LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA EN ESPAÑA: UNA HISTORIA PLENA DE AVATARES

Dr. Fernando Carbajo Cascón
Profesor Titular de Derecho mercantil
Universidad de salamanca

JUSTIFICACIÓN

- Reconocimiento del límite de copia privada y remuneración equitativa asociada. Alemania, años 60
  - Sentencias del Tribunal Supremo Alemán
  - Urheberrechtsgesetz 1965
- Imperfección de mercado / Acceso a la cultura
- Test de los tres pasos (art. 9 Convenio de Berna)
  - Límites concretos; que no impidan la explotación normal de la obra; y que no perjudiquen injustificadamente los legítimos intereses de los titulares de derechos
  - La compensación equitativa asociada al límite de copia privada salva el obstáculo del test

LOS ORÍGENES ANALÓGICOS

- Remuneración equitativa por copia privada. Arts. 31.2 y 25 LPI 1987
  - Reformados por Ley 20/1992, de 7 de julio
  - Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre
- Ley 43/1994, de 30 de diciembre: **Canon por copia privada**
- TRLPI 1996
  - Real Decreto 325/1994, de 25 de febrero
- La remuneración se aplica sobre los equipos, aparatos y soportes materiales **idóneos** para realizar la reproducción de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones asimiladas, fonogramas, videogramas u otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales
  - Lista con dispositivos analógicos sujetos a la remuneración equitativa y tarifas aplicables a cada uno
  - Gestión colectiva obligatoria

- Resistencia e incumplimiento sistemático por parte de la industria de equipos y soportes de reproducción
  - Desobediencia en la autoliquidación
  - Plantean cuestiones de inconstitucionalidad
  - Solicitan que se plantee cuestión prejudicial

  - *STS de 25 de octubre de 2005*

LA ADAPTACIÓN A LA COPIA DIGITAL

- **Primera fase**
  - Sentencias judiciales: aplicación del canon a los nuevos dispositivos digitales por **analogía** con lista de dispositivos sometidos al "canon" por copia privada, partiendo del principio de idoneidad objetiva

- **Segunda fase**
  - Directiva 29/2001/CE, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos relacionados con los derechos de autor y con los derechos afines en la sociedad de la información (DDASI)
    - Concepto de **"compensación equitativa"**

- **Tercera fase**
  - Ley 23/2006, de 7 de julio, de modificación del TRLPI para la incorporación de la DDASI
  - Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, por la que se determinan los equipos, aparatos y soportes de reproducción sujetos al canon digital y las cantidades aplicables, así como su distribución entre los titulares de derechos en función de la modalidad de reproducción = **Canon digital**

- **Art. 5.2 b) DDASI**
  - Los Estados **podrán** establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, **siempre que** los titulares de derechos reciban una compensación equitativa, *teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el art. 6*

- **Introducción o mantenimiento de sistemas de retribución para compensar la copia privada (Cdos. 38 y 39)**
  - Diferenciar copia privada analógica y copia privada digital
  - Tener en cuenta nuevos sistemas de retribución (modelos de negocio) y el uso de medidas tecnológicas eficaces

- **Principios informadores de una compensación equitativa o justa (Cdo. 31)**
  - Justo equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y los intereses de los usuarios a la luz de los avances en la electrónica
  - La compensación equitativa ha de servir como recompensa adecuada a los titulares de derechos por el uso de sus obras y prestaciones

- **Libertad de los Estados para determinar la forma, modalidades y cuantía de la compensación de acuerdo con unos criterios informadores (Cdo. 35):**
  - El posible daño que la copia privada cause a los titulares de derechos
  - Que cuando los titulares hayan recibido una retribución de algún tipo (licencia) puede ocurrir que no haya que efectuar otro pago
  - Que el nivel de la compensación equitativa deberá determinarse teniendo en cuenta el grado de utilización de medidas tecnológicas de protección
  - Que determinadas situaciones en que el perjuicio causado haya sido mínimo no podrán dar origen a una obligación de pago

- **Ley 23/2006, de 7 de julio**
  - Modifica arts. 31.2 y 25 TRLPI extendiendo el límite a la copia privada digital y consagrando la compensación equitativa en forma de **canon analógico y digital**
  - Sistema de canon basado en el **principio de idoneidad objetiva** de los dispositivos de reproducción
  - Prevé un procedimiento para la determinación del canon digital (art. 25.6 TRLPI)
    - **Negociación** entre entidades de gestión e industria; a falta de acuerdo se regulará mediante **Orden Ministerial**
    - **Criterios informadores :** perjuicio efectivamente causado y exclusión del perjuicio mínimo (*regla de minimis*); grado de uso de los dispositivos para realizar copias privadas; capacidad de almacenamiento; calidad de las copias; disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas (*la mera posibilidad de uso no excluye el canon*); tiempo de conservación de las reproducciones; proporcionalidad de las tarifas con el precio medio de mercado de los dispositivos
    - **Excluye discos duros de ordenador** (art. 25.7 TRLPI)
  - **Régimen transitorio** hasta que se alcance el acuerdo entre los agentes del sector o se reglamente de forma sustitutiva (Disposición transitoria única)

- **Orden PRE/1743/2008**
  - Determina los equipos, aparatos y soportes de reproducción sujetos al pago del canon digital y las tarifas aplicables a cada uno
  - Establece criterios de reparto de la recaudación del canon entre los distintos titulares de derechos (a través de sus entidades de gestión) en función de cada modalidad de reproducción
  - Hace una estimación económica del daño que la copia privada causa a los titulares de derechos, a partir de las ventas estimadas de los distintos dispositivos de reproducción (110 millones de Euros)
  - Todo ello dentro de los parámetros básicos previstos en el art. 25.6 TRLPI
    - **SAP Madrid, Secc. 28ª, de 4 de marzo de 2013**

CASOS JUDICIALES SOBRE EL CANON DIGITAL

- **STJUE (Salta Tercera) de 21 de octubre de 2010 (As. C-467/2008, Padawan)**

  - El concepto de compensación equitativa es un concepto autónomo de Derecho de la Unión que debe interpretarse de forma uniforme en todo el territorio comunitario…

  - …Pero la compensación equitativa puede adaptar diferentes formas o modalidades, una de las cuales -no la única- es el sistema basado en un canon sobre dispositivos de reproducción

  - Si se emplea el sistema de canon no será necesario verificar que los adquirentes de dispositivos realicen efectivamente copias privadas (idoneidad y presunción iuris et de iure de uso para copia privada)

- El pago de la compensación incumbe a la persona física que realiza la copia privada…

- …Pero ante la dificultad de identificar a cada usuario, para financiar la compensación equitativa es lícito que los Estados establezcan un sistema de canon que se haga recaer sobre los fabricantes, importadores y vendedores de dispositivos de reproducción (deudores directos instrumentales que pueden repercutir el pago a los usuarios finales, que serán deudores indirectos)

- Debe existir una vinculación necesaria entre el canon por copia privada y la utilización de los dispositivos de copia para realizar reproducciones para uso privado

- ***La aplicación indiscriminada del canon por copia privada, a todo tipo de dispositivos de reproducción digital <u>que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas</u>, no resulta conforme con la DDASI***
  - No tiene sentido repercutir sobre un profesional, una empresa o una persona jurídica en general la financiación de la compensación equitativa por copia privada, al adquirir dispositivos de reproducción para su actividad empresarial o profesional **(SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 2 de marzo de 2011, Padawan)(SJM nº 7 Madrid de 21 de diciembre de 2010, Dell)**

  - **Pero**, **en rigor, el TJUE no excluye que los dispositivos adquiridos por empresas, profesionales o personas jurídicas queden sujetos al canon, si se ponen a disposición de personas físicas que puedan utilizarlos con fines de copia para uso privado (SAP Madrid, Secc. 28º) de 4 de marzo de 2013)**

- **STJUE (Sala 3ª) de 16 de junio de 2011 (As. C-462/09, Stichting de Thuiskopie)**
  - Confirma que los deudores de la compensación equitativa son los usuarios que realizan la reproducción para uso privado, pero los Estados pueden establecer un sistema que haga deudores del canon a quienes ponen a su disposición dispositivos de copia siempre que puedan repercutir el importe del canon a los usuarios
  - En caso de ventas a distancia de dispositivos de copia entre diferentes Estados, corresponde al Estado donde se adquieren los dispositivos para realizar (presumiblemente) copia privada garantizar el cobro de la misma al vendedor a través de los órganos jurisdiccionales
    - ¿Obligación de pago sobre el vendedor, en detrimento de fabricante e importador?

- **Sentencias de la Audiencia Nacional (Sala Tercera) anulando la Orden PRE/1743/2008**
  - Seis sentencias que decretan la anulación de la Orden Ministerial por razones formales
  - Tiene carácter de Reglamento dictado en ejecución de norma legal y resultaba preceptivo Dictamen del Consejo de Estado, requisito esencial cuya omisión provoca la nulidad de pleno derecho (art. 62 LRJAPC)
  - Confirmación implícita por STS de 27 de noviembre de 2012 = Desestima recurso por pérdida del objeto (supresión del canon digital por Ley 20/12)
  - Efectos *ex tunc*
    - Se retrotraen a su entrada en vigor, el 1 de julio de 2008, aplicándose el régimen anterior: la Disposición Transitoria Única Ley 23/2006
    - Quedan excluidos del canon algunos dispositivos no contemplados en esa Disposición transitoria

- **Efectos de la STJUE Padawan y de la declaración de Nulidad de la Orden Ministerial**
  - ¿Pueden los usuarios que abonaron el canon exigir su devolución a las entidades de gestión por cobro de lo indebido (art. 1895 CC)?
  - ¿Pueden los profesionales, empresas y personas jurídicas que abonaron el canon exigir su devolución a las entidades de gestión por cobro indebido?

  - ¿Efectos *ex tunc* de la STJUE (entrada en vigor DDASI) y de las SSAN (entrada en vigor OM-Aplicación DT Ley 23/2006)
  - Cuestiones de legitimación activa y de legitimación pasiva
  - Responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 139 LRJAPC)

  - **Disposición Transitoria Primera Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre**

CAMBIO DE MODELO EN LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA

- **Disposición adicional 12ª de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible**
  - Insta al Gobierno a reformar el régimen de compensación equitativa por copia privada antes del 6 de junio de 2011

- **Proposición no de Ley del Grupo Popular en el Congreso, de 16 de abril de 2011**
  - Se propone sustituir el modelo de canon en los dispositivos de reproducción por una aplicación de la compensación equitativa en forma de canon sobre el precio de venta al público de copias originales de obras y prestaciones afines (canon en la copia original)

- **Disposición adicional 10ª 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**
  - **Suprime la compensación equitativa por copia privada regulada en el art. 25 TRLPI** = Pero no deroga formalmente el art. 25 TRLPI
  - **La compensación equitativa por copia privada pasa a satisfacerse con cargo a los Presupuestos Generales del Estado a partir de 2012**
  - Remite a una regulación posterior para la determinación de la cuantía y del procedimiento de pago, tomando como base de estimación el perjuicio causado por la copia privada al derecho de reproducción de los titulares.

- **Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012 y 2013**
  - Se aprueba una **dotación de 5 millones de Euros para sufragar la compensación equitativa por copia privada en los ejercicios 2012 y 2013**

- **Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado**
  - La cantidad adecuada para compensar a los titulares de derechos "se determinará dentro de los límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio"…Sobre la base del perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos
  - Criterios para la estimación del daño: estimación del número de copias realizadas; impacto de la copia privada sobre las ventas; precio medio de cada copia y el porcentaje destinado a derechos de autor; el carácter analógico o digital de las reproducciones; la disponibilidad y aplicación de medidas tecnológicas; regla de minimis; exclusiones
  - Procedimiento para la determinación de la cuantía y reparto: Subdirección General de Propiedad Intelectual
  - Distribución entre titulares de derechos en función de la modalidad de reproducción = Asignación a las entidades de gestión colectiva

- **Disposición Transitoria Primera RD 1657/2012**
  - No procede devolución de las cantidades ya abonadas y repercutidas en aplicación del régimen de compensación equitativa anterior al 1 de enero de 2012
  - A excepción de los casos de liquidación y pago indebidos que den derecho a su reembolso (Padawan)
  - El régimen anterior seguirá aplicándose para los deudores que no hubieran satisfecho las cantidades debidas por dispositivos fabricados o vendidos antes del 1 de enero de 2012

- **Anteproyecto de Ley de Modificación del TRLPI de 22 de marzo de 2013**

  - **Restricción del límite de copia privada y ampliación del régimen de exclusiones del límite**

  - **Modificación del art. 25 TRLPI para consolidar legalmente el nuevo modelo de compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado**

- **Restricción del límite de copia privada (art. 31.2 TRLPI)**
  - Sólo cubre reproducciones para uso privado de una persona física, excluyendo usos profesionales y empresariales
  - Sólo cubre reproducciones a partir de obras a las que se haya accedido legalmente, entendiendo por tales
    - Las realizadas a partir del soporte original de la copia de la obra adquirida en propiedad por compraventa comercial
    - Las realizadas mediante reproducción individual y temporal de obras a las que se accede por acto legítimo de comunicación pública mediante radiodifusión, para permitir su visionado o audición en un momento temporal más oportuno (time shifting)
  - No cubre copias objeto de utilización colectiva ni lucrativa

  - Exclusiones: programas de ordenador, bases de datos y obras puestas a disposición del público a la carta con arreglo a lo convenido por contrato (licencias de uso en línea)

- **Consagración del cambio de modelo en la compensación equitativa por copia privada (art. 25 TRLPI)**
  - Compensación equitativa y única por copia privada de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones asimiladas, fonogramas, videogramas u otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, realizadas mediante aparatos o instrumentos técnicos para uso privado, no profesional ni empresarial
  - Con cargo a los Presupuestos Generales del Estado
  - Remisión al régimen reglamentario para la determinación de la cuantía y pago de la compensación
  - Cláusula Padawan: no serán copias privadas las realizadas mediante dispositivos que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de la copia privada
  - No darán lugar a compensación las reproducciones en que el perjuicio causado haya sido mínimo, y en particular:
    - Las reproducciones de actos de radiodifusión para visionado o audición en un momento posterior
    - Las realizadas para dar un formato diferente a la obra o prestación

- **Objetivo final:**

- Reducir a la mínima expresión la posibilidad formal de copia privada
  - Los actos no incluidos serán ilícitos y podrán perseguirse **(¿Cómo?)**

- Restringir al máximo la pertinencia de la compensación equitativa
  - Incluso en reproducciones admitidas como copia privada

- **Dar soporte legal al cambio de modelo "perpetrado" desde la Ley 20/2012 y reducir a la mínima expresión el perjuicio derivado de la copia privada para los titulares de derechos, justificando una reducción brutal de la compensación equitativa**

MIENTRAS TANTO EN EUROPA…

- **Comunicación de la Comisión Europea de 24 de mayo de 2011: "Un Mercado Único de los Derechos de Propiedad Intelectual"**
  - El correcto funcionamiento del mercado interior exige conciliar el canon por copia privada con la libre circulación de bienes, en aras de un comercio transfronterizo fluido de bienes sujetos a cánones por copia privada
  - Se multiplicarán esfuerzos por impulsar un acuerdo entre las partes interesadas
  - Se nombrará un **mediador independiente** que tendrá por misión armonizar la metodología empleada para imponer los cánones y mejorar su gestión… concretamente la determinación del tipo de equipos sujetos a los mismos, la fijación de tarifas y la interoperabilidad de los distintos sistemas nacionales, a la luz de las implicaciones transfronterizas que sobre el mercado interior tiene un sistema de cánones divergente
  - Cabe esperar que se puedan tomar medidas legislativas

- Nombramiento del mediador independiente, Sr. Antonio Vitorino
- Inicio del proceso de mediación en abril de 2012
- **Recomendaciones del mediador sobre el canon digital y el canon reprográfico, de 31 de enero de 2013…**

- Some stakeholders have put forward ideas to replace the current hardware based levy systems with other forms of fair compensation. It seems to me, however, that the alternatives that were put forward have not been sufficiently worked out in detail yet, and therefore do not justify the "phasing out" of hardware based levies in the immediate future; such a "big-bang" does not seem advisable. Some of these alternatives may also not be in conformity with the applicable legal framework. In particular, I think that the link between the persons causing the harm and benefitting from the exception and the persons financing a system of fair compensation should not be severed. That being said, I do believe that some of these alternatives deserve further consideration.

- Moreover, existing and new online services should normally be based on licensing agreements and are often supported by technical measures, allowing rightholders to be remunerated directly for all forms of consumption of their creative content. In cases where rightholders are remunerated via licensing agreements, for the use (including the copying, as the case may be) of their works, it does not seem justified to make consumers pay a second time, in the form of levies. These and any other forms of double payment should be avoided. In my view, they are to the detriment not only of consumers but also of the functioning of copyright as a system to incentivise and reward creativity and investment.

- While it is true that the cases of private copying requiring compensation by means of levies are, on account of new business models and changing content consumption patterns, likely to decline, they will not vanish from one day to the next. Therefore, levy systems will, in my view, remain relevant in the immediate future. In these circumstances, the most pressing objective is to ensure the greatest possible consistency, effectiveness and legitimacy of the levy systems that are in place today.

RECOMENDACIONES PARA EL FUTURO INMEDIATO. INFORME VITORIO

- Las copias hechas por usuarios finales con fines privados en el contexto de un servicio licenciado por los titulares de derechos, no causan un daño que requiera una remuneración adicional en forma de canon por copia privada
  - STJUE de 27 de junio de 2013 (As. C-457/11 a C-460/11, VG Wort c. Kyocera et al.)
  - "En el marco de una excepción o de una limitación establecida en el art. 5 DDASI, un acto eventual mediante el que el titular de los derechos autorizó expresa o tácitamente la reproducción de su obra o prestación protegida no tiene repercusión alguna en la compensación equitativa, ya esté establecida esta última con carácter obligatorio o facultativo, en virtud de la disposición aplicable de dicha Directiva"

- El cobro del canon en operaciones trasnacionales sobre dispositivos de copia tendrá lugar en el Estado en el que resida el cliente final

- El canon debe ser visible para el usuario final

- Sólo deberían estar sujetas al canon las ventas de dispositivos realizadas a personas naturales
  - Sistema de pago ex ante
  - Sistema de reembolso ex post

- Conviene trasladar la responsabilidad del pago del canon de los fabricantes e importadores a los vendedores finales.

- Es preciso simplificar el sistema de tarifas aplicables a los dispositivos de copia

- Hay que obligar a fabricantes e importadores a informar a las entidades de gestión sobre las operaciones relacionadas con los dispositivos sujetos al canon

- El valor atribuido a cada copia singular es pequeño y, por tanto, el daño resultante puede ser mínimo, pero el concepto de daño no puede estar referido a cada copia singular sino al conjunto de copias realizadas por las personas físicas para uso privado

- Se recomienda mayor coherencia en el proceso de fijación del canon, para definir el daño de manera uniforme, partiendo del concepto de lucro cesante pero teniendo en cuenta que el valor que los consumidores atribuyen a las copias desciende con cada copia adicional

- Se recomienda mayor coherencia en el proceso de fijación del canon con vistas a implementar un marco procedimental que reduzca la complejidad, garantice los objetivos perseguidos y asegure la observación de estrictos límites temporales

CONCLUSIÓN

- PARECE QUE LA UNIDAD DE MERCADO, LA EFICIENCIA EN EL COMERCIO ENTRE ESTADOS MIEMBROS Y LA SEGURIDAD JURÍDICA NECESITAN UN MODELO UNIFORME DE COPIA PRIVADA Y COMPENSACIÓN EQUITATIVA EN LA UE
- ALGO MÁS QUE MERAS RECOMENDACIONES
- DERECHO UNIFORME A TRAVÉS DE DIRECTIVA