativa que no esté financiada por el canon, sino por sus Presupuestos Generales. Siempre que ese sistema garantice el pago efectivo de una compensación equitativa debe considerarse compatible con el objetivo esencial de la Directiva.⁷⁵ Es perfectamente posible garantizar una compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, mientras que las previsiones de partidas de gasto del presupuesto se realicen sobre la base de datos precisos y fiables. Las estimaciones tampoco tienen por qué realizarse *a priori*, mientras que sean fiables y representativas.

Puede argumentarse que la partida presupuestaria destinada al pago de la compensación proviene de la totalidad de los recursos de los Presupuestos Generales del Estado y por tanto de todos los contribuyentes: tanto personas físicas como personas jurídicas⁷⁶. Estas últimas, como hemos analizado, no pueden ser en último término deudoras efectivas del gravamen, tal y como ha sostenido el TJUE⁷⁷.

Sin embargo, la Directiva no se opone expresamente a que las personas jurídicas puedan ser deudoras de la financiación de la compensación equitativa, ya que existen tres opciones para salvaguardar esta exigencia. En primer lugar, pueden repercutir el importe del canon en el precio de puesta a disposición de sus productos⁷⁸. En segundo lugar, es posible la creación de mecanismos para solicitar la exención de contribuir a esta financiación⁷⁹; o por último, establecer la posibilidad de poder solicitar la devolución de esta contribución⁸⁰. Este derecho a la devolución debe ser efectivo, sin dificultar excesivamente la recuperación

⁷⁴ Ídem, párrafos (45) y (47).

⁷⁵ Párrafos (24) y (25) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros) de 9 de junio de 2016.

⁷⁶ Ídem, párrafo (39).

⁷⁷ Ídem, párrafo (36).

⁷⁸ Ídem, párrafos (32) y (34).

⁷⁹ «El sistema de compensación equitativa discutido en el litigio principal no establece garantías suficientes para la exención del pago del canon de los productores e importadores que demuestren que los equipos y soportes se han adquirido para fines manifiestamente ajenos al de realizar copias de uso privado, ese sistema debería prever en cualquier caso un derecho de devolución del canon que sea efectivo y no dificulte excesivamente la recuperación del canon pagado (...) Pues bien, el derecho a devolución previsto por el sistema de compensación equitativa discutido en el asunto principal no puede considerarse efectivo, ya que consta que no se reconoce a favor de las personas físicas, ni siquiera cuando adquieren los equipos y soportes para fines manifiestamente ajenos al de realizar copias de uso privado». Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-110/15 (Microsoft Mobile Sales International Oy, anteriormente Nokia Italia SpA y otros contra Ministero per i beni e le attività culturali (MiBAC) y otros) de 22 de septiembre de 2016.

⁸⁰ Párrafo (40) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros) de 9 de junio de 2016.

del canon pagado. Así, «el alcance, la eficacia, la disponibilidad, la publicidad y la simplicidad del ejercicio del derecho a devolución deben permitir paliar los posibles desequilibrios creados por el sistema de canon por copia privada para responder a las dificultades prácticas observadas»⁸¹.

Así podría conservarse el sistema de financiación con cargo a los Presupuestos Generales con una vigencia pretendidamente indefinida. Reinstaurar el sistema de canon equivale a una persecución legislativa-tecnológica difícil de ganar: cada avance digital supondrá un complicado esfuerzo logístico y de ponderación sobre cómo reajustar las cantidades y proporciones del canon a pagar.

Si, pese a todo, se deseara reinstaurar un sistema de canon, existe un enfoque alternativo. Para racionalizar el sistema de canon y asegurar su eficiencia, la opción sería tasar no los soportes o dispositivos con funcionalidades que permitan hacer copias, sino las propias copias adquiridas, físicas o digitales. Aplicando un incremento al precio de la copia adquirida se tasaría el elemento imprescindible para realizar la copia privada: si la argumentación del Tribunal de Justicia asegura que cualquier soporte que disponga de una mínima funcionalidad que facilite realizar copias será empleado para ello, resulta mucho más creíble tasar la propia copia, ya que esta excepción se deriva de las copias que puedan hacerse de ella. Para evitar que este sobrecoste no supusiera una reducción del volumen de ventas o licencias y asegurar la remuneración suficiente para el titular de los derechos de propiedad intelectual sería preferible acompañarlo de una reducción del IVA cultural en proporción. Este método tiene como ventaja su sencillez: sin tener que renunciar al modelo del canon, pueden incluirse en una decena de categorías la práctica totalidad de las posibles obras susceptibles de copia privada. Se evitaría así el difícil baremo de funcionalidades, compatibilidades y avances tecnológicos que tanto complican el modelo de canon tradicional.

Con este artículo se ha pretendido señalar la necesidad de una regulación coherente, homogénea e internacional en, como mínimo, determinados aspectos de la regulación de la copia privada. El análisis por separado de los ordenamientos estudiados pone de manifiesto la necesidad de un sistema legislativo de directrices homogéneas.

Yendo un paso más allá, la unificación legislativa y la creación de un mercado único de Propiedad Intelectual ha sido un objetivo de la Unión Europea desde su propuesta del 2011, que ha sabido identificar el potencial de crecimiento del e-commerce y las industrias digitales. Este sector, beneficiándose de un sistema de Propiedad Intelectual integrado y moderno puede contribuir enormemente al aumento de la capacidad competitiva, creci-

⁸¹ Parágrafo (37) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-110/15 (Microsoft Mobile Sales International Oy, anteriormente Nokia Italia SpA y otros contra Ministero per i beni e le attività culturali (MiBAC) y otros) de 22 de septiembre de 2016.

miento económico y la creación de nuevos puestos de trabajo, objetivos clave para la Unión Europea en su Estrategia General para el 2020⁸².

Esta propuesta incluye una adecuación y aproximación de las regulaciones nacionales de la compensación equitativa por copia privada, para lo que se ha apostado por la creación de una figura neutral de mediador entre las partes afectadas por la excepción de copia privada y la compensación equitativa derivada de ella. Entre las funciones de esta figura se encuentra la búsqueda de soluciones para la armonización de la metodología utilizada por los legisladores nacionales para la imposición de la compensación y el establecimiento de tarifas unitarias y conformación de métodos que permitan la interoperabilidad de los sistemas nacionales entre sí. Coincide a su vez con el examen acerca de la posible necesidad de unificar las excepciones y limitaciones de la Directiva 2001/29/CE, y otorgarles un carácter preceptivo en lugar de opcional⁸³.

El 9 de diciembre de 2015, la Comisión Europea anunció mediante un comunicado de prensa su programa para el año 2016, en el que entre otros objetivos, se pretendía propiciar el acceso de los usuarios a contenidos difundidos y explotados a través de Internet, como primer paso para la consecución de un mercado único digital para todos los Estados miembros de la Unión Europea.

La Comisión Europea, en paralelo, publicó una propuesta de Reglamento para asegurar la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenido en línea. Es realmente una novedad para el Derecho europeo de propiedad intelectual, hasta el momento basado en Directivas, la introducción de esta regulación parcial basada en un Reglamento de aplicación inmediata. Delata esto el sumo interés con el que la Comisión persigue una regulación homogénea en la materia lo antes posible: se pretende su vigencia para el presente año 2017. Abierta esta nueva vía, es razonable plantearse su ampliación hacia otros temas del mercado digital que precisen una regulación unitaria, para quizá en el futuro próximo constituir un único Código europeo de la propiedad intelectual⁸⁴.

Si bien la iniciativa es loable y un gran paso en una dirección que entendemos correcta, en vista del creciente euroescepticismo y como consecuencia del Brexit, quizá el marco legislativo europeo no sea el mejor. Existe un innegable descontento hacia las imposiciones legislativas supranacionales de la UE, que sumado al abandono de la Unión Europea por parte del Reino Unido hacen que la obligatoriedad de las Directivas y los Reglamentos europeos puedan no ser considerados el mejor enfoque.

⁸² «A Single Market for Intellectual Property Rights Boosting creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe», p. 3.

⁸³ GOTZEN, F. y MINERO ALEJANDRE, G., «Comentario a la estrategia de la Comisión Europea para 2011-2014 en materia de propiedad intelectual, “Un mercado común para los derechos de propiedad intelectual”», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 38, 2011, pp. 127-140.

⁸⁴ Así lo plantea BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en «El mercado único digital y la propiedad intelectual», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 2, 2016.

El problema puede solventarse con la creación de un convenio o protocolo al que puedan suscribirse los países que reconocieran los beneficios de una legislación homogénea en este sentido. Este protocolo podría abarcar todos los temas de Propiedad Intelectual que propone la Comisión Europea en su Comunicación «A Single Market for Intellectual Property Rights», además de unificar la legislación de la copia privada.

El contexto actual es idóneo para el planteamiento de un convenio como el que se propone, o quizá una muy necesaria actualización del Convenio de Berna – suscrito por 172 países – para incluir una normativa más armonizada y una regulación más contundente. Aprovechando su extensa aplicación geográfica, podría emplearse como marco para actualizar el debate digital y asegurar una ordenación cuasi universal sobre la compensación por copia privada; evitándose así las infructuosas divergencias vistas y ejemplificadas en España y el Reino Unido que surgen como resultado de la transposición del insuficiente marco normativo europeo actual.

VII. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Artículos y libros

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Sistema de compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado: anulación del Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre; Comentario a la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 noviembre 2016 (JUR 2016, 245721)», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 103, 2017.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «El mercado único digital y la propiedad intelectual», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2016.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Las desgracias del canon», *Aranzadi Civil*, núm. 4, 2011.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La copia privada», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, F.; GONZÁLEZ GOZALO, A. y SÁNCHEZ ARISTI, R., *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «La interpretación del concepto de “compensación equitativa” por el TJUE y su impacto en el sistema español (cuestión prejudicial ante el TJUE)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 94, enero-abril 2014.

GOTZEN, F. y MINERO ALEJANDRE, G., «Comentario a la estrategia de la Comisión Europea para 2011-2014 en materia de propiedad intelectual, “Un mercado

común para los derechos de propiedad intelectual”», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 38, 2011.

LÓPEZ MAZA, S. y MINERO ALEJANDRE, G. «El carácter equitativo de la compensación por copia privada. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de octubre de 2010 (caso Padawan)», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 36, 2010.

MINERO ALEJANDRE, G. «Fair Compensation for the Private Copying Exception: Private Use versus Professional Use», *European Intellectual Property Review*, núm. 7, 2011.

SÁNCHEZ ARISTI, R., «Juicio al sistema español de compensación equitativa por copia privada: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 2 de marzo de 2011 (“caso Padawan”)», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 1, núm. 9 (enero), 2012.

SÁNCHEZ ARISTI, R., «La copia privada digital», *Revista de Propiedad Intelectual, Pe.i.* n° 14, 2003.

TORREMANS, P., *Holyoak and Torremans intellectual property law*, Oxford (Oxford University Press), 2008.

VARIAN, H., «Copying and Copyright», *Journal of Economic Perspectives*, 2005.

7.2 Informes

COMISIÓN EUROPEA, «A Single Market for Intellectual Property Rights Boosting creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe», mayo 2011.

HARGREAVES, I., «Digital Opportunity, A Review of Intellectual Property and Growth: An Independent Report by Professor Ian Hargreaves», mayo de 2011.

HM GOVERNMENT, «Government Response to the Hargreaves Review of Intellectual Property and Growth», agosto de 2011.

HM GOVERNMENT, «The Hargreaves Review of Intellectual Property: Where next?», junio de 2012.

HM GOVERNMENT, «Modernising Copyright: A modern, robust and flexible framework Government response to consultation on copyright exceptions and clarifying copyright law», julio de 2012.

HM GOVERNMENT, «IPO Research Report: Private copying Study on how four copyright industries have adopted private copying measures and whether product cost reflects a right to copy privately», marzo de 2013.