

DENUNCIA

ANTE LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

contra

SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (“SGAE”)

**ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE
ESPAÑA (“AIE”)**

ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (“AGEDI”)

ARTISTAS E INTÉRPRETES, SOCIEDAD DE GESTIÓN (“AISGE”)

ENTIDAD DE GESTIÓN DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (“EGEDA”)

CENTRO ESPAÑOL DE DERECHOS REPROGRÁFICOS (“CEDRO”)

VISUAL ENTIDAD DE GESTIÓN DE ARTISTAS PLÁSTICOS (“VEGAP”)

y contra

EL REINO DE ESPAÑA

formulada por [CONFIDENCIAL]

al amparo de los artículos 106 y 102 del TFUE, y del artículo 258 del TFUE

En Madrid, a 16 de julio de 2010

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| PRELIMINAR RESUMEN EJECUTIVO Y OBJETO DE LA DENUNCIA..... | 8 |
| HECHOS..... | 18 |
| PRIMERO: LAS PARTES..... | 18 |
| 1. Denunciantes | 18 |
| [CONFIDENCIAL] | |
| 2. Denunciadas..... | 18 |
| 2.1. Entidades de Gestión | 18 |
| 2.1.1. Sociedad General de Autores y Editores (“SGAE”) | 18 |
| 2.1.2. Centro Español de Derechos Reprográficos (“CEDRO”)..... | 19 |
| 2.1.3. Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (“VEGAP”)..... | 19 |
| 2.1.4. Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (“AIE”)..... | 20 |
| 2.1.5. Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión (“AISGE”) | 21 |
| 2.1.6. Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (“AGEDI”)..... | 21 |
| 2.1.7. Entidad de Gestión de los Productores Audiovisuales (“EGEDA”)..... | 22 |
| 2.2. El Reino de España..... | 22 |
| 3. Algunos datos relevantes del sector de las entidades de gestión..... | 22 |
| SEGUNDO: BREVE DESCRIPCIÓN DE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL CANON POR COPIA PRIVADA EN ESPAÑA..... | 26 |

| | |
|---|-----------|
| 1. Introducción..... | 26 |
| 2. Principales hitos en la evolución de la copia privada en España | 27 |
| 3. La Ley 22/1987 y su desarrollo | 28 |
| 4. La Ley 20/1992 y su desarrollo | 29 |
| 5. La Ley 43/1994 y el Real Decreto Legislativo 1/1996 (“TRLPI”) | 32 |
| 6. La Ley 23/2006..... | 34 |
| 7. La Orden Ministerial 1743/2008 | 37 |
| TERCERO. LA “OBLIGACION” LEGAL DE LA DEDUCCION PARA FINES ASISTENCIALES Y FOMENTO DE LA CULTURA | 38 |
| 1. Marco Normativo | 38 |
| 2.- Conflicto de intereses derivado de las deducciones..... | 40 |
| CUARTO: CONDUCTAS DERIVADAS DEL ACUERDO ASIMELEC | 44 |
| 1. Antecedentes normativos del Acuerdo ASIMELEC | 45 |
| 2. El Acuerdo ASIMELEC. Contenido. | 56 |
| 3. El Acuerdo ASIMELEC. Vicisitudes posteriores a su celebración..... | 59 |
| 4. Efectos económicos derivados del Acuerdo ASIMELEC..... | 68 |
| 5. Conductas discriminatorias y abusivas de las Entidades de Gestión en relación con el Acuerdo ASIMELEC | 71 |
| QUINTO: AUSENCIA DE MECANISMOS DE CONTROL PARA EVITAR DOBLES PAGOS | 76 |
| 1. Los deudores principales y responsables solidarios de la obligación de abonar la compensación equitativa por copia privada. | 76 |

| | |
|--|----|
| 2. Ausencia de un mecanismo de control que impida la realización de dobles pagos por el mismo equipo o soporte | 80 |
|--|----|

SEXTO: APLICACIÓN INDISCRIMINADA DEL CANON (SEGÚN CRITERIO DE LA MERA “APTITUD TÉCNICA” PARA “COPIAR”) 82

| | |
|--|----|
| 1. Breve referencia al concepto del límite de copia privada en el derecho español vigente | 83 |
| 2. Diferencia entre copia privada, copia licenciada y copia ilícita. | 85 |
| 3. La necesaria conexión entre la compensación y el presumible uso para la realización de “copias privadas”..... | 88 |
| 4. El criterio de la mera “idoneidad técnica” para “copiar”. Equipos y soportes sujetos al pago del canon..... | 90 |
| 5. Inconsistencias derivadas de la devolución del canon a los compradores finales en determinados supuestos..... | 98 |

SÉPTIMO: OBSTACULIZACIÓN PARA EL REINTEGRO DEL CANON INDEBIDAMENTE PAGADO POR LOS EQUIPOS Y SOPORTES EXCLUIDOS POR HABER SIDO DESTINADOS A EXPORTACIÓN O POR HABER SIDO VENDIDOS A USUARIOS CON LICENCIA DE REPRODUCCIÓN..... 100

| | |
|--|-----|
| 1. Dispositivos comercializados fuera de España | 100 |
| 2. Dispositivos comercializados a quienes tienen una licencia de reproducción..... | 107 |

OCTAVO: NO RECONOCIMIENTO DEL CANON ABONADO A OTRAS ENTIDADES DE GESTIÓN EXTRANJERAS EN DISPOSITIVOS IMPORTADOS EN ESPAÑA..... 114

NOVENO: IMPROCEDENCIA DE LA RECAUDACIÓN DEL CANON SOBRE EQUIPOS MIXTOS O POLIVALENTES COMERCIALIZADOS ANTES DE LA ORDEN 1743/2008..... 123

DECIMO: FALTA DE CONSIDERACION DE LAS MEDIDAS TECNOLOGICAS DE PROTECCION..... 131

DÉCIMO-PRIMERO: SOBRE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS A LOS CONSUMIDORES..... 137

1. Impacto en el precio de los productos y en la renta de los consumidores..... 142
2. Pago no relacionado con el posible uso para copia privada por parte del consumidor, dobles pagos, pagos “en cadena” y obligación de pago sin posibilidad de copia. 144
3. Falta de transparencia en la aplicación del canon..... 146
4. Impacto en la estructura de la oferta de venta minorista de productos..... 147
5. Impacto en el desarrollo del mercado y la innovación (nuevos modelos de negocio y productos tecnológicos)..... 98

FUNDAMENTOS DE DERECHO..... 146

PRIMERO: INFRACCIÓN POR EL REINO DE ESPAÑA DEL ARTÍCULO 106 DEL TFUE.....146

1. SOBRE EL CARÁCTER DE “EMPRESA” DE LAS ENTIDADES DE GESTION..... 147
2. SOBRE LA CONCESION DE PRERROGATIVAS “EXCLUSIVAS” O “ESPECIALES” EN BENEFICIO DE LAS ENTIDADES DE GESTION..... 150
 - 2.1. Constitución de un monopolio o cuasi-monopolio legal..... 150
 - 2.2.Inducción al abuso de posición dominante mediante la concesión de amplias prerrogativas de determinación, recaudación y reparto del canon por copia privada.. 158
 - 2.2.1. Deducción del 20% del canon para financiación de actividades asistenciales y promocionales. 162

| | |
|---|------------|
| 2.2.2. Otros privilegios en la determinación, recaudación y reparto de la compensación equitativa por copia privada..... | 163 |
| 2.3. Sobre la incorrecta transposición de la Directiva 2001/29/CE | 166 |
| 2.4. Conclusiones | 168 |
| SEGUNDO: INFRACCIÓN POR LAS ENTIDADES DE GESTIÓN COLECTIVA DEL ARTÍCULO 102 DEL TFUE | 169 |
| 1. POSICIÓN DE DOMINIO DE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN EN UNA PARTE SUSTANCIAL DEL MERCADO INTERIOR..... | 170 |
| 1.1. Definición del mercado relevante..... | 170 |
| 1.2. Existencia de una posición de dominio en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo..... | 176 |
| 2. EXISTENCIA DE UN ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO POR PARTE DE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN | 180 |
| 2.1. Conducta discriminatoria y otras prácticas abusivas en la reclamación del canon de copia privada tras el Acuerdo ASIMELEC | 190 |
| 2.2. Reclamaciones paralelas del mismo importe en varios niveles de la cadena de distribución | 196 |
| 2.3. Interpretación de manera extensa e idéntica por las Entidades de Gestión del principio de “idoneidad para copia privada” previsto en la normativa española | 199 |
| 2.4. Obstaculización de la exención del pago del canon a los productos destinados a la exportación (artículo 25.13 TRLPI) y en la venta de dispositivos a usuarios con licencia de reproducción (artículo 25.7.a TRLPI) | 207 |
| 2.5. No reconocimiento del canon abonado a las entidades de gestión de otro Estado miembro por dispositivos “importados” en España | 212 |

| | |
|--|------------|
| 2.6. Extensión del canon por copia privada a los equipos digitales “mixtos” (o “polivalentes”) comercializados durante el periodo anterior a la Orden PRE/1743/2008..... | 218 |
| 2.7. Falta de consideración de las medidas tecnológicas de protección a efectos de la aplicación del canon por copia privada y la fijación de su importe | 221 |
| 3. EFECTO ACTUAL O POTENCIAL DE LA CONDUCTA SOBRE EL COMERCIO ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS | 225 |
| TERCERO. OTRAS OBSERVACIONES ADICIONALES | 233 |
| CONFIDENCIALIDAD DE LA DENUNCIA..... | 235 |
| REQUERIMIENTO DE INFORMACION A LAS DENUNCIADAS..... | 239 |
| CONCLUSIÓN Y SOLICITUD A LA COMISIÓN..... | 239 |

PRELIMINAR

RESUMEN EJECUTIVO Y OBJETO DE LA DENUNCIA

(1) La copia privada es una de las excepciones al derecho exclusivo de reproducción reconocidas en el ordenamiento español. Se encuentra regulada en el artículo 31.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (“**TRLPI**”), en la redacción dada por la Ley 23/2006, de 7 de julio (Boletín Oficial del Estado (“**BOE**”) núm. 162, de 8 de julio de 2006) (“**Ley 23/2006**”), por la que se traspuso al ordenamiento español la 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 (la “**Directiva**” o la “**Directiva 2001/29/CE**”), publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (“**DOCE**”) L 167 de 22/06/2001 p. 10-19.

(2) El artículo 25 del TRLPI, al que reenvía el artículo 31.2 recién citado, es el que establece el régimen de la “compensación equitativa por copia privada” (antes denominada “remuneración compensatoria por copia privada”) que, por imperativo de la normativa comunitaria aplicable (Art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE) debe otorgarse en caso de reconocer el límite de copia privada. La redacción actual del artículo 25 también procede de la Ley 23/2006.

(3) La compensación por copia privada en España – al igual que ocurre en la mayoría de los Estados miembros – se ha instrumentado tradicionalmente por medio de la aplicación de “cánones” sobre soportes y equipos idóneos para la realización de copias privadas. Dicho sistema de cánones por copia privada fue objeto de modificación a fin de adaptarse a las especificidades propias del entorno digital a que se refiere la Directiva 2001/29/CE mediante la Ley 23/2006, la cual ha sido objeto de desarrollo reglamentario por medio de la Orden PRE/1743/2008.

(4) En España, la compensación equitativa por copia privada constituye la segunda fuente de ingresos en importancia de las Entidades de Gestión en España (la primera fuente para muchas de ellas), que viene generando en los últimos años aproximadamente 100 millones de

euros anuales, lo que representa alrededor del 20% del total de los ingresos anuales de las Entidades de Gestión en España y más de lo que reciben las entidades de gestión en relación con el derecho exclusivo de reproducción.

(5) La aplicación en España de la normativa sobre la compensación equitativa por copia privada ha sido muy controvertida y ha dado lugar a graves problemas de aplicación práctica. **[CONFIDENCIAL]**, a las que en lo sucesivo no referiremos como “las Denunciantes”, consideran que esta normativa y su aplicación práctica por parte de las Entidades de Gestión denunciadas ha conllevado y sigue conllevando la infracción del Derecho Comunitario de la Competencia.

(6) En concreto, las Denunciantes consideran que **el Reino de España ha infringido el artículo 106 TFUE** mediante el otorgamiento de derechos “exclusivos” y “especiales” a favor de las Entidades de Gestión denunciadas:

- El otorgamiento de derechos “exclusivos” se concreta en el establecimiento de un régimen de monopolio (excepcionalmente de duopolio en el supuesto de autores de obras visuales o audiovisuales) para la gestión de la compensación equitativa por copia privada para cada categoría de titulares de derechos de propiedad intelectual.
- El otorgamiento de derechos “especiales” se concreta en el establecimiento de un régimen de duopolio en la gestión de la compensación equitativa por copia privada para los autores de obras audiovisuales, así como en la concesión de una larga lista de prerrogativas o privilegios a favor de las entidades de gestión autorizadas en España para la gestión de la compensación equitativa por copia privada.

(7) La concesión del monopolio en la gestión de la compensación equitativa por copia privada se lleva a cabo mediante el concurso de determinadas disposiciones legislativas y actos administrativos:

- a) En primer lugar, mediante la obligación legal de la necesaria autorización previa por parte del Ministerio de Cultura para actuar como entidad de gestión en España (art. 147 TRLPI), que habrá de ser publicada en el “Boletín Oficial del Estado” y cuya concesión está sometida a una amplia discrecionalidad por parte del Ministerio de Cultura (art. 148 TRLPI).

- b) En segundo lugar, mediante la efectiva limitación de dicha autorización a determinada categorías de titulares de derechos, determinadas categorías de obras o prestaciones protegidas y, en su caso, determinados derechos (tal y como se definen por vía estatutaria, cuyas modificaciones también están sujetas a autorización por el Ministerio de Cultura).
- c) En tercer lugar, mediante la configuración de la compensación equitativa por copia privada como un derecho de gestión colectiva obligatoria a través de las Entidades de Gestión colectiva (art. 25.8 TRLPI) e incluso con carácter irrenunciable para autores y artistas (art. 25.1 TRLPI), que lleva consigo asimismo la posibilidad de cobrar la compensación equitativa no solo para sus propios socios, sino también para cualesquiera otros titulares que no sean socios de la entidad.

Tal y como ha identificado la autoridad nacional de competencia española (Comisión Nacional de Competencia – “CNC”) en su informe sectorial publicado en diciembre de 2009, la barrera legal de la autorización administrativa previa se suma a otras barreras legales (obligaciones legales asignadas, incluida la obligación de tratarse de entidades sin ánimo de lucro) y de otro tipo (presencia de economías de escala en la gestión de los derechos y barreras de entrada estratégicas) para hacer efectivo estos monopolios, cuyo ámbito en el caso de la compensación equitativa por copia privada queda representado en el siguiente cuadro:

| Modalidad de Fonogramas (música) | Modalidad de Videogramas (visual y audiovisual) | Modalidad de Libros y publicaciones asimiladas |
|--|---|---|
| AUTORES <ul style="list-style-type: none"> • <u>SGAE: 100%</u> | AUTORES <ul style="list-style-type: none"> • <u>SGAE : 97,92%</u> • <u>DAMA: 2,08%</u> | AUTORES <ul style="list-style-type: none"> • <u>CEDRO: 79,1%</u> (100% autores del texto) • <u>VEGAP: 20,9%</u> (100% autores plásticos) |
| ARTISTAS <ul style="list-style-type: none"> • <u>AIE: 100%</u> | ARTISTAS <ul style="list-style-type: none"> • <u>AISGE : 80%</u> (100% actores) • <u>AIE: 20%</u> (100% cantantes) | <i>No aplicable</i> |

| Modalidad de Fonogramas (música) | Modalidad de Videogramas (visual y audiovisual) | Modalidad de Libros y publicaciones asimiladas |
|--|--|---|
| PRODUCTORES • <u>AGEDI: 100%</u> | PRODUCTORES • <u>EGEDA: 100%</u> | EDITORES • <u>CEDRO: 100%</u> |

Nota: El solapamiento existente respecto (1) artistas de obras visuales o audiovisuales (videogramas) y (2) autores de libros es meramente aparente, ya que cada una de las Entidades de Gestión representa una determinadas categoría de titular (AISGE los actores y AIE los músicos) u obra (CEDRO el texto y VEGAP las ilustraciones de los libros). El ámbito de representatividad de cada Entidad de Gestión (modalidad de reproducción + categoría de titular) se basa en sus estatutos y la autorización otorgada por el Ministerio de Cultura. El porcentaje del reparto correspondiente a cada modalidad de copia privada (fonogramas, videogramas y libros) entre las diferentes categorías de titulares (autores, artistas, productores / editores) está previsto en el artículo 36 Real Decreto 434/1992. El porcentaje de reparto en aquellas áreas donde convergen dos Entidades de Gestión se basa en acuerdos internos entre las mismas, conforme a los datos de que disponemos al respecto (esas reglas de reparto no son normalmente públicas).

(8) El Reino de España ha otorgado a las Entidades de Gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual una serie de prerrogativas en la determinación, recaudación y reparto de la compensación equitativa por copia privada, que constituyen verdaderos privilegios a los efectos del artículo 106 TFUE. Esas prerrogativas incluyen las siguientes:

- (a) El otorgamiento de una exclusividad en la gestión del derecho de compensación por copia privada en España, configurando éste como un derecho de gestión colectiva obligatoria a través de las Entidades de Gestión colectiva (art. 25.8 TRLPI) con carácter irrenunciable para autores y artistas (art. 25.1 TRLPI), que lleva consigo asimismo la posibilidad de cobrar la compensación equitativa no solo para sus propios socios, sino también para cualesquiera otros titulares que no sean socios de la entidad.
- (b) El derecho a deducir un 20% de los ingresos correspondientes a la compensación equitativa por copia privada (sustrayéndolo del reparto a los titulares de derechos, socios o no socios de la entidad), para la realización de actividades asistenciales, culturales y de formación propias de las entidades de gestión (art. 155 TRLPI y 39 RD 1434/1992), lo que implica una fuente de financiación privilegiada para desarrollar una amplia variedad de actividades con total discrecionalidad.

- (c) Su especial habilitación en la legitimación procesal para representar a la totalidad de los titulares de derechos, sin necesidad siquiera de acreditar dicha representatividad (art. 150 TRLPI).
- (d) La facultad de poder auditar la documentación y libros de los supuestos deudores de la compensación equitativa por copia privada (art. 25.22 y art. 25.23 TRLPI), que supone un derecho excepcional que no encuentra paralelo alguno en la legislación española para cualesquiera acreedores.
- (e) La facultad de decidir unilateralmente si reclamar el pago de la compensación equitativa a los “deudores principales” o, en caso de no constar el desglose de la compensación en factura, a los denominados “responsables solidarios” (art. 25.4.a) párrafo 2º en relación con apartados 14, 15 y 22 del art. 25 TRLPI), o incluso a ambas categorías de deudores en el mismo o en diferentes procedimientos.
- (f) La facultad de emisión de los certificados que sirvan de base para la posible exoneración del pago de la compensación por usuarios licenciados (art. 25.7.a) TRLPI).
- (g) La facultad de solicitar el embargo cautelar de los dispositivos presuntamente sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada (art. 25.22 TRLPI).
- (h) La consideración de los deudores principales y los responsables solidarios como “depositarios” de la compensación devengada hasta el efectivo pago de ésta (art. 25.16 TRLPI), los que les coloca en posición privilegiada para defender sus derechos de crédito por vía penal y no solo por vía civil.
- (i) La posición privilegiada para negociar frente a las asociaciones sectoriales de deudores, los dispositivos sujetos a compensación y el importe de la misma, con la prolongación tácita de la vigencia del régimen compensatorio existente en tanto no se alcance un acuerdo y se apruebe la nueva normativa (art. 25.6 TRLPI).
- (j) La facultad de modificar unilateralmente, por acuerdo entre las Entidades de Gestión, los repartos porcentuales entre las diferentes modalidades de reproducción (libros, sonido y visual o audiovisual) del importe de la compensación por copia privada

correspondiente a cada dispositivo (Apartado Segundo, epígrafe 2 de la Orden PRE/1743/2008).

- (k) La garantía de unos ingresos mínimos anuales en concepto de compensación equitativa por copia privada, modificando las compensaciones y distribuciones previstas inicialmente al objeto de que las cantidades devengadas superen el mínimo recaudatorio previsto por vía reglamentaria (Apartado Tercero de la Orden PRE/1743/2008).
- (l) La amplia discrecionalidad de que disfrutaban para determinar las normas de reparto de los importes cobrados en concepto de compensación equitativa (artículo 154 TRLPI).

El conjunto de estas prerrogativas, sumada unas a otras, van más allá de lo que constituirían unas medidas para asegurar la eficacia de la compensación equitativa por copia privada, llegando a configurarse como auténticos privilegios excesivos e innecesarios, que desequilibran las relaciones entre entidades de gestión y los sujetos obligados al pago de la compensación equitativa por copia privada.

(9) Las Denunciantes consideran que **las Entidades de Gestión SGAE, AIE, AISGE, AGEDI, EGEDA, CEDRO y VEGAP han abusado de su posición de dominio en el mercado relevante**, consistente en la gestión del derecho de compensación equitativa por copia privada para cada modalidad de copia privada (libros, fonogramas y videogramas) y cada categoría de titular de derechos (autor, productor / editor y, en su caso, artista) en España, que constituye una parte sustancial del mercado interior, **con infracción del artículo 102 del TFUE**.

(10) En concreto, el abuso de posición dominante por parte de cada una de las Entidades de Gestión denunciadas se materializa en las siguientes actuaciones contrarias al artículo 102 del TFUE:

- (a) Conducta discriminatoria en la aplicación del canon de copia privada sobre soportes digitales tras la firma del Acuerdo con la asociación empresarial ASIMELEC:
 - (i) Por un lado favoreciendo a las empresas firmantes del Acuerdo ASIMELEC mediante (1) la exoneración del canon por copia privada para soportes digitales vendidos antes del 1 de septiembre de 2003; y (2) la aplicación de una tarifa más

favorable para los soportes informáticos CD-R/RW Data de 0,13€/hora en 2003-2004 y 0,16€/hora en 2005-2006 (hasta la entrada en vigor de la Ley 23/2006);

- (ii) Por otro lado, aplicando condiciones más desfavorables a las empresas no firmantes, incluyendo mayoritariamente responsables solidarios (no deudores principales del canon), mediante (1) la no exoneración y, por tanto la reclamación retroactiva del canon por copia privada para soportes digitales (mayoritariamente soportes CD-R/RW Data) vendidos antes del 1 de septiembre de 2003 (incluyendo también soportes digitales que podrían haber sido adquiridos de empresas firmantes del Acuerdo ASIMELEC antes del 1 de septiembre de 2003 y cuyo canon por copia privada habría quedado condonado para el deudor principalmente firmante del Acuerdo ASIMELEC que hubiera vendido esos soportes a un revendedor), y (2) la aplicación hasta la entrada en vigor de la Ley 23/2006 de una tarifa más elevada para los soportes polivalentes CD-R/RW Data (normalmente 0,18€/hora, si bien hay cierta “oscuridad” en muchas reclamaciones sobre la tarifa reclamada) que la aplicada a los firmantes del Acuerdo ASIMELEC (0,13€/hora en 2003-2004 y 0,16€/hora a partir de 2005).

Esta conducta abusiva sería imputable a las Entidades de Gestión denunciadas representan a las diferentes categorías de titulares en las modalidades de fonogramas y videogramas, es decir, SGAE, AIE, AISGE, AGEDI y EGEDA.

- (b) Dobles o múltiples pagos del canon sobre los mismos dispositivos mediante (i) la reclamación paralela y acumulada en varios niveles de la cadena de distribución (fabricante/importador + mayorista + minorista) de la compensación por copia privada correspondiente a las mismas unidades comercializadas, y (ii) la reclamación a mayoristas y minoristas de la compensación por copia privada correspondiente a soportes digitales que habían sido previamente exonerados del pago de canon por las Entidades de Gestión al deudor principal (fabricante o importador) en virtud de la firma del Acuerdo ASIMELEC.

Esta conducta abusiva sería imputable a las Entidades de Gestión denunciadas que representan a las diferentes categorías de titulares en las modalidades de fonogramas y videogramas, es decir, SGAE, AIE, AISGE, AGEDI y EGEDA.

- (c) Ruptura de la necesaria conexión existente entre la excepción de copia privada y el pago de la compensación, mediante la interpretación del principio de “idoneidad para copia privada” previsto en la normativa española (Art. 25.2 TRLPI: “(...) *equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar dicha reproducción (...)*”), de manera extensiva e idéntica por todas las Entidades de Gestión. A tal respecto, todas la Entidades de Gestión interpretan y aplican el principio de idoneidad como mera “aptitud teórica” para “copiar” lo que las lleva a exigir el pago del canon sobre todos los dispositivos en base a su mera capacidad técnica para “copiar”, con independencia de su idoneidad objetiva para realizar copias dentro del ámbito de la excepción por copia privada (idoneidad en concreto). El resultado de todo ello es que exige la compensación por copia privada incluso en situaciones de dispositivos objetivamente diseñados para uso exclusivamente empresarial (no doméstico) o en situaciones de venta a empresas y profesionales en los que queda acreditado que el destino de los dispositivos es completamente ajeno a la copia privada y se enmarca dentro del desarrollo de la propia actividad empresarial de dichos usuarios.

Esta conducta abusiva sería imputable a todas las Entidades de Gestión denunciadas (SGAE, AIE, AISGE, AGEDI, EGEDA, CEDRO y VEGAP).

- (d) Obstaculización para obtener la exoneración o reintegro del canon pagado en relación con supuestos exentos de la aplicación del canon por copia privada por la ley española, en concreto respecto a (1) productos destinados a la exportación y (2) productos comercializados a usuarios con licencia de reproducción exentos del pago del canon (artículo 25.7.a TRLPI).

Esta conducta abusiva sería imputable a todas las Entidades de Gestión denunciadas (SGAE, AIE, AISGE, AGEDI, EGEDA, CEDRO y VEGAP).

- (e) No reconocimiento del canon por copia privada abonado previamente a entidades de gestión de otro Estado miembro (con quienes además podrían existir acuerdos de reciprocidad) por dispositivos importados en España, lo que supone:

- Por un lado, la existencia de dobles pagos en aquellos casos en los que no existe un sistema de reembolso del canon a la “exportación” en el país de origen o exista un

sistema gravoso desde el punto de vista administrativo que desincentive la solicitud de dicha devolución al “exportador”; y

- Por otro lado, el traslado al “importador” de los costes financieros y administrativos correspondientes a la tramitación de dicho reembolso, encareciendo en cualquier caso el producto importado en España.

Esta conducta abusiva sería imputable a todas las Entidades de Gestión denunciadas (SGAE, AIE, AISGE, AGEDI, EGEDA, CEDRO y VEGAP).

- (f) Reclamación de la compensación equitativa por copia privada para dispositivos no sujetos al pago de dicha compensación, en concreto en relación con equipos digitales “polivalentes” o “mixtos” (por ejemplo grabadoras informáticas para soportes CD-R/RW Data / DVD-R/RW Data), aprovechando para ello el periodo de indefinición normativa existente hasta la aprobación de la Ley 23/2006, e incluso con posterioridad a la aprobación de la Orden PRE/1743/2008.

Esta conducta abusiva sería imputable a las Entidades de Gestión denunciadas que representan a las diferentes categorías de titulares en las modalidades de fonogramas y videogramas (SGAE, AIE, AISGE, AGEDI y EGEDA).

- (g) Aplicación de condiciones comerciales no equitativas y conducta discriminatoria por falta de consideración de las medidas tecnológicas de protección a efectos de la aplicación del canon por copia privada, (1) reclamando la aplicación del canon por copia privada en relación con dispositivos “no idóneos” para la realización de copias privadas al estar dotados de medidas tecnológicas de protección que restringen la realización de copias privadas y/o (2) solicitando la aplicación del mismo importe en concepto de compensación por copia privada con independencia de que los dispositivos de que se trate estén dotados o no de medidas tecnológicas de protección que restrinjan o limiten la posibilidad técnica de hacer copias privadas. Estas conductas van asimismo acompañadas de la puesta en práctica de declaraciones manifiestamente incorrectas sobre la efectividad de las medidas tecnológicas de protección a efectos de su (no) toma en consideración en relación con la compensación equitativa por copia privada y en

contradicción incluso con la posición defendida por los titulares de derechos de propiedad intelectual en sede judicial en otros países.

Esta conducta abusiva sería imputable SGAE, AIE, AISGE, AGEDI y EGEDA y, a partir de la Orden PRE/1743/2008, a CEDRO y VEGAP.

(11) Las Denunciantes respetuosamente solicitan a la Comisión Europea que, en el ejercicio de sus facultades conforme a los artículos 258, 106 y 102 del TFUE inicie los correspondientes procedimientos contra el Reino de España y las Entidades de Gestión SGAE, AIE, AISGE, AGEDI, EGEDA, CEDRO y VEGAP por las conductas que se señalan en la presente Denuncia.

HECHOS

PRIMERO: LAS PARTES

1. Denunciantes

[CONFIDENCIAL]^{1 2 3}

(12) - (13) – (14) – (15) – (16) – (17) CONFIDENCIAL

2. Denunciadas

2.1. Entidades de Gestión

(18) Un primer grupo de denunciadas son algunas de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual que se encuentran autorizadas por el Ministerio de Cultura en España para la gestión de la compensación equitativa por copia privada (las “**Entidades de Gestión**”). Se proporcionan a continuación más detalles sobre cada una de estas Entidades de Gestión.

2.1.1. Sociedad General de Autores y Editores (“SGAE”)⁴

(19) La Sociedad General de Autores y Editores (“SGAE”) es la principal Entidad de Gestión colectiva de España, constituida hace cien años, y dedicada a la gestión de los derechos de autores de obras musicales, audiovisuales y teatrales. Fue autorizada para ello por Orden del Ministerio de Cultura el 1 de junio de 1988 (BOE nº 134, de 4 de junio de 1988).

(20) SGAE es la receptora de la totalidad de la recaudación del canon digital correspondiente a los autores en la modalidad de fonogramas, y de la práctica totalidad del canon digital de los autores (directores de cine, guionistas, autor de la música) en la modalidad de videogramas.

(21) Datos de Contacto:

¹ CONFIDENCIAL

² CONFIDENCIAL

³ CONFIDENCIAL

SGAE - Sociedad General de Autores y Editores
C/ Fernando VI, 4
28004 – Madrid, España

2.1.2. Centro Español de Derechos Reprográficos (“CEDRO”)⁵

(22) El Centro Español de Derechos Reprográficos (“CEDRO”) es la entidad de gestión colectiva en España que agrupa tanto a los autores como a los editores de libros, revistas y otras publicaciones, editadas en cualquier medio y soporte. Fue autorizada para ello por Orden del Ministerio de Cultura el 30 de junio de 1988 (BOE 12-7-1988).

(23) CEDRO es la receptora de la práctica totalidad de la recaudación del canon digital en la modalidad de libros y publicaciones asimiladas, habiendo tenido encomendada la gestión del cobro del canon por parte de VEGAP hasta el año 2009.

(24) Datos de Contacto:

CEDRO - Centro Español de Derechos Reprográficos
c/Monte Esquinza, 14
28010 Madrid, España

2.1.3. Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (“VEGAP”)⁶

(25) Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (“VEGAP”) es la sociedad de autores que gestiona de forma colectiva en España los derechos de propiedad intelectual de los creadores visuales⁷ (artistas plásticos, creadores gráficos y fotógrafos), actividad que viene desarrollando desde el 5 de Junio de 1990, fecha en la que fue concedida la autorización del Ministerio de Cultura mediante Orden Ministerial (BOE 13-6-1990).

⁴ <http://www.sgae.es>

⁵ <http://www.cedro.org>

⁶ <http://www.vegap.es>

⁷ La expresión "creación visual" define el campo creativo desarrollado por los autores de las obras expresadas mediante imágenes tanto si éstas son fijas como en movimiento, con independencia de cual fuere el soporte material utilizado. Estos grupos de creaciones corresponden a dibujo, collage, cómic, copyart, performances, arte electrónico, dibujo animado, diseño, escultura, fotografía, grabado y otras obras seriadas, humor gráfico, ilustración, infografía, instalaciones, intervenciones, pintura, videoarte, etc.

(26) VEGAP recibe una parte de los ingresos del canon digital correspondiente a autores en la modalidad de libros y publicaciones asimiladas, en el porcentaje acordado entre CEDRO y VEGAP (11,5%), básicamente por las ilustraciones que se incluyen en libros y publicaciones asimiladas. VEGAP tenía suscrito un contrato con CEDRO hasta finales del año 2009, en virtud del cual la entidad de gestión CEDRO gestionaba el canon por copia privada también en nombre de VEGAP, si bien conforme a la información que tenemos, dicho contrato ha expirado para el año 2010.

Asimismo, VEGAP tiene suscrito un convenio con SGAE mediante el cual SGAE gestiona a favor de VEGAP los derechos que corresponden a los creadores visuales por la incorporación de sus obras en los vídeoogramas (es decir, por las obras de plásticas tales como cuadros, que puedan aparecer expuestos en películas y demás obras audiovisuales).⁸

(27) Datos de Contacto:

VEGAP - Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos
c/Gran Vía 16, 5ª planta
28013 – Madrid, España

2.1.4. Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (“AIE”)⁹

(28) Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (“AIE”) es la Entidad de Gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes (músicos). Fue autorizada para ello por Orden del Ministerio de Cultura el 29 de Junio de 1989 (BOE núm. 171, de 19 de Julio de 1989).

(29) AIE es la receptora de la recaudación de la totalidad del canon digital correspondiente a los artistas en la modalidad de fonogramas, y de una parte en la modalidad de vídeoogramas, en este último caso conforme a los acuerdos que mantiene con AISGE.

(30) Datos de Contacto:

⁸ Desconocemos los importes correspondientes a este concepto, pero creemos que no se trata de cantidades significativas.

⁹ <http://www.aie.es>

AIE - Artistas Intérpretes o Ejecutantes Sociedad de Gestión
C/ Torrelara, 8
28016 – Madrid, España

2.1.5. Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión (“AISGE”)¹⁰

(31) Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión (“AISGE”) es la entidad que gestiona colectivamente en España los derechos de propiedad intelectual de los actores, dobladores, bailarines y directores de escena (en general los artistas cuyas actuaciones o interpretaciones hayan sido fijadas en un soporte audiovisual). Fue autorizada como Entidad de Gestión por Orden del Ministerio de Cultura el 30 de noviembre de 1990 (BOE 8-12-1990).

(32) AISGE es la receptora de la recaudación de la mayor parte del canon digital correspondiente a los artistas en la modalidad de videogramas, correspondiendo el resto a AIE, por las actuaciones musicales fijadas en obras audiovisuales.

(33) Datos de Contacto:

AISGE - Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión
C/ Ruiz de Alarcón, 11
28014 - Madrid, España

2.1.6. Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (“AGEDI”)¹¹

(34) La Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (“AGEDI”) es la entidad que gestiona colectivamente en España los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas. Fue autorizada como Entidad de Gestión por Orden del Ministerio de Cultura el 15 de febrero de 1989 (BOE 11-3-1989).

(35) AGEDI es la receptora de la recaudación de la totalidad del canon digital correspondiente a los productores en la modalidad de fonogramas.

(36) Datos de Contacto:

AGEDI - Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales
C/ Orense, 34 Edificio Iberia Mart II

¹⁰ <http://www.aisge.es>

¹¹ <http://www.agedi.es> (en desarrollo - sitio web alternativo: <http://www.afyve.es>)

2.1.7. Entidad de Gestión de los Productores Audiovisuales (“EGEDA”)¹²

(37) La Entidad de Gestión de los Productores Audiovisuales (“EGEDA”) es la entidad que gestiona colectivamente en España los derechos de propiedad intelectual de los productores audiovisuales. Fue autorizada como Entidad de Gestión por Orden del Ministerio de Cultura el 29 de octubre de 1990 (BOE 2-11-1990).

(38) EGEDA es la receptora de la recaudación de la totalidad del canon digital correspondiente a los productores en la modalidad de videogramas.

(39) Datos de Contacto:

EGEDA - Entidad de Gestión de los Productores Audiovisuales
C/ Luis Buñuel, 2-3ª - Edificio EGEDA - Ciudad de la Imagen
28223 Pozuelo de Alarcón – Madrid, España

2.2. El Reino de España

(40) Además de las Entidades de Gestión, se denuncia al Reino de España.

3. Algunos datos relevantes del sector de las entidades de gestión

(41) Según datos de la Agencia de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad (AEVAL)¹³ la recaudación realizada por las Entidades de Gestión colectiva en el año 2007 ascendió a 518,9 millones de euros. Un 93,9% de esta cantidad fue recaudado en España, mientras que el 6,1% restante fue recaudado en el exterior. Según las series históricas del Ministerio de Cultura, la recaudación total de las entidades ha crecido a un ritmo anual medio del 8,6% durante el periodo 2000-2007.

¹² <http://www.egeda.es>

¹³ Los datos aparecen en reflejados en el “Informe de evaluación del sistema de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual” publicado en Enero de 2009 (“Informe AEVAL” – 1ª fase), disponible en <http://www.aeval.es/comun/pdf/evaluaciones/E12B.pdf>. Las referencias hecha al mismo en esta Denuncia se entienden realizadas no sólo al documento principal, sino también a los anexos al mismo, que contienen información relevante detallada que contradice incluso algunas de las conclusiones contenidas en dicho Informe a favor de la actuación de las Entidades de Gestión.

(42) SGAE, con 369,1 millones de euros es la entidad de mayor dimensión en términos de recaudación (71,1% del total recaudado en 2007), seguida de CEDRO (8,3%), AISGE (5,4%) y AGEDI (4,5%). Los datos totales figuran en la siguiente tabla tomada del “Informe sobre la Gestión Colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual” (Diciembre 2009) publicado por la Comisión Nacional de Competencia el 19 de enero de 2010 (“Informe CNC”, anexo a esta Denuncia como **documento n° 1**).¹⁴

| | Recaudación (en millones de euros) | en % total | Miembros (en personas) | en % total |
|--------------|------------------------------------|---------------|------------------------|---------------|
| SGAE | 369,1 | 71,1% | 93.933 | 70,9% |
| CEDRO | 43,0 | 8,3% | 13.133 | 9,9% |
| VEGAP | 10,5 | 2,0% | 1.708 | 1,3% |
| DAMA | 1,0 | 0,2% | 358 | 0,3% |
| AIE | 22,4 | 4,3% | 13.862 | 10,5% |
| AISGE | 28,2 | 5,4% | 7.992 | 6,0% |
| AGEDI | 23,5 | 4,5% | 222 | 0,2% |
| EGEDA | 21,3 | 4,1% | 1.320 | 1,0% |
| Total | 518,9 | 100,0% | 132.528 | 100,0% |

(43) Los derechos de propiedad intelectual se pueden clasificar conforme al diagrama que se muestra a continuación en la siguiente página.

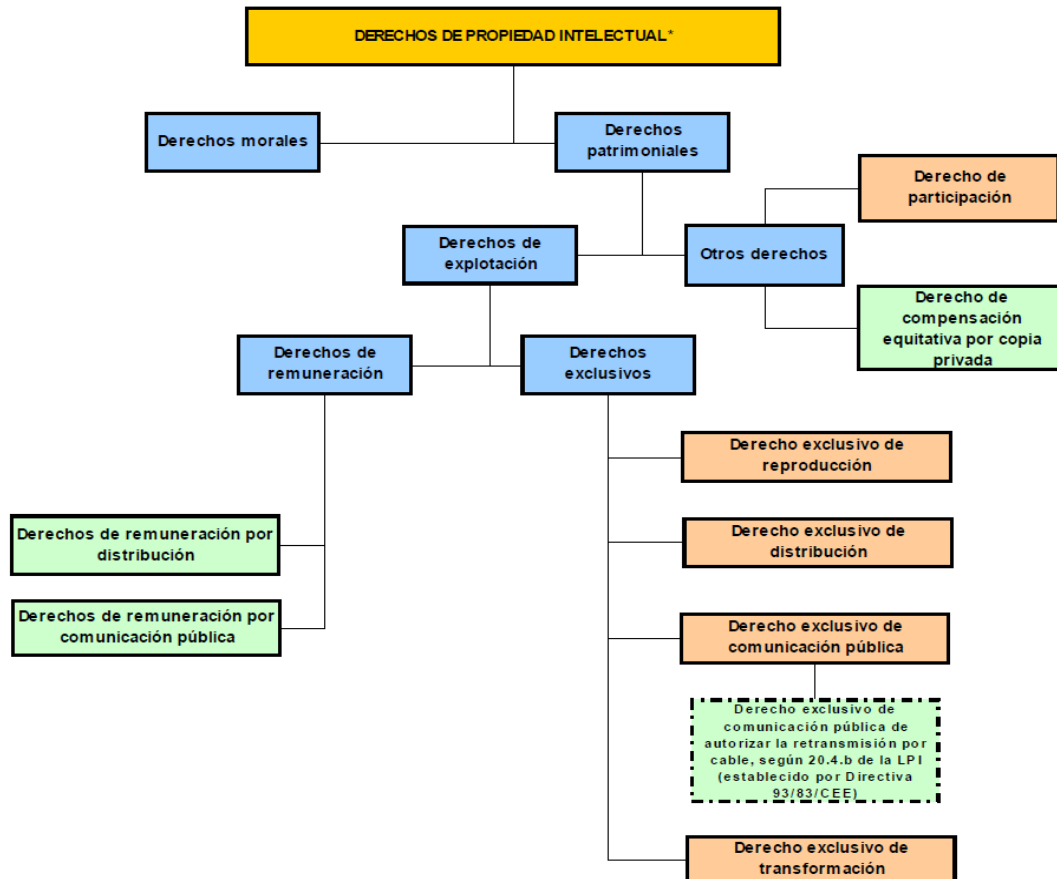
(44) Dentro de los derechos de propiedad intelectual de carácter patrimonial, se puede distinguir entre “derechos de explotación” y “otros derechos”. El derecho de compensación equitativa por copia privada se encuentra dentro de estos últimos.

(45) El derecho de compensación equitativa por copia privada no aparece recogido en los tratados internacionales vigentes en materia de propiedad intelectual (que sin embargo permiten la excepción por copia privada)¹⁵, sino que aparece recogido en el artículo 5.2.b de

¹⁴ Informe CNC sobre Gestión Colectiva (ver pág. 21-22), disponible en el sitio web de la CNC: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/tabid/105/Default.aspx?Contentid=260167&Pag=1>

¹⁵ Artículo 9 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, modificado el 28 de septiembre de 1979; Artículo 9(1) del Anexo 1C (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) al Acuerdo de Marrakech que establece la Organización Mundial del Comercio), aprobado en nombre de la Comunidad Europea por Decisión del Consejo 94/800/CE, de 22 de diciembre de 1994 (DOCE 1994 L 336, p. 1); Artículo 19 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y artículo 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, adoptados en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, aprobados en nombre de la Comunidad Europea por Decisión del Consejo 2000/278/CE, de 16 de marzo de 2000 (DOCE 2000 L 89, p. 6); Artículo 15 de la Convención Internacional de Roma, de 26 de octubre de 1961, sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión.

la Directiva 29/2001/CE¹⁶ 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.



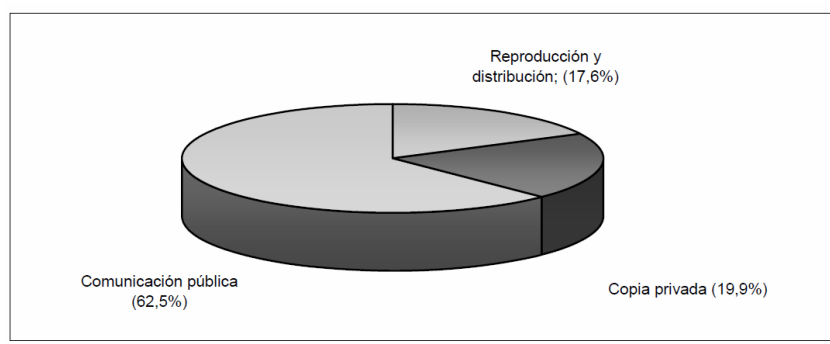
Fuente: Informe CNC

(46) El Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) impone la gestión colectiva obligatoria a través de las entidades de gestión para determinados derechos de propiedad intelectual, de tal forma que en esos casos el titular no tiene la opción de gestionarlos de modo individual y, además, la entidad de gestión colectiva lo representa por mandato legal, es decir, puede recaudar en su nombre independientemente de que éste haya delegado o no en la entidad la correspondiente gestión de estos derechos. La compensación equitativa por copia privada forma parte de los denominados “derechos de gestión colectiva

¹⁶ Conforme a la doctrina, con anterioridad a la Directiva 29/2001, el derecho de reproducción quedaba sujeto con carácter general a las previsiones del artículo 7 de la Directiva 100/92/CEE no solo para los artistas intérpretes o ejecutantes y productores, sino también para los autores.

obligatoria” (que aparecen identificados en verde en el gráfico anterior). Esta atribución, al menos para la compensación equitativa por copia privada, no deviene de ninguna Directiva comunitaria, sino que es consecuencia de la normativa nacional.

(47) Los derechos más importantes en términos de recaudación en España son los de comunicación pública (304,3 millones de euros; un 62,5% de la recaudación nacional en 2007), seguido del de copia privada (97,1 millones de euros; 19,9% en 2007)¹⁷ y de los de reproducción y distribución (85,6 millones de euros; 17,6% en 2007).



Fuente: AEVAL (2008 – datos relativos a 2007), citado por Informe CNC

(48) Sobre las cantidades recaudadas en 2007, las Entidades de Gestión descontaron 108,5 millones de euros, correspondiendo 73.4 millones a gastos de administración y gestión, lo que representa el 14,1% del total de derechos recaudados.

(49) Asimismo, hay que hacer constar que las Entidades de Gestión realizan una actividad asistencial, promocional y de formación entre sus asociados. Para ello se nutren principalmente de dos fuentes de fondos:

- (1) Un descuento legal del 20% de lo recaudado por copia privada;

¹⁷ [REDACTADO]: La cantidad recaudada por las Entidades de Gestión en concepto de compensación por copia privada durante el primer año de vigencia de la Orden PRE/1743/2008 (desde 1 de julio 2008 a 30 de junio 2009) se situaría en torno a 80.000.000 euros para las modalidades de reproducción de fonogramas y de reproducción visual o audiovisual y de 24.500.000 euros para la modalidad de reproducción de libros y publicaciones asimiladas. Esta cantidad debe entenderse como un mínimo del potencial recaudatorio, habida cuenta de la existencia de diferentes deudores que están litigando la legitimidad del canon en determinados dispositivos.

(2) Un porcentaje establecido por sus órganos rectores del total recaudado por otros derechos de propiedad intelectual.

(50) Según AEVAL, la cantidad destinada en 2007 a gastos sociales y promocionales fue de 31.441.761 euros, y estaba integrada por 19.422.285€ correspondientes al 20% de lo recaudado por copia privada y el resto 12.019.475€ a las cantidades que conforme a los estatutos descuentan algunas entidades.

(51) Finalmente, hay que destacar la existencia de cantidades importantes procedentes de la recaudación de diversos derechos (entre ellos especialmente los derechos de gestión colectiva obligatoria en general y la compensación equitativa por copia privada en particular) que no son repartidas a los correspondientes titulares. Según datos de AEVAL, de la recaudación media anual en 2005-2007, 65,8 millones de euros (un 13,6%) no fueron asignados en el primer reparto. Estas cantidades, que generan rendimientos a favor de las propias Entidades de Gestión mientras que permanecen en su balance, van bajando con el paso del tiempo hasta situarse en alrededor del 4% de la recaudación total, según AEVAL. En todo caso, esas cantidades son muy considerables, alcanzando por ejemplo en el caso de SGAE un total de 164,3 millones de euros según su Balance de Situación al cierre del ejercicio 2008, según AEVAL.

(52) Si tenemos en cuenta el descuento medio de administración (14,1%), conjuntamente con el descuento legal (20%), más las cantidades pendientes de reparto (13,6% al principio y 4% al final), y aplicamos esos importes medios a la recaudación por copia privada, resultaría que de media, los titulares de derechos no reciben entre 47,7% y 38,7% de lo recaudado, y ello sin contar otros descuentos que se llevan a cabo a nivel internacional en virtud de los acuerdos de representación recíproca entre las entidades de gestión de diferentes países.

SEGUNDO: BREVE DESCRIPCIÓN DE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL CANON POR COPIA PRIVADA EN ESPAÑA

1. Introducción

(53) Habida cuenta que los Hechos que habrán de narrarse seguidamente harán referencia a las múltiples y sucesivas regulaciones que en los últimos 25 años han existido en España

sobre el límite de copia privada y la determinación de la correspondiente remuneración o compensación equitativa que le acompaña, así como a los problemas interpretativos que, modificación tras modificación, se han suscitado en torno a tales conceptos, parece justificado hacer una breve exposición acerca de las diferentes reformas que se han sucedido en España a este respecto. Esta breve descripción no obstará a que, en el apartado correspondiente a los Fundamentos de Derecho de la presente denuncia, se analice con mayor detenimiento los aspectos relevantes de la actual regulación española y comunitaria sobre la copia privada.

2. Principales hitos en la evolución de la copia privada en España

(54) La larga historia de la remuneración por copia privada en España comenzó en el año 1987 y ha experimentado tres reformas sustanciales. Los hitos de esa historia son los siguientes:

- Comienza con la redacción original del artículo 25 de **Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual** que derogó el régimen de propiedad intelectual vigente en España desde 1879. La disposición del artículo 25 de dicha Ley 22/1987 fue desarrollada por el Real Decreto 287/1989, de 21 de marzo de 1989. Estas normas, por las razones que mencionaremos inmediatamente, tuvieron poca aplicación práctica.
- La primera reforma del artículo 25 tuvo lugar por medio de la **Ley 20/1992, de 7 de julio, de modificación de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual (BOE núm. 168, de 14 de julio)**.
- Tras la reforma de la Ley 20/1992, se aprobó el **Real Decreto 1434/1992**, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987 en la versión dada a los mismos por la Ley 20/1992, de 7 de julio (BOE núm. 301 de 16 de diciembre). Igualmente fue aprobado el **Real Decreto 325/1994**, de 25 de febrero, por el que se modifica el artículo 15.2 del Real Decreto 1434/92 (BOE núm. 63 de 15 de marzo).
- A su vez, la reforma llevada a cabo por la Ley 20/1992 estuvo en vigor durante un breve lapso, pues la segunda reforma del artículo 25 se produjo por la **Ley 43/1994**, de 30 de diciembre, de incorporación al derecho español de la Directiva 92/100/CEE,

de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. La redacción dada al artículo 25 por esta Ley 34/94 fue la que se incorporó al **texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996**, de 12 de abril, norma por la que se unificó en un solo texto todas las reformas experimentadas hasta entonces en diferentes aspectos por la Ley 22/1987.

- La tercera reforma al artículo 25 TRLPI fue introducida por la **Ley 23/2006, de 7 de julio (BOE núm. 162, de 8 de julio)**, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual con ocasión de la incorporación al derecho español de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

Como **documento nº 2** adjuntamos un archivo con el texto de los artículos 25 y 31 en sus sucesivas modificaciones y el Real Decreto 1434/1992 (en su versión modificada por Real Decreto 325/1994).

3. La Ley 22/1987 y su desarrollo

(55) La obligación de pagar un canon por beneficiarse del límite de copia privada se introdujo por primera vez en el ordenamiento jurídico español en la **Ley 22/1987**, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, publicada en el BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987.

(56) El artículo 25 de la Ley 22/1987 se refería a esta obligación como un “*derecho a participar en una remuneración compensatoria por la reproducción de tales obras efectuada exclusivamente para uso personal por medio de aparatos técnicos no tipográficos*”. Eran sujetos titulares de tal derecho de remuneración compensatoria los autores, editores, productores de fonogramas y audiovisuales, así como los artistas. Por otro lado, los sujetos pasivos eran los “*fabricantes o importadores de equipos y materiales destinados a su distribución comercial en España, que permitan la reproducción de obras para los fines señalados en el apartado anterior*” (es decir, la reproducción de obras para fines de uso personal por copia privada). La referencia contenida en este artículo 25.2 a los dispositivos “que permitan” la copia para fines de uso personal por copia privada es especialmente relevante a la vista del posterior desarrollo legislativo .

(57) Otro aspecto a destacar de la Ley 22/1987, es que el artículo 25 preveía que la reglamentación a ser dictada por la Administración debía desarrollar, entre otras cosas, la determinación de los equipos sujetos al canon de copia privada, lo que tuvo lugar mediante el Real Decreto 287/1989, de 21 de marzo (BOE núm. 72, de 25 de marzo).

(58) El régimen previsto por el artículo 25 de la Ley 22/1987 y el Real Decreto 287/1989 contenía varios aspectos que dificultaron su aplicación práctica. Así, en primer lugar, el Real Decreto excluye del concepto de copia privada a las reproducciones para uso personal o privado del copista *“de obras publicadas en forma de libros, fonogramas o videogramas, cuando dichas reproducciones se efectúen por establecimientos que tienen a disposición del público los aparatos para su realización o cuando las copias sean objeto de utilización colectiva o lucrativa”*.

(59) Si bien la exclusión de estos supuestos resultaba plausible -dado el limitado alcance de la finalidad que debe tener una reproducción para ser considerada como copia privada-, la referencia al *“copista”* como sujeto beneficiario del límite de copia privada tuvo por consecuencia serias disputas judiciales acerca de quiénes tenían, exactamente, tal condición y si podían considerarse copistas a las personas jurídicas que adquirieran tales equipos, no para realizar reproducciones a favor de terceros, sino para hacer reproducciones dentro de la esfera interna de la empresa. Por otro lado, el Real Decreto 287/1989 dejó exclusivamente al acuerdo de las partes implicadas la definición de los equipos, aparatos y materiales por los que habría que pagar el canon así como el importe del mismo, e incluso el momento de nacimiento de la obligación. El procedimiento previsto en el Real Decreto 287/1989 no dio los resultados apetecidos por la falta de acuerdo entre las partes.

4. La Ley 20/1992 y su desarrollo

4.1.- La Ley 20/1992

(60) Las dificultades de aplicación práctica del artículo 25 en su versión original de 1987 llevaron a la primera reforma de dicha norma que se materializó en la **Ley 20/1992**, de 7 de julio de 1992, de modificación de la LPI de 1987 (BOE núm. 168, de 14 de julio). En particular aumentó la precisión del apartado 1 del artículo 25 que se refería a una *“remuneración dirigida a compensar, anualmente, los derechos de propiedad intelectual dejados de percibir por razón de la expresada reproducción”*. Asimismo, dicho apartado 1

también aumentó la precisión en cuanto al supuesto que origina el derecho de remuneración recién aludido, al definirlo en los siguientes términos:

“La reproducción, exclusivamente para uso privado, conforme a lo autorizado en el apartado 2.º del artículo 31 de esta Ley, y por medio de aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras publicadas en forma de libros o publicaciones que, a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o en cualquier otro soporte sonoro, visual o audiovisual (...)”.

Una novedad que introdujo el nuevo apartado 1 de este artículo -novedad que no pasó desapercibida entonces y que tiene gran relevancia, como se verá,- es la puntualización que desde 1992 se realiza en el artículo 25 en cuanto a que la *“remuneración se determinará en función de los equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar dicha reproducción (...)”* (subrayado nuestro), en clara contraposición con el régimen anterior que se refería a equipos y materiales *“que permitan”* la realización de dicha reproducción.

(61) Adicionalmente, otro de los aspectos más destacables de esta nueva redacción fue la modificación en cuanto al régimen previsto para establecer la cuantía del canon, procurándose ofrecer a las partes que habían de negociar, como primera instancia, el establecimiento del canon mediante un convenio y, en defecto de acuerdo, se preveía la figura de un mediador designado por el Ministerio de Cultura con facultades de resolver sobre los importes con carácter obligatorio para las partes. Finalmente, otro dato a tener en cuenta del sistema de copia privada previsto en la Ley 20/92 es que los equipos, aparatos y materiales sujetos al pago de la remuneración por copia privada no se fijaban en la Ley sino que esa función de concretar los equipos y soportes sujetos al pago del canon se encomendó al desarrollo reglamentario que tenía que hacer el Gobierno, tal y como indicaba el apartado 10 del artículo 25.

4.2.- El Real Decreto 1434/1992

(62) El desarrollo reglamentario se hizo mediante el Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre (BOE núm. 301, de 16 de diciembre), cuyo artículo 15.2 establece los equipos,

aparatos y materiales exentos de la obligación en lo que constituye un compendio de productos exclusivamente analógicos dado que éstos eran los únicos existentes en aquellos momentos. La interpretación predominante es que este precepto normativo continúa en vigor (aunque solo sea relevante para excluir determinados dispositivos analógicos del correspondiente “canon analógico”), conjuntamente con otras disposiciones que son especialmente relevantes.

(63) El artículo 10 del Real Decreto 1434/1992 establece determinados supuestos que a los efectos de lo dispuesto en el Título II de esa norma (Obligación legal de remuneración compensatoria por copia privada) no tienen la consideración de reproducciones para uso privado del copista; esos supuesto son:

“(a) Las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización.

(b) Las que sean objeto de utilización colectiva o de distribución mediante precio.”

(64) La consecuencia de dicha consideración no es solo que para poder efectuar dichas reproducciones debe obtenerse la previa autorización de los titulares de los derechos (ver art. 10.2 Real Decreto 1434/1992), sino que esas reproducciones no generan la obligación legal del pago de la remuneración compensatoria (ahora “compensación equitativa”) por copia privada.

(65) El artículo 36 establece la distribución del canon entre las diversas categorías de acreedores:

- a) En la modalidad de fonogramas y demás soportes sonoros el 50% para los autores, el 25% para los artistas intérpretes o ejecutantes y el 25% para los productores.
- b) En la modalidad de videogramas y demás soportes visuales o audiovisuales, un tercio para los autores, un tercio para los artistas intérpretes o ejecutantes y un tercio para los productores.
- c) En la modalidad de libros y publicaciones asimiladas, el 55% para los autores y el 45% para los editores.

(66) El artículo 39 establece el porcentaje de la remuneración compensatoria (ahora “compensación equitativa”) por copia privada que las Entidades de Gestión deben dedicar a la realización de actividades asistenciales en beneficio de sus socios y actividades de formación y promoción de autores y artistas (20% de la recaudación por copia privada, por partes iguales, esto es, 10% para actividades asistenciales y 10% para actividades de fomento).

(67) El Real Decreto 1434/1992 fue modificado en virtud del Real Decreto 325/1994, de 25 de febrero. Esta modificación no afectó, entre otros, a los artículos 10, 36 y 39 arriba mencionados, que siguen vigentes en la actualidad.

5. La Ley 43/1994 y el Real Decreto Legislativo 1/1996 (“TRLPI”)

(68) La tercera modificación del artículo 25 se produjo con la **Ley 43/1994**, de 30 de diciembre de 2004 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre) de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 92/100 (alquiler y préstamo). En esta nueva Ley, los criterios a tener en cuenta para la fijación del importe de la remuneración que antes iban dirigidos a las partes que tenían que negociar el convenio y, en su defecto, al mediador, se orientan al legislador, que directamente los toma en cuenta para fijar el importe de la remuneración prevista en la Ley 43/94:

“2. Esa remuneración se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera del mismo para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio. (...)”

5. El importe de la remuneración que deberá satisfacer cada deudor será el resultante de la aplicación de las siguientes cantidades:

a) Equipos o aparatos de reproducción de libros:

- 7.500 pesetas [conversión: 45,08€] por equipo o aparato con capacidad de copia de hasta nueve copias por minuto.

- 22.500 pesetas [conversión: 135,23€] por equipo o aparato con capacidad de copia desde 10 hasta 29 copias por minuto.

- 30.000 pesetas [conversión:180,30€] por equipo o aparato con capacidad de copia desde 30 hasta 49 copias por minuto.

- 37.000 pesetas [conversión:222,37€] por equipo o aparato con capacidad de copia desde 50 copias por minuto en adelante.

b) Equipos o aparatos de reproducción de fonogramas: 100 pesetas [conversión: 0,60€] por unidad de grabación.

c) Equipos o aparatos de reproducción de videogramas: 1.100 pesetas [conversión: 6,61€] por unidad de grabación.

d) Materiales de reproducción sonora: 30 pesetas [conversión: 0,18€] por hora de grabación o 0,50 pesetas [conversión: 0,003005€] por minuto de grabación.

e) Materiales de reproducción visual o audiovisual: 50 pesetas [conversión: 0,30€] por hora de grabación o 0,833 pesetas [conversión:0,005006€] por minuto de grabación.”

(69) Las modificaciones introducidas por la Ley 43/1994 se mantienen en la redacción dada al artículo 25 por el **TRLPI**, que (en lo que se refiere al canon por copia privada) estuvo en vigor durante un lapso de 10 años, hasta la transposición de la Directiva 29/2001/CE al derecho español, que tuvo lugar en virtud de la Ley 23/2006, de 7 de julio de 2006, por la que se dio nueva redacción a los artículos 25 y 32 del TRLPI (entre otros). Cabe destacar que durante la vigencia del TRLPI se produjeron serias discusiones sobre diversos aspectos del régimen establecido en 1994, habiendo sido uno de los principales la inclusión o exclusión de la denominada “copia privada digital” y de la “remuneración compensatoria por copia privada digital”, es decir, si en virtud de la normativa de 1994 las Entidades de Gestión estaban facultadas para recaudar, no solamente por los equipos y soportes analógicos que existían al aprobarse la Ley 43/1994, sino también por los soportes y equipos digitales que fueran idóneos para la reproducción para fines privados no solo de una sola categoría de obras previstas en el artículo 25 (libros y publicaciones asimiladas; fonogramas; videogramas), sino también de dispositivos que permitieran la copia de múltiples categorías de obras y otras finalidades adicionales (dispositivos polivalentes).

6. La Ley 23/2006

(70) La cuarta modificación del sistema de copia privada vino de la mano de la necesidad de adaptar el TRLPI con ocasión de la incorporación al derecho español de la Directiva 2001/29/CE. Dicha transposición de la Directiva al derecho español se realizó mediante la **Ley 23/2006**. La reforma llevada a cabo por esta Ley dio lugar a una nueva redacción, tanto del artículo 31.2 (que establece la excepción de copia privada), como del artículo 25 que regula la compensación equitativa que lleva aparejada dicha excepción.

(71) El artículo 31.2, situado dentro del Capítulo del TRLPI destinado a enunciar los “Límites” al derecho de propiedad intelectual transpone el artículo 5.2.b) de la Directiva y establece lo siguiente:

“No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a, los programas de ordenador” (subrayado nuestro).

(72) La transposición de la Directiva 2001/29/CE al derecho español se produjo de forma tardía, habiendo sido condenado el Reino de España por haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de dicha Directiva al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en dicha Directiva en virtud de sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de abril de 2005 (asunto C-31/04).

(73) Es de destacar el hecho de que, la primera vez que el ordenamiento jurídico español establece expresamente la aplicación del canon por copia privada a equipos y soportes digitales es, precisamente, en la Ley 23/2006 (artículo 25.6 y Disposición Transitoria Única), pues nunca antes se había acuñado en un texto legal español el término “copia privada digital” (que da lugar al conocido popularmente como “canon digital”).

(74) El debate en torno al canon digital venía presentándose con crudeza en la realidad española desde hacía tiempo, fundamentalmente como consecuencia de que las Entidades de Gestión empezaran a reclamar el pago del canon de copia privada también por los equipos y soportes digitales (no solo respecto a los equipos y soportes específicos para un tipo de obra, sino también sobre los equipos y soportes digitales polivalentes que permitían la copia no solo de diversas categorías de obras – audio y video – sino también múltiples usos adicionales de forma mayoritaria). Las Entidades de Gestión fundaron esas reclamaciones en la aplicación por analogía de las normas vigentes desde 1994 que fueron aprobadas dictadas para los equipos y soportes analógicos. Nos referiremos con más detalle a esta cuestión al tratar del llamado Acuerdo ASIMELEC del año 2003.

(75) Como datos más relevantes de la regulación del año 2006 (cuyo texto incluimos en el **documento nº 2**), cabe destacar los siguientes:

i. En lo que se refiere a la definición del límite de copia privada del artículo 31.2 TRLPI:

- Se sustituye la mención al “copista” por la de “*persona física*”;
- Se amplía la reproducción objeto de la excepción a la que se realice en “*cualquier soporte*” (analógico o digital);
- Se añade que la compensación equitativa debe tener en cuenta la aplicación o no de medidas tecnológicas de protección;
- Se introduce el requisito de que la fuente desde la que se obtenga la copia sea legal (esto es, que la fuente de la que se hace la copia debe tratarse de “*obras a las que se haya accedido legalmente*”);

ii. En cuanto a la obligación de abonar el canon por copia privada del artículo 25 TRLPI:

- Se adopta la denominación de “*compensación equitativa*” en lugar de la anterior de “*remuneración equitativa*”;
- Se establece un procedimiento para la determinación del canon de copia privada digital diferente a la de los equipos y soportes analógicos. El nuevo procedimiento consiste en ofrece la posibilidad a las partes afectadas (entidades

de gestión y asociaciones representativas de la Industria) de llegar a un acuerdo sobre los equipos y soportes objeto del canon digital y su cuantía. Transcurridos tres meses desde el inicio de las negociaciones sin que las partes hayan logrado un acuerdo, corresponde fijar esos extremos al Ministerio de Cultura y al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio;

- La ley contiene una serie de criterios no exhaustivos a tener en cuenta para decidir los equipos y soportes sujetos al pago y la cuantía del mismo. El principal criterio es el del perjuicio efectivamente causado a los titulares por las copias privadas realizadas al amparo de la excepción, teniendo en cuenta que si el perjuicio causado al titular es mínimo no podrá dar origen a una obligación de pago;
- Se exceptúan del pago del canon los discos duros de ordenador.

(76) Con relación al procedimiento específico previsto en la nueva redacción del TRLPI para la determinación de los equipos y soportes digitales que quedarían sujetos al pago de la compensación equitativa, así como su cuantía (previsto en el artículo 25.6), se establece que dicho procedimiento, en todo caso, exige la aprobación conjunta mediante orden ministerial del Ministerio de Cultura y el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (los “**Ministerios**”) y consiste en dos fases:

- (a) En la primera fase (regulada en las reglas 1ª, 2ª y 4ª del artículo 25.6 del TRLPI), se prevé la posibilidad de que las entidades de gestión de y las asociaciones representativas de la industria de tecnología y la comunicación, alcancen un acuerdo sobre los dos puntos principales: por un lado, la relación de los equipos y soportes digitales sujetos al canon y, por otro, la cuantía del canon aplicable a cada uno de ellos.
- (b) En la segunda fase (reglas 2ª y 4ª del artículo 25.6 del TRLPI), a falta de acuerdo entre las Entidades de Gestión y las asociaciones de la industria, los Ministerios debían asumir la tarea de fijar la relación de equipos y soportes digitales sujetos al pago del canon y su cuantía, lo que debían hacer con

sujeción al estrecho concepto legal de copia privada y respetando los criterios fijados en la Ley.

7. La Orden Ministerial 1743/2008

(77) Tal como se establecía en el procedimiento previsto por el artículo 25.6 del TRLPI que hemos resumido en el apartado anterior, y habida cuenta de la falta de acuerdo que se produjo entre las partes interesadas, los Ministerios procedieron a determinar la relación de equipos y soportes digitales sujetos al pago de la compensación equitativa y el importe de dicha compensación, lo cual se formalizó mediante la Orden Ministerial PRE/1743/2008, de 18 de junio (la “**Orden**” o la “**Orden Ministerial**”), que viene a desarrollar la Ley 23/2006 y que adjuntamos como **documento nº 3**.

(78) En la Orden Ministerial, los Ministerios decidieron someter al pago de la compensación equitativa a varios equipos y soportes digitales que hasta entonces no estaban sujetos a esa obligación en virtud de la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006¹⁸, en especial los equipos o aparatos mixtos o polivalentes (no específicos) de reproducción de diversas categorías de obras.

(79) Además de establecer los dispositivos sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada y los importes de ésta para cada dispositivo, la Orden Ministerial establece los porcentajes de reparto de dichos importes entre las diferentes modalidades de copia privada,

¹⁸ Entre ellos se encuentran algunos de los equipos y soportes digitales que mencionamos a continuación:

a) Las grabadoras de discos compactos mixtos (apartado Primero, Punto 1, letra b), número 2 de la Orden) y las grabadoras de discos versátiles mixtos (apartado Primero, Punto 1, letra b), número 4 de la Orden). Estos equipos son, en muchas ocasiones, un componente habitual de los ordenadores personales, popularmente conocidos como “disqueteras” o “grabadoras informáticas”;

b) Los discos duros integrados en equipos descodificadores de señales de televisión digital;

c) Los dispositivos reproductores de fonogramas, videogramas o de otros contenidos sonoros, visuales o audiovisuales en formato comprimido (apartado primero, 1, letra i) de la Orden);

d) Los teléfonos móviles con funcionalidad de reproducción de fonogramas en formato comprimido (apartado primero, 1, letra j) de la Orden); o

e) Las memorias USB y otras tarjetas de memoria no integradas en otros dispositivos (apartado primero, 1, letra g) de la Orden).

es decir, libros, audio y video, así como otras disposiciones que podríamos encuadrar entre la lista de privilegios concedidos a las Entidades de Gestión, tales como la facultad de modificar unilateralmente por acuerdo entre las mismas los repartos porcentuales entre las diferentes modalidades de copia privada o la garantía de unos ingresos mínimos anuales en concepto de compensación por copia privada.

(80) Estos privilegios se suman a la larga lista de prerrogativas previstas a favor de las Entidades de Gestión en virtud del marco normativo existente en España para las entidades de gestión en general y la compensación equitativa por copia privada en particular, lo que les sitúa en una posición privilegiada para la determinación, recaudación y reparto del canon digital. A estas prerrogativas concretas nos referiremos en detalle más adelante en los párrafos (309) y siguientes de esta Denuncia.

(81) Sin perjuicio de lo anterior, avanzamos un privilegio que en nuestra opinión destaca sobre todos los demás por los efectos que tiene en la predisposición de las Entidades de Gestión para abusar de su posición dominante en el mercado: la “obligación” legal de deducir un 20% de las cantidades recibidas del canon por copia privada, a fin de llevar a cabo actividades asistenciales y de promoción.

TERCERO. LA “OBLIGACIÓN” LEGAL DE LA DEDUCCIÓN PARA FINES ASISTENCIALES Y FOMENTO DE LA CULTURA

1. Marco Normativo

(82) Tal y como se ha avanzado, las Entidades de Gestión están obligadas a promover actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus socios, así como atender actividades de formación y promoción de autores y artistas intérpretes o ejecutantes. A fin de llevar a cabo estas actividades, se nutren principalmente de dos fuentes de fondos:

- (1) Un descuento del 20% de lo recaudado por copia privada, que tiene su fundamento en el art. 155.2 TRLPI y en el artículo 37 Real Decreto 1434/1992.

- (2) Un porcentaje establecido por sus órganos rectores del total recaudado por derechos de propiedad intelectual.

(83) En este sentido, el artículo 155 TRLPI establece los siguiente:

"Artículo 155. Función social.

1. Las entidades de gestión, directamente o por medio de otras entidades, fomentarán la promoción de actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus socios, así como la realización de actividades de formación y promoción de autores y artistas intérpretes o ejecutantes.¹⁹

2. Las entidades de gestión deberán dedicar a las actividades y servicios a que se refiere el apartado anterior, por partes iguales, el porcentaje de la remuneración compensatoria prevista en el artículo 25 de esta Ley, que reglamentariamente se determine."

(84) Por su parte, el artículo 39 del Real Decreto 1434/1992, todavía en vigor, dispone:

"Artículo 39. Realización de actividades de asistencia y fomento por parte de las entidades de gestión.

1. Las entidades de gestión, directamente o por medio de otras entidades deberán:

a) Promover actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus socios.

b) Atender actividades de formación y promoción de autores y artistas intérpretes o ejecutantes.

2. Las entidades de gestión deberán dedicar a las dos modalidades de actividades a que se refiere el apartado anterior, por partes iguales, el 20 por 100 de la remuneración compensatoria a que se refiere el artículo 37.1 de este Real Decreto."

¹⁹ Modificado por Ley 25/2009, de 22 de diciembre. El texto anterior se establecía en términos bastante similares: "1. Las Entidades de Gestión deberán, directamente o por medio de otras entidades, promover actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus socios, así como atender actividades de formación y promoción de autores y artistas intérpretes o ejecutantes."

2.- Conflicto de intereses derivado de las deducciones

(85) Como hemos indicado anteriormente, según el informe de AEVAL, la cantidad destinada en 2007 a gastos sociales y promocionales fue 31.441.761 euros, y estaba integrada por 19.422.285€ correspondientes al 20% de lo recaudado por copia privada y el resto 12.019.475€ a las cantidades que conforme a los estatutos descuentan algunas entidades. En consecuencia, puede verse que el peso específico de las cantidades destinadas a dichas actividades asistenciales y culturales que proviene del canon por copia privada es especialmente relevante, ya que constituye alrededor del 61,7% del total (el resto proviene de las fuentes que se fijan por vía estatutaria, incluidas cantidades no repartidas a los titulares).

(86) La gestión de estos fondos se realiza normalmente por la propia Entidad de Gestión, aunque hay ocasiones en que se transfieren a una Fundación dependiente de la Entidad de Gestión que tenga encomendado, entre otras, el desarrollo de dichas actividades (este es el caso, por ejemplo, de la Fundación Autor, dependiente de SGAE).

(87) Las Entidades de Gestión tienen una obligación legal de informar al Ministerio de Cultura dentro del primer trimestre de cada año de las actividades realizadas o servicios prestados con el 20% antes indicado. Esta información no es pública ni se puede acceder a ella, por lo que los datos de que disponemos son muy limitados, y proceden de diversas fuentes (sitio web, memoria, boletín informativo, etc.).

(88) Asimismo, es igualmente significativo la falta de información acerca de los beneficiarios de las ayudas asistenciales y promocionales, las Entidades que aportan alguna información solamente indican el número de beneficiarios, pero la información es nula acerca de extremos tales como si los beneficiarios son nacionales o extranjeros; si se trata de jóvenes titulares o de figuras ya consagradas; si pertenecen a los órganos de gobierno de las Entidades o son socios ordinarios; si conceden alguna ayuda a no socios; y si el destino de las cantidades realmente obedece al concepto de finalidad asistencial, de formación o promocional y no se incluyen proyectos ajenos a esos ámbitos (por ejemplo, según parece, AGEDI y EGEDA, con el consentimiento del Ministerio de Cultura, destinan esos fondos a actividades de lucha contra la piratería, lo que nada tiene que ver con fines asistenciales o de formación).

(89) Al analizar la información públicamente disponible, llama la atención que dentro de los fines asistenciales y de fomento de la cultura a que se destinan estos fondos se encuentra un

amplio abanico de actividades, muchas de las cuales entendemos no se limitan estrictamente a una función asistencial o fomento de la cultura, sino que entran dentro de lo que podríamos calificar de actividades empresariales, como puede ser la financiación del servicio de asesoramiento fiscal o la contratación de seguros multi-riesgo de los talleres o estudio de los artistas que ofrece VEGAP²⁰, la financiación por AGEDI de las actividades que la industria musical lleva a cabo en la lucha contra el fraude o la piratería musical²¹, la tarjeta de asistencia en viaje proporcionada por AIE²² o incluso la financiación de su página web por parte de EGEDA, o la faraónica red de inversiones inmobiliarias de SGAE que canaliza bajo lo que denomina “red Arteria”.

(90) La Agencia de Evaluación de Calidad (AEVAL), dependiente actualmente del Ministerio de Presidencia del Gobierno de España, ha hecho público a finales de Junio de 2010 la segunda fase de su “*Evaluación del Sistema de Gestión Colectiva de los derechos establecidos por la política de Propiedad Intelectual*”²³, que se dedica en gran medida a analizar las actividades asistenciales, promocionales y de formación desarrolladas por las Entidades de Gestión con cargo a esa deducción legal, que recordemos se aplica sobre el total de lo ingresado en concepto de compensación por copia privada (incluidas cantidades correspondientes a titulares no socios de la correspondiente Entidad de Gestión).

(91) Dicho informe, al que nos remitimos, permite confirmar la amplia discrecionalidad de que disfrutaban las Entidades de Gestión para la utilización de esos fondos que, además, benefician principalmente a determinados socios o colectivos de socios. Entre las recomendaciones proporcionadas al respecto en esta 2ª fase del Informe AEVAL se incluyen las siguientes:

- (a) La conveniencia de una mayor regulación que concretara y ordenara el actual amplio abanico de actividades que las Entidades consideran como asistenciales,

²⁰ <http://www.arteyderecho.org>

²¹ Ver Memoria 2008.

²² Ver Memoria 2007.

²³ Informe disponible en: <http://www.aeval.es/comun/pdf/evaluaciones/E21-2009.pdf>

promocionales y de formación, limitando el amplio margen de discrecionalidad de que gozan las entidades en la actualidad.

- (b) La necesidad de normalizar la información contable para un mejor seguimiento y control de la denominada “función social” de las Entidades de Gestión.
- (c) La necesidad de dotar de mayor visibilidad, tanto interna como externa, a los fondos asistenciales, promocionales y de formación, así como de las actividades y recursos derivados de ellos, dando mayor claridad a los criterios que se siguen en su adjudicación.

(92) Sin perjuicio de la remisión realizada al Informe AEVAL (2ª fase) para mayor información sobre el tipo de actividades que las Entidades de Gestión vienen financiando con cargo a los ingresos del canon por copia privada, que hacen patente el conflicto de intereses que resulta de este privilegio, que lleva a las Entidades de Gestión a tratar de maximizar los ingresos del canon por cualquier vía. Creemos que las actividades de la **Fundación Autor** requieren un análisis específico. Conforme a la información disponible en el sitio web de la misma, por ejemplo:

*"La **Fundación Autor** no sólo es una institución dedicada a las tareas asistenciales, formativas y en buena medida promocionales, sino que además se ha convertido en el eje de una red de organizaciones, institutos, asociaciones, etc., que han ido surgiendo durante este tiempo para prestar una actuación más especializada y funcional, en primer lugar al mundo de los creadores y después a la sociedad en su conjunto.*

*De la **Fundación Autor** depende, en primer lugar, **Iberautor**, entidad dedicada a la promoción directa del repertorio, a través de su trabajo en las sedes integrales, su presencia en festivales, las publicaciones (tanto de discos como de libros), o su participación en el **Centro de Investigación del Mercado Cultural** y la **Academia de Las Artes y las Ciencias de la Música (ACAMU)**.*

*Además, la **Fundación** participa directamente en la **Mutualidad de Previsión Social de Autores y Editores**, a través de la ayuda económica que presta a la misma como garante del Plan de Rehabilitación de la Mutualidad. (...)"*

(93) La propia página web de la Fundación Autor²⁴ explica su vinculación con otras instituciones. En realidad, la Fundación Autor se ha convertido en un vehículo que tiene a su vez participaciones en diversas sociedades mercantiles y que ha permitido desarrollar un ambicioso proyecto para la gestión de teatros y otros inmuebles (conocido como “Proyecto Arteria”), sobre el que se ofrece más información en el **documento nº 4** adjunto.

(94) A vista de la actividad de la Fundación Autor (y de las demás actividades que se refieren anteriormente), no nos cabe ninguna duda en afirmar que el interés de las Entidades de Gestión por el canon por copia privada no se corresponde con una actividad no lucrativa desarrollada para el beneficio exclusivo de los titulares de derechos de propiedad intelectual (sean socios o no de la misma), sino que hay un interés propio y autónomo de las Entidades de Gestión, ya que se trata de una importante fuente de financiación a su favor y en su beneficio que constituye un verdadero privilegio. Esa circunstancia las coloca en una situación de conflicto de intereses, ya que cuanto más recauden por copia privada, podrán contar con mayor financiación para el desarrollo de sus actividades propias como entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual, muchas de ellas en competencia con otras entidades de gestión de la Unión Europea, y también para otras actividades diversas, como se ha indicado anteriormente.

(95) Por otro lado, finalmente, hay que mencionar la existencia de otras fuentes de ingresos que también merecen la atención analizar, como serían las siguientes:

- (a) Las cantidades importantes procedentes de la recaudación de diversos derechos (entre ellos especialmente los derechos de gestión colectiva obligatoria, en general, y la compensación equitativa por copia privada, en particular) que no son repartidas a los correspondientes titulares y que incrementan el interés propio de las Entidades de Gestión para maximizar sus ingresos por canon por copia privada.

A estas partidas se refiere en particular el propio Informe CNC:

“(61) Es importante señalar que las entidades generan montantes de cantidades recaudadas y no repartidas a ningún titular. Es decir, recaudan dinero por un titular y después el titular no lo recibe. La información sobre

²⁴ <http://www.fundacionautor.org/>

este tema es bastante escasa, y toda la que existe proviene de las propias entidades y de sus memorias. Según datos de AEVAL, de la recaudación media anual en 2005-2007, 65,8 millones de euros (un 13,6%) no fueron asignados al realizar el primer reparto. Con el paso del tiempo este porcentaje desciende a niveles menores, puesto que algunos titulares son finalmente encontrados; de esta forma, las cantidades finalmente no repartidas se sitúan en torno al 4% de la recaudación total, según AEVAL. En todo caso, las cantidades pagadas por los usuarios y no repartidas a ningún titular que se van acumulando en el tiempo ascienden a volúmenes muy considerables: en el caso de la SGAE, y según su Balance de Situación al cierre del ejercicio 2008, los derechos pendientes de reparto ascendían a 164,3 millones de euros.”

- (b) Las cantidades “deducidas” del reparto en virtud de los contratos de representación recíproca (por ejemplo los que mantiene SGAE con otras entidades extranjeras), que autorizan que se haga un descuento a los pagos internacionales que se remiten entre las entidades de gestión a nivel internacional. Esos descuentos salen del flujo de reparto a los socios de la entidad de gestión destinataria (y también a los no socios de esa entidad cuando se trata de un derecho de gestión colectiva obligatoria) y creemos que suelen integrarse con posterioridad al fondo destinado a la realización de actividades asistenciales y/o de promoción de la cultura (entre las que se encontrarían por ejemplo, como hemos indicado, la expansión inmobiliaria llevada a cabo recientemente por SGAE, a la que nos hemos referido con anterioridad).

CUARTO: CONDUCTAS DERIVADAS DEL ACUERDO ASIMELEC

(96) Nos hemos referido más arriba a la evolución de la normativa española sobre la copia privada. En particular, hemos aludido a que la denominada “copia privada digital” no fue expresamente recogida en la normativa española sino hasta la reforma experimentada con la Ley 23/2006 por la que se traspuso al ordenamiento interno la Directiva 2001/29/CE. También nos hemos referido a las discusiones que tuvieron lugar entre las partes interesadas (Entidades de Gestión, por un lado, y asociaciones representativas de fabricantes, importadores y distribuidores por otro lado) durante la vigencia del TRLPI en su redacción anterior a la reforma del año 2006, sobre la aplicación del artículo 25 vigente por ese

entonces con relación a soportes y equipos que permitieran almacenar contenidos digitales, en especial por lo que se refiere a los equipos y soportes digitales de uso polivalente (“equipos y/o soportes polivalentes”) que permiten reproducir no solo una categoría de obras de las previstas en el art. 25 apartados 1 y 4 TRLPI sino múltiples categorías de obras (por ejemplo tanto audio como video) y otros múltiples contenidos completamente ajenos a la excepción de copia privada.

(97) En dicho contexto, con fecha 31 de julio de 2003 se celebró el acuerdo entre la mayoría de las Entidades de Gestión responsables de las modalidades de reproducción de audio y video (SGAE, AIE, AISGE, EGEDA) y ASIMELEC (Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica, representativa de gran parte de los fabricantes e importadores de soportes digitales en España) (en adelante, el “**Acuerdo ASIMELEC**”, adjunto como **documento nº 5**) que tuvo por finalidad la de transar todos los pleitos presentados por las Entidades de Gestión contra empresas miembros de ASIMELEC y establecer los criterios y condiciones que resultarían aplicables al canon de copia privada para ciertos soportes digitales (en especial el soporte CD-R/RW Data, que había sido la fuente principal de las disputas).

(98) El Acuerdo ASIMELEC fue objeto de impugnación ante la autoridad nacional de la competencia española, quien consideró que el mismo no era contrario a la normativa reguladora de la competencia. Sin perjuicio de que el análisis realizado presentaba determinados presupuestos de hecho erróneos que en consecuencia conducen a una conclusión incorrecta (tal y como se indica más adelante) y que además entendamos que se ha producido un enriquecimiento injusto a favor de las Entidades de Gestión en virtud del mismo, los hechos objeto de esta Denuncia no se refieren a la firma del Acuerdo ASIMELEC en sí mismo, sino a la aplicación discriminatoria de la compensación equitativa por copia privada sobre soportes digitales llevada a cabo por las Entidades de Gestión con posterioridad a la firma del Acuerdo ASIMELEC.

1. Antecedentes normativos del Acuerdo ASIMELEC

(99) Con la comercialización y la generalización del uso de soportes de reproducción digital, las Entidades de Gestión sostuvieron la aplicación estricta y literal del “principio de idoneidad” como asimilado a capacidad técnica de reproducción. Con esa interpretación perseguían el sometimiento al pago del canon de todos los soportes, tanto analógicos como

digitales, y dentro de los digitales tanto los soportes específicos de reproducción de audio o de video, como los soportes polivalentes. Para ello se basaban en la aplicación por vía de la analogía a los soportes y equipos digitales de las disposiciones legales del año 1994 (pensadas solo para dispositivos analógicos) que se habían incorporado al TRLPI de 1996; todo ello amparado, como decimos, con el principio de idoneidad como asimilado a mera aptitud o capacidad técnica de los soportes para la reproducción de fonogramas y/o videogramas.

(100) Por el contrario, buena parte de la industria y comerciantes de tales soportes digitales entendía que los dispositivos digitales no fueron objeto de regulación en un momento (hablamos de los años 1994 y 1996), en el que aún estaba lejos la fecha en que se comercializara el primer soporte digital y las diferencias entre la composición, precios y usos de tales soportes (analógicos frente a digitales) son tan profundas que no cabe la aplicación por analogía ni la extensión forzada de una norma que regulaba un supuesto de hecho completamente diferente.

Así pues, los “deudores” del canon defendían que la normativa española de 1994 (incluida en el TRLPI de 1996) estaba pensada para los soportes analógicos y no para los equipos digitales. Esta posición estaba plenamente fundada y era algo relativamente sencillo de demostrar, en especial para los soportes “polivalentes” o “mixtos” (básicamente CD-R Data, CD-RW Data, DVD-R Data y DVD-RW Data), pues el sistema previsto en España al amparo del TRLPI (y las normas anteriores) se basaba en que los soportes de grabación analógicos sólo permiten la realización de copias de un tipo de obra protegida (obras sonoras, obras audiovisuales; no se preveía en relación con soportes para reproducción de obras en forma de libro). Así, el artículo 25 TRPLI establecía las siguientes tarifas en relación con la copia privada de fonogramas y videogramas (analógicos):

“(…)

- b) Equipos o aparatos de reproducción de fonogramas: 100 pesetas [0,60€] por unidad de grabación.*
- c) Equipos o aparatos de reproducción de videogramas: 1.100 pesetas [6,61€] por unidad de grabación.*
- d) Materiales de reproducción sonora: 30 pesetas [0,18€] por hora de grabación o 0,50 pesetas [0,003005€] por minuto de grabación.*

e) *Materiales de reproducción visual o audiovisual: 50 pesetas [0,30€] por hora de grabación o 0,833 pesetas [0,005006€] por minuto de grabación.*”

(101) Por el contrario, los soportes digitales incluyen:

- a) Por un lado, dispositivos que sólo permiten la reproducción de un tipo de obra (por ejemplo el “disco CD-R/RW Audio” destinado a la grabación de obras sonoras, o el “disco DVD-R/RW Video” destinado a la grabación de obras audiovisuales). Estos soportes materiales coinciden con los identificados en los apartados d) y e) de la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006 bajo la denominación “*soportes materiales digitales específicos de reproducción sonora*” y “*soportes materiales digitales específicos de reproducción visual o audiovisual*”.
- b) Por otro lado, y de forma mayoritaria en el mercado, soportes que son compatibles con los ordenadores (pero no se pueden utilizar en grabadoras específicas de audio ni de video) y permiten no sólo la reproducción de las diversas categorías de obras beneficiarias de la compensación por copia privada (por ejemplo el “disco CD-R/RW Data” o el “disco DVD-R/RW Data”), sino que también permiten grabar cualesquiera tipo de obras (no solo fonogramas y obras audiovisuales, sino también ficheros de texto, fotografías, programas de ordenador, ficheros de datos de usuario, etc.). A estos soportes se refiere el apartado f) de la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006 bajo la denominación “*soportes materiales de reproducción mixta, sonora y visual o audiovisual*”.

(102) En estos casos de soportes polivalentes, se planteaba legítimamente la duda sobre cuál sería el canon aplicable a dichos “discos CD-R Data” en los que puede grabarse audio, video y muchas otras obras (software, fotos, datos personales, ...): ¿Se aplica la tarifa prevista originariamente para los soportes “de reproducción sonora” (0,18 €/hora) por sus capacidades de audio? ¿Se aplica la tarifa prevista originariamente para los soportes de “reproducción visual o audiovisual” (0,30 €/hora) por sus capacidades de video? ¿Se aplica una combinación de ambas y en caso afirmativo en qué proporción? ¿Qué incidencia tienen los demás usos posibles por parte de los consumidores? ¿Qué incidencia tiene el uso mayoritario de dichos soportes dentro del ámbito empresarial y profesional (y no por consumidores)?

(103) En otro orden de cuestiones, el canon de los soportes analógicos se calculaba en función del tiempo de duración de la grabación, mientras que para los soportes digitales las Entidades de Gestión indicaban también la necesidad de tener en cuenta la capacidad de compresión de determinados formatos de ficheros (que no formatos del disco) que permitían multiplicar la duración de los ficheros grabados, lo que arrojaba unas cifras desorbitadas en concepto de canon que triplicaban o cuadruplican el precio del producto.

(104) A nivel internacional fue en el año 2001 cuando por primera vez una disposición se ocupó expresamente de la copia privada digital: la Directiva 2001/29/CE. La referencia contenida en la Directiva 2001/29/CE a la copia privada digital expresa la necesidad de una regulación específica de esa forma de reproducción para la que no es suficiente con acudir a la analogía. En tal sentido, basta con leer la última frase del Considerando 38 que dice:

“Por consiguiente, deben tenerse debidamente en cuenta las diferencias entre la copia privada digital y la analógica, y debe establecerse entre ellas una distinción en determinados aspectos.”

El tenor del párrafo copiado no deja lugar a dudas sobre el carácter imperativo de la diferencia de tratamiento entre una y otra realidad tan radicalmente diferentes entre sí por muchos motivos que van desde la facilidad y la calidad de las copias hasta la aparición de medidas tecnológicas que impiden la copia y la aparición de nuevos modelos de negocio que permiten la copia legal desde sitios de Internet previo pago de un importe incompatible con el canon de copia privada (al estar en presencia de una “copia licenciada”).

(105) En definitiva, se alegaba que tanto en el año 1994 como en el año 1996 (en que se produce una mera refundición de las normas vigentes), el espíritu y la finalidad de la normas eran dar respuesta a la copia privada analógica y no a la copia privada digital y que por tales motivos no cabía hacer una traslación automática de la obligación de pagar un canon por la comercialización de tales productos digitales en general y, en especial, sobre los soportes digitales mixtos o polivalentes que no eran ni dispositivos “*de reproducción sonora*” ni soportes “*de reproducción visual o audiovisual*”, sino soportes de grabación de cualesquiera tipos de ficheros. De forma resumida se puede decir que las principales razones para sostener esa opinión han venido siendo las siguientes:

1. El artículo 25 TRLPI (1996) no distinguía entre la copia privada analógica y la copia privada digital:

El análisis del artículo 25 TRLPI (1996) demostraba que el legislador solamente tuvo en cuenta el fenómeno de la copia privada a través de equipos, aparatos y materiales de tipo analógico (por ejemplo, las cada vez menos frecuentes cintas vírgenes de vídeo o de audio) pero no de tipo digital (tales como los discos CD y DVD de grabación, los reproductores MP3/MP4 o las grabadoras informáticas), y ello porque la mayor parte de los equipos y materiales digitales que hoy en día se conocen ni siquiera existían por entonces. Igualmente, cuando dichos soportes y grabadoras digitales se introdujeron no eran accesibles para los consumidores, sino que tenían un nivel de precios que suponía que su destinatario objetivo fuera el usuario empresarial y profesional. Así mismo, para determinar el importe del canon que cada material debe satisfacer, el criterio seleccionado por el legislador español fue el de la capacidad de copia en términos de tiempo, es decir, los minutos de reproducción que un determinado material permite almacenar (por ejemplo, una cinta virgen de audio de 60 minutos). Este criterio no es propio de los equipos y materiales digitales, cuya capacidad de almacenamiento de información se mide en términos de unidades informáticas (por ejemplo, un reproductor de MP3 o MP4 de 4 gigabytes).

2. El artículo 25 TRLPI (1996) no exigía que se tengan en cuenta las circunstancias concretas de cada caso a la hora de determinar la necesidad o no de compensar a los titulares de derechos:

La exigencia de tomar en consideración las circunstancias de cada caso concreto para determinar la forma, modalidades y posible cuantía de una compensación equitativa a los titulares de derechos viene dada por el Considerando número 35 de la Directiva 2001/2009/CE.

El artículo 25 TRLPI (1996) no contiene esta exigencia de valoración de las circunstancias de cada caso. Así, de la interpretación literal del precepto ningún efecto se desprende en relación con el carácter polivalente de un equipo, a pesar de que ese carácter determina que una parte sustancial de su capacidad de

almacenamiento de información no esté dirigida a la copia de obras y prestaciones protegidas, sino a la de otro tipo de materiales (datos, fotografías y vídeos personales, etc.) o incluso obras protegidas por derechos de propiedad intelectual (programas de ordenador, bases de datos electrónicas) que no generan la obligación de compensar a sus titulares mediante el pago del canon.

El artículo 25 TRLPI (1996), a diferencia de la Directiva, tampoco exige tomar en consideración circunstancias tales como que los titulares de derechos ya hayan recibido una retribución de algún tipo, por ejemplo, como parte de un canon de licencia. No tiene sentido, en consecuencia, que los usuarios tengan que soportar, además del precio de la licencia, el importe del canon de copia privada por idéntico concepto.

3. El artículo 25 TRLPI (1996) no exigía que se tenga en cuenta el grado de utilización de medidas de protección tecnológicas por parte de los titulares de derechos para controlar el acceso o uso de obras y prestaciones protegidas:

La Directiva 2001/29/CE establece en su artículo 6 la necesidad de proteger el uso de medidas tecnológicas de protección destinadas a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la debida autorización.

Como es evidente, el uso de este tipo de medidas, tal como pueden ser los dispositivos que impiden la copia de obras protegidas, tiene una clara incidencia en el ámbito de la copia privada digital. En efecto, es lógico pensar que cuando se han articulado medidas tecnológicas de protección que impiden la copia de una obra, resulta improcedente el pago de una compensación equitativa, puesto que la medida anti-copia impide precisamente el daño que la compensación vendría a paliar.

En lógica consonancia con lo anterior, el Considerando número 39 de la Directiva obliga a tener en cuenta el desarrollo económico y tecnológico en lo relativo a la copia privada digital, mientras que, en contraste con lo dispuesto por la Directiva,

el artículo 25 TRLPI no tiene en cuenta en modo alguno la incidencia de las medidas tecnológicas de protección en el ámbito de la copia privada digital.

4. El artículo 25 TRLPI (1996) no se basaba en el concepto comunitario de “compensación equitativa”:

El concepto de compensación equitativa al que hace referencia el Considerando número 35 es un concepto distinto del concepto de remuneración compensatoria recogido en el artículo 25 del TRLPI. El citado Considerando número 35 se refiere a “*la forma, las modalidades y la posible cuantía*” de la compensación equitativa, lo que sin duda denota unos rasgos definitivos diferentes, pues no se da por hecho que el pago de un canon sea la única forma de compensar a los titulares de derechos, sino una posible forma de hacerlo. Las propias explicaciones ofrecidas por la Comisión Europea por medio del Comisario europeo Sr. Bolkestein ponen de manifiesto este hecho (respuesta de 26 de marzo de 2002 a la pregunta escrita E-3348/01, publicada en el DOCE de 18/07/2002, pp. C172/E/42 y 43):

“Esta Directiva permite a los Estados miembros establecer una excepción al derecho de reproducción para uso privado, a condición de que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa. Otorga a los Estados miembros cierta flexibilidad a la hora de determinar la forma, las modalidades y la cuantía de esa compensación equitativa. Deben tener igualmente en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. La compensación equitativa es un nuevo concepto introducido por la Directiva y no es equivalente a los sistemas de retribución equitativos (“cotizaciones” [o cánones]) a los que el documento no hace ninguna mención explícita.”

(106) La regulación prevista en el TRLPI (1996) era incompatible con las referidas consideraciones. Así, el carácter de “derecho de remuneración” (Art. 25.1), las modalidades de copia privada (Art. 25.1), el principio de “idoneidad” (Art. 25.2), el importe del canon (Art. 25.5), las personas exceptuadas al pago del canon (Art. 25.6) y los equipos exentos del pago, son sólo algunos de los criterios más relevantes que habían quedado obsoletos y desfasados frente al fenómeno digital, ya que su finalidad era regular la copia privada

analógica pero no así la problemática más compleja que, fruto de la evolución tecnológica, ha dado lugar a la copia privada digital.

(107) Adicionalmente a lo anterior, en contra de la aplicación por analogía a la copia privada digital de las disposiciones previstas en el TRLPI (1996), también se manifestó la opinión del Consejo de Estado al emitir su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el TRLPI para incorporar la Directiva 2001/29/CE (esto es, el proyecto de lo que finalmente estableció la Ley 23/2006). En su Dictamen 187/2005, aprobado el 10 de marzo de 2005, el Consejo de Estado afirma que:

*“... es necesario advertir que la Directiva 2001/29/CE exige realizar una distinción entre la copia analógica y copia digital. Al efecto, señala en su considerando 38 que "la copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico", por lo que -añade el citado considerando- "deben tenerse en cuenta las diferencias entre la copia privada digital y la analógica, y debe establecerse entre ellas una distinción en determinados aspectos". Sin embargo, la remisión que el anteproyecto de Ley hace al artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual obvia la obligada diferenciación entre la copia privada y la copia digital. Como es sabido, los cánones fijos previstos en el artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 estaban pensados -en su momento- para hacer frente a las copias realizadas por sistemas analógicos. Hace una década la copia privada analógica era muy frecuente y resultaba imposible de controlar (por ejemplo, nadie podía saber el número de copias realizadas en una determinada fotocopiadora), por lo que el mencionado artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual introdujo unos cánones fijos en función de la capacidad de reproducción o grabación de cada equipo, con independencia del número de copias finalmente realizadas. Sin embargo, estos presupuestos han sido alterados en buena medida por el entorno digital, porque las medidas tecnológicas de protección permiten controlar mejor el acceso a las obras digitales y gestionar debidamente los derechos de propiedad intelectual. Ciertamente que el anteproyecto de Ley dice que, a la hora de utilizar el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual, habrá que tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas tecnológicas de protección, **precisión ésta contemplada en la propia normativa comunitaria y que es obligada para evitar que una persona que copie una***

obra digital protegida tenga que pagar una remuneración por copia privada además de realizar el abono necesario para facilitar el acceso a dicha obra. Pero esta salvedad no resulta suficiente para entender que el anteproyecto de Ley esté con ello distinguiendo entre la copia analógica y la copia digital. Y es que la remisión al artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual -precepto que contempla un sistema de cánones pensado en su momento para los soportes analógicos-, no da respuesta al impacto que los soportes digitales (tales como PCs, mp3, pen drivers, teléfonos UMTS,...), siempre en constante evolución, tienen sobre los derechos de propiedad intelectual. En definitiva, el anteproyecto de Ley ahora sometido a consulta opta por aplicar el sistema de cánones fijos de los soportes analógicos -recogido artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual- a los equipos digitales, sin distinguir debidamente entre la copia analógica y la copia digital. (...). Pero sucede que el anteproyecto de Ley sometido a consulta, al incorporar esa misma solución, es excesivamente parco en su regulación, renunciando a desarrollar más detalladamente algunos interrogantes que la misma plantea, como el tipo de equipos y soportes digitales que deben pagar el canon y la cuantía del mismo -los cuales no están expresamente contemplados en el citado artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual, salvo interpretación forzada de este precepto-, o la incidencia concreta de la utilización de estas medidas tecnológicas sobre el monto y procedencia del citado canon, por sólo citar algunos aspectos tan abiertos como discutibles.”

(108) Las observaciones del Consejo de Estado fueron tan contundentes que el Gobierno de España modificó el tenor del anteproyecto de ley que, ya convertido en Proyecto, estableció un procedimiento específico para determinar los equipos digitales sujetos al canon y su importe que pasa por el acuerdo de las partes y, a falta del mismo, la determinación mediante orden ministerial conjunta de los Ministerios de Industria y Cultura, así como también recogió puntualmente el criterio del Consejo en cuanto a la naturaleza de “compensación equitativa” y atribuye a la copia privada digital esa naturaleza de “compensación equitativa” que en la anterior redacción del Art. 25 regulador de la copia privada analógica tiene carácter de “derecho de remuneración”.²⁵

²⁵ El texto del Anteproyecto de Ley que fue objeto del Informe del Consejo de Estado es de fecha 20 de diciembre de 2004. Es importante recordar que ese texto no introducía ningún cambio en la redacción del artículo 25 del TRLPI por lo que, en consecuencia, no se producía ninguna diferenciación entre la copia privada

(109) El caso fue que, desde el año 2000 en adelante y a pesar de los argumentos que hemos expuesto sucintamente vienen de exponerse brevemente en las líneas precedentes y de que las razones expuestas por el Consejo de Estado son concluyentes por sí solas para rechazar una aplicación analógica de la normativa de 1994 a los soportes digitales en general y a los soportes polivalentes en especial, la respuesta de las Entidades de Gestión fue hacer caso omiso de tales circunstancias y simplemente solicitar a los fabricantes, importadores y comerciantes de España el pago del canon “analógico”, pero cuantificado sobre los soportes digitales, sin atender al valor económico de la copia privada realizada con esos soportes, sino simplemente exigiendo la aplicación del canon analógico en base a la “idoneidad” (entendida por las Entidades de Gestión como mera aptitud técnica de reproducción) de esos soportes para hacer copias de fonogramas y/o videogramas, y sin atender a cualesquiera otros aspectos fueran relevantes para la valoración del caso concreto.

(110) A tal fin, las Entidades de Gestión plantearon demandas judiciales a diversas empresas importadoras o fabricantes de soportes digitales (mayoritariamente discos polivalente CD-R Data, ya que para los soportes digitales específicos – CD-R Audio – sí se venían presentando auto-declaraciones por muchos de los importadores y fabricantes), pero también contra comerciantes y distribuidores minoristas, en las que se les requería a los demandados que permitieran a la Entidad de Gestión correspondiente el control de las operaciones de importación y fabricación de dichos soportes, así como que se reconociera la sujeción de los mismos al pago de la remuneración compensatoria por copia privada. En este sentido cabe mencionar las demandas presentadas en 2001 por SGAE contra TRAXDATA IBERICA S.L., VERBATIM ESPAÑA S.A, IMATION IBERICA S.A. o CIOCE, S.A. entre otras.

(111) Esas demandas se planteaban con carácter retroactivo (cubriendo las ventas de varios años anteriores al planteamiento de la demanda, mayoritariamente desde 1997, aunque también existía algún caso cuya reclamación retroactiva se remontaba a 1995), lo que ponía a las empresas en una grave situación de riesgo económico (al no haber podido trasladar dicho

analógica y la copia privada digital, en contra del criterio que dicta el Considerando 38 de la Directiva 2001/29. Después del Informe del Consejo de Estado, el Gobierno modificó el Anteproyecto de Ley y fue entonces (véase el texto del Anteproyecto de Ley de fecha 21 de junio de 2005) cuando introdujo una nueva redacción al artículo 25 del TRLPI que establecía una clara distinción entre la compensación aplicable por copia privada con

canon reclamado como parte del precio de los productos ya vendidos) y para mayor inseguridad, sin identificar siquiera con exactitud en las demandas judiciales la forma de calcular la tarifa aplicable sobre los soportes polivalentes (es decir, si era la tarifa de audio, o a la tarifa de video, o una mezcla de ambas; si había que atender a la capacidad estándar de almacenaje expresada en el propio soporte o no; etc., aunque se alegara el carácter idóneo de los soportes para grabar fonogramas mayoritariamente) causando con ello incluso mayor incertidumbre y gravamen.

(112) Sorprendentemente, el planteamiento de las Entidades de Gestión encontró eco en un sector considerable de los Jueces y Tribunales españoles que amparó tales demandas entendiendo que los soportes digitales CD-R DATA estaban afectados por la normativa del canon entonces vigente. Las demandas planteadas en esa época contra fabricantes e importadores en España se resolvieron mayoritariamente de forma favorable a las Entidades de Gestión, aplicando un concepto restrictivo del “principio de idoneidad” al tomar como criterio rector la “capacidad técnica” de los soportes digitales para hacer copias de fonogramas y/o videogramas (sin perjuicio de que permitieran almacenar otro tipo de obras), y sin atender en momento alguno al impacto económico y la desproporción de aplicar los cánones “analógicos” del TRLPI a los soportes “digitales” tanto de uso específico como de uso polivalente, a la falta de adecuación entre el montante total resultante de aplicar un canon en cada una de dichas unidades y el perjuicio causado medido en términos de “*derechos de propiedad intelectual que se dejaron de percibir por razón de la mencionada reproducción*” (art. 25.1 TRLPI *in fine*), ni a cualesquiera otros aspectos directamente relacionados con el Derecho de la Competencia. Estas sentencias obligaban a presentar la correspondiente declaración a las Entidades de Gestión demandantes, pero sin precisar exactamente la cuantía del canon a pagar (si era la tarifa video, audio o una mezcla) ni la forma de calcular dicho importe, aspecto éste que se había omitido en las demandas de las Entidades de Gestión para mayor incertidumbre, si cabe, de las empresas demandadas.

(113) Sin perjuicio de lo anterior, alguna sentencia limitó el alcance de las reclamaciones, por ejemplo reduciendo el periodo de retroactividad para la aplicación del canon (así, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Cornellá de Llobregat, de 20 de junio de

medios analógicos y la copia privada realizada con medios digitales, sometiéndolas a un régimen compensatorio diferenciado.

2002) y alguna otra sentencia aislada empezó a reconocer la relevancia de que un soporte se destinara mayoritariamente para fines profesionales a fin de exonerarlo del pago del canon²⁶.

Igualmente, con posterioridad a la celebración del acuerdo se han venido produciendo diferentes pronunciamientos judiciales en los que los Tribunales condenaban a devolver el canon abonado por dispositivos técnicamente idóneos para copiar pero respecto a los cuales queda probado que su destino real no ha sido la copia privada. Se ofrece más información sobre estas sentencias en los párrafos (170) y siguientes de esta Denuncia.²⁷

2. El Acuerdo ASIMELEC. Contenido.

(114) Habida cuenta del grave riesgo financiero que las sentencias mencionadas suponían para los fabricantes e importadores de soportes digitales en caso de hacerse efectivas, y en especial habida cuenta del carácter retroactivo de las obligaciones de pago y la imposibilidad de haber podido trasladar el canon como parte del precio de los soportes vendidos, las Entidades de Gestión representativas de los titulares de derechos sobre fonogramas y videogramas (SGAE, AIE, AISGE y EGEDA) que figuraban mayoritariamente como demandantes en dichos procedimientos judiciales suscribieron un acuerdo con ASIMELEC (Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica), asociación representativa de gran parte de los fabricantes e importadores de soportes digitales en España que estaban siendo objeto de los litigios judiciales. Se adjunta copia del Acuerdo ASIMELEC como **documento nº 5**, que incluye tanto el contrato suscrito con ASIMELEC (“Acuerdo General”), como el modelo de contrato anexo (“Anexo al Acuerdo”) a suscribir con los fabricantes o importantes considerados como deudores principales de la compensación equitativa (entonces “remuneración compensatoria”) por copia privada. Asimismo, se adjunta como **documento nº 6**, una copia del modelo de acuerdo ofrecido a partir del 31 de octubre de 2003 a las empresas

²⁶ Así por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla nº 495/2003 (Sección 2ª), de 18 de septiembre de 2003, aunque no se trataba de un caso de canon “digital” sino de “canon analógico”, establece que el canon no debe pagarse en relación con los soportes técnicamente idóneos para hacer copias, sino solo a aquellos que, aunque en abstracto sean técnicamente idóneos, sus especiales características técnicas determinan que no son idóneos “en concreto” (cintas de video de duración inferior a 120 minutos), ya que normalmente se utilizan para uso industrial o profesional de las entidades o personas físicas que los adquieren. Esta sentencia forma parte del documento nº 20 adjunto a esta Denuncia.

²⁷ Ver también nota a pie de página nº 32.

que comenzaran a fabricar, importar o comercializar dichos soportes en España con posterioridad a esa fecha.

(115) En virtud del Acuerdo ASIMELEC se pactaba lo siguiente:

- (a) A efectos de pago de la remuneración compensatoria, el acuerdo tiene una vigencia inicial desde el 1 de septiembre de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2005 (prorrogable), sin perjuicio de que se establece la retroacción de efectos del acuerdo suscrito con las empresas deudoras a la fecha de “*inicio de las operaciones de fabricación, importación y comercialización de los soportes y materiales sometidos a la remuneración*” (ver cláusula segunda del Acuerdo General y cláusula tercera del Anexo al Acuerdo a firmar por las empresas deudoras).
- (b) Se establecieron las tarifas aplicables sobre los correspondientes soportes digitales de grabación, pactándose expresamente que la obligación de pago de estas tarifas se mantendría incluso en caso de modificación legislativo, abonándose en su caso por parte del deudor la diferencia que pudiera resultar a favor de las Entidades de Gestión como obligación derivada del acuerdo alcanzado (ver Expositivo V del Acuerdo General firmado con ASIMELEC y cláusula Décima del Anexo al Acuerdo).²⁸
- (c) Cabe destacar que el Acuerdo se refiere única y exclusivamente a cuatro tipos de soportes digitales bien delimitados, a saber: CD Audio (y Minidisc), DVD Video, CD Data y DVD Data²⁹ (Expositivo III-Bis y Cláusula Primera del Acuerdo General; Cláusula Primera del Anexo al Acuerdo). En consecuencia,

²⁸ Esta cláusula permite presumir razonablemente que las Entidades de Gestión habrían realizado una estimación del ingreso previsible desde 1 de septiembre 2003 hasta el 31 de diciembre 2005 y una determinación de una tarifa elevada para dicho periodo, de modo que los ingresos en esos 28 meses fueran suficientes para “compensar” la exoneración del canon en soportes digitales vendidos con anterioridad al 1 de septiembre de 2003. Aparte de su carácter discriminatorio, por ello resulta además especialmente abusiva la reclamación de ese canon anterior al 1 de septiembre a los “responsables solidarios”, que pudieron haber comprado de “deudores principales” los soportes en principio exonerados (y lógicamente sin canon desglosado en factura).

²⁹ Para cada uno de estos soportes digitales se incluyen tanto los soportes grabables (identificados con la denominación “R”, por ejemplo CD-R Data) como los soportes regrabables (identificados con la denominación “RW”, por ejemplo CD-RW Data).

el Acuerdo no se aplica a ningún otro soporte al margen de los allí contemplados y, desde luego, tampoco se aplica a ningún equipo o aparato de reproducción digital.

- (d) Se prevé la adhesión al mismo de los “deudores” (fabricantes e importadores) por medio de la firma del correspondiente Contrato Individual cuyo modelo se encuentra anexo al Acuerdo ASIMELEC (ver Expositivo VIII del Acuerdo General), de modo que los deudores que se adhieran abonarán el canon sobre dichos soportes (en especial sobre los soportes CD-R/RW DATA que eran objeto de disputa) sólo desde el 1 de septiembre de 2003. Es decir, se produce la aplicación no retroactiva del canon, con exoneración del canon en todas las ventas anteriores a 1 de septiembre de 2003.

A este respecto, en el párrafo segundo de la cláusula Tercera del modelo de Contrato Individual que se acompañó como Anexo del Acuerdo ASIMELEC, las Entidades de Gestión expresan que *“renuncian al ejercicio de cualquier acción judicial en reclamación de cantidad alguna por el período transcurrido hasta la fecha del 31 de agosto de 2003 inclusive, siempre que la entidad deudora cumpla fiel y escrupulosamente la totalidad de las obligaciones asumidas en el presente acuerdo durante el plazo de vigencia del mismo”*.

- (e) La tarifa aplicable para cada tipo de soporte digital en virtud del Acuerdo ASIMELEC para los soportes digitales comercializados a partir de 1 de septiembre es más elevada que la tarifa teóricamente prevista en el TRLPI para los soportes específicos de reproducción sonora (CD-R Audio y minidisc) y los soportes específicos de reproducción audiovisual (DVD-R Video), más reducida para los soportes polivalentes o mixtos CD-R Data, y prácticamente igual para los soportes polivalentes o mixtos DVD-R Data.
- (f) El canon se aplica sobre la totalidad de los soportes vendidos, sin más excepción, en principio, que las previstas entonces en el artículo 25.6 TRLPI (ventas a productores de fonogramas y audiovisuales y entidades de radiodifusión).

(116) Sin perjuicio de que el Acuerdo ASIMELEC de 31 de julio de 2003 no estaba suscrito formalmente por todas las Entidades de Gestión representativas de los titulares de derechos sobre fonogramas y videogramas (en concreto AGEDI y DAMA), sino solo por SGAE, AIE, AISGE y EGEDA, en la práctica las otras Entidades de Gestión se sumaron al acuerdo de facto a dicho acuerdo marco inicial, y las seis Entidades de Gestión con facultades de gestión de la remuneración compensatoria por copia privada de fonogramas y/o videogramas (SGAE, AIE, AISGE, EGEDA, AGEDI y DAMA) aparecen como firmantes del acuerdo (adjunto como **documento nº 6**) que se suscribía con las empresas deudoras que daban comienzo a sus operaciones de fabricación, importación o comercialización con posterioridad al 31 de octubre de 2003, fecha límite para la adhesión al Acuerdo ASIMELEC originario por parte de las empresas deudoras.

3. El Acuerdo ASIMELEC. Vicisitudes posteriores a su celebración.

(117) El Acuerdo ASIMELEC fue denunciado por algunos particulares y también por la Asociación de Internautas, denuncias que dieron lugar a dos Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia. La primera de estas Resoluciones, de fecha 24 de noviembre de 2005 (Expte. R634/04, SGAE-ASIMELEC), estimó el recurso presentado contra el acuerdo de archivo adoptado por el Director del Servicio de Defensa de la Competencia; la segunda Resolución, de fecha 31 de mayo de 2007, (Expedientes R688/06 SGAE/ASIMELEC 3 y R692/06 SGAE/ASIMELEC 4 - Acumulados), desestimó los recursos interpuestos ante el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (“TDC”) contra el Acuerdo de sobreseimiento dictado por el Servicio de Defensa de la Competencia en el expediente del Servicio 2511/04. Adjuntamos copia de ambas Resoluciones como **documento nº 7**.

(118) En la primera de dichas Resoluciones del TDC, relativa al recurso contra el Acuerdo de archivo del Servicio de Defensa de la Competencia (“SDC” - organismo encargado de la investigación), el TDC entendió que el Acuerdo ASIMELEC carece de cobertura legal, lo que expresa en los términos de su Fundamento de Derecho Cuarto que reproducimos a continuación:

“... ningún precepto legal prevé ni autoriza la celebración de acuerdos entre entidades de gestión y fabricantes e importadores para fijar la cuantía y los materiales sobre los que debe cobrarse dicha remuneración...”

“Por todo lo anterior y teniendo en cuenta que es doctrina establecida por este Tribunal el carácter restrictivo de la previsión de amparo legal incluida en el artículo 2.1. LDC, la conducta denunciada no puede considerarse amparada por el TRLPI, en el actual estado de las actuaciones.”³⁰

(119) En la última de las citadas Resoluciones del TDC, de fecha 31 de mayo de 2007, el Tribunal entendió, por el contrario, que las Entidades de Gestión se encontraban facultadas para celebrar un acuerdo como el Acuerdo ASIMELEC dado que, tal como mencionamos, la jurisprudencia española estaba acogiendo favorablemente las demandas de aplicación a los soportes y equipos digitales de la normativa prevista originalmente para los equipos y soportes analógicos y la celebración de un acuerdo entre tales Entidades de Gestión y una Asociación que representa a algunos de los obligados al pago no configuraba un acto de abuso de posición dominante por parte de las Entidades de Gestión. En tal sentido, afirmó:

*“El análisis realizado por el Tribunal, descrito en el fundamento de derecho cuarto, lleva al Tribunal a considerar que **no es el convenio firmado el 31 de julio de 2003 el origen de los posibles abusos que se estén produciendo como consecuencia de la aplicación de la remuneración por copia privada, regulada en el artículo 25 del TRLPI, y comúnmente conocida como «el canon de los CD's y DVD's», sino la propia regulación vigente, al manejar conceptos distintos, como el de «idoneidad» de los materiales, al mismo tiempo que el de «usos» de los materiales, para regular un mismo hecho: la efectividad del pago de la remuneración por copia privada. Y aun más, la ausencia de las normas reglamentarias que en la propia Ley se anuncia que deberá ser aprobada, pero que nunca se ha llevado a cabo, estaría favoreciendo la continuidad de esta situación. El mandato que fue ordenado en el artículo 25.23 del TRLPI 1996 pero que aún no se ha cumplido habría dado lugar a la existencia de un reglamento en el que se habrían establecido los tipos de reproducciones que no deberían considerarse para uso privado, los agentes exceptuados en razón de ese***

³⁰ El SDC había considerado inicialmente que “El Acuerdo sometido a examen no se aparta de lo dispuesto en el artículo 25 TRLPI y del RD 1434/1992. Por tanto, cualquier hipotética prohibición establecida de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la LDC no le sería aplicable por ser una conducta amparada por Ley.” y que “la afirmación de que los denunciantes discuten la existencia misma del canon en relación con los soportes digitales (CDs y DVDs), o que, al menos, ciertos usos de dichos soportes digitales queden exentos de la obligación de satisfacer el canon y esta decisión queda más allá de las competencias atribuidas a los órganos de defensa de la competencia.”

tipo de reproducciones, la forma de acreditar la excepción, y los mecanismos para implementar la excepción, tal y como la propia Ley regula en su artículo 25.6 respecto a las entidades de radiodifusión y productores de fonogramas o videogramas”.

(120) La resolución del Tribunal estaba bien fundamentada en múltiples aspectos, como pueden los siguientes:

- 1) Sin perjuicio de que formalmente el obligado al pago sea el fabricante o importador, finalmente el pago de la remuneración compensatoria se produce por parte de los consumidores.³¹
- 2) Reconoce que las sentencias judiciales dictadas en relación al artículo 25 TRLPI contra distribuidores e importadores de soportes digitales han fallado a favor de las Entidades de Gestión al interpretar dicho artículo en el sentido de que *“basta que un soporte sea apto para realizar la reproducción de copia privada para que éste esté sometido al pago de dicha remuneración”*, pero al mismo tiempo reconoce la existencia de otra serie de sentencias que excluyen el pago del canon cuando el uso que el adquirente realiza de dichos soportes nada tiene que ver con la copia privada.³²

³¹ Véase página 27 de la Resolución TDC de 31 de mayo de 2007: *“(…) si bien el deudor material de la remuneración son los fabricantes e importadores de cierto material, en quien está pensando el regulador como deudor último de la remuneración es el consumidor final, con toda lógica, puesto que es éste y no el fabricante o importador el que realiza la reproducción para uso privado, esto es, el que está copiando una obra sometida a derechos de propiedad intelectual.”*) y pág. 36 *“(Ciertamente esta remuneración se repercute al consumidor final en forma de incremento de precios de este tipo de soportes, sin diferenciar entre los usos finales que el consumidor vaya a hacer de éste. Y es justamente esta falta de diferenciación lo que el denunciante considera “aplicación injusta por un pacto arbitrario y restrictivo en la interpretación del TRLPI”. Podría ser una aplicación injusta y, sin embargo, no ser sancionable desde la legislación de competencia, si ella resulta de la aplicación de una Ley.”*)

³² Véase página 28 de la Resolución TDC de 31 de mayo de 2007: *“otra serie de sentencias en las que el demandante, un consumidor final de CDs, demanda al distribuidor minorista por cobrarle una cantidad determinada en concepto de remuneración por copia privada, cuando el uso que el adquirente realiza de dichos soportes nada tiene que ver con la copia privada regulada por el artículo 25. Estas sentencias fallan a favor del demandante sobre la base probatoria de que dichos soportes han sido en efecto empleados en usos diferentes al de la copia privada, en concreto, una de las más recientes sostiene que de la literalidad del artículo 25 “se excluye del canon aquellas copias destinadas a uso industrial” y que “al establecer que “la reproducción”...es la que “originará” una remuneración a favor de...permite acreditar el destino final de los soportes adquiridos, y demostrar que no se han usado para la definida reproducción”. La interpretación pues, en estas sentencias, es*

(121) Igualmente, se exponían otros fundamentos razonables que tenían relación con el carácter obsoleto del TRLPI que podría ser el causante de los posibles abusos que se estaban produciendo como consecuencia de la aplicación del “canon de los CDs y DVDs”, si bien se omitía – al no ser objeto del procedimiento – que dichas situaciones podrían ser causa de infracción del (entonces) artículo 86 del Tratado CE por parte del Reino de España. A tal respecto, el TDC reconoce:

- 1) El principio de que el pago por remuneración por copia privada debe establecerse en función de los usos, si bien hay deficiencias en la normativa vigente.³³
- 2) Que la causa de los posibles abusos resultantes de la aplicación del Acuerdo ASIMELEC es la normativa vigente y la falta de desarrollo reglamentario.³⁴

que si bien la presunción legal inicial sería la de que estos soportes se adquieren para la “reproducción de obras acogidas al amparo de la legislación Especial, ...cabe, dado el tenor legal, justificar que el soporte se ha utilizado para otro concreto fin distinto de la reproducción de obra de autores”.

³³ Véase página 27 de la Resolución TDC de 31 de mayo de 2007: “A este respecto cabe señalar que este apartado refuerza el principio de que el pago por remuneración por copia privada deba establecerse en función de los usos, motivo por el cual exceptúan del pago a aquellas entidades que claramente no están haciendo copias para uso privado, como son las entidades de radiodifusión y productores de fonogramas. La reflexión que suscita este punto es por qué no han sido exceptuadas conjuntamente otros adquirentes de estos materiales cuando por razón de su actividad profesional, social, productiva o cualquier otra, está claro que el destino de este tipo de materiales no se destina para realizar copias privadas. Sería factible acreditarles igualmente como exceptuados del pago, dado la filosofía del pago de la remuneración en función del uso que se le dé a los soportes y materiales afectados por el artículo 25.”

³⁴ Véase página 35 de la Resolución TDC de 31 de mayo de 2007: “El análisis realizado por el Tribunal, descrito en el fundamento de derecho cuarto, lleva al Tribunal a considerar que no es el convenio firmado el 31 de julio de 2003 el origen de los posibles abusos que se estén produciendo como consecuencia de la aplicación de la remuneración por copia privada, regulada en el artículo 25 del TRLPI, y comúnmente conocida como “el canon de los CDs y DVDs”, sino la propia regulación vigente, al manejar conceptos distintos, como el de “idoneidad” de los materiales, al mismo tiempo que el de “usos” de los materiales, para regular un mismo hecho: la efectividad del pago de la remuneración por copia privada. Y aun más, la ausencia de las normas reglamentarias que en la propia Ley se anuncia que deberá ser aprobada, pero que nunca se ha llevado a cabo, estaría favoreciendo la continuidad de esta situación. El mandato que fue ordenado en el artículo 25.23 del TRLPI 1996 pero que aún no se ha cumplido habría dado lugar a la existencia de un reglamento en el se habrían establecido los tipos de reproducciones que no deberían considerarse para uso privado, los agentes exceptuados en razón de ese tipo de reproducciones, la forma de acreditar la excepción, y los mecanismos para implementar la excepción, tal y como la propia Ley regula en su artículo 25.6 respecto a las entidades de radiodifusión y productores de fonogramas o videogramas.”

- 3) Que el Acuerdo ASIMELEC podría estar imponiendo de forma indirecta precios no equitativos, pero esa conducta no sería sancionable conforme al Derecho de la Competencia si ella resulta de la aplicación de una Ley.³⁵
- 4) Que las medidas tecnológicas de protección podrían ser relevantes, pero para ello se requiere una modificación del TRLPI.³⁶

(122) Finalmente, existían diversos pronunciamientos en la decisión del TDC de 31 de mayo de 2007 que son criticables al no considerar todos los hechos reales (posiblemente porque no fueran alegados en su momento por los demandantes), entre los que se incluyen los siguientes:

- 1) El TDC acepta los datos aportados por el SDC valorando que las remuneraciones compensatorias aplicadas a los distintos soportes en virtud del Acuerdo ASIMELEC parecen ser inferiores (o similares) en comparación con otros países del entorno, mencionándose expresamente a Francia, Dinamarca y Holanda como parte de las alegaciones.³⁷

³⁵ Véase pág. 36-37 de la Resolución TDC de 31 de mayo de 2007: “Los denunciante alegan también la infracción del 6.2.a porque el convenio estaría imponiendo, de forma indirecta, precios no equitativos. (...) Podría ser una aplicación injusta y, sin embargo, no ser sancionable desde la legislación de competencia, si ella resulta de la aplicación de una Ley. A este respecto el Tribunal valora que no es el Acuerdo denunciado el que impone una remuneración obligatoria sobre la comercialización de soportes digitales sobre “la extraña presunción de que la totalidad de los soportes digitales vírgenes son destinados a copia privada”, como alegan los denunciante, sino la literalidad del artículo 25.2 del TRLPI, ratificada por varias sentencias judiciales, al regular que todos los soportes idóneos para llevar a cabo la reproducción están sometidos a la remuneración por copia privada, siendo sus deudores las empresas que fabrican o importan estos materiales.”

³⁶ Véase pág. 38 de la Resolución TDC de 31 de mayo de 2007: “Se alega también que los nuevos desarrollos tecnológicos permiten que las obras protegidas con derechos de propiedad intelectual se distribuyan en soportes tales que imposibilitan su copia privada y por tanto la remuneración por copia privada debería desaparecer, ya que con dichas protecciones se impide el ejercicio del derecho a la copia privada que había creado la remuneración compensatoria. **Sería un abuso cobrar un derecho por un acto que finalmente no puede ser realizado.** Sin perjuicio de que ésta pudiera ser la realidad imperante en el mercado, la legislación actual, que es la base para las resoluciones de este Tribunal, no ha cambiado y la supresión de la remuneración de la copia privada requiere, evidentemente, un cambio legislativo que así lo contemple. No es competencia de este Tribunal resolver sobre la legalidad de la remuneración por copia privada, ni siquiera bajo la presunción de que el derecho a la copia privada no pueda ejercerse.”

³⁷ Véase pág. 3, 11, 22, 23 y 32 de la Resolución TDC de 31 de mayo de 2007.

Sin embargo, sin perjuicio de que la tarifa unitaria por soporte prevista en Francia y Dinamarca pudiera ser comparable a la acordada para el caso español (no así en Holanda, que eran mucho más reducidas), no se tienen en cuenta otros elementos importantes que afectan a dicha comparativa. Así por ejemplo, en el caso de Francia (y también en el caso de Holanda o de Austria por ejemplo) el canon por copia privada se aplicaba exclusivamente sobre soportes de grabación y no sobre los equipos de grabación (grabadoras CD-R, etc.), con lo que la comparativa resulta incorrecta si con posterioridad, como ha ocurrido en España, se reclama también la aplicación del canon por copia privada sobre la grabadora incrementando la recaudación proveniente de los soportes. En el caso de Dinamarca (al igual que ocurre con Finlandia y Suecia), las ventas realizadas a empresas y profesionales para uso en el desarrollo de su actividad empresarial están exoneradas de canon por copia privada, por lo que mientras que en España el canon se aplicaba en prácticamente el 100% de los soportes vendidos (con la limitada y casi anecdótica exoneración prevista en el art. 25.6 TRLPI), en el caso de Dinamarca solo se aplicaba en las ventas a consumidores y no en las – mayoritarias – ventas a empresa.

En consecuencia la comparativa no era objetiva y por lo tanto las conclusiones correspondientes no pueden considerarse acertadas.

- 2) El TDC acepta los datos aportados por el SDC valorando que las remuneraciones compensatorias aplicadas a los distintos soportes en virtud del Acuerdo ASIMELEC son iguales o inferiores a los importes de remuneración establecidos en los párrafos d) y e) apartado 5 del TRLPI (1996).³⁸

Sin embargo, si atendemos a las tarifas previstas en el TRLPI para los diferentes tipos de soporte (audio o video) y a los porcentajes de reparto previstos en el Acuerdo ASIMELEC entre titulares de audio y titulares de video, vemos que esa afirmación solo sería cierta con carácter unitario para los soportes CD-R Data, pero no para los soportes digitales específicos, que pasan a ser aproximadamente el doble, y en el caso del soporte DVD polivalente (aunque en este caso la diferencia era mínima).

| Soportes digitales | Remuneración aplicable por hora de grabación | | |
|---|--|-------|---------------------------------------|
| | Acuerdo ASIMELEC | | Tarifa hipotética extrapolación TRLPI |
| | 2003-2004 | 2005 | |
| Soportes específicos de reproducción sonora (CD R/RW Audio, Minidisk) | 0,30€ | 0,35€ | 0,18€ |
| Soportes específicos de reproducción audiovisual (DVD R/RW Video) | 0,70€ | 0,70€ | 0,30€ |
| Soportes CD Polivalentes (CD R/RW DATA) | 0,13€ | 0,16€ | 0,18 - 0,195€³⁹ |
| Soportes DVD Polivalentes (DVD R/RW DATA) | 0,30€ | 0,30€ | 0,30 - 0,296€⁴⁰ |

Asimismo, hay que tener presente que las tarifas previstas para los soportes CD-R Data tampoco tienen en cuenta los siguientes datos:

- (i) Mientras los soportes CD-R Data son de un único uso, los soportes de grabación analógicos (cintas vírgenes de audio) permitían múltiples usos,

³⁸ Véase pág. 3, 11, 22, 23 y 32 de la Resolución TDC de 31 de mayo de 2007.

³⁹ En diversas demandas judiciales planteadas por las Entidades de Gestión se observa la reclamación para los soportes CD-R Data del canon previsto en el TRLPI para los soportes sonoros (específicos), lo que implicaría un importe de 0,18€/hora. El importe de 0,195€ sería el resultado teórico de aplicar 87,54% de la tarifa de audio y 12,46% de la tarifa audiovisual del TRLPI, conforme a los porcentajes de reparto previstos en el Acuerdo ASIMELEC.

⁴⁰ En diversas demandas judiciales planteadas por las Entidades de Gestión se observa la reclamación para los soportes DVD-R Data del canon previsto en el TRLPI para los soportes audiovisuales (específicos), lo que implicaría un importe de 0,30€/hora. El importe de 0,2965€ sería el resultado teórico de aplicar 3,43% de la tarifa de audio y 96,57% de la tarifa audiovisual del TRLPI, conforme porcentajes Acuerdo ASIMELEC.

- (ii) Existe un menor porcentaje de discos polivalentes (CD-R Data) que se destinan a copia privada de fonogramas, que el respectivo porcentaje en relación con cintas analógicas de audio.

Estos datos son relevantes para una adecuada comparativa y aplicación “analógica” del canon por copia privada prevista en el TRLPI para las cintas vírgenes de audio.⁴¹

En consecuencia tampoco las conclusiones en este sentido pueden considerarse correctas.

- 3) El TDC acepta los datos aportados por el SDC respecto a que las condiciones pactadas en el Acuerdo ASIMELEC son más favorables que las que estaban siendo condenadas a cumplir los fabricantes en virtud de sentencias judiciales.⁴²

Si bien es cierto que el canon sobre soportes CD-R Data resultante del Acuerdo ASIMELEC era más bajo que el que resultaría de la aplicación literal de la Ley, sin embargo hay que tener presente que los soportes digitales específicos de audio y video ya venían pagando la compensación por copia privada y pasan a pagar un importe superior. Por otro lado, los litigios correspondientes solo afectaban a soportes CD polivalentes (CD-R Data) y no a soportes DVD polivalentes, que también comenzaron a pagar canon por copia privada.

- 4) El TDC acepta las conclusiones del SDC respecto a la falta de perjuicio a los consumidores, dado que las entregas anteriores al 1 de septiembre de 2003 quedan exoneradas del pago de los importes pactados, “de modo que el mayor coste al que

⁴¹ Ver artículo “El mercado de la copia privada. Dimensión económica de los derechos de propiedad intelectual. Examen de la copia privada en ese contexto” por Antonio Santillana del Barrio, incluida en la obra “La Copia Privada a Examen: el derecho de remuneración compensatoria en el ámbito de la propiedad intelectual” (Ministerio de Cultura, 1995), donde se indica para el sector de audio:

“Según los datos del estudio de Alef-Millward Brown sobre el “Mercado de Equipos de Grabación y Cintas de Audio y Video” realizado en marzo de 1992, el uso de cintas vírgenes se destinaba en un 88,5% a copiar repertorio musical protegido (...). Esta cifra es, en todo caso, mínima, ya que el mismo estudio de Alef señala que por término medio una cinta se utiliza 2,3 veces para reponer el repertorio copiado”.

⁴² Véase página 23.

*deberían hacer frente los fabricantes e importadores a falta de dicho Acuerdo, el cual trasladarían en la medida de lo posible a los consumidores, no tiene lugar”.*⁴³

Sin embargo, el TDC no consideraba que los cánones “condonados” a las empresas firmantes del Acuerdo ASIMELEC para las ventas anteriores a 1 de septiembre de 2003 suponen en realidad la aplicación de un mayor canon (y un mayor precio aplicado sobre el PVP estándar del producto) a partir de dicha fecha. Por ello precisamente se acuerda entre las partes la vigencia del acuerdo al menos hasta 31 de diciembre de 2005, de modo que se asegure para las Entidades de Gestión que los ingresos dejados de percibir por el pasado se compensan con los pagos adicionales recibidos tras la firma del Acuerdo ASIMELEC.

- 5) El TDC acepta las conclusiones del SDC respecto a la falta de distorsión en el mercado de venta de soportes digitales al consumidor, dado que todos los oferentes pagan la misma cantidad en concepto de derechos de propiedad intelectual.⁴⁴

Sin embargo, el TDC no consideraba en aquél entonces la distorsión producida como consecuencia de las importaciones paralelas en fraude de ley que se derivaron con posterioridad como consecuencia del elevado importe del canon, tal y como se hace constar en diversos apartados de esta Denuncia, ni la distorsión producida como consecuencia de la aplicación de cantidades diferentes para las empresas no firmantes del Acuerdo ASIMELEC, no solo en relación con las ventas realizadas con posterioridad a 1 de septiembre de 2003 (ver párrafos (125) y siguientes de esta Denuncia), sino también mediante la reclamación retroactiva del canon para ventas anteriores a dicha fecha.

- 6) El TDC acepta las conclusiones del SDC respecto a la ausencia de indicios de que las condiciones del Acuerdo hayan sido impuestas a una de las partes del mismo.⁴⁵

⁴³ Véase páginas 10 y 22.

⁴⁴ Véase páginas 10 y 31.

⁴⁵ Véase página 23 y 36.

Sin embargo, el TDC se olvida de valorar que la amenaza y/o la mera posibilidad de verse expuesto a una ejecución provisional de las sentencias obtenidas en primera instancia por parte de las Entidades de Gestión, así como la obligación contable de establecer las correspondientes provisiones financieras, actúa como un factor de grave desequilibrio en la posición negociadora de las partes.⁴⁶

4. Efectos económicos derivados del Acuerdo ASIMELEC.

(123) Sin perjuicio de las valoraciones que puedan hacerse sobre la resolución del Tribunal, lo cierto es que los efectos económicos resultantes del Acuerdo ASIMELEC han sido nefastos para el mercado de soportes digitales y pueden resumirse en los siguientes:

- 1) Un incremento drástico de los precios de los soportes digitales pagados tanto por los consumidores como los usuarios empresariales, que supera en muchos casos al doble del precio originario.
- 2) Una distorsión en la comercialización de estos soportes digitales que lleva consigo la realización de importaciones paralelas sin pagar el canon y la generación de un mercado negro que alcanza cotas elevadas del mercado de los soportes digitales.
- 3) Un incremento drástico y sostenido en la recaudación de las Entidades de Gestión, suficiente para compensar no sólo el daño causado por la copia privada, sino incluso el daño causado por la tan temida piratería (que no es objeto de compensación por medio del canon).

⁴⁶ De hecho, la actual Comisión Nacional de Competencia reconoce expresamente en su reciente decisión de 9 de diciembre de 2008 (Expediente 636/07, Fonogramas) el poder de negociación / imposición del que disponen las Entidades de Gestión. Si bien se trataba de un caso de fijación de tarifas de comunicación pública, los principios expuestos en la misma son plenamente aplicables a la negociación con ASIMELEC-(y sus miembros), mas aún si cabe al existir ya sentencia judicial en múltiples casos contra miembros de ASIMELEC:

“En opinión del Consejo, ello dificulta en exceso el control del carácter equitativo de la remuneración exigida por la entidad de gestión en cada caso al tiempo que (y esto es lo más importante en el expediente) distorsiona esa naturaleza supletoria o sustitutiva de las tarifas generales, en tanto que genera una clara asimetría de poder entre las partes negociadoras a favor de la entidad de gestión, y reduce los incentivos que ésta puede tener a alcanzar un acuerdo, puesto que se le reconoce el derecho a exigir coactivamente a través de los tribunales (sede en la que disfrutaban de un status procesal privilegiado conforme al artículo 150 LPI) el pago de un precio fijado unilateralmente y sin más límite que el que se deriva de los conceptos jurídicos indeterminados de la equidad o razonabilidad de la remuneración.”

[Junto al desmesurado enriquecimiento injusto por soportes digitales, habría que sumar el ingreso potencial derivado de la reclamación adicional del canon sobre equipos mixtos o polivalentes comercializados antes de la entrada en vigor de la Orden PRE/1743/2008, a que nos referimos en los párrafos (216) y siguientes de esta Denuncia.]

- 4) Una obligación de pago por el total de los soportes digitales, independientemente del uso al que se destine (por ejemplo actividades comerciales propias de la empresa usuaria).

A efectos de acreditar estas afirmaciones se adjuntan los siguientes documentos:⁴⁷

- **Documento nº 8**, consistente en una copia de las Observaciones remitidas por EICTA (European Information and Communications Technologies Association) a la Dirección General de Mercado Interior de la Comisión Europea en relación con la primera consulta sobre los sistemas de cánones (Junio 2006) (ver por ejemplo: páginas 14, 85-88, donde se refiere a un nivel de mercado negro en 2006 en España del 68% para los soportes DVD Data y del 57% para los soportes CD Data).
- **Documento nº 9**, consistente en el documento de trabajo de análisis de impacto de los sistemas de cánones preparado por la Dirección General de Mercado Interior de la Comisión Europea en Diciembre de 2006 como resultado de la primera consulta sobre los sistemas de cánones. [ver por ejemplo: pág. 15-16 en el que se muestra que el volumen de comercio transfronterizo de soportes afectado por cánones en 2005 en España es importante; pág. 22-23, donde se indica un precio medio para el soporte CD-R Data en España de 0,1€, al que se añade un canon de 0,13€ un PVP medio del soporte DVD Data de 1€ de los que 0,6€ corresponden al canon; pág. 26, sobre la carga que supone a usuarios profesionales].

⁴⁷ En el apartado Décimo-Primero (“Sobre los Perjuicios Causados al Consumidor”) de esta Denuncia se hace un análisis más detallado de dichos efectos económicos.

- **Documento nº 10**, consistente en el documento de información previa publicado por la Dirección General de Mercado Interior de la Comisión Europea en relación con la Consulta sobre los Sistemas de Cánones realizada por la Comisión en Febrero 2008.⁴⁸ [ver por ejemplo: pág. 8, donde se analiza el PVP al público de soportes digitales; pág. 10-11 sobre el impacto en los intercambios intra-comunitarios; pág. 12, sobre la carga que el canon supone a usuarios profesionales pág. 13, donde se analiza el crecimiento exponencial del mercado negro de soportes digitales; pág. 14 sobre el porcentaje de usos ajenos a la excepción por copia privada en el caso del soporte CD-R Data, incluidos usos profesionales].⁴⁹
- **Documento nº 11**, consistente en una copia de las observaciones remitidas por ASIMELEC a la Dirección General de Mercado Interior de la Comisión Europea en relación con la segunda consulta sobre los sistemas de cánones (Febrero 2008). [ver por ejemplo: pág. 1, donde se reporta una tasa de mercado negro del 60% en España; pág. 13, donde se analiza el impacto importaciones / exportaciones; pág. 16-17, donde se hace referencia a múltiples factores distorsionadores del comercio intra-comunitario relacionados con el sistema de cánones].
- **Documento nº 12**, que incluye a título de ejemplo referencias a múltiples páginas web localizadas fuera de España que están vendiendo productos sin canon en España y que son objeto de promoción específica por consumidores a tales efectos en foros de Internet.
- **Documento nº 13**, consistente en el cálculo realizado que permite acreditar que el canon adoptado en virtud del Acuerdo ASIMELEC permitía compensar no sólo la copia privada, sino incluso el daño causado a los autores de fonogramas por culpa de la piratería (el entonces temido “top-manta”).

⁴⁸ Este documento nº 10 (así como los documentos nº 8 y nº 11) se encuentran disponibles en el sitio web de la DG Mercado Interior: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/levy_reform/index_en.htm

⁴⁹ Si bien no está relacionado con el Acuerdo ASIMELEC, las páginas 22-23 de ese documento de la Comisión Europea recogen también un ejemplo de la desproporción que supone el canon sobre las impresoras multifuncionales en España. Un análisis similar se recoge en la pág. 68 del documento nº 9 adjunto (documento también proveniente de la Comisión Europea).

- **Documento nº 14**, consistente en un informe de elaboración propia en base a la información contenida en las Memorias Anuales de las diversas Entidades de Gestión españolas y a los datos previstos en el Informe AEVAL, en el que se refleja inequívocamente que las cantidades recaudadas por concepto de canon por copia privada se han venido incrementando a pasos agigantados, así como determinadas noticias aparecidas recientemente en prensa en relación con los ingresos de SGAE en 2009 y la gran importancia de la compensación equitativa por copia privada.

(124) Finalmente, hay que hacer constar que los efectos del Acuerdo ASIMELEC han trascendido en el tiempo más allá del plazo inicialmente previsto por las empresas firmantes (31 de diciembre de 2005), no solo por el hecho de que en la actualidad existan multitud de litigios relacionados con la aplicación retroactiva del canon sobre soportes digitales, sino porque de conformidad con lo previsto en el propio Acuerdo (ver Cláusula Segunda, párrafo tercero), las tarifas establecidas en el mismo fueron tomadas como referencia por la Administración en el correspondiente proyecto de Ley que fue posteriormente aprobado por el Parlamento español, quedando recogidas en la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006. A su vez, estas tarifas de la Disposición Transitoria sirvieron de referencia para las tarifas que se recogen actualmente en la Orden PRE-1743/2008.

5. Conductas discriminatorias y abusivas de las Entidades de Gestión en relación con el Acuerdo ASIMELEC

(125) Con posterioridad a la firma del Acuerdo ASIMELEC y antes de la entrada en vigor de la Ley 23/2006 (así como durante la vigencia de la misma), las Entidades de Gestión adoptaron un curso de acción que resulta abusivo y discriminatorio, y cuya efectividad todavía tiene lugar hoy en día. Dicha conducta se pone de manifiesto en una triple vertiente:

- (a) por un lado, las Entidades de Gestión ejercieron una inaceptable e injustificada discriminación de trato en cuanto a las tarifas aplicables a las empresas que eran firmantes del Acuerdo ASIMELEC (a las que aplicaban las tarifas fijadas en dicho Acuerdo, más bajas para los soportes polivalentes CD-R/RW Data que las derivadas de la aplicación literal del TRLPI), con respecto de aquéllas aplicadas contra quienes no eran miembros firmantes del Acuerdo ASIMELEC (a las que

aplicaban para esos soportes digitales las tarifas previstas para los soportes analógicos en el TRLPI);

- (b) por otro lado, sin perjuicio de que el Acuerdo ASIMELEC establecía una renuncia expresa por parte de las Entidades de Gestión a cualquier reclamación judicial de cantidad alguna por el período transcurrido hasta el 31 de agosto de 2003 inclusive, las Entidades de Gestión asumieron una conducta abusiva al reclamar a los revendedores (responsables solidarios) los importes a cuyo cobro habían renunciado frente al deudor principal; y
- (c) finalmente, reclamando por medio de procedimientos independientes el canon aplicable sobre las mismas unidades a diferentes niveles del canal de distribución (mayorista y minorista), generando posibles dobles pagos.

(126) En primer lugar, cabe denunciar como una conducta manifiestamente discriminatoria que las Entidades de Gestión hayan mantenido un doble criterio a la hora de reclamar los importes correspondientes al canon por copia privada, según se trate de un fabricante o importador que firmó el Acuerdo de ASIMELEC frente a los que no firmaron dicho Acuerdo. La mera firma de un acuerdo con la asociación ASIMELEC no es una justificación razonable para el trato discriminatorio.

(127) En efecto, como **documento nº 15** adjuntamos dos sentencias en las que se rechazó la petición formulada por EGEDA de aplicar las tarifas generales del TRLPI a empresas que no eran partes del referido Acuerdo, y en su lugar los tribunales aplicaron las cantidades previstas en el Acuerdo ASIMELEC. Las aludidas Sentencias son las siguientes:

- Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), Sentencia núm. 52/2007 de 22 febrero (ver Fundamento de Derecho Tercero).
- Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), Sentencia núm. 181/2008 de 26 marzo (ver Fundamento de Derecho Quinto).

(128) En segundo lugar, de la lectura del Acuerdo ASIMELEC se puede deducir que en principio sólo era accesible para los “deudores”⁵⁰ (fabricantes e importadores) de dicha remuneración sobre soportes digitales, pero no parece haber estado accesible para los “responsables solidarios” (distribuidores mayoristas y minoristas) que no fueran miembros de ASIMELEC y no importan soportes digitales directamente de fuera de España, sino que los adquieren de fabricantes o importadores en España. Es por este motivo que las empresas dedicadas a la distribución de tales soportes no habrían podido beneficiarse de dichas condiciones (supuestamente) más bajas para los discos polivalentes CD-R y CD-RW Data, sin perjuicio de ser “responsables solidarios” de los referidos importes, salvo que se trate de soportes adquiridos de firmantes del Acuerdo ASIMELEC que les hayan trasladado los importes de remuneración compensatoria acordados para dichos soportes.

(129) Asimismo, hay que hacer constar que la posibilidad de adhesión a las condiciones del Acuerdo ASIMELEC tenía una franja temporal limitada (hasta el 31 de octubre de 2003) y que a partir de esa fecha solo se admitió la adhesión a estas condiciones en caso de que el deudor hubiera dado comienzo a sus actividades con posterioridad al 31 de octubre de 2003, adhesión que se llevaba a efecto mediante la firma del modelo de contrato adjunto como **documento nº 6**. No obstante lo dispuesto en el párrafo (128) anterior en el caso de empresas que inician sus actividades con posterioridad a dicha fecha, sí parece admitirse el acceso al acuerdo para “responsables solidarios”⁵¹ que no sean miembros de ASIMELEC, lo que permitiría a éstos beneficiarse de la tarifa acordada para los soportes CD-R/RW Data, a diferencia de lo que ocurría con el Acuerdo de ASIMELEC que exoneraba del canon por soportes comercializados antes del 1 de septiembre de 2003, que parece estar accesible solo para los “deudores principales” (y eventualmente los “responsables solidarios” miembros de ASIMELEC), pero no para los restantes “responsables solidarios”.

⁵⁰ Así, el Acuerdo General se refiere al “deudor” en los Expositivos VII, VIII y la cláusula Tercera. En ningún caso se habla de los “responsables solidarios”, a diferencia de lo que ocurre con el acuerdo firmado con posterioridad a 31 de octubre de 2003, que sí se refiere expresamente a los mismos.

⁵¹ Así se deriva del Expositivo V, apartado a), conforme al cual la empresa firmante hace constar que tiene “*la condición de deudor principal o responsable solidario de la remuneración por Copia Privada.*”

(130) [CONFIDENCIAL].⁵²

(131) Pues bien, en todos esos procedimientos existen una serie de notas comunes:

- (a) La primera es que las Entidades de Gestión piden la aplicación retroactiva del canon desde el inicio de las actividades del revendedor, y no desde el 1 de septiembre de 2003 (a diferencia de lo que ocurre con los signatarios del Acuerdo ASIMELEC, que quedan exonerados del canon por los soportes vendidos antes del 1 de septiembre de 2003).
- (b) En segundo lugar, las Entidades de Gestión no distinguen si los soportes se han adquirido por los demandados de empresas signatarias del Acuerdo ASIMELEC (que en consecuencia o bien habrían quedado exentos de canon de ser anteriores al 1 de septiembre de 2003, o bien habrían pagado ya canon por aplicación del acuerdo), sino que se demanda la aplicación del canon sin excepciones.
- (c) En tercer lugar, las Entidades de Gestión (i) no especifican en muchos casos siquiera cuál es la tarifa del TRLPI aplicable (¿audio?, ¿video?, ...) o si aplica la tarifa mixta del Acuerdo ASIMELEC o no; (ii) en otros casos, se limita a aplicar a los soportes polivalentes CD-R Data la tarifa prevista para los soportes sonoros (analógicos y “específicos”) en el TRLPI (0,18€/hora), que es más alta que la prevista en el Acuerdo ASIMELEC para los soportes polivalentes CD-R Data.
- (d) Por último, en aquellos casos en que el demandado no solo haya comercializado soportes digitales sino también equipos digitales, normalmente se plantea la reclamación del canon tanto para los soportes polivalentes como para los equipos polivalentes (grabadora).

(132) De entre todos estos procedimientos, cabe destacar el procedimiento seguido contra PADAWAN S.L. que se encuentra actualmente en apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15^a), mediante Auto de 15 de septiembre de 2008 la Audiencia Provincial ha remitido diversas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de las Comunidades

⁵² Ver párrafo (147) de esta Denuncia en relación con otros ejemplos de procedimientos judiciales entablados por las Entidades de Gestión.

Europeas sobre la compensación equitativa por copia privada instrumentalizada por medio de cánones en general y, en particular, la aplicación indiscriminada del canon a las ventas a empresas que claramente destinan dichos soportes a fines diferentes de la copia privada. La vista de dicho asunto ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se celebró el 4 de marzo de 2010 y las Observaciones del Abogado General se publicaron el 11 de mayo de 2010. Se adjunta como **documento nº 16** copia del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 15 de septiembre de 2008, como **documento nº 17** se adjunta copia de las cuestiones prejudiciales publicadas en el DOCE (Asunto Prejudicial C-467/08), como **documento nº 18** se adjunta copia de las observaciones remitidas por PADAWAN al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y como **documento nº 19** se adjunta copia de la Opinión de la Abogado General Trstenjak presentadas el 11 de mayo de 2010 sobre el asunto C-467/08.

Tal y como se expone en diversos apartados de esta Denuncia, la Opinión de la Abogado General es plenamente favorable a los intereses de la empresa PADAWAN S.L. y contiene múltiples referencias que se deben tener en cuenta para la valoración de la conducta de las Entidades de Gestión tanto en relación con dispositivos comercializados durante el periodo anterior a la Ley 23/2006, como en relación con dispositivos comercializados en el periodo posterior a la entrada en vigor de esa norma.

(133) En definitiva, a modo de resumen, se puede indicar que la conducta que se denuncia como discriminatoria es:

- (a) La exoneración de canon por soportes digitales comercializados antes del 1 de septiembre de 2003 para los fabricantes e importadores firmantes del Acuerdo ASIMELEC y la no exoneración de dicho canon con anterioridad a dicha fecha (1 de septiembre de 2003) para empresas no firmantes, incluyendo en especial las empresas revendedoras (minoristas) en relación con soportes digitales de la marca de los fabricantes exonerados en virtud del Acuerdo ASIMELEC comercializados con anterioridad al 1 de septiembre de 2003; y
- (b) La aplicación de hecho a los soportes CD-R Data del canon más elevado previsto en el TRLPI para los soportes analógicos de grabación de fonogramas (0,18€ / hora de grabación), en lugar del canon más bajo acordado para el soporte CD-R Data para los

firmantes del Acuerdo ASIMELEC (2003-2004: 0,13€/hora de grabación // 2005: 0,16€/hora de grabación).

QUINTO: AUSENCIA DE MECANISMOS DE CONTROL PARA EVITAR DOBLES PAGOS

(134) Uno de los defectos más graves que presenta el sistema español es que no existe ningún mecanismo para evitar que las Entidades de Gestión cobren dos veces el canon por el mismo equipo o soporte. Como podrá comprenderse, además de su anti-juridicidad, las consecuencias económicas y comerciales de esta circunstancia son gravemente perjudiciales para el mercado y para los consumidores.

(135) Este problema es el resultado de un cúmulo de fenómenos que inciden perjudicialmente en la práctica de la copia privada:

- (a) La legislación española ha establecido una cadena de sujetos deudores y de “responsables solidarios” del canon que no necesariamente mantienen una relación comercial fluida entre sí.
- (b) La inexistencia de un procedimiento de control individualizado a ser realizado por parte de las Entidades de Gestión acerca de los pagos realizados por los obligados principales o responsables solidarios. Dicha ausencia de mecanismos de identificación, como es obvio, deriva en que no existe ningún control efectivo de este aspecto en la práctica y que las Entidades de Gestión puedan reclamar múltiples veces la aplicación del canon sobre el mismo dispositivo.

Analizaremos a continuación estos fenómenos.

1. Los deudores principales y responsables solidarios de la obligación de abonar la compensación equitativa por copia privada.

(136) De la lectura del artículo 25 TRLPI (cuyo texto reproducimos en el documento nº 2), tanto en su versión anterior a la Ley 23/2006 como en su versión vigente, resulta que una de las mayores peculiaridades del sistema establecido por el TRLPI en cuanto al mecanismo de compensación por copia privada radica en que los obligados jurídicamente (que no

económicamente) a efectuar el pago del canon no son las personas que efectivamente se benefician del ejercicio del límite de copia privada y hacen las reproducciones para su uso privado, sino que desde el punto de vista jurídico tales obligados son los fabricantes, importadores o distribuidores (mayoristas y minoristas) de los equipos y soportes que los usuarios y consumidores destinan a hacer copias privadas de las obras.

(137) A tal respecto, dentro del sistema establecido por el TRLPI cabe distinguir dos categorías de sujetos obligados, que se encuentran claramente diferenciados en el texto del artículo 25.4 TRLPI:

- (i) Por un lado, el conjunto de los deudores que podríamos denominar “**deudores principales**” (si bien el primer párrafo del apartado a) del Artículo 25.4 TRLPI se refiere a ellos simplemente como “*deudores*”), y que está compuesto por dos subgrupos: los fabricantes en España y los importadores.

Por “fabricantes” nos referimos a los que fabriquen en España los soportes y equipos, actuando luego como distribuidores de tales productos dentro del mercado español, mientras que por “importadores”, nos referimos impropiamente a los sujetos que adquieren los aparatos y soportes fuera del territorio español para su distribución comercial o utilización dentro del territorio español.

- (ii) por otro lado, tenemos a los “**responsables solidarios**”, que serían los “*distribuidores, mayoristas y minoristas*”⁵³. Si bien la ley no es del todo clara al respecto, parecería que quiere referirse a todos los sujetos que, no siendo el fabricante o el importador (“*deudores*”), adquieren los equipos y soportes sujetos al canon para revenderlos dentro de España.

(138) Al mismo tiempo, se establece un conjunto de disposiciones de carácter formal dirigidas a que cada uno de los integrantes de la cadena de comercialización de los equipos y/o soportes hagan repercutir el importe del canon a los sucesivos adquirentes, de forma que,

⁵³ Ver segundo párrafo del apartado a) del Artículo 25.4 TRLPI: “*Los distribuidores, mayoristas y minoristas, sucesivos adquirentes de los mencionados equipos aparatos y soportes materiales, responderán del pago de la compensación solidariamente con los deudores que se los hubieran suministrado, salvo que acrediten haber*

al llegar al final de la cadena, el consumidor adquirente de los productos abone el importe del canon. Es por esto que el apartado referido a los obligados debe leerse conjuntamente con los apartados 13, 14, 15 y 20 del artículo 25 TRLPI (Ley 23/2006). En función de estas normas, el sistema establecido puede describirse de la siguiente manera:

- Las Entidades de Gestión son los únicos sujetos actualmente facultados para recaudar la compensación equitativa por copia privada.
- Las empresas “deudoras” deben presentar trimestralmente las “declaraciones-liquidaciones” que establece el artículo 25 TRLPI. Tales declaraciones - liquidaciones deben indicar el número de unidades vendidas de equipos, aparatos y soportes, detallando las características técnicas de las mismas y su capacidad–.
- Los distribuidores (no fabricantes o importadores) mayoristas o minoristas están exonerados de realizar tales declaraciones-liquidaciones en determinados casos. Sin embargo, la ley prevé que deben realizar la declaración-liquidación correspondiente a los equipos, aparatos y soportes adquiridos por ellos dentro del territorio español, cuando los vendedores de tales materiales no les hubieran repercutido y/o hecho constar en la factura la correspondiente compensación.
- En cuanto al momento del pago de la compensación, el mismo varía para cada uno de los productos en cuestión, que debe ser realizado en diversos momentos en función del tipo de sujeto pasivo de que se trate y en función de la fecha de presentación de la declaración-liquidación. Así, si es un “deudor principal”, deberá abonar la compensación dentro de los 30 días siguientes a la presentación a cada Entidad de Gestión de la correspondiente declaración-liquidación. Cuando corresponda que el distribuidor (mayorista o minorista) deba efectuar la declaración-liquidación, el pago de la compensación a las Entidades de Gestión debe realizarse al momento de presentar la liquidación.

(139) Asimismo, junto con las normas relativas a la presentación de la declaración-liquidación, también cobran especial relevancia los apartados 17 a 19 del artículo 25 TRLPI

satisfecho efectivamente a éstos la compensación y sin perjuicio de lo que se dispone en los apartados 14, 15 y 20.”

(Ley 23/2006) que contienen una descripción sobre la manera en que debe integrarse la compensación en el mecanismo de facturación de las empresas obligadas. En efecto, en cuanto al referido procedimiento cabe destacar los siguientes aspectos:

- Por un lado, se establece una obligación a los fabricantes e importadores de hacer figurar separadamente en sus facturas el importe de la compensación, previéndose que los fabricantes harán repercusión de tales importes a sus clientes, que serán retenidos por aquéllos (en calidad de depositarios) para el posterior pago a las Entidades de Gestión.
- Esta misma obligación de hacer constar en la factura y repercutir a los clientes el importe de la compensación equitativa pesa también sobre los distribuidores (mayoristas y minoristas), a quienes se impone que *“en ningún caso (...) aceptarán de sus respectivos proveedores el suministro de equipos, aparatos y soportes materiales sometidos a la compensación si no vienen facturados conforme a lo dispuesto en los apartados 17 y 18”*. También se impone a los sucesivos distribuidores la obligación de retener el importe del canon cargado en la factura al sucesivo adquirente para su posterior pago a las Entidades de Gestión en aquellos casos en que no recibieron el canon repercutido y detallado en factura de su respectivo proveedor (art. 25 apartados 18 y 14).

(140) Resulta claro de lo que acabamos de exponer que el TRLPI establece para los denominados *“responsables solidarios”* un régimen de responsabilidad que no es directa; es decir, que la característica distintiva de éstos es que no responden en todo caso frente al acreedor (titular de derechos, representado por la Entidad de Gestión) del importe del canon junto con los obligados principales, sino que se exige el previo agotamiento de una instancia anterior de carácter negativo: sólo son considerados responsables *“solidarios”* cuando comercializan en España equipos y soportes alcanzados por el canon y respecto de los cuales los deudores principales no les han repercutido y hecho constar en la factura la correspondiente compensación por copia privada. De hecho, y como no podría ser de otra forma, el artículo 25.4. letra a) del TRLPI excluye la responsabilidad de los denominados *“responsables solidarios”* cuando éstos acrediten que han abonado la compensación a los

obligados principales, y ello con independencia de que éstos últimos la hubieran abonado efectivamente a las Entidades de Gestión.

(141) En definitiva, cuando los distribuidores (mayoristas y minoristas) adquieren productos alcanzados por el canon habiéndose cumplido por parte del vendedor los deberes de facturación, los distribuidores no son “deudores”, ni tampoco “responsables solidarios” del pago del canon, así como tampoco deben presentar la declaración-liquidación. Por el contrario, cuando no adquieren tales equipos y soportes de la mencionada manera, el artículo 25.14 del TRLPI impone a los mismos el deber de presentar la declaración - liquidación, y deben efectuar el pago del importe del canon correspondiente.

(142) De ahí que, conforme con el apartado 20 del artículo 25 del TRLPI, se entienda que el incumplimiento de la obligación de realizar una facturación separada por parte de cualquiera de los integrantes de la cadena de comercialización hace presumir que la remuneración no ha sido pagada. Pero esta presunción es -se aclara- una presunción “*iuris tantum*”, en tanto que admite prueba en contrario.

2. Ausencia de un mecanismo de control que impida la realización de dobles pagos por el mismo equipo o soporte

(143) Mencionadas las características del sistema español en cuanto a los sujetos obligados al pago del canon por copia privada, debemos detenernos ahora en algunas perversiones que han surgido en la práctica diaria de la recaudación llevada a cabo por las Entidades de Gestión y que han tenido por consecuencia la alteración de todo el sistema de responsabilidades, dando lugar a la reclamación de la misma compensación múltiples veces a distintos niveles de la cadena de comercialización.

(144) A pesar del complejo mecanismo mencionado más arriba en cuanto a la designación de diversos sujetos superpuestos como obligados al pago del canon por copia privada, el artículo 25 del TRLPI no establece ningún mecanismo dirigido a evitar que se produzca en la práctica, con relación a un mismo equipo o soporte respecto del cual surja la obligación de abonar la compensación equitativa por copia privada, más de un pago por parte de los diferentes sujetos obligados. En todo caso, recae en las Entidades de Gestión asegurarse de que esta situación no se produce.

(145) Por otro lado, debe quedar claro que las normas dictadas (citadas con anterioridad) en materia de facturación y de presentación de declaraciones liquidaciones por los sujetos obligados, permiten constatar si uno de los integrantes de la cadena de comercialización incumplió su obligación de abonar el canon, pero de ninguna manera evitan que puedan producirse varios pagos por los mismos equipos o soportes, hipótesis que además es de frecuente aparición.

(146) Cabe destacar que ante dicha grave carencia del sistema normativo imperante en España, las Entidades de Gestión no han adoptado ningún control que impida la producción de dobles pagos y procure dotar al régimen de recaudación de la compensación equitativa por copia privada de un mínimo y elemental grado de seguridad y transparencia. Al contrario de lo que podría esperarse de una entidad que actúa de buena fe, todas las Entidades de Gestión han procedido sistemáticamente a entablar acciones judiciales de manera indistinta contra fabricantes, importadores y distribuidores (mayoristas y minoristas), y en muchas ocasiones incluso de forma simultánea.

(147) [REDACTADO]: Así, sin pretender agotar el catálogo de casos acontecidos, se incluye en el **documento nº 20** un listado (que no pretende ser exhaustivo) de diversos casos judiciales de los que tenemos conocimiento. Como parte de ese documento, se adjunta también el texto de algunas de las demandas judiciales planteadas contra los mismos, donde tal y como se denunciaba en los párrafos (125) y siguientes:

- (i) se presenta la reclamación del canon sobre soportes mixtos CD-R Data con efectos retroactivos, con anterioridad al 1 de septiembre de 2003 (añadiendo igualmente reclamación por equipos polivalentes)⁵⁴; y
- (ii) se aplican las tarifas de los soportes específicos de sonido previstas en el TRLPI (0,18€/hora), más elevadas que las previstas en el Acuerdo ASIMELEC.⁵⁵

⁵⁴ [REDACTADO]: Por ejemplo, ver párrafo XX en la página XX del Documento 20-3 (demanda XXX), en que se hace constar que el procedimiento afecta a soportes adquiridos entre 1999 y 2003. Asimismo, se hace constar en el mismo párrafo la reclamación adicional por los equipos polivalentes (grabadoras informáticas); ver párrafo XX en la página XX sobre la alegación de idoneidad de los equipos (no solo los soportes) a efectos del canon. El mismo tipo de reclamación retroactiva, cubriendo soportes polivalentes y equipos polivalentes vendidos entre 1.1.2000 y 31.12.2004, se refiere en el párrafo XX de la página XX del Documento 20-4 (demanda XXX).

Igualmente, llama la atención en esas demandas que SGAE se irroga en nombre propio el 100% del canon autoral sobre obras audiovisuales (33% del canon de reproducción de videogramas)⁵⁶, apropiándose de una parte del mismo que correspondería a DAMA.

SEXTO: APLICACIÓN INDISCRIMINADA DEL CANON (SEGÚN CRITERIO DE LA MERA “APTITUD TÉCNICA” PARA “COPIAR”)

(148) Las Entidades de Gestión reclaman de los usuarios el canon de forma indiscriminada por todo tipo de productos (equipos y soportes) con independencia del destino que vayan a tener (uso privado o uso profesional/empresarial). Para ello vienen sosteniendo desde aproximadamente el año 2000 que el criterio de la idoneidad de los dispositivos para realizar reproducciones de fonogramas, videogramas y libros (o publicaciones asimiladas) dentro de los límites de la excepción de copia privada, que se prevé en el artículo 25.2 a partir de la Ley 20/1992, se interprete como mera aptitud técnica de copiar (capacidad material de realizar copias), determinando así los equipos y soportes que deben abonar el referido canon. Este criterio es contrario al mismo espíritu del canon tras la reforma de la Ley 22/1987 (en que se sustituyó la expresión “*que permitan*” por la condición de “idoneidad”). Asimismo, se olvidan de que este concepto (la compensación) se relaciona directamente con el concepto de copia privada, lo que requiere tener en cuenta esta conexión tanto desde el punto de vista de la idoneidad técnica del equipo o soporte correspondiente como de la idoneidad de uso real que previsiblemente le haya de dar el usuario correspondiente.

(149) Aun cuando no se trata de una cuestión estrictamente fáctica, una adecuada comprensión de los hechos que subyacen en el objeto de esta denuncia exige hacer referencia, desde este momento inicial y aunque sea brevemente, al marco regulador al que responde la

⁵⁵ [REDACTADO]: Por ejemplo, en el Documento 20-1 (demanda XXX), ver párrafo XX en la página XX; en el Documento 20-2 (demanda XXX), ver también párrafo XX en la página XX; en el Documento 20-3 (demanda XXX), ver párrafo XX en página XX y párrafo XX en la página XX (aquí reconoce que el canon previsto en la Ley 23/2006 – que transcribe el canon del Acuerdo ASIMELEC – es inferior al reclamado para los discos CD-R Data en la demanda, pero niega su aplicación).

⁵⁶ [REDACTADO]: Por ejemplo, en el Documento 20-1 (demanda XXX), ver párrafo XX en la página XX y párrafo XX en la página XX; en el Documento 20-2 (demanda XXX), ver también párrafo XX en la página XX y página XX; en el Documento 20-3 (demanda XXX), ver párrafo XX del apartado XX en la página XX.

copia privada en España con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 23/2006 y de la Orden Ministerial de junio de 2008. Ello permitirá valorar con mayor precisión, sin perjuicio de ulteriores desarrollos, las concretas infracciones que se denuncian. Sin perjuicio de que las referencias que constan a continuación se refieren al marco normativo vigente tras la Ley 23/2006, la misma conducta se puede atribuir a las Entidades de Gestión desde mucho antes, por ejemplo en el marco de todas las reclamaciones sobre soportes polivalentes CD-R/RW DATA que dieron lugar a la firma del Acuerdo ASIMELEC.

1. Breve referencia al concepto del límite de copia privada en el derecho español vigente

(150) Tal como ya expusimos en el Hecho Tercero sobre la evolución de la normativa española en la materia, la vigente regulación de la excepción de copia privada (al menos de la copia privada digital que es la relevante a los efectos de esta denuncia) procede de la reforma del TRLPI operada por la Ley 23/2006, que incorporó la Directiva 29/2001/CE, introduciendo, en línea con la norma comunitaria, un concepto de copia privada más restringido que el vigente hasta entonces. Como también hemos dicho más arriba, los artículos que regulan la copia privada (y la correspondiente compensación) son el 31.2 y el 25 respectivamente, cuyo texto hemos adjuntado como **documento nº 1.**

(151) De la regulación del artículo 31.2 del TRLPI (Ley 23/2006) resulta claramente una formulación estrecha y muy limitada de los actos de reproducción de obras y otras prestaciones protegidas que quedan exentas de la obligación de recabar la autorización previa del titular para realizar la copia. Este concepto restringido de la excepción de copia privada conduce inexorablemente a la conclusión de que:

- la excepción de copia privada sólo afecta a ciertos *actos de reproducción*, de forma que la utilización de las obras y prestaciones protegidas para otro tipo de actos, como por ejemplo la puesta a disposición del público que se produce en el intercambio de archivos mediante sistemas *peer-to-peer* (“P2P”) no están amparados en esta excepción;
- copia privada es la que realiza una “*persona física*” y no la que llevan a cabo empresas públicas y privadas, la Administración estatal, autonómica y local, las

instituciones, fundaciones, asociaciones, universidades y cualquier otra organización o persona jurídica;

- copia privada es la que realiza una persona física para “su uso privado”, en consecuencia no es copia privada la que se realiza para usos diferentes como la distribución a un círculo más amplio que el estrictamente familiar, o su utilización para fines directa o indirectamente comerciales, profesionales o empresariales;
- copia privada es la que se realiza desde una “obra a la que se ha accedido legalmente”, en consecuencia, no es un supuesto de copia privada la copia que se realiza en Internet a través de los sistemas de intercambio de archivos “P2P”, ni la descarga de contenidos desde sitios ilegales de Internet,
- copia privada es la que no se hace eludiendo ilícitamente las medidas tecnológicas de protección, por ejemplo, eludiendo el sistema de protección CSS que está presente en la práctica totalidad de las películas comercializadas en formato DVD para evitar su copia, con infracción del art. 160.1 TRLPI (y con infracción del requisito de acceso legal a la obra);
- copia privada es la que no se utiliza colectiva ni lucrativamente, por lo que no es copia privada la que se realiza desde las Intranets de empresas o a cambio de una remuneración, ya sea en efectivo o de otra naturaleza, por modesta que sea.

Asimismo, de conformidad con el “test de los 3 pasos” o “regla de las 3 fases” (prevista no solo en el art. 5.5 de la Directiva 29/2001, sino incluso en el artículo 9.2 del Convenio de Berna, el artículo 10.2 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el artículo 16.2 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas), los actos de copia privada amparados por la excepción no deben causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derechos de propiedad intelectual o ir en detrimento de la explotación normal de la obra (art. 40 bis TRLPI).

La necesidad de que concurren todas estas circunstancias nos lleva a concluir que la excepción de copia privada es un concepto ciertamente estrecho. Examinados detenidamente, son muy pocos y de escaso valor económico los actos amparados por esta excepción. En la sociedad española del siglo XXI son infinitamente más frecuentes los actos de intercambio de

archivos P2P o los actos de reprografía ilícita de libros que los actos legítimos de copia privada, lo que no significa ni mucho menos que nadie se tenga que felicitar por ello, sino más bien que no se pueden atribuir a la copia privada y tratar de compensar por medio del canon los perjuicios ocasionados por el intercambio de archivos en sistemas P2P, la reprografía ilegal o cualesquiera otros actos no amparados por la excepción de copia privada.

2. Diferencia entre copia privada, copia licenciada y copia ilícita.

(152) Si, partiendo del concepto legal de copia privada descrito, pasamos a ocuparnos del concepto de compensación equitativa por copia privada, resulta que ésta es la que compensa o repara el daño (que no sea mínimo⁵⁷) efectivamente causado por las reproducciones hechas al amparo de la excepción de copia privada. En cambio, la compensación equitativa por copia privada no remunera, compensa ni complace las expectativas de ganancia basadas en la facilidad de acceso de los usuarios a portales de Internet que disponen de contenidos sin autorización de los titulares de derechos o a sistemas de intercambio de archivos P2P, tan frecuentes en nuestros días y principal causa de las pérdidas económicas ocasionadas a la industria musical y audiovisual (la industria del libro no sufre perjuicios relevantes ni por copia privada ni por el intercambio de archivos como tendremos ocasión de exponer en esta Denuncia). No es suficiente incluso con que el dispositivo sea “idóneo para copiar”, sino que debe ser idóneo para copiar en alguna de las tres modalidades (fonogramas, videogramas y libros) previstas en las tres categorías de obras previstas por la normativa.

(153) En concreto, aplicando el concepto legal de copia privada ajustado a las disposiciones de la Ley 23/2006, no constituyen actos de copia privada, entre otros, los que se indican a continuación:

- no es copia privada la descarga de obras y demás prestaciones de sitios legales de Internet bajo el pago de una licencia, o cualquier otra descarga o reproducción adicional realizada —aunque sea gratuita— en virtud de una licencia (se trataría de “copia licenciada”);

⁵⁷ De conformidad con la Directiva 2001/29/CE (Considerando 35 *in fine*) y la Ley 23/2006 (artículo 25.6, regla 4ª, letra a), no todo daño causado por las copias privadas es objeto de compensación, ya que determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho sea mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago del canon.

- no es copia privada la descarga de obras y demás prestaciones de sitios ilegales de Internet que no tienen autorización de los titulares de los derechos para ofrecer ese tipo de servicios (se trataría de “copia ilícita”);
- no es copia privada la que se obtiene por medio de los sistemas de intercambio de archivos P2P, en especial habida cuenta de que no existe autorización para llevar a cabo el “*uploading*” (puesta a disposición) de estas obras (“copia ilícita”);
- no es copia privada la reproducción que se realiza mediante la elusión de las medidas tecnológicas de protección existentes en la obra correspondiente, por ejemplo una obra videográfica protegida con los sistemas CSS (Content Scrambling System) o Macrovision o un archivo musical protegido con las medidas técnicas de protección creadas por Microsoft u OMA (“copia ilícita”);
- no es copia privada la que se obtiene por medios ilícitos en una sala de cine o en cualquier otro establecimiento público (“copia ilícita”);
- no es copia privada la recopilación de canciones que realiza una persona física en un CD u otro soporte para su posterior venta por muy bajo que sea el precio solicitado (“copia ilícita”);
- no es copia privada la que se realiza en el ámbito de la Administración Pública (“copia licenciada” que requiere de la pertinente autorización, so pena de convertirse en “copia ilícita” en caso de no mediar dicha autorización);
- no es copia privada la que se realiza a cambio de un precio (copisterías; máquinas instaladas en lugares públicos para la recopilación de canciones en CDs; etc.) o la que se realiza en lugares que ponen a disposición del público los equipos para la realización de copias (“copias licenciada” en caso de disponer de autorización o “copia ilícita” en caso de no disponer de la misma)⁵⁸;

⁵⁸ Véase el artículo 10 del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, en la versión dada a los mismos por la Ley 20/1992, de 7 de julio (BOE nº 301, de 16 de diciembre de 1992), según el cual:

- no es copia privada la realización de fotocopias de libros o revistas científicas en Universidades (copia licenciada, o copia ilícita en caso de no disponer de autorización);
- no es copia privada la distribución de ficheros electrónicos con obras protegidas en las Intranets de empresas (copia licenciada, o copia ilícita en caso de no disponer de autorización);
- no es copia privada la realizada de programas de ordenador, incluso por personas físicas, sin autorización de su titular (copia ilícita); y
- no es copia privada la copia de seguridad de un programa de ordenador (ver art. 31.2 y art. 100.2 TRLPI).
- No es copia privada la reproducción de obras y prestaciones protegidas realizada por profesionales y empresas y administraciones públicas, porque carecen de la condición de personas físicas que son las únicas que resultan beneficiarias de la excepción de copia privada (volveremos sobre este punto al ocuparnos de la cuarta cuestión prejudicial) o porque, incluso en caso de realizarse por una persona física profesional, al llevarse a cabo en el ámbito profesional implica que se realice para fines directa o indirectamente comerciales, y porque tampoco cumpliría con el test de las 3-fases ni los requisitos previstos en el artículo 10 del Real Decreto 1434/1992.

(154) Ninguno de estos supuestos causa daños por el concepto de copia privada que, como es sabido, es completamente diferente al concepto de copia licenciada (aquella que por imperativo legal y en el ejercicio del derecho exclusivo de reproducción requiere para su licitud de la autorización expresa del titular) y al concepto de copia ilícita (aquella que se realiza sin autorización del titular infringiendo el derecho exclusivo de reproducción). Ni la copia licenciada ni la copia ilícita pueden ampararse en una excepción al derecho de

“Art. 10. Supuestos no incluidos en la obligación. 1. A los efectos de lo dispuesto en el presente título no tiene la consideración de reproducciones para uso privado del copista, en el sentido del apartado 2 del artículo 31 de la Ley de Propiedad Intelectual: a) Las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización; b) Las que sean objeto de utilización colectiva o de distribución mediante precio.”

reproducción, al contrario de lo que, por definición propia, ocurre en el caso de las copias privadas que, precisamente, encuentran su fundamento en una excepción al derecho de reproducción. Tal y como ha afirmado la Comisión Europea:

*“La compensación equitativa no puede exigirse por cualesquiera actos de copia que caigan fuera del ámbito de la excepción (por copia privada), dado que dicho acto constituiría una infracción del derecho exclusivo de reproducción.”*⁵⁹

*“Es importante distinguir las copias privadas permitidas por la ley, de la piratería, que es ilegal. Los cánones son para compensar las copias privadas de obras autorizadas por la ley, no para las copias piratas, tales como las descargas ilegales de Internet. Las copias privadas abarcan un margen relativamente estrecho de reproducciones por personas individuales para uso privado, como se establece en los artículos 5.2(b) y 5.5 de la Directiva 2001/29/CE”*⁶⁰.

3. La necesaria conexión entre la compensación y el presumible uso para la realización de “copias privadas”

(155) La Opinión de la Abogado General de 11 de mayo de 2010 (asunto C-467/08, SGAE v. Padawan), no hace sino que ratificar lo anteriormente mencionado, al excluir de la posible compensación cualesquiera copias que sean ajenas a la excepción de copia privada:

*“78. (...) ha de señalarse ante todo que la finalidad de la Directiva 2001/29, no consiste en indemnizar a los titulares de derechos por la comisión de actos ilegales relativos a la reproducción no autorizada de obras y prestaciones protegidas. **Sólo existe derecho a una compensación por copia privada en caso de que lo autorice la normativa en materia de derechos de autor del Estado miembro.** El hecho de que pueda constatarse una infracción generalizada del derecho de reproducción, en principio exclusivo, que corresponde al autor –como sucede por ejemplo en Internet mediante las redes de intercambio de archivos denominadas P2P («peer to peer») no es relevante a efectos del citado precepto de la Directiva ni puede considerarse un*

⁵⁹ EC Copyright Levies Reform, Impact Assessment document – Annex I (“Legal Analysis”) – December 2006, p. 59 (traducción propia).

⁶⁰ Commission Staff Document “Copyright Levies in a Converging World”, Bruselas, 20 de Junio 2006, SEC(2006), p. 5 (traducción propia).

factor a la hora de buscar un equilibrio entre los intereses de los titulares de derecho y de los usuarios. En efecto, este tipo de copias ilegales suele tener fines comerciales. En todo caso, tienen una finalidad distinta del «uso privado» en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, por lo que no están incluidas en la posibilidad de limitar el derecho de autor. (...)

89. Así pues, **existe ciertamente una conexión entre la realización de una copia privada y la retribución adeudada**, y ello con independencia de cuál sea el sistema retributivo que el Estado miembro haya establecido concretamente para la compensación de las copias privadas y de que acaso se financie mediante un canon. Por consiguiente, desde el punto de vista del legislado comunitario, ha de exigirse que entre el canon en cuestión y el uso de los aparatos y dispositivos de almacenamiento antes citados exista cuando menos una relación suficientemente estrecha.

90. Por otro lado, los requisitos de dicha relación no pueden ser tan estrictos que impliquen exigir un uso efectivo de los aparatos en cuestión para la realización de copias privadas. Más bien debería considerarse suficiente un uso potencial. (...)

93. (...) De este modo, la retribución está basada, en definitiva, en el **uso efectivo** del aparato o dispositivo de almacenamiento **para la realización de copias privadas**.

94. Tal y como explica el Gobierno español en sus observaciones escritas, el criterio de la idoneidad objetiva de un aparato para la realización de copias privadas se basa, en cierto modo, en la presunción legal de que el comprador hará uso con toda probabilidad de esta posibilidad. Así pues, **existe una relación suficientemente estrecha en tanto dicha presunción no se desvirtúe mediante indicios concretos**. Esta presunción legal tiene en cuenta la conexión, requerida por el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, entre el uso del derecho y la compensación equitativa. Por lo tanto, un método que calcula a tanto alzado la retribución del titular de derechos ha de considerarse, en principio, conforme con el Derecho comunitario.

c) Conclusión

95. Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que, en los casos en que un Estado miembro opte por un sistema de gravamen o canon sobre los

equipos, aparatos y materiales de reproducción digital, este tipo de gravamen sólo estará legitimado por el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 en el supuesto de que los equipos, aparatos y materiales vayan a destinarse presumiblemente a la realización de reproducciones beneficiadas por la excepción de copia privada.”

(156) Las mismas conclusiones cabe extraer de todos y cada una de las conclusiones propuestas por la Abogado General al proscribir la aplicación del canon sobre dispositivos que las empresas y profesionales adquieren claramente para fines ajenos a la copia privada (ver apartados 96 a 107 de la Opinión) y la prohibición de un sistema de cánones indiscriminado sin cerciorarse de la debida correlación entre compensación y copia privada (ver apartados 108 a 111 de la Opinión), de todo lo cual confirma que no cabe hacer una aplicación del canon basado en la mera “idoneidad técnica para copiar” sino que debe fundarse en la “idoneidad objetiva para copia privada”:

“Un sistema nacional que prevé la aplicación indiscriminada de un canon por copia privada a todos los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital no es compatible con el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, por cuanto dejaría de existir una adecuada correspondencia entre la compensación equitativa y la limitación del derecho por copia privada que la justifica, dado que no puede presumirse que dichos equipos, aparatos y materiales se utilicen para la realización de copias privadas.”

4. El criterio de la mera “idoneidad técnica” para “copiar”. Equipos y soportes sujetos al pago del canon

(157) Pues bien, a la vista de lo anterior, no cabe sino confirmar el flagrante alcance desmesurado con el que la Entidades de Gestión vienen requiriendo la aplicación de la compensación por copia privada en España (y el que requerían ya anteriormente cuando se produjo la firma del Acuerdo ASIMELEC) al amparo de un equivocado concepto de la “idoneidad” que los equipos y soportes deben tener para ser gravados por la obligación de pagar el canon por copia privada.

(158) A efectos de rastrear dicho concepto debemos hacer alusión a que en la redacción del artículo 25.2 establecida por la Ley de 1994 (y luego incorporada al TRLPI) de 1996 se establecía lo siguiente:

*“2. Esa remuneración se determinará para cada modalidad **en función de los equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera del mismo para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio.**”*

Esta redacción se mantiene en idénticos términos en el texto actual del artículo 25 conforme a la Ley 23/2006.

(159) Durante la vigencia de la Ley de 1994 (luego incorporada al TRLPI de 1996) y en ausencia de previsiones específicas para los soportes y equipos digitales, las Entidades de Gestión sostenían de forma unánime (y nos atreveríamos a decir concertada) un criterio conforme al cual “todo soporte y equipo que pueda copiar está sujeto al pago del canon”, argumentando que el criterio de “idoneidad” para hacer “copias privadas” al que se refiere el artículo 25.2 del TRLPI radica en determinar si un equipo o soporte era apto técnicamente para realizar reproducciones (sean o no dentro del límite de copia privada). Por el contrario, sostenemos que la “idoneidad para hacer copias privadas” requiere analizar no sólo la aptitud técnica del producto para copiar, sino también el ámbito de la excepción de copia privada (donde se incluye el análisis del destino del dispositivo, excluyendo del canon los dispositivos destinados a empresas para el desarrollo de su actividad) y otras características tales como la existencia o no de medidas tecnológicas de protección.

(160) Véase en tal sentido que no existía en el artículo 25 TRLPI (1996) ningún elemento que diera a entender que se trataba de una simple aptitud técnica, puesto que lo que en realidad establecía dicha norma era una indicación de los criterios para la fijación del importe de la remuneración, criterios tales como la forma de fijación (“*por cada modalidad*”) y los elementos a tener en cuenta (“*en función de los equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar dicha reproducción*”). La propia modificación del texto normativo por la Ley 20/1992 al sustituir la referencia “*que permitan*” por la referencia a la “*idoneidad*” es de por sí suficiente para acreditar que no se puede volver a una interpretación conforme al texto originario.

(161) Fue esta interpretación de las Entidades de Gestión y el acogimiento de la misma por parte de los Jueces españoles lo que justificó la suscripción del Acuerdo ASIMELEC. Asimismo, esta interpretación fue la que justificó que la Resolución del TDC de 31 de mayo de 2007 se refiriera a la existencia de un sistema confuso e incluso abusivo al realizarse la siguiente manifestación por parte del TDC:

“Este conjunto de situaciones, si bien podrían no ser calificadas de contradictorias, sí pueden serlo, cuanto menos de confusas, e incluso podrían serlo de abusivas en tanto en cuanto el efecto final es que ciertos consumidores finales, ya sean particulares, empresas o instituciones públicas, terminan soportando un pago derivado de un derecho que nunca llegan a ejercer, o lo que es lo mismo, se ven obligados a pagar por algo que no demandan y a lo que nunca le darán uso, ya que el objeto principal, esto es, el material digital, fue adquirido para otra finalidad” (subrayado añadido)
(Fundamento de Derecho Quinto)

(162) Asimismo, en función de lo que acaba de exponerse en cuanto al concepto estricto de copia privada en el ordenamiento español, así como de las diferencias que existen entre la copia privada y las denominadas copias licenciadas y copias ilícitas, no se puede pretender ignorar el alcance de la excepción de copia privada, y someter al pago del canon a equipos y soportes digitales que no se destinan a copia privada (aunque técnicamente sean capaces de copiar), y computar dentro de las copias sujetas a compensación los actos ilícitos de copia, sino solo los daños que resulten de las copias privadas *strictu sensu*.

(163) Sin embargo, esto último (ignorar el limitado alcance de la excepción de copia privada y la especial aptitud que requiere el concepto de idoneidad) es lo que ha sucedido en la Orden Ministerial del año 2008 y constituye la práctica diaria actual de las Entidades de Gestión. En efecto, en dicha Orden Ministerial la Administración ha incluido en la relación de equipos y soportes sujetos al pago de la compensación equitativa a productos que jamás deberían figurar en ese listado (tal es el caso, por ejemplo, de las grabadoras informáticas o los teléfonos móviles, o de los dispositivos diseñados objetivamente para uso profesional y/o empresarial como pueden ser las potentes fotocopiadoras) y a las Entidades de Gestión a recaudar importes por concepto de copia privada sobre tales equipos y soportes digitales. Por su parte, las Entidades de Gestión aplican el canon sobre la totalidad de dichos dispositivos “técnicamente aptos para copiar”, sin llevar a cabo ninguna práctica para asegurarse que esa

“aptitud” debe ser en realidad “idoneidad” no para “copiar” sino para “realizar copias privadas” (legítimas, dentro del ámbito de la excepción), lo que requiere en especial tener en cuenta que el destino presumible (o real si puede acreditarse) de los equipos y soportes que pagan el canon es o no efectivamente el que se considera en la normativa como causante de la obligación de dicho pago (la copia privada).

(164) Por el contrario, la práctica de las Entidades de Gestión obliga a pagar el canon de manera indiscriminada:

- a todas las empresas, profesionales, administraciones públicas y personas físicas que adquieren equipos y soportes de reproducción (por ejemplo, escáneres, fotocopiadoras, grabadoras informáticas integradas o no en un ordenador, teléfonos móviles, grabadores de vídeo, grabadores de audio, discos CD-R/RW Data, discos DVD-R/RW Data, tarjetas de memoria, USBs, etc.), aunque el uso que se haga de esos equipos sea “profesional”;
- con independencia de que se copien obras protegidas (libros, música, películas, etc.), otros contenidos no protegidos por derechos de propiedad intelectual (fotos o vídeos familiares, vistas judiciales, imágenes de cajeros de seguridad, informes de empresa, memorias, balances, cuentas de resultados, liquidaciones, estadísticas, datos contables, escritos procesales, resultados de ensayos clínicos, datos de la seguridad social, documentos oficiales, etc.) u obras protegidas con derechos de propiedad intelectual pero expresamente excluidas de la excepción de copia privada (programa de ordenador y bases de datos electrónicas);
- a prácticamente todos los equipos y soportes digitales (desde un *pen-drive* de escasa capacidad hasta un potente disco duro externo destinado a hacer las copias de seguridad de una empresa), en aplicación de una interpretación absolutamente maximalista del concepto de idoneidad citado en el artículo 25.2 del TRLPI;
- con independencia de la fuente desde la que se haga la copia de la obra, ya sea un libro, un CD o un DVD, originales adquiridos en un establecimiento público, una película emitida por televisión para verla a una hora más conveniente a los horarios

del espectador, o de canciones y películas obtenidas ilícitamente mediante sistemas de intercambio de archivos *peer-to-peer* (P2P), etc.;

- con independencia de que el daño causado sea mínimo, a pesar de que la ley dispone (regla *de minimis*) que en esos casos no se da origen a la obligación de pago del canon; y
- con independencia de que los dispositivos estén equipados con sistemas tecnológicos que impiden o restringen la realización de copias de las obras (medidas anti-copia o, como los denomina la ley, medidas tecnológicas de protección – “TPMs”).

(165) Como consecuencia de esta configuración, el canon digital no sólo se convierte en un mecanismo sumamente imperfecto, sino que además resulta contrario a la Directiva 2001/29, y al artículo 102 del TFUE por lo que se refiere a las conductas de las Entidades de Gestión.

(166) La improcedencia de incluir la “copia licenciada” y la “copia ilícita o pirata” dentro del concepto de copia privada es doctrina pacífica que resulta directamente de la normativa aplicable y que ha sido refrendada de manera constante por la práctica totalidad de los agentes que operan en este sector, incluidas las Entidades de Gestión y otros representantes de los titulares de derechos que actúan contra la vulneración de los derechos de propiedad intelectual.

(167) Sin perjuicio de lo anterior, parece conveniente exponer por qué alegamos que tales supuestos de copia licenciada (así como los de copia no autorizada por la excepción de copia privada) no pueden considerarse como actos de copia privada. La razón varía según se acceda a las obras y demás prestaciones protegidas en sitios de Internet legales o ilegales pero es, en todo caso, una explicación muy sencilla:

- a) la descarga de obras y demás prestaciones de sitios legales de Internet bajo el pago de una licencia, o cualquier otra descarga o reproducción realizada de un sitio legal -aunque sea gratuita- no constituyen supuestos de copia privada porque la reproducción se realiza al amparo de una licencia o autorización y, por tanto, tal descarga, copia o reproducción no se realiza al amparo de la excepción de copia privada, que precisamente se caracteriza por permitir la realización de la copia inicial

e incluso de copias adicionales en múltiples casos⁶¹ sin autorización del titular de los derechos.

Viene a confirmar la anterior aseveración, los artículos 25.7.a) y 31.2 del TRLPI que establecen:

“25.7 a) Quedan exceptuados del pago de la compensación:

a) Los equipos, aparatos y soportes materiales adquiridos por quienes cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras, prestaciones artísticas, fonogramas o videogramas, según proceda, en el ejercicio de su actividad, lo que deberán acreditar a los deudores y, en su caso, a sus responsables solidarios, mediante una certificación de la entidad o de las entidades de gestión correspondientes, en el supuesto de adquirir los equipos, aparatos o materiales dentro del territorio español.”
(destacado nuestro)

31.2 No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleva a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161.” (destacado nuestro)

Se trata, en fin, de establecer una clara distinción entre copia privada y copia licenciada o autorizada y de respetar el principio de no cobrar dos veces por el mismo acto: la licencia que permite la copia en un soporte y el canon en el soporte.

⁶¹ Por ejemplo, conforme a las condiciones del servicio Spotify, se concede la autorización no solo para escuchar canciones en streaming (servicio protegido por medidas tecnológicas de protección) sino también para descargar determinados contenidos y hacer copias licenciadas adicionales (ver <http://www.spotify.com/es/legal/end-user-agreement/>):

“6. Uso del contenido acumulado: El “modo offline” del Servicio Premium y del Servicio Premium Móvil le permite descargar copias temporales del contenido y reproducirlas localmente en tanto en cuanto usted conserve su suscripción al Servicio de Pago correspondiente. En calidad de suscriptor del Servicio Premium, usted puede almacenar dicho contenido acumulado (“cached”) en hasta tres (3) ordenadores personales (PC). En caso de que sea usted un suscriptor del Servicio Premium Móvil, usted podrá almacenar el contenido acumulado en hasta tres PC y/o terminales móviles. No podrá transferir copias del contenido acumulado a ningún otro aparato a través de ningún medio.”

En efecto, si el titular de derechos ya ha cobrado por conceder su autorización para que un tercero realice una copia —licenciada—, no tiene sentido que ese tercero necesite ampararse en una excepción —la de copia privada— pues, como dice el artículo 31.2 del TRLPI, tal excepción opera justamente a falta de licencia o autorización (“*no necesita autorización del autor*”). Tampoco tendría sentido que, una vez se ha pagado por conseguir la licencia, se exigiera un segundo pago, esta segunda vez para compensar un daño inexistente. Esta interpretación es conforme con la propia Directiva 29/2001, que en Considerando 35 dispone que “*cuando los titulares de los derechos ya hayan recibido una retribución de algún tipo, por ejemplo, como parte de un canon de licencia, puede ocurrir que no haya que efectuar un pago específico o por separado.*”

- b) Tal y como se expone en la Opinión de la Abogado General antes citada, tampoco es copia privada ni puede dar origen a una obligación de pago del canon la descarga de obras y demás prestaciones de sitios ilegales de Internet que no tienen autorización de los titulares de los derechos para ofrecer ese tipo de servicios, ni la descarga que se realiza por medio de los sistemas de intercambio de archivos P2P. Además de los argumentos contenidos en la Opinión de la Abogado General, conforme a la norma española tampoco se pueden incluir porque en estos casos, falta, entre otros, uno de los requisitos de la copia privada cual es que la copia se haga “*a partir de obras a las que se haya accedido legalmente*” (vid. artículo 31.2 del TRLPI), requisito que supone negar la existencia de un acto lícito (las copias privadas), cuando estamos en presencia de actos ilícitos (la puesta a disposición de prestaciones protegidas sin autorización).

(168) Finalmente, en línea con la sentencia pionera emitida por la Audiencia Provincial de Sevilla nº 495/2003 (Sección 2ª), de 18 de septiembre de 2003, que se adjunta como parte del **documento nº 21**, la aplicación del canon por copia privada no se justifica en relación con dispositivos que siendo técnicamente idóneos para hacer copias, sus especiales características determinan que no lo sean “en concreto” para la realización de “copias privadas”, ya que normalmente se utilizan para uso comercial, industrial o profesional de las entidades o incluso personas físicas que los adquieren, como podría ser el caso de las fotocopiadoras industriales o de otros equipos informáticos de uso empresarial.

(169) En este sentido, es relevante la respuesta dada por el anterior Comisario de Mercado Interior Sr. McCreevy en nombre de la Comisión el 17 de septiembre de 2007 a una pregunta parlamentaria planteada a la Comisión Europea sobre los problemas de la aplicación del canon en España (E-2864/2007), indicando que:

*“Solo deben gravarse con canon los soportes y equipos que puedan utilizarse, y **efectivamente se utilicen** en medida apreciable para hacer copias (de una obra sujeta a la protección de la Propiedad Intelectual) realmente destinadas a uso privado. La Comisión considera asimismo que los equipos utilizados con fines comerciales (por ej. en empresas o en Administraciones Públicas) no deberían gravarse con cánones, pues ello supone ir claramente más allá de la necesaria compensación por actos autorizados (es decir, la copia privada), con arreglo a lo dispuesto en la Directiva.”*

El anterior Comisario de Mercado Interior de la Unión Europea Sr. McCreevy precedía ya a esta conclusión delimitando perfectamente el ámbito de lo que no debería ser “copia privada” diciendo:

*“También el canon sobre los productos digitales implantado en España se aplica a soportes y aparatos, sin hacer distinción entre los consumidores que se proponen utilizar equipos y soportes para la reproducción de material protegido y los que no tienen tal propósito. En consecuencia, se gravan con cánones muchos productos — lápices USB (Universal Serial Bus sticks), discos versátiles digitales (DVD) vírgenes (utilizados con frecuencia para hacer copias de seguridad de ficheros informáticos), ordenadores personales (PC) y otros— que pueden utilizarse para realizar copias privadas, pero que sirven también para otros fines por completo ajenos a la excepción prevista en la Directiva. Los usuarios, ya se trate de grandes empresas, pequeñas y medianas empresas (PYME), Administraciones Públicas, escuelas u otros, han de pagar aunque no realicen jamás copias para uso privado. **En realidad, cualquier uso que puedan hacer de material protegido queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva.**”*

5. Inconsistencias derivadas de la devolución del canon a los compradores finales en determinados supuestos

(170) Finalmente, en relación con lo expuesto sobre la “mera idoneidad técnica” y también en directa relación con lo anteriormente dicho sobre la ausencia de mecanismos de control para evitar dobles pagos (ver párrafos (143) y siguientes de este Denuncia) que resulta en perjuicio de los obligados al pago (REDACTADO), cabe agregar un dato más para completar el panorama de la práctica diaria de la gestión de la compensación equitativa por copia privada en España: existen actualmente en la jurisprudencia española múltiples casos en que los consumidores finales (esto es, los destinatarios naturales de la obligación de pagar la compensación equitativa por copia privada) han reclamado judicialmente la devolución del importe abonado a los revendedores por concepto de canon por copia privada (esto es, a los distribuidores, “responsables solidarios” del pago), a cuyos efectos acreditan que los soportes y equipos adquiridos por ellos no fueron realmente utilizados para reproducir material protegido por La ley de Propiedad Intelectual, pretensión ésta que ha recibido acogida en parte de múltiples tribunales españoles. Como **documento n° 21** aportamos copia de varias sentencias judiciales que efectivamente conceden la razón a tales usuarios finales y condenan al comerciante (en principio se trata de un distribuidor minorista) a la devolución del importe pagado por el consumidor en concepto de compensación equitativa.⁶²

(171) A este fenómeno ya se refería el Tribunal de Defensa de la Competencia español en su decisión de 31 de mayo de 2007 sobre el Acuerdo ASIMELEC (adjunto como **documento n° 5**):

“También constan en el expediente otra serie de sentencias en las que el demandante, un consumidor final de CDs, demanda al distribuidor minorista por cobrarle una cantidad determinada en concepto de remuneración por copia privada, cuando el uso que el adquirente realiza de dichos soportes nada tiene que ver con la copia privada regulada por el artículo 25. Estas sentencias fallan a favor del demandante sobre la base probatoria de que dichos soportes han sido en efecto empleados en usos diferentes al de la copia privada, en concreto, una de las más recientes sostiene que de la literalidad del artículo 25

⁶² Sin perjuicio de lo anterior, también existen decisiones judiciales en sentido contrario (negando la devolución de la remuneración compensatoria), entre otras la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Álava, Vitoria-Gasteiz de 14 de septiembre de 2005 (sentencia núm.161/2005), o la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n° 4 de Madrid, de 8 de noviembre de 2005, confirmada posteriormente en apelación.

“se excluye del canon aquellas copias destinadas a uso industrial” y que “al establecer que “la reproducción”...es la que “originará” una remuneración a favor de...permite acreditar el destino final de los soportes adquiridos, y demostrar que no se han usado para la definida reproducción”. La interpretación pues, en estas sentencias, es que si bien la presunción legal inicial sería la de que estos soportes se adquieren para la “reproducción de obras acogidas al amparo de la legislación Especial,...cabe, dado el tenor legal, justificar que el soporte se ha utilizado para otro concreto fin distinto de la reproducción de obra de autores”.

(172) Si bien estamos de acuerdo en que dichos dispositivos no deberían pagar canon, resulta evidente que con este criterio de los tribunales españoles, los distribuidores se enfrentan a una situación perversa en la que deben devolver el canon al consumidor y ya lo han pagado a la Entidad de Gestión.

(173) Por otro lado, existen una multitud de administraciones locales que en los últimos meses vienen cuestionando la aplicación del canon por copia privada en los productos adquiridos por los mismos, habida cuenta de que están destinados por definición propia a fines ajenos a la copia privada. Se adjunta también como parte del **documento nº 22** copia de algunas noticias publicadas al respecto en los últimos meses. En todos los casos se trata de ejemplos anteriores a la publicación de la Opinión de la Abogado General en el caso SGAE c. PADAWAN (Asunto C-467/08).

En caso de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirme la opinión de la Abogado General, puede generalizarse la reclamación judicial del canon indebidamente pagado por *“empresas y profesionales que claramente adquieren los aparatos y soportes de reproducción digital para finalidades ajenas a la copia privada”*, así como por las corporaciones locales antes mencionadas, o por otros usuarios sobre los que, en general, no quepa presumir que adquieren los productos para fines diferentes de la copia privada (colegios profesionales, etc.), y que el impacto en el mercado puede ser especialmente grave en caso de que las reclamaciones no se dirijan directamente contra las Entidades de Gestión que hayan cobrado el canon del fabricante o importador, sino directamente contra los revendedores de quienes el usuario haya adquirido los productos sujetos al canon, ya en estos casos, la devolución del canon se produciría contra el margen del minorista y obligaría a éste a entablar

en su caso un nuevo contencioso judicial para la restitución del importe correspondiente al canon por copia privada cobrado en un primer momento por las Entidades de Gestión.

SÉPTIMO: OBSTACULIZACIÓN PARA EL REINTEGRO DEL CANON INDEBIDAMENTE PAGADO POR LOS EQUIPOS Y SOPORTES EXCLUIDOS POR HABER SIDO DESTINADOS A EXPORTACIÓN O POR HABER SIDO VENDIDOS A USUARIOS CON LICENCIA DE REPRODUCCIÓN.

(174) Las Entidades de Gestión no sólo vienen aplicando el canon indiscriminadamente a todos los dispositivos digitales que “permitan” técnicamente la reproducción de obras protegidas (sea para fines de copia privada o no) y se trate o no de un usuario que se encuentre legitimado o no para realizar dichas copias (por ejemplo personas jurídicas frente a personas físicas), sino que incluso vienen obstaculizando la exoneración y/o el reembolso del canon por copia privada en aquellas ventas que están exoneradas de la compensación por copia privada en virtud del tenor literal de la propia normativa española, sin necesidad de hacer una “interpretación conforme” con el Derecho Comunitario de esa normativa. Este sería el caso de los dispositivos destinados a su comercialización fuera de España (que denominaremos “exportaciones”, aunque en sentido estricto no sean tales al tratarse mayoritariamente de operaciones intra-comunitarias) o los dispositivos comercializados a quienes disponen de una licencia de reproducción para la realización de copias de obras protegidas dentro del ámbito de su actividad empresarial.

1. Dispositivos comercializados fuera de España

(175) A la vista de la redacción actual del artículo 25 del TRLPI no cuesta gran esfuerzo demostrar que los equipos y soportes destinados a la comercialización fuera del territorio español (esto es, “exportados”) no están sujetos a la obligación de abonar la compensación equitativa por copia privada, dado que no se va a hacer un uso de los mismos en territorio español que pueda dañar a los titulares de derechos representados por las Entidades de Gestión.

(176) En efecto, ello surge de la misma definición de los equipos y soportes alcanzados por el canon que establece el apartado 2 del artículo 25:

*“Esa compensación se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para realizar dicha reproducción, **fabricados en territorio español o adquiridos fuera de éste para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio**”.*

(177) A la misma conclusión se llega por la redacción con la cual el apartado 4, literal a) del artículo 25 establece los sujetos “deudores” del canon:

*“Deudores: Los fabricantes en España, en tanto actúen como distribuidores comerciales, así como los adquirentes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización **dentro de éste**, de equipos, aparatos y soportes materiales previstos en el apartado 2”.*

(178) Finalmente, la conclusión de que los exportadores ni, con carácter general, ninguna persona que distribuya o comercialice los equipos y soportes fuera del territorio español se encuentra comprendida por la obligación de pagar la compensación equitativa por copia privada resulta también implícita de la redacción del apartado 13 del artículo 25 TRLPI, en tanto que permite a los fabricantes e importadores deducir de declaración-liquidación que deben presentar a las Entidades de Gestión, las cantidades correspondientes a equipos, aparatos y soportes destinados fuera del territorio español. El artículo 25.13 del TRLPI dice así:

*“Los deudores mencionados en el párrafo a) del apartado 12 presentarán a la entidad o a las entidades de gestión correspondientes o, en su caso, a la representación o asociación mencionadas en los apartados 8 a 11, ambos inclusive, dentro de los 30 días siguientes a la finalización de cada trimestre natural, una declaración-liquidación en la que se indicarán las unidades, capacidad y características técnicas, según se especifica en el apartado 5 y en la orden ministerial a la que se refiere el apartado 6, de los equipos, aparatos y soportes materiales respecto de los cuales haya nacido la obligación de pago de la compensación durante dicho trimestre. Con el mismo detalle, **deducirán las cantidades correspondientes a los equipos, aparatos y soportes materiales destinados fuera del territorio español** y a las entregas exceptuadas en virtud de lo establecido en el apartado 7”.*

(179) Si nos atuviéramos exclusivamente al literal del régimen establecido en el TRLPI, cualquier fabricante español o comercializador que adquiera equipos o soportes para destinarlos a la venta fuera de España, debería hacerlo constar en la respectiva declaración - liquidación y deducir el importe correspondiente a los mismos. Lo que ocurre es que el tenor de la norma es equívoco, ya que la obligación de pago no nace hasta que se produce la venta del equipo. Así, el apartado a) del art. 25.12 TRLPI establece lo siguiente:

“12. La obligación de pago de la compensación nacerá en los siguientes supuestos:

a) Para los fabricantes en tanto actúen como distribuidores y para los adquirentes de equipos, aparatos y soportes materiales fuera del territorio español con destino a su distribución comercial en éste, en el momento en que se produzca por parte del deudor la transmisión de la propiedad o, en su caso, la cesión del uso o disfrute de cualquiera de aquéllos.”

(180) En consecuencia, si la venta se produce directamente a favor de un cliente en el extranjero, nunca se habría producido la obligación de declarar esa venta y no habría necesidad de deducir *“las cantidades correspondientes a los equipos, aparatos y soportes materiales destinados fuera del territorio español.”* La única situación en que esa “deducción” puede tener sentido es cuando el deudor principal procede a la venta de los dispositivos a un distribuidor en España y es éste quien lleva a cabo la correspondiente exportación. En este caso, quien debería recibir la devolución del canon es el exportador (ya que en teoría el canon ha sido repercutido al distribuidor, en virtud del art. 25.18 TRLPI). Sin embargo, lo que ha ocurrido en la práctica es que las Entidades de Gestión o bien no reconocen esta devolución del canon cuando quien exporta es el distribuidor (sino solamente cuando quien exporta es el deudor principal) o bien ponen gravosas barreras a fin de proceder a dicha devolución en caso de exportación.

(181) Dentro de este proceso las Entidades de Gestión han adoptado varias conductas dirigidas a obstaculizar el reintegro de las sumas pagadas por equipos y soportes destinados a la exportación. En este sentido, habitualmente no se permite que el distribuidor obtenga el reembolso directo por parte de las Entidades de Gestión del canon correspondiente a los dispositivos comercializados fuera de España, sino que se requiere al distribuidor para que

aporte al “deudor principal” la documentación acreditativa de la exportación, y que sea éste quien a su vez requiera a las Entidades de Gestión la devolución del canon previamente declarado mediante la deducción a que hace referencia el art. 25.12 TRLPI. En este sentido, se requiere también habitualmente que se comparta con dicho deudor principal (el fabricante o importador) información confidencial del distribuidor, como puede ser la factura de venta, el albarán de entrega, la documentación acreditativa del transporte y otra documentación variada que supone una grave carga administrativa para obtener la devolución del canon y/o la revelación de información confidencial (por ejemplo el precio de reventa) al fabricante. Esto conduce a que en la práctica el nivel de exportaciones de productos sujetos al canon que son objeto de reembolso sea muy reducido.

(182) En tal sentido, es altamente revelador el contenido de las observaciones remitidas a la Comisión Europea por diversas Entidades de Gestión en respuesta al cuestionario publicado en el proceso de consultas para la revisión del sistema de cánones llevado a cabo en Febrero de 2008⁶³, en el que decían lo siguiente en respuesta a la pregunta del cuestionario de la Comisión:

12) Is there a refund system available in your jurisdictions when particular equipment or media is exported to another Member State? If so, are there limitations as to the category of traders or individuals who are entitled to such a refund upon exportation?

Respuesta de SGAE:

“A refund system is available, although legally no provisions consider the specific case. If a self reporting importer or manufacturer has paid the levy and later on exports the goods to a third country, the importer or manufacturer is entitled for a refund -for those goods- from the collecting society, as long as it gives evidence that the goods have been effectively exported. To ensure that distributors/retailers are refunded for the amounts paid to their suppliers when distributors/retailers export the equipment, at the end of each quarter, the distributor must pass to its supplier (manufacturer/importer) proof that the levied equipment has been exported. On the basis of this proof, the manufacturer/importer may deduct in its declaration the amounts of levies corresponding to the exported products, and then return the amounts deducted to the distributor/importer. As importers and manufacturers are the

⁶³ Respuestas disponibles en:

http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt_consultations/library?l=/copyright_neighbouring/compensation_private&vm=detailed&sb=Title

ones who actually pay the levies in these cases, it seems logical, that they should be the ones entitled for a refund.”

Respuesta de CEDRO:

“Yes. CEDRO returns the levy for equipment exported and not used in Spanish territory. Documentation proving the export is required.

Exporters can request the refund of the levy. The only thing they have to do is to request it by following the distribution chain up to the manufacturer or the importer who paid the levy to CEDRO. As the levy is taxed with VAT, and the Ministry of Economy does not want to lose track of VAT, all the distributors to whom the levy is passed on are bound to observe this requirement.”

Respuesta de EGEDA:

Spanish law provides importers who re-export the equipment or media that have already effectively paid the royalty a system to refund the amounts paid.

(183) Así, mientras que EGEDA reconoce el establecimiento por ley de una exoneración a los importadores respecto a los dispositivos que son posteriormente re-exportados (aunque no proporciona muchos detalles sobre cómo se implementa en la práctica, ni dice que los sucesivos revendedores puedan también beneficiarse de la exoneración y, en su caso, cuál sería el procedimiento), SGAE indica que no existe dicha exoneración en virtud de disposiciones legales. CEDRO por su parte no indica si la fuente de ese sistema es el propio marco normativo o la práctica de las propias Entidades de Gestión.

(184) Por otro lado, tal y como manifiestan SGAE y CEDRO (e implícitamente EGEDA), esta exoneración no se viene aplicando directamente al distribuidor que exporta los dispositivos, sino que la misma debe “hacerse valer” a lo largo de toda la cadena de distribución, de modo que el exportador se lo pida al mayorista, éste al fabricante o importador (“deudor” principal originario) y éste a su vez a cada una de las Entidades de Gestión a las que se haya abonado el canon (no hay que olvidar que el canon de determinados productos hay que liquidarlo frente a diversas entidades de gestión, en ocasiones frente a las ocho entidades de gestión autorizadas en España por el Ministerio de Cultura).

(185) Por su parte, la respuesta dada por EICTA a esta pregunta era la siguiente en relación a España (ver pág. 19-20 del **documento nº 8** adjunto):

“Spanish rules on levies relating to exported products are extremely complex and create an extremely heavy administrative burden. Paragraphs 12 to 15 of Article 25 of the Spanish Law on Intellectual Property, as last amended by Law 23/2006, regulate the payment of private copy levies to collecting societies and the deductions allowed in the case of exports. Article 25 establishes three categories of persons that may be obliged to pay collecting societies: (1) manufacturers and importers that market equipment in Spain, (2) distributors and retailers of equipment in Spain, and (3) consumers and end users that import equipment on a non-professional basis, who are subject to different payment rules.

Article 25 is designed to ensure that the levies are passed down to the consumer or end user. Thus, the Law requires manufacturers/importers to include a visible fee for the levies paid to collecting societies in their invoices to distributors/retailers, and requires distributors/retailers to refuse any invoices that do not contain such visible fees. If the invoices do not include the visible fee, it is to be presumed that the visible fee has not been paid, and that therefore the distributors/retailers are liable to the collecting societies.

Within 30 days from the end of each quarter, manufacturers/importers must submit a declaration to the corresponding collecting society. (The format of the declaration appears to be the same for all collecting societies). This declaration must indicate the number of levied products sold or loaned, the reproduction capacity and characteristics of these products, and the levies due depending on the applicable tariff. In the declaration, the manufacturer/importer must deduct those products exported outside the Spanish territory (and therefore the corresponding levies that should be deducted). On the basis of the levies due and those deducted (as a result of the exported units), the manufacturer/importer then calculates the total amount due for the quarter. This amount must be paid within one month from the submission of the declaration.

The Law also provides that distributors/retailers must submit the declaration on a quarterly basis if the invoice they received from their suppliers does not include the visible fee or if, in effect, they have not paid such fees. As for manufacturers/importers, distributors/retailers may deduct from the levies due those amounts reflecting the units of equipment that they export.

The Law, however, is unclear as to what happens when the distributors/retailers pay the visible fees to their suppliers and this is reflected in the invoices but the distributors/retailers decide to export the equipment. The Law does not allow distributors/retailers to claim the amounts from the collecting societies. Guidance on the web site of SGAE (Spanish Society of Authors and Publishers) suggests that collecting societies will not refund levies that have already been paid. Additionally, distributors/retailers cannot deduct their exports in their declaration because they cannot make a declaration as they already paid their suppliers and this has been reflected in the invoices.

To ensure that distributors/retailers are refunded for the amounts paid to their suppliers when distributors/retailers export the equipment, the collecting society CEDRO (Spanish Center for Reprographic Rights) suggests that, at the end of each quarter, the distributor must pass to its supplier (manufacturer/importer) proof that the levied equipment has been exported. On the basis of this proof, the manufacturer/importer may deduct in its declaration the amounts of levies corresponding to the exported products, and then return the amounts deducted to the distributor/importer.

(186) Finalmente, la respuesta de ASIMELEC (ver **documento n° 11** adjunto, pág. 10) era prácticamente idéntica a la remitida por EICTA, pero añadiendo los siguientes párrafos al final:

“In the case of the Audiovisual and Phonogram, due to the inflexible position of Collecting Societies, importers or manufacturers (levy debtors) are forced by their customers (retailers or distributors) to reimburse levies already paid for their exports. The only option for the debtor is deduct these amounts in forthcoming reports and compiling all the information from its clients in order to prove that the export was actually accomplished. We should consider this system as “status quo” but lacks legal certainty for all concerned.

Recently, a leading multinational company has had a strong dispute with SGAE because the negative to reimburse levies already paid for products exported by a customer of the debtor. The conflict will finish in front to the court.”

(187) Aparte de la posible litigiosidad derivada de las diferentes “interpretaciones” entre deudores y Entidades de Gestión, no cabe duda que la implantación práctica de este sistema de exoneración a las exportaciones genera una gran carga administrativa a lo largo de toda la cadena, que se complica más si se tiene en cuenta que la exoneración no se hace valer frente a una sola Entidad de Gestión, sino que tiene que pedirse a todas aquellas que hayan cobrado “su parte” del dispositivo exportado. Así por ejemplo, en el caso de una grabadora de DVD que está sujeta a un canon de 3,40€ resultaría que habría que exigir la devolución de los siguientes porcentajes de cada una de las Entidades de Gestión por parte del deudor principal (importador / fabricante). Si bien en la práctica esto se facilita mediante la utilización de una declaración “común” que se remite a todas las Entidades de Gestión, no hay que obviar que existe la obligación de someterse a la auditoria de todas y cada una de las Entidades de Gestión, manteniendo a disposición de cada una la exhaustiva documentación requerida, que se habrán ido pasando a lo largo de la cadena de distribución a fin de acreditar la exportación realizada.

| | |
|--------------------|---------------|
| CANON DVD: | 3,40 € |
| Fonogramas | 29,08% |
| SGAE | 0,49436 € |
| AIE | 0,24718 € |
| AISGE | 0,24718 € |
| Videogramas | 69,82% |
| SGAE | 0,77483 € |
| DAMA | 0,01646 € |
| AISGE | 0,63303 € |
| AIE | 0,15826 € |
| EGEDA | 0,79129 € |
| Libros | 1,10% |
| CEDRO | 0,03310 € |
| VEGAP | 0,0043 € |
| Total | 3,40 € |

Nota: los porcentajes de reparto del canon entre fonogramas, videogramas y libros están previstos en el apartado Segundo.1.b.2 de la Orden PRE/1743/2008. La distribución posterior se basa en los porcentajes detallados en el párrafo (354) de esta Denuncia (actualizados según la información que nos consta a fecha Julio 2010).

(188) Como puede imaginarse fácilmente, los costes transaccionales de la tramitación de la correspondiente exoneración en primer lugar a lo largo de toda la cadena distribución (no directamente por el exportador y con obligación de compartir información confidencial de precio y destino de los productos) y en segundo lugar a través de cada una de las Entidades de Gestión (que tiene derecho a auditar esa exoneración), supone una grave barrera que lleva en la práctica a que el volumen de exoneraciones recibidas sea meramente simbólico, y que en la práctica se frustre la posibilidad de exportar el producto (al no ser competitivo en la venta habida cuenta de la dificultad para obtener el reembolso) o se venda un producto encarecido con el canon español y no se tramite el reembolso correspondiente, con el consiguiente enriquecimiento injusto a favor de las Entidades de Gestión.

2. Dispositivos comercializados a quienes tienen una licencia de reproducción

(189) Por otro lado, también se observan conductas de las Entidades de Gestión dirigidas a obstaculizar la exoneración del canon previsto en el apartado (a) del art. 25.7 TRLPI:

“7. Quedan exceptuados del pago de la compensación:

a) Los equipos, aparatos y soportes materiales adquiridos por quienes cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras, prestaciones artísticas, fonogramas o videogramas, según proceda, en el ejercicio de su actividad, lo que deberán acreditar a los deudores y, en su caso, a sus responsables solidarios, mediante una certificación de la entidad o de las entidades de gestión correspondientes, en el supuesto de adquirir los equipos, aparatos o materiales dentro del territorio español.”

(190) En relación con esta exoneración, hay que hacer constar en primer lugar el carácter discriminatorio del propio TRLPI, que exonera formalmente del canon digital a aquellos usuarios que disponen de una licencia de reproducción de fonogramas, videogramas o libros, pero no exonera (al menos conforme a la letra del TRLPI):

- i) A otros usuarios empresariales que disponen de autorización para llevar a efecto la reproducción de otras obras, como pueden ser programas de ordenador, bien porque el titular en cuestión le ha autorizado a realizar la copia, o bien porque se trata del propio titular de derechos (un desarrollador de software).
- ii) A otros usuarios empresariales que dedican sus equipos al ejercicio de su actividad empresarial o profesional que no involucra la realización de cualesquiera actos de reproducción de fonogramas, videogramas o libros, como ocurre con la mayoría de las empresas que necesitan de equipamiento informático para el desarrollo de su objeto social.

Respecto al carácter discriminatorio de esta disposición (que en opinión de las Denunciantes infringe el principio de igualdad y no discriminación previsto en el Derecho Comunitario), nos remitimos al apartado 103 de las alegaciones presentadas por la empresa PADAWAN ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se adjuntan como **documento nº 18.**

(191) En segundo lugar, hay que hacer constar que conforme a la información de que hemos tenido noticia, las propias Entidades de Gestión han venido dificultando la efectividad de dicha exoneración legal por medio de conductas diversas que tienen por objeto o efecto

obstaculizar la exoneración del canon de las ventas hechas a quienes disponen de una licencia de reproducción, como pueden ser las siguientes:

- a) Falta de transparencia en relación con la identidad de las empresas que disponen de dichas licencias de reproducción, fomentando un comportamiento “reactivo” (que sea el usuario quien se informe de esa posible exoneración y quien solicite ese certificado de las entidades de gestión y lo enseñe posteriormente al vendedor) en lugar de “proactivo” (permitiendo que los vendedores conozcan *a priori* quienes son los usuarios con licencia, de modo que no le apliquen el canon por copia privada al ofertarles el precio de venta por los productos de que se trate).
- b) Limitando la aplicación de la exoneración por “equipo licenciado” y no por “usuario licenciado” dentro del ámbito de la licencia correspondiente, en contra del tenor del apartado a) del art. 25.7 TRLPI (“*por quienes cuenten con la preceptiva autorización*”), de modo que en aquellos casos en que la licencia del usuario se refiera a la realización de copias en un determinado equipo (por ejemplo la fotocopidora de la biblioteca), la exoneración se restringe por la Entidad de Gestión al dispositivo concreto que es objeto de la licencia y no se extienda a otros dispositivos del mismo usuario que no requieren de licencia alguna, ya que no se destinan a la realización de copias (privadas) de obras protegidas.
- c) Requiriendo la existencia de múltiples certificados en caso de tratarse de múltiples Entidades de Gestión las beneficiarias del canon correspondiente (por ejemplo, el canon de los soportes digitales de grabación se reparte entre ocho entidades de gestión).
- d) Requiriendo la exhibición de un certificado “original”.
- e) En definitiva, poniendo sobre los hombros del vendedor toda una carga administrativa (y en consecuencia financiera) que desincentiva en la práctica la rápida exoneración del canon en caso de que ésta se instrumentase “*a priori*” (al realizar la venta) y no “*a posteriori*” (pidiéndose el reembolso por parte del deudor principal al hacer la declaración prevista en el apartado 13 del artículo 25 TRLPI:

“(…) con el mismo detalle, deducirán las cantidades correspondientes (…) a las entregas exceptuadas en virtud de lo establecido en el apartado 7”).

(192) Estas barreras a la aplicación de la exoneración no afectan únicamente a los distribuidores, sino también a los fabricantes e importadores, tal y como se hace constar por parte de ASIMELEC en las observaciones remitidas a la Dirección General de Mercado Interior en el ámbito de la Consulta *“Fair Compensation for Acts of Private Copying”* realizada en Febrero de 2008, que se adjunta como **documento n° 11** (ver páginas 11 y 12):

16) How do private copying levies affect professional users (SMEs, others)?

According to the Spanish law, only are exempted from paying levies, Producers of Phonograms and audiovisual, as well as, Reprographic Shops and companies that have been licensed by CEDRO (Reprographic CS).

Previously they have to get the exemption certificate from each Collecting Societies (3 Phonogram, 3 Audiovisual and 1 Reprographic). The model does not work since the request for exemption is very complicated (it is needed a minimum of 3) and Collecting Societies are not very fast and transparent in the granting of these exemptions.

Finally manufacturers working in behalf of Audio and Video producers prefer to import equipment and recording media from other EU countries (without levy) since once their services are invoiced to their clients, are no longer selling blank recording media, but Pre-recorded CD and DVD, which are exempted.”

(193) Como consecuencia de estas conductas abusivas, las Entidades de Gestión consiguen que buena parte de las sumas entregadas anticipadamente (por dispositivos finalmente exportados o vendidos a usuarios que gozan de exoneración) nunca sean restituidas, adueñándose de cantidades que no les pertenecen. Es decir, las Entidades de Gestión incurren en abuso al no diseñar un sistema eficaz para asegurar el correcto cumplimiento de los apartados 2 y 7.a) del artículo 25 del TRLPI.

(194) En tercer lugar, hay que hacer constar que las propias Entidades de Gestión han hecho una aplicación discriminatoria de esa exoneración a favor de sus propios miembros, de modo que las “facilidades” para requerir y obtener la exoneración del canon cambian radicalmente cuando el adquirente es socio de la propia Entidad de Gestión. En ese caso viene

siendo suficiente con el certificado de la propia Entidad de Gestión sea cual sea el tipo de dispositivo que se adquiriera y caiga o no caiga dentro del ámbito de la licencia de que se trate.

(195) [REDACTADO] En este sentido, se adjunta como **documento nº 23** copia del contrato suscrito por una productora audiovisual socia de EGEDA y remitido por dicha productora exigiendo que no les girase el canon por copia privada sobre ninguno de los dispositivos que adquirieran, dado que se habían hecho socios de EGEDA, según sus palabras, a fin de no pagar canon como compensación al asociarse.

(196) Asimismo, llama la atención que dicho contrato de adhesión a la Entidad de Gestión de productores audiovisuales (EGEDA) incluya determinadas cláusulas que son habitualmente vistas con recelo por la propia Comisión, como:

- La cesión en exclusiva de derechos (incluyendo la compensación equitativa por copia privada – ver cláusula Primera.1.c del Contrato de Adhesión);
- Abarcando todos las obras del titular actuales (que no se hayan cedido anteriormente a terceros) o futuras (ver cláusula Cuarta del Contrato de Adhesión);
- Por un periodo de duración inicial de 5 años, y con prórrogas tácitas sucesivas de igual duración salvo que se notifique previamente la falta de prórroga con al menos un año de antelación a la terminación del periodo de duración correspondiente (ver cláusula Sexta del Contrato de Adhesión).

Es indudable que estas cláusulas actúan como barrera de entrada para que otras entidades de gestión puedan acceder y gestionar la compensación equitativa por copia privada en España.

(197) Igualmente, como parte del **documento nº 23** se adjuntan a modo de referencia ejemplos de certificados emitidos por otra Entidad de Gestión (SGAE) a favor de algunos de sus licenciatarios más importantes (CONFIDENCIAL).

(198) Por otro lado, como ejemplo de la actitud desmedida de CEDRO cobrando no solo el canon por copia privada, sino también el importe correspondiente a la licencia de reprografía (o mejor dicho, 10 veces el importe correspondiente a la licencia de reprografía al no haberse pedido la correspondiente autorización previa), podemos referirnos al caso enjuiciado en la sentencia nº 6/2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 12 enero, que

se adjunta como **documento nº 24**, en que, tal y como consta en el párrafo 2º del Fundamento de Derecho Primero de la sentencia, el demandado reconvino a la demanda de CEDRO pidiendo que de la cantidad a pagar en concepto de licencia de reprografía / indemnización se dedujera el importe pagado por la misma en concepto de canon por copia privada, a lo que se negó CEDRO y ratificó el tribunal correspondiente:

“(…) En base a lo anterior, formuló a su vez reconvención, interesando la condena de CEDRO a que devolviera los 802'34 euros, más intereses, que pagó por los derechos de copia privada, al entender que su actividad en el establecimiento está exenta de dicho pago, que la demandante cobró indebidamente, pretensión a la que se opuso la reconvenida (CEDRO).”

Si bien se trata de un caso anterior a la Ley 23/2006, creemos que dicha conducta ya muestra un abuso sobre los “múltiples pagos” exigidos por CEDRO incluso en los casos en que no procedería la obligación legal de pago del canon por copia privada conforme a lo previsto en el artículo 10 del Real Decreto 1434/1992 (que excluye del concepto de copia privada – y de la obligación de la remuneración compensatoria por copia privada – los equipos utilizados en establecimientos abiertos al público).

(199) Sin perjuicio de los elementos de prueba antes mencionados, hay que reconocer las limitaciones con que cuentan las Denunciantes a fin de acreditar la sistemática obstaculización por parte de las Entidades de Gestión para aplicar la exoneración del canon prevista en la ley española, ya que supone probar un hecho negativo (que las exoneraciones no se producen). No obstante lo anterior, entendemos que la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea cuenta con medios de investigación apropiados a fin de verificar los requisitos aplicados por las Entidades de Gestión para aplicar la exoneración, o incluso averiguar la cuantía de los dispositivos que se han venido beneficiando de la exoneración a la exportación o de la exoneración por usuarios licenciados y compararlo con la cantidad de dispositivos “exportados” y/o con el número de usuarios que tienen una licencia de reproducción. Por ello se considera conveniente que la Dirección General de Competencia utilice los medios de investigación de que dispone para que las Entidades de Gestión aporten datos del número de exoneraciones concedidas en relación con dispositivos exportados y/o vendidos a usuarios licenciados (y se comparen dichos datos con el total de los dispositivos

declarados, a fin de comprobar el carácter excepcional de dichas exoneraciones y el carácter sistemático de su aplicación mayoritariamente a los socios de las propias Entidades de Gestión, en especial en el caso de AGEDI y EGEDA), así como para que cada una de ellas acredite los requisitos que viene aplicando para el reconocimiento de cada una de dichas exoneraciones.

La misma información se puede solicitar de las firmas auditoras encargadas por las Entidades de Gestión a fin de auditar a los deudores principales y solidarios sobre el cumplimiento de sus obligaciones de repercusión y liquidación del canon, de modo que aquellas informen de los criterios que vienen empleando en la práctica para reconocer o no dichas exoneraciones.

(200) Finalmente indicar que la obstaculización por parte de las Entidades de Gestión a fin de hacer valer la exoneración del canon en las ventas a empresas prevista por la propia Ley 23/2006 supone en sí misma una conducta claramente abusiva, pero esta calificación se agudiza más aún si se tiene en cuenta que, desde hace muchos años, multitud de deudores principales y responsables solidarios vienen indicando que no es procedente la aplicación de un canon por copia privada en los dispositivos digitales que se venden a las empresas y profesionales, incluso fuera de los casos previstos en el art. 25.7 TRLPI (según redacción Ley 23/2006), respecto a los que puede presumirse que no se utilizarán para fines de copia privada, ya que no son “idóneos para copia privada” y la aplicación de un canon sería contrario al principio de proporcionalidad plenamente asentado en el Derecho comunitario y a la Directiva 29/2001.

Precisamente en este sentido se pronuncia la Abogado General Strtenjak en las conclusiones presentadas el 11 de mayo de 2010, al indicar que:

“4) La aplicación indiscriminada de un canon para la compensación por copia privada, en virtud de una normativa sobre la copia privada, a empresas y profesionales que claramente adquieren los aparatos y soportes de reproducción digital para finalidades ajenas a la copia privada no es conforme con el concepto de «compensación equitativa» en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29.

Esta conducta concreta (aplicación indiscriminada del canon en base a la mera “aptitud” técnica para “copiar”) ha sido objeto de tratamiento como comportamiento abusivo como parte del apartado SEXTO anterior (párrafos (148) y siguientes).

OCTAVO: NO RECONOCIMIENTO DEL CANON ABONADO A OTRAS ENTIDADES DE GESTIÓN EXTRANJERAS EN DISPOSITIVOS IMPORTADOS EN ESPAÑA

(201) Las Entidades de Gestión denunciadas exigen el pago de la totalidad del importe del canon previsto en España de los “deudores” conforme al Artículo 25.4 TRLPI y/o de sus responsables solidarios, sin tener en cuenta si esas unidades han quedado sujetas ya al pago de un canon similar (cualquiera que sea su importe) en otro Estado miembro en las que hayan sido adquiridas por el “importador” (en el sentido de adquirente intra-comunitario) en España y con independencia de que se hayan beneficiado o no de una exoneración o devolución del canon en el país de origen por su venta fuera del mismo a España.

(202) Esta problemática ha sido descrita en términos generales por la propia Comisión en su documento “*Background Document – “Fair Compensation for Acts of Private Copying” (European Commission - February 14, 2008)*”, adjunto como **documento nº 10**:

“4. OPEN ISSUES

The following issues came to the fore in the 2006 stakeholder consultation.

4.1. Cross-border trade and e-commerce issues

Private copying levies are required to be paid upon importation of the products covered by levy in the Member States of importation. There is a legal obligation upon the importer to 'self-report' the import to the national collecting society and pay the applicable national levy.

This obligation applies irrespective of whether a levy applies to the product in the Member State of exportation or has in fact already been paid there.

For goods imported from other Member States, some national laws also provide that the 'intra-Community purchaser', i.e. the private end consumer

that purchases goods in another Member State (via online retail or physically in the other Member State), is liable to pay the private copying levy.

Two examples of cross-border commerce issues

1) An importer in Member State B purchases a product from a supplier in Member State A. Both Member States apply private copying levies to that particular good. The purchase price for this product includes the levies applicable in the country where the purchase is made (country A). On importing the product into Member State B, the importer self-reports and is liable for the private copying levy applicable in Member State B. This obligation arises even if the levy in the Member State of exportation has already been paid.

Depending on the relevant national legislation, the importer may be able to apply to the collecting society in Member State A for a refund of the levy applicable in that Member State. But this is not always the case. In Germany, for example, refunds are available only to manufacturers and not to wholesalers. In France, on the other hand, the relevant copyright law does not foresee a refund procedure.

2) An internet retailer located in Member State A sells a product to a customer in Member State B. Both Member States apply levies on this product. The collecting society of Member State B requires the online retailer to pay the levy applicable in Member State B because the product is purchased by customers domiciled there.

As the internet retailer is not deemed under national law in Member State A to be an exporter to Member State B, he is not eligible for a refund.²⁶ This means that for all products sold across the border, the internet retailer pays the levy twice. This example appears most relevant where levy rates differ significantly between country A and B (e.g. German and Austrian rates for identical products differ both in scope and tariffs).

In principle, a total of over 6% of all intra-EU imports and exports, amounting in total to over € 100 billion, are goods which actually or potentially attract a levy.

Whilst some Member States have in place refund systems, these vary greatly and sometimes do not exist. Often, as mentioned above, not all traders in the value chain are eligible to request a refund, even if they are exporters. Refunds

for exports are sometimes set by legislation but are often the result of private agreements between collecting societies and the exporters (see Table 6).

The administrative arrangements necessary for obtaining refunds vary considerably. Within certain systems, exports obtain a general exemption from paying levies while in others a refund has to be claimed.”

Exporters of levied products argue that it is often difficult to assess whether and how the procedures for exemption or refund work in practice. They say that in light of this alleged lack of clarity, it is difficult for them to actually benefit from the refund/exemption mechanism.”

(203) Habida cuenta de la necesidad de liquidar a las Entidades de Gestión españolas el importe total del canon por copia privada previsto en la ley española, se producen las siguientes consecuencias en caso de tratarse de productos que se adquieren de otro Estado miembro en el que también está vigente un sistema cánones por copia privada sobre los mismos:

- a) Por un lado, en caso de que el exportador no pueda pedir la devolución del canon pagado en el país de origen (como por ejemplo parece ser que ocurre en Francia, y también en Alemania en el caso de que el exportador no sea un fabricante), el precio de compra en España incluirá ya una cantidad en concepto de canon por copia privada en el país de origen, que se verá incrementado nuevamente con el total de la cantidad que se haya previsto en España en concepto de canon por copia privada, situando al importador español en una situación de desventaja competitiva frente a los fabricantes españoles o frente a los importadores de países que no aplican cánones, e incrementando injustificadamente el precio que tiene que pagar el consumidor español por dichos productos.

Asimismo, puede ocurrir que el precio que resulte sea tan elevado que no resulte competitiva la comercialización del producto en España, limitando el flujo de bienes a España y la propia estructura de la oferta de estos productos.

- b) Por otro lado, en caso de que el exportador pueda solicitar la devolución del canon, ello no implica que eso no suponga un gravamen tanto para el exportador como para el importador, ya que implica una gran carga administrativa para gestionar ese

reembolso (así se confirma en multitud de documentos publicados en el marco de las consultas realizadas por la Comisión Europea para la reforma de los sistemas de cánones). Asimismo, no se trata de un reembolso inmediato sino que el exportador debe asumir un coste financiero (adelanto de un canon como parte del precio de compra que le podría ser reembolsado posteriormente una vez acreditada la exportación y cumplidos los trámites administrativos correspondientes). Todo ello origina una serie de costes en el exportador que conforme a la teoría económica serán repercutidos directa o indirectamente al adquirente en España y por éste al consumidor final.

(204) En relación con esta conducta, es relevante tener en cuenta que las Entidades de Gestión mantienen acuerdos de representación recíproca con la mayoría de sus homólogas en otros Estados miembro de la Unión Europea para la gestión de múltiples derechos de propiedad intelectual.

(205) A tal respecto, la Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2008 relativa al Asunto COMP/C2/38.698 (CISAC) analizó los acuerdos de representación recíproca entre los miembros de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (“CISAC”), entre los que se encuentra SGAE, para la gestión de los derechos de ejecución pública sobre obras musicales, concluyendo que determinadas cláusulas de los mismos suponen una infracción del art. 81 TCE (actualmente art. 101 TFUE). Estos acuerdos de representación recíproca son un contrato entre dos sociedades de gestión colectiva por el que ambas se confieren recíprocamente el derecho a conceder licencias para cualquier ejecución pública de las obras musicales de sus respectivos miembros. Con arreglo a este sistema, cada sociedad de gestión recauda al mismo tiempo los derechos adeudados de resultados de la explotación de derechos en su propio país, no sólo para sus propios miembros sino también para los autores y editores del extranjero que son miembros de otras sociedades de gestión con las cuales han concluido acuerdos bilaterales de representación recíproca.

(206) De forma similar, existen acuerdos de representación recíproca entre las entidades de gestión de la mayoría de los Estados miembro de la Unión Europea que se refieren a los derechos de reproducción mecánica en general y a la compensación equitativa por copia privada en especial.

(207) Así por ejemplo, la Federación Internacional de Entidades de Gestión de Derechos de Reproducción (“IFRRO” - *International Federation of Reproduction Rights Organisations*), que sería la organización equivalente a CISAC en el ámbito de la reproducción de libros y publicaciones asimiladas, mantiene en su página web⁶⁴ información sobre los acuerdos de representación recíproca existentes que afectan a la gestión de la compensación equitativa por copia privada en el territorio de cada una de las entidades de gestión miembro de IFRRO. Adjuntamos como **documento n° 25** parte de la información sobre dichos acuerdos de representación recíproca contenida en la página web de IFRRO en general y respecto a CEDRO en particular.

(208) Los acuerdos de representación recíproca utilizados en el seno de las entidades de gestión asociadas a IFRRO pueden ser:

- a) **Tipo A**, en virtud de los cuales las cantidades cobradas por una entidad de gestión A en su país de origen en relación con el repertorio de la otra entidad de gestión B son objeto de transferencia a esta otra entidad de gestión B y a la inversa (las cantidades cobradas por la entidad de gestión B por el repertorio de la entidad de gestión A se transfieren a ésta). Este tipo de contratos incluye una cláusula similar a la siguiente, propuesta por IFRRO:

"8. FUNDS

Each RRO agrees that:

1. in accordance with the principle of National Treatment, the fees collected in respect of rights, works and publications which are the subject matter of this agreement, shall be determined and allocated to individual rightsholders in accordance with the system that the RRO collecting the fees applies to rights, works and publications of rightsholders represented by it. Each RRO hereby agrees to accept that determination as it is made by the other RRO.

2. the fees collected in respect of rights, works and publications which are the subject matter of this Agreement shall be treated according to the systems which the respective parties apply to the rights, works and publications of their rightsholders PROVIDED THAT, where the transferring

⁶⁴ <http://www.ifrro.org> – La información sobre acuerdos de representación recíproca está accesible a través del menú principal “Publications” → “Agreements between RROs”. El listado concreto de acuerdos existentes se encuentra directamente disponible en la página correspondiente a cada uno de los miembros (CEDRO: <http://www.ifrro.org/show.aspx?pageid=members/rrodetails&memberid=10>)

RRO (by registration, sample, survey or other means) attributes the fees to individual rightsholders, those fees may at the discretion of the receiving RRO be distributed to the individual rightsholders concerned subject to the distribution principles which the receiving RRO otherwise applies to the relevant categories of rights, works and publications HOWEVER where the transferring RRO is unable to identify particular rightsholders or specific amounts due to particular rightsholders the receiving RRO shall use its best judgement to make an equitable distribution to rightsholders or to otherwise apply those fees to a collective purpose of benefit to the particular rightsholders concerned.

3. When fees under this agreement are collected and allocated by the transferring RRO to rightsholders in categories of works which the receiving RRO does not at the time represent, the RRO will transfer the fees as in (8.2) above HOWEVER, the receiving RRO will hold the fees thus received in trust for the rightsholder(s) or the organisation(s) representing the rightsholders in those categories of rights, works and publications until such time as the receiving RRO and such rightsholder(s) or organisation(s) shall agree on terms of representation or, if an agreement on representation is not reached within [insert period] then on distribution. Where no agreement can be reached then after <>the receiving RRO may otherwise apply those fees to a collective purpose of benefit to the particular rightsholders concerned."

- b) **Tipo B**, en virtud de los cuales las cantidades cobradas por una entidad de gestión en su país de origen en relación con el repertorio de la otra entidad de gestión no se transfieren fuera del territorio sino que permanecen en la entidad de gestión que los cobró originariamente, incluyendo una cláusula similar a la siguiente:

"8. FUNDS

Each RRO agrees that:

- 1. Fees collected by Society B for reprographic reproduction of works and publications as set out in Clause 1 of this agreement will be retained by Society B.*
- 2. Fees collected by Society A for reprographic reproduction of works and publication as set out in Clause 2 of this agreement will be retained by Society A. "*

(209) Pues bien, conforme a la información relativa a CEDRO disponible en el sitio web de IFRRO, esta Entidad de Gestión mantiene 21 acuerdos bilaterales tipo A (con transferencia de fondos, incluyendo entidades de Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Reino Unido, Finlandia, Holanda, Irlanda, Italia y Noruega, entre otras) y 11 acuerdos bilaterales

Tipo B (sin transferencia internacional de fondos, incluyendo entidades en Grecia y Polonia, entre otras). Es decir, se trata en muchos casos de países en los que también se aplica el canon por copia privada sobre productos similares a los establecidos en España, como puede ser el caso de los equipos multifuncionales, que también están sujetos a canon en Alemania, Austria, Bélgica, Grecia y Polonia.

(210) Así por ejemplo, según la información publicada por la Comisión (ver documento nº 10, pág. 11 transcrita anteriormente), en Alemania no existe un sistema de reembolso del canon al revendedor, sino solo al fabricante (o al importador originario). En caso de que sea un mayorista u otro revendedor (por ejemplo tienda online) quien quiera vender por ejemplo un multifuncional de chorro tinta que está sujeto a un canon de 12€ en Alemania y 7.95€ en España, desde el punto de vista de eficiencia económica sería más adecuado que el importador en España no tuviera que pagar nuevamente el canon en España (y gestionar el reembolso en Alemania), sino que esos 7.95€ podrían ser declarados por el importador español como pagado ya y no reembolsado en Alemania y ser la entidad de gestión española CEDRO la que solicite a su homóloga alemana la transferencia de dicha cantidad a CEDRO en el marco de los acuerdos de reciprocidad.

(211) Contamos con información limitada sobre los acuerdos de representación recíproca que puedan mantener las diversas Entidades de Gestión para los derechos que forman parte de su ámbito de representatividad, pero conforme a los datos contenidos en sus respectivas páginas web, parece ser que este tipo de acuerdos de representación recíproca son frecuentes en cualquier entidad de gestión, por lo que las consideraciones hechas anteriormente en relación a CEDRO entendemos que son aplicables también a las demás Entidades de Gestión denunciadas.

(212) Sin perjuicio de la existencia de dichos acuerdos, como hemos indicado, cuando un importador en España adquiere dispositivos que ya han pagado el correspondiente canon por copia privada en esos países (que en algunos casos puede ser incluso superior al previsto en España), se requiere que el “exportador” tramite la correspondiente solicitud de reembolso del canon (si tuviera esa opción conforme a la legislación vigente en el país de origen, que como ya hemos indicado no ocurre en todos los casos) y que el “importador” en España liquide la totalidad del canon vigente en España, sin que se produzcan ningún tipo de “crédito” en España por los pagos realizados ya a otra entidad de gestión que ha sido legitimada por

CEDRO para representar su repertorio en la gestión del canon por copia privada en su país de origen.

(213) Lo mismo ocurriría en el caso de ventas en España a través de Internet desde cualquiera de dichos países, en que el vendedor *online* es requerido a liquidar la totalidad del canon vigente en España directamente con las Entidades de Gestión españolas, y sin consideración alguna a los pagos de canon por copia privada realizados en el país de origen ni a si existe una posibilidad real de reembolso de dicho canon (que ya de por sí supondrá en cualquier caso una carga administrativa y financiera para la empresa de que se trate) o no.

(214) Asimismo, desconocemos los detalles concretos sobre los importes que son objeto de transferencia (o retención) al amparo de los contratos de representación recíproca, si bien conforme a los datos preliminares publicados por la Comisión Europea en su documento “*Stakeholder Consultation on Copyright Levies in a Converging World*” (Junio 2006) en base a datos proporcionados por GESAC, las cantidades son ciertamente relevantes, al menos por lo que se refiere a la distribución de cánones correspondientes a autores en el sector de la música. La tabla con dichos datos que se muestra a continuación (ver página siguiente) y ha sido extraída del documento antes mencionado, también proporciona información sobre los costes de gestión de cada entidad y las deducciones para actividades asistenciales y culturales de cada entidad (que pueden tener su fundamento bien en el marco normativo o en los propios acuerdos internos de la entidad de que se trate).

(215) En definitiva, mientras que las Entidades de Gestión cuentan con medios e instrumentos que les permitirían el reconocimiento del canon abonado por los dispositivos en el Estado miembro de origen sin embargo, requieren que el importador en España liquide la totalidad del canon en España, independientemente de que exista o no un sistema de reembolso en el país de origen, produciendo con ello un efecto en los precios de los productos en España, distorsionando el flujo transfronterizo de productos, restringiendo la libre circulación de bienes y fragmentando el mercado interior.

| Country | Authors' Society | Repertoire | Society's Share | Management and Other Fees Total | % | Amounts for Social. Cultural and/or Collective Purposes Total | % | Total Distributed | Of Which in the Domestic Territory | Of Which in Foreign Territories |
|---|------------------|-------------------------------|--|---------------------------------|-------|---|--------|-------------------|------------------------------------|---------------------------------|
| Austria | AUSTRO-MECHANA* | Music | € 5.445 | € 0.372 | 6.8% | € 2.777 | 51.0% | € 2.108 | 76.6% | 23.4% |
| Belgium | SABAM SCAM | Multirepertoire Multimedia | Total Collection for Private Copy in 2004 was €16.631, to be distributed once the audio/video split for collections on CD-R/DVD-R Data media has been established and approved by the Minister for Economic Affairs. | | | | | | | |
| Cyprus No Remuneration Scheme for Private Copying | | | | | | | | | | |
| Czech Republic | OSA** | Music | € 1.12 | € 0.11 | 10.0% | € 0 | 0.0% | € 0.64 | 73.9% | 26.1% |
| Denmark | KODA | Music | € 1.197 | € 0.06 | 5.0% | € 0.399 | 33.3% | € 0.738 | 44.0% | 56.0% |
| Estonia | EAÜ | EAÜ is not a member of GESAC | | | | | | | | |
| Finland | TEOSTO*** | Music | € 1.961 | € 0.098 | 5.0% | € 0 | 0.0% | € 1.863 | 83.0% | 17.0% |
| France | SACEM**** | Music | € 51.445 | € 2.572 | 5.0% | € 14.20 | 25%+5% | € 35.573 | 54.0% | 46.0% |
| | SCAM | Multimedia | € 3.781 | € 0.369 | 9.8% | € 0.942 | 25% | € 2.470 | n/a | n/a |
| | ADAGP | Visual Arts | € 0.635 | € 0.127 | 20.0% | € 0.159 | 25% | € 0.349 | 80.0% | 20.0% |
| Germany | GEMA | Music | € 33.150 | € 6.420 | 19.4% | € 1.510 | 4.6% | € 25.220 | 70.1% | 29.9% |
| Greece | AEPI | Multirepertoire | Monies have not been collected in Greece since 1999 for lack of agreement with importers and manufacturers of equipment and carriers. A law suit has been filed for which judgment is pending. | | | | | | | |
| Hungary | ARTISJUS | Multirepertoire | € 4.328 | € 0.707 | 16.3% | € 0.311 | 7.2% | € 3.311 | 55.0% | 45.0% |
| | HUNGART | Visual Arts | € 0.254 | € 0.051 | 20.0% | € 0.025 | 10% | € 0.178 | n/a | n/a |
| Ireland No Remuneration Scheme for Private Copying | | | | | | | | | | |
| Italy | SIAE***** | Multirepertoire | € 27.919 | € 1.16 | 4.2% | € 0 | 0% | € 26.76 | 87.8% | 12.2% |
| Latvia | AKKA-LAA***** | Multirepertoire | € 1.56 | € 0.15 | 9.6% | € 0.01 | 0.6% | € 1.33 | 92.5% | 7.5% |
| Lithuania | LATGA-A | Multirepertoire | € 0.250 | € 0.040 | 16.0% | € 0.05 | 20.0% | € 0.160 | 50.0% | 50.0% |
| Luxemburg No Remuneration Scheme for Private Copying | | | | | | | | | | |
| Malta No Remuneration Scheme for Private Copying | | | | | | | | | | |
| The Netherlands | LIRA-STICHTING | Literary Works | € 0.85 | € 0.064 | 7.50% | € 0.059 | 6.9% | € 0.727 | n/a | n/a |
| Poland | ZAIKS | Multirepertoire | In Poland the share of the different authors' societies for monies collected in 2004 is currently negotiated following Regulation of the Minister of Culture of 2 June 2003. Total share for all authors' societies in 2004 was € 1.205 m. | | | | | | | |
| Portugal | SPA | Multirepertoire | In Portugal, no Amount for Private Copy was distributed to rightholders until October 2005. | | | | | | | |
| Slovakia | SOZA | Music | € 0.193 | € 0.028 | 14.7% | € 0 | 0% | € 0.164 | n/a | n/a |
| | LITA***** | Multirepertoire | € 0.097 | € 0.016 | 16.5% | € 0 | 0% | € 0.081 | 69.1% | 30.9% |
| Slovenia AAS is not a member of GESAC | | | | | | | | | | |
| Spain | SGAE | Multirepertoire | € 29.290 | € 1.640 | 5.6% | € 5.860 | 20.0% | € 21.790 | 21.0% | 79.0% |
| Sweden | STIM | Music | € 1.890 | € 0 | 0% | € 0 | 0% | € 1.890 | 55.0% | 45.0% |
| UK No Remuneration Scheme for Private Copying | | | | | | | | | | |

All Figures in € m.

(*) AUSTRO-MECHANA deducted € 0.188 m as reserves that will be distributed at a later time.

(**) OSA gave € 0.36 m to Literary Authors' Society DILIA.

(***) TEOSTO's share already takes into account the deduction for cultural purposes made by the Ministry of Culture, hence the 0% in the corresponding column.

(****) SACEM deducts 25% for cultural purposes, as set by the French Intellectual Property Code, and 5% for social purposes, as set by its statutes. This 5% is distributed in the domestic territory.

(***** Italy's information comes from calculations made from information provided by SIAE. Actual figures may vary. SIAE's domestic/foreign distribution refers only to Music works. The authors' share also includes hold over amounts or subject to further examination.

(***** AKKA/LAA deducted € 0.07 m as reserves that will be distributed at a later time.

(***** Management Fees refers to percentage deducted for administration costs as total amounts collected by LITA for all purposes in 2004.

Exchange rates (31/12/2004): € 1 = CZK 30,46
DKK 7,44
HUF 245,97
PLN 4.157
SEK 9,12
SKK 38.75

NOVENO: IMPROCEDENCIA DE LA RECAUDACIÓN DEL CANON SOBRE EQUIPOS MIXTOS O POLIVALENTES COMERCIALIZADOS ANTES DE LA ORDEN 1743/2008

(216) Ya hemos expuesto la situación producida en relación con la denominada copia privada digital con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 23/2006, así como también hemos aludido a la conducta que asumieron las Entidades de Gestión (sosteniendo a ultranza el criterio de la mera capacidad técnica), la posterior suscripción del Acuerdo ASIMELEC, y luego la denuncia de este acuerdo ante el TDC y las dos Resoluciones emitidas por dicho Tribunal. Asimismo también hemos aludido a que la Ley 23/2006 establecía un procedimiento para determinar los equipos y soportes sujetos al pago del canon, así como el importe del mismo, procedimiento que, en ausencia de acuerdo, aparejaba que los Ministerios debían dictar una orden ministerial conjunta conteniendo tales aspectos, lo que finalmente se hizo en el año 2008 mediante la Orden Ministerial.

(217) Con posterioridad a la Ley 23/2006 y hasta la fecha de aprobación de la Orden Ministerial del año 2008 ha subsistido un problema con relación a los denominados “equipos polivalentes” (o mixtos). Este tipo de equipos son, por ejemplo las grabadoras informáticas (que usan soportes “polivalentes” de grabación CD-R/RW Data y DVD-R/RW Data) y otros dispositivos que permiten la reproducción tanto de audio como de video (reproductores MP4, etc.). El problema al que nos referimos sigue teniendo efectos económicos importantes en la actualidad:

- (a) En opinión de los denunciantes, los “equipos polivalentes” no estaban incluidos en el ámbito del art. 25 TRLPI anterior a la reforma de la Ley 23/2006, ni han quedado comprendidos en el régimen transitorio previsto para el canon digital por la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006, no estando sujetos a la obligación de pago del canon por copia privada hasta ser incluidos en la relación formulada por la Orden Ministerial.
- (b) No obstante lo anterior, las Entidades de Gestión han venido interpretando que esos equipos polivalentes estaban sujetos al pago del canon por copia privada, por lo que continúan reclamando de múltiples empresas el pago del canon por equipos polivalentes para todo el periodo anterior a la entrada en vigor de la Orden Ministerial.

Esta interpretación extensa y uniforme por parte de las Entidades de Gestión representativas de la modalidad de audio por un lado y de video por otro, supone, nuevamente, un abuso de tales Entidades. Esta recaudación adicional se sumaría a la ya sustancial recaudación del canon sobre soportes digitales que, como ya hemos indicado anteriormente, compensa suficientemente el posible daño causado por la copia legítima realizada dentro de los límites de la excepción por copia privada.

(218) En efecto, como ya hemos indicado, el TRLPI se refería solamente a los “*equipos o aparatos de reproducción de fonogramas*” por un lado y a los “*equipos o aparatos de reproducción de videogramas*” por otro, pero no se refería a la compensación aplicable a equipos mixtos que permitieran la reproducción de ambas modalidades de obra (y de otras muchas: programas de ordenador, fotografías, etc.).

(219) Asimismo, cuando la Ley 23/2006 estableció la compensación por copia privada digital, habiendo adquirido el legislador ya cierta experiencia sobre la dificultad de que las partes llegaran a un acuerdo, dicha Ley 23/2006 recurrió a establecer un sistema de carácter transitorio a los efectos de regular el canon que debería abonarse hasta que, o bien se produjera el acuerdo entre las partes interesadas, o bien se dictara la correspondiente Orden Ministerial. Dicho Régimen Transitorio está contenido en la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006 que tiene el siguiente tenor:

Disposición transitoria única. Compensación equitativa por copia privada

1. Por lo que se refiere a los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales, y hasta que se apruebe la orden ministerial a que se refiere la regla 3ª del apartado 6 del artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, la compensación aplicable será la establecida en los acuerdos suscritos entre las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y las asociaciones representativas de los deudores del pago por copia privada, en los siguientes términos, que serán de general aplicación:

a) Para equipos o aparatos digitales de reproducción de libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros:

1º Escáneres o equipos monofunción que permitan la digitalización de documentos: 9 euros por unidad.

2º Equipos multifuncionales de sobremesa con pantalla de exposición cuyo peso no supere los 17 kilos y la capacidad de copia no sea superior a 29 copias

por minuto, capaces de realizar al menos dos de las siguientes funciones: copia, impresión, fax o escáner: 15,00 euros por unidad.

3º Equipos o aparatos con capacidad de copia de hasta nueve copias por minuto: 15,00 euros por unidad.

4º Equipos o aparatos con capacidad de copia desde 10 hasta 29 copias por minuto: 121,71 euros por unidad.

5º Equipos o aparatos con capacidad de copia desde 30 hasta 49 copias por minuto: 162,27 euros por unidad.

6º Equipos o aparatos con capacidad de copia desde 50 copias por minuto en adelante: 200,13 euros por unidad.

b) Para equipos o aparatos digitales de reproducción de fonogramas: 0,60 euros por unidad de grabación.

c) Para equipos o aparatos digitales de reproducción de videogramas: 6,61 euros por unidad de grabación.

d) Para soportes materiales digitales específicos de reproducción sonora, como discos o minidiscos compactos para audio o similares, sean o no regrabables: 0,35 euros por hora de grabación o 0,006 euros por minuto de grabación.

e) Para soportes materiales digitales específicos de reproducción visual o audiovisual, como discos versátiles para vídeo o similares, sean o no regrabables: 0,70 euros por hora de grabación o 0,011667 euros por minuto de grabación. A estos efectos, se entenderá que una hora de grabación equivale a 2,35 gigabytes.

f) Para soportes materiales de reproducción mixta, sonora y visual o audiovisual:

1º Discos compactos, sean o no regrabables o similares: 0,16 euros por hora de grabación o 0,002667 euros por minuto de grabación. A estos efectos, se entenderá que una hora de grabación equivale a 525,38 megabytes.

2º Discos versátiles, sean o no regrabables o similares: 0,30 euros por hora de grabación o 0,011667 por minuto de grabación. A estos efectos, se entenderá que una hora de grabación equivale 2,35 gigabytes.

3º A los efectos de su posterior distribución entre los distintos acreedores de las cantidades a que se refieren los párrafos 1º y 2º, se considerará que en los discos compactos el 87,54 por 100 corresponde a reproducción sonora y un 12,46 por 100 a reproducción visual o audiovisual, y en los discos versátiles el 3,43 por 100 corresponde a reproducción sonora y el 96,57 por 100 corresponde a reproducción visual o audiovisual.

2. Los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio iniciarán las actuaciones previstas en la regla 1ª del apartado 6 del artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual en el plazo máximo de un mes, contado desde la entrada en vigor de esta Ley.

3. La primera Orden Ministerial que se dicte en aplicación de lo previsto en el apartado 6 del artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual tendrá efectos a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley.

(220) Si se comparan los apartados d), e) y f) del epígrafe 1 de esta Disposición Transitoria con los dispositivos y cantidades previstas para 2005 en el Acuerdo ASIMELEC, podrá apreciarse que dicha Disposición Transitoria no es otra cosa que una incorporación del referido Acuerdo ASIMELEC a la Ley 23/2006 (así lo dice también la propia norma, al indicar que *“la compensación aplicable será la establecida en los acuerdos suscritos entre las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y las asociaciones representativas de los deudores del pago por copia privada, en los siguientes términos, que serán de general aplicación”*).

(221) Obsérvese ahora que conforme al apartado f) de la citada Disposición Transitoria resulta que se encuentran comprendidos en la obligación de pagar el canon los soportes “mixtos” (denominados “polivalentes” en el Acuerdo ASIMELEC), esto es, que permiten tanto la copia de audio como video (y de cualquier otra obra en múltiples formatos).

(222) Ahora bien, aun cuando la Disposición Transitoria Única citada se refiere (a) a los *“equipos o aparatos digitales de reproducción de libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros”*, (b) a los *“equipos o aparatos digitales de reproducción de fonogramas”*, y (c) a los *“equipos o aparatos digitales de reproducción de videogramas”*, dicha norma no hace ninguna mención a los equipos digitales de grabación mixtos o polivalentes (grabadoras de CD/DVD informáticas, reproductores MP4, discos duros externos, etc.), ni establece en consecuencia ninguna regla de reparto entre los diferentes titulares de derecho, a diferencia de los que hace para los soportes el epígrafe 3º del apartado f) antes mencionado (*“3º A los efectos de su posterior distribución entre los distintos acreedores de las cantidades a que se refieren los párrafos 1º y 2º, se considerará que en los discos compactos el 87,54 por 100 corresponde a reproducción sonora y un 12,46 por 100 a reproducción visual o audiovisual, y en los discos versátiles el 3,43 por 100 corresponde a reproducción sonora y el 96,57 por 100 corresponde a reproducción visual o audiovisual.”*).

De ello se deriva que los equipos polivalentes de reproducción mixta, sonora, visual o audiovisual no pueden entenderse que estaban sujetas al canon ni en virtud de la Ley 23/2006, ni lógicamente anteriormente, y que no es hasta la Orden Ministerial de Junio de 2008 cuando pasan a quedar sujetas al pago del canon.

(223) A fin de dar mayor claridad, explicaremos el alcance de estos conceptos, pues hay que aclarar que tanto desde el punto de vista tecnológico como desde el punto de vista legal se debe distinguir entre los siguientes dispositivos:

- i. Grabadora de discos compactos (CD) para audio: se trata de una grabadora que se puede utilizar en combinación con discos compactos específicos de audio (“CD audio” grabable o regrabable) que sólo permite la copia de fonogramas en los mismos. Estos soportes (discos) son precisamente los previstos en el apartado d) de la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006. La grabadora quedaría sujeta al canon en virtud del apartado b) de dicha Disposición.
- ii. Grabadora de discos versátiles (DVD) para video: se trata de una grabadora que se puede utilizar en combinación con discos versátiles específicos de video (“DVD video” grabable o regrabable) que sólo permite la copia de videogramas en los mismos. Estos soportes (discos) son precisamente los previstos en el apartado e) de la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006. La grabadora quedaría sujeta al canon en virtud del apartado c) de dicha Disposición.
- iii. Grabadoras informáticas: se trata de grabadoras externas para ser utilizadas con un ordenador o de grabadoras incorporadas en el propio ordenador, que permiten grabar cualquier tipo de contenidos en los soportes digitales “mixtos”, incluyendo fonogramas, videogramas o cualesquiera otros contenidos (fotografías, datos del ordenador, programas de software, etc.). Estos soportes (discos) son precisamente los previstos en el apartado f) de la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006). Pero no existe un apartado equivalente en relación con los equipos, a diferencia de lo que ocurre con los apartados b) y d) por un lado para las grabadoras y soportes de audio, y los apartados c) y e) por otro lado para las grabadoras y soportes de video.

En función de si pueden copiar en discos CD-Data o en discos DVD-Data (con aproximadamente 6 veces mayor capacidad de almacenamiento), se puede distinguir entre:

- Grabadora informática de CD (“grabadora de discos compactos mixtos” en terminología de la Orden), que permite copiar sobre los soportes previstos en el nº 1 del apartado f) de la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006 (discos CD-Data grabables una sola vez, que se denominan “CD-R”, o regrabables múltiples veces, que se denominan “CD-RW”).
- Grabadora informática de DVD (“grabadora de discos versátiles mixtos” en terminología de la Orden), que permite copiar sobre los soportes previstos en el nº 2 del apartado f) de la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006. (discos DVD-Data grabables una sola vez, que se denominan “DVD-R”, o regrabables múltiples veces, que se denominan “DVD-RW”).

Esta grabadora habitualmente incluye la posibilidad de copiar tanto en discos CD-Data, como en discos DVD-Data, por lo que la Orden hace una referencia adicional dentro del Apartado Primero, Punto 1, letra b), número 4 a la “grabadora de discos versátiles mixtos o de discos compactos y versátiles”.

(224) Una vez hecha esta distinción, a la vista de la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006, es evidente que mientras que esta norma recogía tres categorías de soportes en sus apartados d) (discos compactos para audio), e) (discos versátiles para video) y f) (discos mixtos, diferenciando entre discos compactos y discos versátiles, y estableciendo una norma de reparto entre las diferentes categorías de acreedores de audio y video), en cambio sólo recogía dos categorías de equipos de reproducción/grabadoras en sus apartados b) y c), que recogen la reproductora de fonogramas (apartado b) y la reproductora de videogramas (apartado c), que se corresponden con la grabadora de discos compactos para audio (apartado b de la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006) y la grabadora de discos versátiles para video (apartado c de la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006), dejando fuera del ámbito de la Disposición Transitoria una posible tercera categoría de equipos de grabación sobre soportes mixtos (es decir, en este caso se declaraba sujeto al canon el soporte, pero no el equipo).

(225) Es más, si se repasa el informe que el Consejo de Estado emitió en relación con el anteproyecto de la que fue luego la Ley 23/2006, se aprecia cómo el órgano consultivo denunciaba la parquedad del anteproyecto sometido a su consideración precisamente por no incluir el detalle del “*tipo de equipos y soportes digitales que deben pagar el canon y la cuantía del mismo*”, materia desarrollada mediante la Orden y sobre la que, por tanto, no pudo pronunciarse el Consejo de Estado:

*“Pero sucede que **el anteproyecto de Ley sometido a consulta, al incorporar esa misma solución, es excesivamente parco en su regulación, renunciando a desarrollar más detalladamente algunos interrogantes que la misma plantea, como el tipo de equipos y soportes digitales que deben pagar el canon y la cuantía del mismo** -los cuales no están expresamente contemplados en el citado artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual, salvo interpretación forzada de este precepto-, o la incidencia concreta de la utilización de estas medidas tecnológicas sobre el monto y procedencia del citado canon, por sólo citar algunos aspectos tan abiertos como discutibles. Por ello, aun manteniendo el texto actual del proyecto, el Departamento proponente debe valorar la posibilidad de introducir algún mecanismo que, en un futuro, permitiera -a las Cortes Generales- adaptar el citado artículo 25 de la Ley a los diferentes soportes, a medida que estén más claros los criterios de medición y evaluación del impacto de las copias digitales en los derechos de propiedad intelectual. En este punto, no resulta ocioso resaltar que, en el ámbito comparado, existen sistemas dinámicos (Comisiones más o menos participadas por representantes de los sectores) aptos para revisar progresivamente los tradicionales sistemas de cánones de los soportes analógicos y adaptarlos a los nuevos formatos digitales. Es cierto que la urgencia motivada por la necesidad de transponer la Directiva - cuyo plazo límite terminó el día 22 de diciembre de 2002- puede impedir llevar a cabo este proceso inmediatamente, pero no lo es menos que, tarde o temprano, esa adaptación va a resultar ineludible. Para solucionar estos problemas cabría introducir una nueva disposición adicional en el anteproyecto de Ley que contuviera el compromiso del Gobierno de enviar a las Cortes Generales un proyecto de Ley a efectos de la revisión de los términos del artículo 25 de la Ley para su adaptación a los distintos soportes digitales.”*

(226) Más aún, es precisamente por ello por lo que la Disposición Transitoria Única establece los criterios de distribución del canon entre titulares de audio (reproducción sonora) y titulares de video (reproducción audiovisual) sólo para los denominados soportes mixtos o polivalentes, pero no para cualesquiera categorías de equipos de reproducción digital polivalentes (como podrían ser las grabadoras informáticas en que se utilizan esos soportes mixtos o polivalentes), quedando sujetos al canon de forma transitoria solo los equipos digitales no polivalentes, bien de reproducción de audio, o bien de reproducción de video.

(227) No obstante lo anterior, las Entidades de Gestión también han entablado acciones a fin de cobrar un canon sobre determinadas categorías de equipos de reproducción “polivalentes” tanto con anterioridad a la Ley 23/2006 como durante el periodo de vigencia de la Disposición Transitoria Única hasta la entrada en vigor de la Orden Ministerial. Se trata, una vez más, de un nuevo intento de las Entidades de Gestión de hacer una interpretación discrecional, unilateral y extensa de las normas jurídicas con el solo fin de atraer para sí un ingreso mayor a costa de los fabricantes, importadores y comerciantes de estos productos, y también de todos los consumidores y usuarios, haciendo una interpretación abusiva del marco normativo correspondiente que genera un enriquecimiento injusto a favor de las Entidades de Gestión, más aun si se tiene en cuenta que la tarifa prevista para dichos equipos de grabación polivalentes en la Orden Ministerial es inferior que la prevista para los equipos específicos de reproducción de videogramas conforme la normativa anterior (por ejemplo 3,4€ en el caso de la grabadora informática de DVD frente a los 6,6€ que prevé el TRLPI y la Ley 23/2006 para los equipos específicos de reproducción de videogramas).

(228) [REDACTADO] A efectos de prueba, se han citado ya diversos ejemplos de demandas en las que se reclama el pago del canon por copia privada sobre equipos polivalentes (grabadoras informáticas, etc.) y que se acompañan como parte del **documento nº 20**.⁶⁵ Por otro lado, a título de ejemplo (y sin carácter limitativo) cabe mencionar que hemos tenido noticias de reclamaciones por equipos mixtos (o polivalentes) contra múltiples fabricantes e importadores, lo que llevaría consigo además un “doble pago” por parte del fabricante originario y del minorista. Por ello, a efectos de prueba, se recomienda a la Dirección General de Competencia que requiera a las Entidades de Gestión la información correspondiente sobre las reclamaciones judiciales o extrajudiciales presentadas contra fabricantes, importadores o distribuidores, mayoristas o minoristas, de equipos “polivalentes” por ventas anteriores a la entrada en vigor de la Orden Ministerial. Esto permitiría cuantificar no solo cuánto han cobrado ya las Entidades de Gestión por el canon digital en soportes de grabación, sino cuánto más pretenden cobrar al sumar el canon sobre los equipos a los elevados ingresos por soportes. Igualmente, esto permite acreditar que la misma conducta

⁶⁵ [REDACTADO] Ver anterior nota a pie de página nº 54, que se refiere a las demandas adjuntas como Documento nº 20-3 (demanda XX) y nº 20-4 (demanda XX), donde consta expresamente que se reclama retroactivamente el canon en equipos “polivalentes”.

denunciada en el apartado QUINTO anterior – ver párrafos (134) y siguientes – se viene produciendo también para los equipos digitales, al existir reclamaciones “dobles” frente al deudor principal y los responsables solidarios.

DECIMO: FALTA DE CONSIDERACION DE LAS MEDIDAS TECNOLOGICAS DE PROTECCION

(229) La Directiva 2001/29/CE impone la obligación de tener en cuenta la aplicación o no (e incluso la mera existencia o disponibilidad) de medidas tecnológicas de protección (en su terminología en inglés “TPMs” – *Technical Protection Measures*) al objeto de determinar la compensación equitativa por copia privada, tanto en el propio artículo 5.2.b), como en sus considerandos 35, 39 y 47:

“2. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos:

b) En relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6;”

“(35) En determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas. A la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos. Cuando los titulares de los derechos ya hayan recibido una retribución de algún tipo, por ejemplo, como parte de un canon de licencia, puede ocurrir que no haya que efectuar un pago específico o por separado. El nivel de compensación equitativa deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas tecnológicas de protección contempladas en la presente 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.”

“(39) Al aplicar la excepción o limitación relativa a la copia privada, los Estados miembros deben tener en cuenta el desarrollo económico y tecnológico, en particular, en lo relativo a la copia digital privada y a los sistemas de retribución, siempre que existan medidas tecnológicas de protección eficaces. Dichas excepciones o limitaciones no deben impedir ni el uso de medidas tecnológicas ni su aplicación en caso de elusión.”

“(47) El desarrollo tecnológico permitirá a los titulares de derechos recurrir a medidas tecnológicas destinadas a impedir o restringir actos que no cuenten con la autorización del titular de cualesquiera derechos de autor, de derechos afines a los derechos de autor o del derecho sui generis en materia de bases de datos. No obstante, existe el riesgo de que se lleven a cabo actividades ilegales para permitir o facilitar la elusión de la protección técnica que suponen tales medidas. Con vistas a evitar planteamientos jurídicos fragmentados que pudieran dificultar el funcionamiento del mercado interior, resulta necesario establecer una protección jurídica armonizada frente a la elusión de medidas tecnológicas efectivas y frente al suministro de dispositivos y productos o servicios para tal fin.”

(230) En términos similares (incluso con tono más imperativo) se pronuncia la normativa española a partir de la Ley 23/2006, al recoger dicha obligación tanto en el art. 31.2 como en la letra e) del artículo 25.6.4ª del TRLPI:

“ 2. No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161.”

“4.ª Las partes negociadoras dentro del proceso de negociación y, en todo caso, los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, a los efectos de aprobación de la orden conjunta a que se refiere la regla anterior, deberán tener en cuenta, entre otros, los siguientes criterios: (...)

e) La disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas a que se refiere el artículo 161.”

(231) La imposición de esta obligación legal no es ni mucho menos casual o caprichosa. Las TPMs y la compensación equitativa de copia privada guardan una estrecha relación, de ahí la disposición legal que obliga a tener en cuenta este factor antes de decidir los equipos y soportes digitales que han de someterse al pago del canon y, en su caso, decidir sobre la cuantía del canon aplicable. Por obvio que resulte, es necesario recordar que cuando los titulares de derechos utilizan TPMs que impiden o restringen la realización de copias privadas, no se puede exigir el pago del canon de copia privada:

- (a) En aquellos casos en que la medida tecnológica tiene la funcionalidad de restringir la posibilidad de copia (como ocurre por ejemplo con el sistema CSS o “Content

Scrambling System”⁶⁶ utilizado en una parte muy importante de equipos de grabación de DVD y en las películas contenidas en discos DVDs comerciales), la elusión de la medida tecnológica de protección para hacer una copia supondría un acto ilícito no permitido por el artículo 160 y 161 del TRLPI y que quedaría al margen de la excepción por copia privada previsto en el artículo 31.2 del TRLPI.

- (b) En aquellos casos en que la medida tecnológica tiene la funcionalidad de limitar la funcionalidad de copia, permitiendo al usuario la realización de determinado número de copias, del mismo modo que cuando los titulares otorgan una licencia en virtud de la cual autorizan la reproducción de sus obras a cambio de un precio, tampoco pueden exigir el pago de una compensación equitativa por copia privada, porque ello supondría cobrar dos veces por el mismo acto: primero por la licencia y, en segundo lugar, por la “*copia licenciada*” (no es una copia privada, sino una copia autorizada por el titular).

Por ejemplo, si un usuario accede a un servicio legal de descarga de obras musicales y, previo el pago del precio correspondiente, obtiene permiso para hacer hasta cinco copias de la misma canción, no se le puede exigir al mismo tiempo que pague el canon de copia privada por realizar esas copias. Lo mismo ocurriría en el caso de descargas en descodificadores de TV digital dotados de TPMs.

(232) La introducción de las TPMs en el marco de la Directiva 2001/29/CE fue ampliamente reclamada por los titulares de derechos de propiedad intelectual como medio para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos en el entorno digital. Afirmaban los titulares, no sin razón, que para garantizar la protección de sus creaciones en los nuevos medios de difusión y reproducción, era indispensable la salvaguarda de las medidas tecnológicas que permiten el control de las utilidades de sus obras en esos medios. Aseguraba ese sector que para que el derecho exclusivo de reproducción no se convierta en letra muerta en el entorno digital, era necesario dotar de protección jurídica a las medidas tecnológicas de protección y control implementados por los titulares y añadían que, para desarrollar nuevos modelos de negocio en redes digitales, se requería ese amparo legal de las TPMs.

(233) Reconocida una sólida protección legal de las TPMs (tanto frente a los actos de elusión como frente a los actos preparatorios de la elusión), un problema a solucionar era el

⁶⁶ Se puede encontrar información oficial sobre esta medida tecnológica de protección en: <http://www.dvdcca.org/>

del equilibrio entre la protección de las TPMs (resultado del derecho de los titulares de impedir el acceso a sus obras sin su previo consentimiento) y el reconocimiento de límites y excepciones a los derechos de propiedad intelectual. Así, por ejemplo, si un Estado miembro (como es el caso de España), reconoce la excepción de copia privada, permitiendo que una persona física haga copias de obras protegidas en los términos previstos en la ley y, al mismo tiempo, reconoce la protección de las TPMs (que restringen o limitan la realización de copias privadas) y prohíbe su elusión, la aparente contradicción entre estas dos normas debe salvarse con disposiciones que las hagan compatibles, estableciendo criterios de ponderación y equilibrio entre los interesados.

(234) Una de las medidas adoptadas para lograr ese complejo equilibrio con el que se persigue proteger las TPMs es tomar en consideración la existencia y la aplicación o no de TPMs a la hora de decidir los equipos sujetos a la compensación equitativa por copia privada.

(235) Las Entidades de Gestión deberían haberse abstenido de solicitar canon en equipos dotados de TPMs incluso antes de la promulgación de la Ley 23/2006, al no tratarse de dispositivos “idóneos para copia privada” (art. 25.2 TRLPI) y a la vista del mandato claro y preciso contenido en la Directiva 2001/29/CE. Y en cualquier caso, a partir de la promulgación de la Ley 23/2006 no cabe ninguna duda sobre la obligación directa de tomar en consideración dichas medidas tecnológicas de protección para la aplicación o no del canon (o eventualmente la aplicación de una tarifa inferior) en aquellos casos en que la existencia de TPMs en el dispositivo de que se trate limite la realización de copias privadas (o incluso permita la gestión de un número determinado de copias y el cobro de la compensación correspondiente en forma de licencia por la realización de dichas copias, que ya no serían “copias privadas” sino “copias licenciadas”).

(236) Incluso también cabría la aplicación de un canon inferior a los modelos de equipos que en virtud de las TPMs limitan la copia privada solo para determinado tipo de obras (frente a otros modelos de la misma categoría de equipos que no llevan TPMs). De este modo se cumpliría la previsión contenida en el Considerando 35 de la Directiva que exige tener en cuenta las circunstancias del caso concreto y siempre que el daño causado como consecuencia de esas copias privadas no fuera mínimo.

(237) Sin perjuicio de lo anterior, las Entidades de Gestión han venido haciendo caso omiso de las TPMs que pudieran existir implantadas en determinadas categorías de obras (y dispositivos) y han venido reclamando el pago de la compensación por copia privada en dispositivos que integran TPMs, tales como pueden ser (en función del fabricante y modelo), las grabadoras informáticas, los teléfonos móviles o los dispositivos para la televisión digital.

(238) La situación concreta con que nos encontramos es la siguiente:

- (a) Por un lado, como parte de su estrategia para maximizar el número de unidades de dispositivos sujetos al pago del canon, las Entidades de Gestión se dedican a argumentar que las medidas tecnológicas de protección no son “eficaces” (ya que solo son objeto de protección jurídica las TPMs “eficaces”, en el sentido definido en el art. 6 de la Directiva y el artículo 161 TRLPI), de modo que su consideración no es relevante a efectos de la aplicación o no del canon (o la aplicación de una tarifa más reducida);
- (b) Por otro lado, y en contradicción con lo anterior, los propios titulares de derechos defienden en otros foros el carácter “eficaz” de dichas medidas tecnológicas de protección con el objeto de obtener protección jurídica contra su elusión.

(239) Un ejemplo palmario de esta situación se produce con el sistema CSS (*Content Scrambling System*), aplicado en diversas grabadoras informáticas de DVD y en la práctica totalidad de las películas que se comercializan en España en soporte DVD.

(240) Así, las Entidades de Gestión suelen argumentar que el CSS no es una medida de protección “eficaz”, ya que es posible su elusión mediante la utilización de programas de software que se encuentran fácilmente disponibles en Internet, que permiten eludir (“romper”) la protección que otorga el CSS contra la copia de la película en DVD.

(241) Por otro lado, en paralelo, los titulares de derechos de propiedad intelectual argumentan el carácter “eficaz” del CSS en diversos procedimientos judiciales, tanto en Estados miembros de la Unión Europea como en Estados Unidos, a fin de obtener protección contra la utilización de programas de elusión del CSS. A tal respecto, se adjunta como parte integrante del **documento nº 26**, referencias relativas a procedimientos judiciales seguidos en Finlandia, Francia y Estados Unidos para el reconocimiento del CSS como medida

tecnológica de protección “eficaz” En este sentido, hay que destacar que en todos esos procedimientos se consideró que el CSS era una medida tecnológica de protección “eficaz” en el sentido previsto en la normativa nacional de transposición del artículo 6 de la Directiva 2001/29/CE y en el sentido previsto en Estados Unidos por la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), que en virtud de los correspondientes tratados internacionales⁶⁷ contiene previsiones legales similares a las previstas en la Unión Europea para la protección de las medidas tecnológicas de protección:

- (a) En primer lugar, la disputa existente en Finlandia, en la que el Tribunal de Apelación de Helsinki anuló en mayo de 2008 una resolución anterior de primera instancia que había sido objeto de apelación, pronunciándose en el sentido de considerar que el CSS tiene la condición de TPM eficaz a los efectos previstos por la Directiva 29/2001/CE y la normativa nacional de transposición, a pesar de la amplia difusión que puedan tener los dispositivos para eludir el CSS. El Tribunal Supremo finlandés rechazó la solicitud de casación de esa sentencia pocos meses más tarde, confirmándose la sentencia del Tribunal de Apelación de Helsinki y el carácter “eficaz” del CSS.
- (b) En segundo lugar, la disputa existente en Francia en relación con la comercialización del DVD de la película *Mulholland Drive* (película en DVD protegida con CSS), y la acción de la Asociación de consumidores U.C.F. QUE CHOISIR contra UNIVERSAL PICTURES y otros productores audiovisuales, para que se declare que el uso de las medidas tecnológicas de protección implantadas en el DVD de la película MULHOLLAND DRIVE eran incompatibles con el derecho del consumidor a realizar una copia privada del mismo. A tal respecto, la Sentencia de 4 abril de

⁶⁷ Tal y como se expone en el sitio web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) “*los denominados "Tratados Internet de la OMPI", el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), que entraron en vigor en 2002, han establecido el marco jurídico internacional para la protección de estas medidas tecnológicas de protección. Varias disposiciones fundamentales de estos tratados se ocupan del problema de que las medidas tecnológicas de protección como tales no son invulnerables. Por lo tanto, en el entorno digital el respeto de las obras y de sus usos exige disposiciones que garanticen que las tecnologías, utilizadas por los titulares legítimos para proteger el contenido protegido por el derecho de autor contra usos ilegales, no puedan ser eludidas. A este respecto, los dos tratados obligan a los Estados miembros a proporcionar protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas en el Artículo 11 del WCT y en el Artículo 18 del WPPT, respectivamente.*”

2007 del Tribunal de Casación de París (4ª Sala, Sección) concluye que no existe un “derecho” de copia privada, sino que se trata de una excepción al derecho de reproducción de los titulares, y que prevalecen las TPMs sobre dicha excepción, sin que estén obligados los titulares al levantamiento de las mismas para facilitar la copia privada y todo ello, sin perjuicio de su obligación de informar convenientemente que dicho DVD lleva medidas técnicas de protección.

- (c) Finalmente, los litigios planteados en Estados Unidos por parte de la *DVD Copy Control Association* y por la mayoría de las *majors* cinematográficas americanas contra fabricantes de dispositivos que permiten la elusión del CSS instalado en la práctica totalidad de películas comercializadas en soporte DVD. La demanda contra *RealNetworks* es especialmente relevante al provenir de productores en cuyo nombre recauda EGEDA canon por copia privada en España (*Universal, Paramount, Twenty-Century Fox, Sony Pictures, Columbia, Walt Disney y Warner Bros*) y por describir de forma muy ilustrativa cómo funciona el CSS y por qué debe entenderse que el CSS tiene la condición de medida tecnológica de protección “eficaz” a efectos de ser objeto de protección contra su elusión.

(242) La falta de consideración del CSS a la hora de aplicar el canon se puede extrapolar también a otras medidas tecnológicas de protección efectivamente implantadas en múltiples dispositivos (descodificadores de TV digital, teléfonos móviles, etc.), ya que las Entidades de Gestión simplemente niegan que haya alguna medida tecnológica de protección relevante a efectos de tenerla en consideración para la determinación de la compensación equitativa por copia privada.

DÉCIMO-PRIMERO: SOBRE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS A LOS CONSUMIDORES

(243) La anterior Comisaria Europea en materia de protección al consumidor, Sra. Meglena Kuneva⁶⁸, expuso bastante bien en uno de sus últimos discursos oficiales la situación en que se encuentra el consumidor frente a los sistemas de cánones por copia privada:

⁶⁸ Roundtable “Key Challenges for Consumer Policy in the Digital Age” (Londres, 20 de junio de 2008); discurso disponible en: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/08/347>

“(…) the price of many electronic goods is strongly determined by the copyright levies imposed on them. These levies are meant to compensate copyright owners for consumer behaviour that harms their economic interest. But at present, there is no transparency for consumers about what they are paying and what they are paying if for. The fact is that they are paying multiple times for something many will never do, that is make private copies of content on any number of platforms using any number of hardware. Copyright owners are entitled to reasonable compensation. But basic considerations of fairness call for transparency and a link between the actual harm and the amount of the levies. I question if in reality this link currently exists. The level of levies currently varies widely by country and there is little legal clarity for traders as to what levies apply to items purchased or sold cross border. The European Commission is now starting a process to rationalize the system of copyright levies in the EU.”

(244) El impacto negativo que para el consumidor tiene la aplicación del sistema de cánones por copia privada en España es atribuible no solo al marco regulatorio existente, sino también a la propia actuación discrecional de las Entidades de Gestión denunciadas, que tratan de maximizar el canon aplicable a cada dispositivo, por ejemplo haciendo interpretaciones muy extensivas de los productos sujetos al canon, reclamando la aplicación del canon prácticamente en cualquier dispositivo digital, incluso los dotados de medidas tecnológicas de protección, y solicitando a la Administración Pública la aplicación de tarifas sobredimensionadas calculadas tomando como referencia del daño a compensar el total de ingresos no recibidos por cada “copia” realizada (i) sin tener en cuenta lo que realmente es beneficio vs. ingresos totales, (ii) sin tener presente que la realización de una copia no sustituye necesariamente en el comportamiento del consumidor la compra de un original, (iii) sobre la base de cualesquiera “copias” se hagan en general (incluso las copias ilícitas) y sin delimitar el cálculo a las copias legítimas realizadas dentro de la excepción de copia privada, y/o (iv) sin delimitar cuales de esas copias se refieren a obras que se encuentran en dominio público, o corresponden a titulares que no gozan de protección en España.

(245) Resumimos a continuación a las consecuencias que para los consumidores tienen las actuaciones de las Entidades de Gestión. Los diversos documentos elaborados por la propia Comisión Europea que adjuntamos como **documentos nº 9 y 10** se refieren también a la mayoría de estos problemas⁶⁹.

⁶⁹ Documento nº 9 (EC Copyright Levies Reform, Impact Assessment – Staff Working Document (December 2006)): ver pág. 20-23 (sección 2.3), pág. 25 (sección 2.5), pág. 26 (sección 2.6), pág. 27 (sección 2.7), pág. 34, pág. 63-68 (Anexo II). Documento nº 10 (Background Document – “Fair Compensation for Acts of Private

1. Impacto en el precio de los productos y en la renta de los consumidores

(246) El sistema de cánones por copia privada ha supuesto en España un incremento del nivel de precios que, en otro caso (es decir, sin la aplicación del canon), habría existido para los productos sujetos al canon. Así por ejemplo, tal y como se hace constar en los párrafos (123) y siguientes, los precios correspondientes a los soportes digitales de grabación de datos se duplicó al añadir el canon a partir del Acuerdo ASIMELEC.

(247) Lo mismo se puede decir respecto a los múltiples dispositivos digitales que quedan sujetos al canon por copia privada. Se detalla a continuación el precio de venta al público (PVP, IVA incluido) de una muestra de productos comercializados en el sitio web de FNAC en España, y se compara con el canon aplicable a esa categoría de productos en virtud de la Orden PRE/1743/2008 (más IVA en vigor):

| Categoría de producto | PVP € (IVA incl.) | Canon (€) | IVA | % del PVP | Modelo de producto de la muestra |
|----------------------------------|-------------------|-----------|-----|---------------|---|
| 1. Multifuncionales tinta | 69,99 | 9 | 18% | 15,17% | Epson Stylus SX415 |
| 2. Multifuncionales laser | 139 | 10 | 18% | 8,49% | Samsung SCX-4600 |
| 3. Escáneres | 99 | 9 | 18% | 10,73% | HP Scanjet G3110 |
| 4. Grabadora de CDs específicos | N.D. | 0,6 | 18% | N.D | No disponible en FNAC. |
| 5. Grabadora de CDs mixtos | N.D. | 0,6 | 18% | N.D | No disponible en FNAC. Todas grabadoras mixtas CD+DVD |
| 6. Grabadora de DVDs específicos | 279 | 3,4 / 12 | 18% | 5,08% | Panasonic DMR-EX773 Grabadora DVD 160 GB. No disponible sin disco duro, por lo que abona canon 12€ disco duro |
| 7. Grabadora de DVDs mixtos | 59,9 | 3,4 | 18% | 6,70% | LG GP08NU20 Grabadora externa CD + DVD |
| 8. Discos CD-R | 31,95 | 0,17 | 18% | 31,39% | Verbatim Pack de 50 CD-R 700MB |
| 9. Discos CD-RW | 13,95 | 0,22 | 18% | 18,61% | TDK Spindle 10 CD-RW 700 MB Regrabables |
| 10. Discos DVD-R | 35,95 | 0,44 | 18% | 36,11% | Verbatim Spindle de 25 DVD+R 16X |

Copying” (European Commission - February 14, 2008)), ver pág. 7-8 (sección 3.2), pág. 13-14 (sección 4.4), pág. 14-15 (sección 4.5), pág. 15 (sección 4.6), pág. 18-19 (sección C), pág. 21-23 (Anexo 2).

| Categoría de producto | PVP € (IVA incl.) | Canon (€) | IVA | % del PVP | Modelo de producto de la muestra |
|--|-------------------|-----------|-----|-----------|---|
| 11. Discos DVD-RW | 14,95 | 0,6 | 18% | 47,36% | TDK Spindle 10 DVD-RW 1,4 GB y 8CM |
| 12. Memorias USB | 15 | 0,3 | 18% | 2,36% | Lexar JumpDrive Retrax 4GB Pendrive |
| 13. Discos duros externos | 89,9 | 12 | 18% | 15,75% | Western Digital My Passport Essential 500 GB Disco Duro Portátil PC |
| 14. Dispositivos MP3 | 32,9 | 3,15 | 18% | 11,30% | Zipy FROG 4 GB |
| 14'. Dispositivos MP4 | 45,9 | 3,15 | 18% | 8,10% | Energy Sistem 2204 4 GB Red |
| 15. Teléfono móvil con funcionalidad MP3 | 75 | 1,1 | 18% | 1,73% | Nokia 2690 móvil libre con reproductor musica y radio |

Nota: muestra de productos en sitio web FNAC España (<http://www.fnac.es>). PVP anunciado el 11.07.2010. PVPs de la muestra no son precios "en oferta"; en caso de oferta se detalla precio originario. Para discos CD-R/RW y DVD-R/W se toma como referencia PVP de las tarrinas (spindles) de 10, 25 ó 50 unidades (práctica de compra habitual, ya que un alto componente de PVP en compra unitaria corresponde a la caja de plástico).

(248) Se puede observar que en la actualidad el canon por copia privada todavía representa una parte muy importante en proporción al precio de venta de los productos, no solo para los soportes de grabación, sino también para los equipos. A tal respecto, por un lado, llama la atención el alto componente del precio que el canon representa aún respecto a los denominados “equipos de reproducción de libros” (escáneres y multifuncionales), cuando es evidente que el uso de esos dispositivos de consumo⁷⁰ para copiar libros es muy excepcional y minoritario; por otro lado, hay que destacar la discriminación que se produce (al tratarse de situaciones diferentes, que requerirían trato diferente) respecto los dispositivos informáticos, que pueden destinarse no solo a la copia privada de materiales protegidos sino también a otros múltiples usos legítimos y que quedan sometidos al mismo canon que los dispositivos dedicados exclusivamente a la grabación de obras sonoras y/o audiovisuales⁷¹; a su vez, hay que destacar que dicho importe tiene un mayor impacto proporcional en el precio de los

⁷⁰ No hemos incluido fotocopiadoras en el análisis, ya que estas no se encuentran destinadas a uso doméstico. En caso de utilizarse tales fotocopiadoras para copia de libros (en copisterías, empresas, etc.), estaríamos en presencia de copias licenciadas o, en caso de no contar con una licencia de reprografía, de copia no autorizada no cubierta por la excepción de copia privada, que por tanto no justifica la imposición de canon por copia privada.

⁷¹ Por ejemplo, la grabadora informática frente a la grabadora dedicada de DVD, el disco duro informático externo frente a la grabadora de TV con disco duro, o los propios soportes CD/DVD Data frente a los soportes CD/DVD específicos.

productos por los dispositivos informáticos que por los dispositivos de electrónica (sonido y video).

(249) En relación con el encarecimiento de los productos como consecuencia del canon, y sin perjuicio de que la teoría económica dice que la repercusión total o parcial del canon por parte de los comercializadores va a depender de muchos factores, en especial las elasticidades de oferta y demanda, hay que tener presente que el propio texto normativo exige que los deudores y responsables solidarios detallen separadamente en factura el importe del canon y lo “repercutan” a lo largo de toda la cadena (ver apartados 17 y 18 del Artículo 25 TRLPI).

(250) No cabe duda de que la existencia de esta previsión legal, conjuntamente con la circunstancia de que el canon puede suponer una parte importante del precio, tienen como efecto que se limite en gran medida la posibilidad de competir vía precios y se restrinja la competencia.

(251) Asimismo, la aplicación del canon afecta al acceso de muchos consumidores a determinados dispositivos y supone una detracción de renta disponible para los consumidores, en muchos casos sin justificación alguna, habida cuenta del destino de dichos dispositivos a fines que nada tienen que ver con la copia privada de materiales protegidos.

2. Pago no relacionado con el posible uso para copia privada por parte del consumidor, dobles pagos, pagos “en cadena” y obligación de pago sin posibilidad de copia.

(252) La Directiva 29/2001/CE es clara en su Considerando 35 al establecer que la compensación por copia privada debe tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, la existencia o no de medidas tecnológicas de protección, el daño causado (eximiendo del pago situaciones con daño mínimo) y la existencia de otras compensaciones para el titular, previsiones éstas que han sido incorporadas – al menos formalmente – en la regla 4ª del apartado 6 del Art. 25 TRLPI, conjuntamente con otras (grado de uso de los dispositivos para fines de copia privada, PVP medio del producto, ...).

(253) No obstante lo anterior, en la práctica nos encontramos con productos sujetos al pago del canon con independencia de su destino presumible (por ejemplo, ventas a profesionales y empresas, no legitimadas para hacer “copias privadas”) o real (por ejemplo supuestos en que el propio consumidor acredita un uso ajeno a la copia privada).

(254) La propia Comisión reconoce que no existe razonabilidad en los criterios aplicados por los diversos Estados miembros para determinar no solo los dispositivos sujetos al canon, sino la desproporción existente en la tarifa aplicable sobre productos idénticos (respuesta de la Comisión a la pregunta del Miembro del Parlamento Europeo Milan Gal'a (Ref.: H-1023/07):

“(...) No sólo existen enormes diferencias en los cánones aplicados a equipos iguales o similares utilizados para realizar copias privadas, sino que no existe uniformidad entre los Estados miembros en el canon aplicado a equipos digitales idénticos. El resultado es una gran diversidad de cánones impuestos a los mismos productos en toda Europa, con diferencias de hasta 1500 % entre productos idénticos. (...)”

(255) Los datos sobre el uso para fines de copia de obras protegidas de determinados soportes digitales (por ejemplo soportes CD-R Data) parecen contradictorios según la fuente a la que se acuda. No obstante, existen otros dispositivos para los que es manifiesto que el uso para fines de copia privada de obras protegidas es extraordinariamente excepcional, como sería el caso de las impresoras multifuncionales a que se refiere la Comisión Europea por ejemplo en la pág. 22 del **documento n° 10** adjunto (donde se indica que sólo el 6,6% de los usuarios ha hecho alguna vez alguna copia de libros con esos dispositivos, lo que implica a su vez un menor % de copias si se tiene en cuenta que solo una parte de las copias hechas por esos usuarios serían de libros). Sin perjuicio de lo anterior, todos los consumidores (y empresas) adquirentes de estos productos tienen que abonar un elevado canon por copia privada que, al menos, afortunadamente se ha ido reduciendo en los últimos años.

(256) Por otro lado, nos encontramos también con situaciones de “dobles pagos” o “pagos en cadena”, como sería por ejemplo aquellos casos en que:

- El usuario ya ha pagado por la copia como parte de una licencia⁷² (por ejemplo servicios de descarga de música que autoriza la realización de un determinado n° de copias).
- Se produce la conjunción de un deficiente sistema de reembolso del canon a la exportación en el país de origen del producto y la falta de reconocimiento por las

⁷² El mismo tratamiento de no aplicación de canon entendemos que debe darse incluso en supuestos de licencia “implícita” en las que el titular de derechos pone legítimamente la obra a disposición del público en Internet, sin protección de ningún tipo, para que la pueda copiar para uso no comercial, y en los que el titular puede recibir una retribución indirecta (promoción de la obra, ingresos publicitarios en el sitio web, etc.).

Entidades de Gestión del canon abonado en el país de origen, que conlleva que el precio del producto en España incluya tanto el canon español como el canon aplicado en el país de origen.

- El canon se exige tanto en el soporte en que se hace la copia (soporte CD-R Data), como en el dispositivo en que se utiliza dicho soporte (grabadora de discos CD-R Data).

(257) Finalmente, el sistema de cánones aplicado a dispositivos con medidas tecnológicas de protección que restringen o limitan la posibilidad de copia privada supone una obligación de pago sin justificación alguna, habida cuenta que la posibilidad de copia no existe, o bien se gestiona por medio de dichas TPMs asegurando que el titular recibe la compensación correspondiente como parte del precio de la licencia por las copias autorizadas .

3. Falta de transparencia en la aplicación del canon

(258) Sin perjuicio de que las obligaciones relativas a la especificación del canon en factura y a la repercusión de la compensación a los clientes alcanza a todos los distribuidores, incluidos los minoristas que venden al usuario final (ver apartado 18 del Artículo 25 TRLPI), la realidad es que en la práctica las Entidades de Gestión solo vienen reclamando dicho desglose en la factura emitida por los fabricantes y mayoristas y revendedores a minoristas, pero no en relación con la factura emitida por el minorista al consumidor final.

(259) En este sentido, no conocemos de ninguna acción emprendida por las Entidades de Gestión contra cualesquiera minoristas o grandes superficies, ninguna de las cuales nos consta que detalle el canon en los recibos de venta al consumidor de productos sujetos al canon.

(260) Entendemos que esto obedece a una estrategia intencionada por parte de las Entidades de Gestión no solo para evitar dar transparencia a los consumidores sobre el impacto que el canon tiene en el precio final pagado por los productos, sino también que está pagando un importe que en cierta forma “legítima” al consumidor (aunque sea moralmente, ya que legalmente la excepción de copia privada se atribuye por la ley y es independiente del pago efectivo o no del canon) para hacer copias privadas de materiales protegidos.

4. Impacto en la estructura de la oferta de venta minorista de productos

(261) La alta litigiosidad existente en relación con la aplicación del canon por copia privada motivada por la extensa interpretación hecha por las Entidades de Gestión de los productos sujetos al canon y la aplicación discriminatoria de tarifas con carácter retroactivo, así como el alto nivel de mercado negro existente para determinados productos como consecuencia del elevado importe del canon comparado con el precio del producto, afecta a la propia estructura de la oferta de venta minorista de dichos productos en España (e incluso a los fabricantes establecidos en España, algunos de ellos ya desaparecidos).

(262) [REDACTADO] Así por ejemplo, la red de comercio minorista se ha reducido significativamente en los últimos años. La actuación de las Entidades de Gestión que se describe en esta Denuncia tiene gran parte de culpa sobre esta situación, y no cabe duda que la desaparición de un amplio espectro del comercio minorista tiene un impacto en el consumidor, que dispone de una menor oferta para la adquisición de múltiples productos (no solo aquellos sujetos al pago del canon).

5. Impacto en el desarrollo del mercado y la innovación (nuevos modelos de negocio y productos tecnológicos)

(263) Finalmente, hay que mencionar que las Entidades de Gestión denunciadas no tienen ningún interés en alterar el actual “*status quo*” de un sistema de cánones nacional en un mercado único fragmentado que les permite obtener sin esfuerzo elevados niveles de ingresos para financiar sus propias actividades. El desarrollo de modelos de negocio como el fomento de sistemas legítimos de descargas *online* iría en su contra, dado que se pasaría a un modelo de “copia licenciada” que en principio no debería ser compensable por medio de cánones, ya que se originaría un doble pago. Por los mismos motivos, no existe interés en desarrollar o implantar medidas tecnológicas que permitirían el desarrollo de esos nuevos modelos de negocio.

(264) La perpetuación de los sistemas de cánones basados en las especificaciones de productos (aplicación de un canon por incluir una funcionalidad meramente accesorio entre otras muchas, diferentes tarifas en función de la mera capacidad del dispositivo sin tener presente el uso real, etc.) supone que múltiples empresas tecnológicas decidan no

comercializar sus productos en España, o que adapten sus productos al mercado español a fin de minimizar el impacto del canon mediante la comercialización de un producto con “peor funcionalidad”, en perjuicio del consumidor.⁷³

(265) Finalmente, tampoco es descartable que en aquellos casos en que los grupos minoristas y fabricantes multinacionales tengan que decidir sobre la realización de una inversión para el desarrollo del mercado (campañas promocionales, pruebas de introducción de nuevos productos, etc.) en un Estado miembro sin canon y en otro con canon – como es España – en el que el retorno de la inversión puede ser inferior (mayores precios como consecuencia del canon, mayores costes de gestión, incertidumbre si no hay 100% de claridad sobre qué dispositivos pagan canon y cuáles no y cuál es la tarifa aplicable⁷⁴, etc.), parece razonable pensar que el comportamiento económico más eficaz será realizar esa inversión en el Estado miembro donde no existe canon, lo que también redundaría en perjuicio del consumidor español.

⁷³ Esta parece ser la causa de los retrasos que se han venido produciendo en la tardía introducción de los *e-book readers* en España, cuando ya se encontraban presentes en otros Estados miembro donde no existe sistemas de cánones, como sería Reino Unido y la desaparición de determinadas marcas/modelos de impresoras multifuncionales que no se comercializan en España o que son objeto de modificaciones técnicas como consecuencia del canon aplicable en los mismos (por ejemplo, para tener una menor velocidad de copia en el caso de los multifuncionales que exceden de 17 kg. de peso).

⁷⁴ Aunque la Orden PRE/1743/2008 ha supuesto un avance frente al régimen anterior en la definición de los dispositivos sujetos al canon, al producirse una mejor concreción de los mismos, la actuación “expansiva” de las Entidades de Gestión sigue causando incertidumbre sobre la sujeción o no determinados productos al canon.

Así por ejemplo, la sujeción al canon de los discos duros integrados o no que sean “idóneos” (“permitan” en la lectura de las Entidades de Gestión) para reproducir videogramas y fonogramas, en conjunción con la deficiente definición de los discos duros de ordenador exentos del canon (ver apartado Segundo.2) plantea múltiples dudas. Así por ejemplo ¿se aplica a la nueva tableta iPad de Apple el canon de los discos duros (12€), o el correspondiente a los dispositivos MP3 y MP4 (3,15€) o no se aplica canon alguno?. ¿Y qué ocurre con las agendas electrónicas con función teléfono?, ¿son asimilables a la categoría “teléfonos móviles con funcionalidad de reproducción de fonogramas en formato comprimido” sujeta al pago de 1,1€ o por el contrario no están sujetas al canon?. ¿Y con las grabadoras en formato Blu-Ray?, ¿se asimila a las grabadoras DVD?. ¿Y con las videoconsolas para juegos con disco duro?.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(266) Las Denunciantes consideran que el Reino de España ha incurrido en una infracción del artículo 106.1 del TFUE (antiguo artículo 86.1 TCE) en relación con una infracción del artículo 102 del TFUE (antiguo artículo 82 TCE) por parte de las Entidades de Gestión denunciadas al haber abusado éstas de su posición de dominio.

(267) Así, a la luz de los Hechos, se formulan los siguientes fundamentos de derecho:

PRIMERO: INFRACCIÓN POR EL REINO DE ESPAÑA DEL ARTÍCULO 106 DEL TFUE

(268) El artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”)⁷⁵ - antiguo art. 86 TCE - señala que:

“Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive”.

(269) Las Denunciantes estiman que el Reino de España ha incurrido en una infracción del artículo 106 del TFUE en relación con el artículo 102 del TFUE, al haber situado, en virtud de la normativa española de propiedad intelectual, a las Entidades de Gestión en una situación tal que facilita e incentiva que incurran en un abuso de su posición de dominio.

(270) Esta infracción es especialmente evidente si se considera que la Directiva 2001/29/CE es neutral sobre la forma que los Estados miembros decidan dar a la compensación equitativa⁷⁶ (que no ha de hacerse efectiva necesariamente por medio de un sistema de cánones) y que, sea cual sea el método y el procedimiento elegido, el Estado miembro de que se trate debe respetar los principios contenidos en la propia Directiva, así

⁷⁵ Las referencias realizadas a los artículos del TFUE han de entenderse realizadas, cuando corresponda, a los correspondientes artículos del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas.

⁷⁶ Background Document to the Second Call for Comments “Fair Compensation for Acts of Private Copying” (pág.4), Brussels, 14/02/2008.

como cualesquiera otros límites impuestos por el Derecho comunitario, incluyendo entre ellos los principios generales del Derecho comunitario (tales como el principio proporcionalidad y el principio de no discriminación) y la propia normativa de competencia contenida en los artículos 101 y siguientes del TFUE.

(271) La Opinión de la Abogado General Sr. Trstenjak presentadas el 11 de mayo de 2010 en relación con el Asunto C-467/08 es clara a tal respecto:

“72. En virtud de las anteriores consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el concepto de «compensación equitativa» del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 es un concepto autónomo de Derecho comunitario que todos los Estados miembros deben interpretar de manera uniforme y que cada Estado miembro debe aplicar, determinando para su territorio los criterios más pertinentes para garantizar el respeto de dicho concepto comunitario dentro de los límites impuestos por el Derecho comunitario y, en particular, por la Directiva.”

1. SOBRE EL CARÁCTER DE “EMPRESA” DE LAS ENTIDADES DE GESTION

(272) Tal y como se ha indicado, el artículo 106 TFUE prohíbe a los Estados miembros la adopción y/o mantenimiento respecto de las empresas públicas y aquellas “empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos”, de cualesquiera medidas contrarias a las normas de los Tratados, especialmente las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 a 109, encargando a la Comisión la función de velar por la aplicación de las disposiciones del artículo 106 del TFUE y, en tanto fuere necesario, dirigir a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.

(273) Por su parte, el artículo 102 del TFUE prohíbe “*la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante*”.

(274) Se trata por tanto de una prohibición que afecta exclusivamente a “empresas”, si bien hay que tener en cuenta que tanto la jurisprudencia como la doctrina o la propia legislación han considerado una definición amplia del concepto de empresa, a los efectos de la aplicación de los artículos 101, 102 y 106 del TFUE.

(275) A modo de ejemplo, la Disposición Adicional Cuarta.1 de la Ley española 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (“LDC”) considera que *“se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”*. Es decir, lo que determina el concepto de empresa a los efectos de las normas de defensa de la competencia es que se ejerza una actividad económica.

(276) Aunque el TFUE no contiene una definición similar a la de la LDC, la definición contenida en ésta no es más que el reflejo del concepto acuñado desde hace más de tres décadas por la jurisprudencia comunitaria. Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en el asunto *Hofner y Elser v Macrotron GmbH*⁷⁷ decía que:

“the concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed”.

(277) La jurisprudencia también se ha encargado de señalar que el hecho de que una entidad no tenga ánimo de lucro es indiferente para su consideración como empresa (por todas, vid. Sentencias en los casos *Van Landewyck v Comisión*, *P&I Clubs*, *Fédération Française des Sociétés d’Assurance* o *Albany International*).

(278) En este sentido, aunque las Entidades denunciadas mediante este escrito no tengan (presuntamente) ánimo de lucro e independientemente de que su forma de financiación difiera del tradicional en otras sociedades mercantiles, no cabe duda de que las Entidades de Gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual deben considerarse “empresas” en el sentido de lo previsto por la normativa comunitaria de competencia, a la luz de la jurisprudencia comunitaria.

(279) La consideración de las Entidades de Gestión como “empresas” a efectos de la aplicación del Derecho Comunitario de la Competencia no ha planteado mayores problemas desde que la Comisión lo confirmó por vez primera en su Decisión de 2 de junio de 1971 en el asunto GEMA.⁷⁸ La propia Comisión Europea ha considerado recientemente en su

⁷⁷ Caso C-41/90 (1991) ECR I-1979, (1993) 4 CMLR 306, para. 21.

⁷⁸ DOCE L 134, p. 15

Decisión de 16 de julio de 2008 (Asunto COMP/C2/38.698-CISAC) que las entidades de gestión son empresas en la medida que *“participan en la prestación comercial de servicios y por tanto ejercen actividades económicas”*.

(280) La misma conclusión ha alcanzado el TJUE al considerar que las entidades de gestión son “empresas” a efectos de aplicación del derecho de la competencia en sus Sentencias en los casos GVL⁷⁹, Basset⁸⁰, Tournier y Lucezau⁸¹ y Kanal 5 / Tele 4⁸², entre otras.

(281) Asimismo, son numerosos los casos en los que el Tribunal español de Defensa de la Competencia y la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) han aplicado las normas de defensa de la competencia a este tipo de entidades [por todas, ver Resoluciones del TDC de 13 de julio de 2006 (Expte. 593/05, Televisiones); y de la CNC de 4 de febrero de 2008 (Expte. R 714/07, Telecinco/AIE) y de 9 de diciembre de 2008 (Expte. 636/07, Fonogramas)].

(282) Por otro lado, habida cuenta de la frecuencia con que las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual suelen irrogarse un supuesto carácter de “servicio público”, entendemos conveniente pronunciarnos sobre la falta de aplicación del artículo 106.2 del TFUE, conforme al cual:

“Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.”

⁷⁹ Asunto 7/82 – Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL)/Comisión de las Comunidades Europeas.

⁸⁰ Asunto 402/85, G. Basset c. SACEM, sentencia del TJCE de 9 de abril de 1987 (Rec. P. 1747).

⁸¹ Asuntos acumulados 110/88, 241/88 y 242/88, François Lucazeau y otros/Société des Auteurs, Compositeurs y Editeurs de Musique (SACEM) y otros.

(283) A este respecto, cabe decir que esta previsión del artículo 106.2 TFUE no es aplicable a las Entidades de Gestión puesto que éstas ni tienen encomendada la prestación de servicios de interés económico general ni tienen carácter de monopolios fiscales. La Decisión de la Comisión Europea de 2 de junio de 1971 es muy categórica al señalar, en relación con la entidad de gestión alemana GEMA, lo siguiente:

“la GEMA n’est pas non plus chargée de la gestion de services d’intérêt économique général ; que, d’une part, une telle mission n’a été confiée ni par les dispositions de la loi du 9 septembre 1965 concernant la gestion des droits d’auteur et des droits voisins, ni par l’autorisation accordée à la GEMA en application du paragraphe 1 de cette loi »⁸³

(284) Lo mismo cabe decir de las Entidades de Gestión denunciadas en este escrito. Los servicios que el TRLPI encomienda a las Entidades de Gestión, de ninguna manera pueden entenderse como servicios de interés económico general en el sentido del artículo 106.2 del TFUE (por mucho que las propias entidades de gestión traten de aparentar e irrogarse una función de defensa del interés público nacional mediante la promoción de la “cultura”), sino que se trata meramente de intereses económicos privados de los titulares de derechos de propiedad intelectual.

2. SOBRE LA CONCESION DE PRERROGATIVAS “EXCLUSIVAS” O “ESPECIALES” EN BENEFICIO DE LAS ENTIDADES DE GESTION.

2.1.- Constitución de un monopolio o cuasi-monopolio legal

(285) La propia Comisión reconoce en su Comunicación sobre gestión de derechos de autor y derechos afines en el mercado interior (COM/2004/0261) de 16 de abril de 2004, la posible sujeción de las entidades de gestión al art. 106 TFUE (entonces artículo 86 TCE) en aquellos casos en que la entidad de gestión está constituida como un monopolio legal o recibe derechos especiales al amparo de la legislación nacional (párrafo 3.5.1 *in fine*):

⁸² Asunto C-52/07, sentencia del TJCE de 11 de diciembre de 2008 (cuestiones prejudiciales Kanal 5 y Tele 4 c. STIM).

⁸³ JO [1971] L 134/15 par. III.2.

“(…) Una sociedad de gestión colectiva puede estar debidamente constituida en la forma que elija o como lo exija el Derecho nacional, siempre que se ajuste a la legislación nacional pertinente y que el Derecho nacional respectivo no presente efectos discriminatorios, sin perjuicio del cumplimiento de los artículos 82 y 86 del Tratado y de la revisión con arreglo a los mismos, cuando la sociedad de gestión colectiva esté constituida como monopolio legal o cuando disfrute de derechos especiales en virtud del Derecho nacional.

(285) Este es precisamente el caso de las Entidades de Gestión denunciadas en España. El hecho de que existan ocho Entidades de Gestión en España y que ninguna de ellas tenga formalmente la exclusiva de la gestión del canon por copia privada, no significa que no estemos en presencia del reconocimiento a favor de estas organizaciones de facultades y ventajas “exclusivas” o “especiales”.

(286) Como se ha descrito en los Hechos y se explicará posteriormente, la normativa española concede a las Entidades de Gestión no solamente un monopolio o *cuasi-monopolio* de hecho para la gestión de derechos de propiedad intelectual, sino además también importantes prerrogativas para la aplicación del canon por copia privada en España.

(287) A tal respecto, en primer lugar, hay que tener presente que para poder actuar como entidad de gestión en España es necesario haber recibido previamente la oportuna autorización del Ministerio de Cultura, que habrá de publicarse en el Boletín Oficial del Estado (art. 147 TRLPI). Dicha autorización solo se concede si se cumplen determinados requisitos y está sometida a la valoración subjetiva por el propio Ministerio de Cultura del cumplimiento de requisitos tan generales como puede ser *“que la entidad solicitante reúne las condiciones necesarias para asegurar la eficaz administración de los derechos, cuya gestión le va a ser encomendada, en todo el territorio español.”* (art. 148 TRLPI).

(288) Asimismo, la autorización del Ministerio de Cultura limita los derechos de propiedad intelectual cuya gestión queda autorizada a la correspondiente Entidad de Gestión, tanto en términos de categoría de titular de derechos, como en términos de categorías de obra. Esta restricción se lleva a cabo asimismo por la necesaria obligación de autorizar los Estatutos de la entidad de gestión (que detallan los derechos concretos objeto de administración en relación con determinadas categorías de titulares y determinadas categorías de obras) y las sucesivas modificaciones de dichos estatutos (ver art. 148 a) y 151 TRLPI).

(289) En este sentido, cada una de las Entidades de Gestión de derechos de propiedad intelectual - individualmente consideradas - gozan de un monopolio para la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual en general, cada una para la categoría de titulares cuyos derechos gestionan (es decir, compositores y editores musicales -SGAE-; productores de fonogramas -AGEDI-; artistas musicales -AIE-, etc.). Ese monopolio de hecho se refuerza hasta convertirse en monopolio legal para la gestión de la compensación equitativa por copia privada respecto de cada una de las categorías de titulares de derechos representados por las mismas. En este sentido, nos remitimos al mapa de Entidades de Gestión en España que se expone en el párrafo (354) de esta Denuncia, el cual se ha mantenido prácticamente invariable en los últimos 15 años, y que ofrece el siguiente panorama:

| Modalidad de Fonogramas (música) | Modalidad de Videogramas (visual y audiovisual) | Modalidad de Libros y publicaciones asimiladas |
|---|---|---|
| AUTORES <ul style="list-style-type: none"> • <u>SGAE: 100%</u> | AUTORES <ul style="list-style-type: none"> • <u>SGAE : 97,92%</u> • <u>DAMA: 2,08%</u> | AUTORES <ul style="list-style-type: none"> • <u>CEDRO: 79,1%</u> (100% autores del texto) • <u>VEGAP: 20,9%</u> (100% autores plásticos) |
| ARTISTAS <ul style="list-style-type: none"> • <u>AIE: 100%</u> | ARTISTAS <ul style="list-style-type: none"> • <u>AISGE : 80%</u> (100% actores) • <u>AIE: 20%</u> (100% músicos) | <i>No aplicable</i> |
| PRODUCTORES <ul style="list-style-type: none"> • <u>AGEDI: 100%</u> | PRODUCTORES <ul style="list-style-type: none"> • <u>EGEDA: 100%</u> | EDITORES <ul style="list-style-type: none"> • <u>CEDRO: 100%</u> |

(290) Esta posición monopolística se refuerza por la normativa española de propiedad intelectual que, más allá de reconocer y establecer dicha situación monopolística por medio de la combinación del marco normativo y de los actos administrativos concretos de autorización,

introduce barreras de entrada que limitan y dificultan la competencia potencial o efectiva sobre dichas entidades.

(291) Así lo ha reconocido la CNC en su Informe, de 19.12.2009, sobre la Gestión Colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual (el “Informe CNC”) a que nos hemos referido en el apartado 3 del punto Primero de los Hechos de esta Denuncia (“*Algunos Datos Relevantes del Sector de las Entidades de Gestión*”) y que se acompaña como **documento nº 1**, donde se concluye que el poder de mercado de dichas entidades se explica por la confluencia de barreras legales, además de la existencia de economías de escala en la gestión de los derechos y de barreras de entrada estratégicas.

(292) En este sentido, la CNC afirma en su Informe⁸⁴ que, “[s]i bien la LPI no es incompatible con que puedan existir entidades de gestión que compitan entre sí, también es cierto que contiene previsiones que favorecen la actual configuración de mercado, esto es, la existencia de entidades monopolísticas gestoras de derechos”. A este respecto, la CNC identifica varias barreras legales tales como (i) la exigencia de una autorización previa del Ministerio de Cultura, (ii) la obligatoriedad de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual, o (iii) la necesidad de tratarse de entidades sin ánimo de lucro.

(293) Estos aspectos están desarrollados en la Sección III.2 del Informe CNC y los mismos son relevantes no solo a efectos de los derechos exclusivos que son el objeto principal del análisis del Informe CNC, sino también al objeto de analizar otros derechos de propiedad intelectual, como es la compensación equitativa por copia privada (el canon por copia privada) que es objeto de esta Denuncia.

(294) Sobre la primera de estas barreras legales - la necesidad de autorización previa - ya nos hemos referido al inicio de este apartado de la Denuncia: el artículo 147 del TRLPI establece la obligación de que las entidades sin ánimo de lucro que quieran adquirir el estatus de “entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual” en España debe **obtener previamente una autorización administrativa** que concede el Ministerio de Cultura tras previa valoración de la solicitud correspondiente.

⁸⁴ Ver párrafo 88 en sección “III.2. Barreras de Entradas Legales” (pág. 31).

(295) La obligación de disponer de autorización administrativa para actuar como entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual (y que esta autorización haya sido publicada en el Boletín Oficial del Estado) está prevista en España desde la Ley 11/1987, de Propiedad Intelectual. Posteriormente, esa obligación fue mantenida en el Real Decreto 1/1996, de 12 de abril que aprobó el TRLPI.

(296) Sin esa autorización se podría actuar como persona jurídica o comunidad de derechos, pero en ningún caso se pueden ejercer los derechos o potestades que el TRLPI concede a las Entidades de Gestión, no solo aquellos que son objeto de tratamiento específico en esta Denuncia (cobro del canon digital, deducciones del 20% para actividades asistenciales, formación y fomento, facultades auditoría, etc.) sino de otros muchos privilegios de gran trascendencia, como la habilitación procesal extraordinaria del artículo 150 TRLPI.

(297) El requisito de previa autorización ha vuelto a reafirmarse recientemente con ocasión de las modificaciones legales llevadas a cabo en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre que, a su vez, trae causa de la aprobación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre que incorpora la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior. En efecto, según la nueva redacción dada al artículo 147 del TRLPI por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre:

”Las entidades legalmente constituidas que tengan establecimiento en territorio español y pretendan dedicarse, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, deberán obtener la oportuna autorización del Ministerio de Cultura, con objeto de garantizar una adecuada protección de la propiedad intelectual. Esta autorización habrá de publicarse en el “Boletín Oficial del Estado.”

Como puede comprobarse, sin perjuicio de otro tipo de críticas que puedan hacerse al precepto que acabamos de transcribir, la Ley mantiene la barrera de entrada tan duramente cuestionada por la CNC, de forma que para adquirir la condición de entidad de gestión en España es necesario, en primer lugar, pasar por la ventanilla del Ministerio de Cultura, lo que, en otro orden de cuestiones, puede ser de dudosa procedencia a la vista del sentido de la Directiva 2006/123/CE.

(298) Por otro lado, en relación con la segunda barrera legal identificada en el párrafo (292) anterior, la compensación equitativa por copia privada se mantiene en su configuración

como un **derecho de gestión colectiva obligativa**, que en consecuencia queda reservado de forma exclusiva a las entidades de gestión colectiva debidamente autorizadas. Así, conforme al artículo 25.8 TRLPI:

"la compensación equitativa y única a que se refiere el apartado 1 [esto es, el canon por copia privada] se hará efectiva a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual."

(299) Es importante destacar que la Directiva 2001/29/CE no se ocupa de las sociedades de gestión, ni de la gestión colectiva y tampoco exige que la compensación equitativa por copia privada adopte forma de canon, ni sugiere siquiera que la misma sea objeto de gestión colectiva obligatoria (a diferencia de lo que ocurre con otras Directivas, como la Directiva 93/83/CEE del Consejo de 27 de septiembre de 1993, conocida como Directiva "Satélite-Cable" o "Cable-Distribución", que prevé la gestión colectiva para determinados derechos). La consideración de la compensación equitativa como un derecho sometido a la gestión colectiva obligatoria resulta, en consecuencia, del marco normativo español.

(300) Asimismo, en la medida que se interprete que dicho marco normativo otorga derechos especiales o exclusivos a las Entidades de Gestión que les habilita e incluso incentiva a abusar de su posición de dominio (en especial como resultado de decisiones autónomas de las Entidades de Gestión consecuencia del propio marco normativo existente), el Estado español está obligado a no mantener esta situación de concesión de derechos especiales o exclusivos que da pie a la violación del artículo 102 del TFUE. De hecho, el artículo 25.8 del TRLPI se debe interpretar en el sentido del artículo 106.1 del TFUE como la previsión normativa que confiere un derecho "exclusivo" (para cada entidad de gestión, dentro del ámbito de su autorización por el Ministerio de Cultura) o "especial" (para las Entidades de Gestión en su conjunto, y en el supuesto excepcional del solapamiento entre SGAE y DAMA para autores audiovisuales) cuando señala que:

"La compensación equitativa y única a que se refiere el apartado 1 se hará efectiva a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual".

(301) En línea con la jurisprudencia comunitaria⁸⁵ en esta materia, la concesión de este derecho exclusivo del legislador español a cada una de las Entidades de Gestión (o un derecho especial, en los casos arriba indicados) encaja perfectamente en la previsión del artículo 106.1 del TFUE:

- el derecho se establece mediante una medida estatal;
- el derecho se concede mediante ley (el TRLPI) o reglamento; y
- se reserva el ejercicio de una actividad económica (la gestión, cobro y reparto de la compensación equitativa por copia privada) solamente a una empresa (cada entidad de gestión para cada categoría de titular y obra) o a un número limitado de empresas (las Entidades de Gestión autorizadas en España, dentro del ámbito de la autorización).

(302) Aunque el TRLPI, en ningún momento, les confiere formalmente una posición de monopolio legal a las Entidades de Gestión, éstas actúan como monopolios *de facto* en la gestión de los derechos correspondientes.

(303) A tal respecto, si bien el apartado 9 del artículo 25 del TRLPI considera la posibilidad de que “*concurran varias entidades de gestión en la administración de una misma modalidad de compensación*”, la aplicación del apartado 25.9 TRLPI ha tenido su aplicación práctica en el sentido de que varias entidades de gestión concurren en la administración de una misma modalidad de compensación (por ejemplo fonogramas) aunque cada una lo hace en representación de una categoría de titulares diferente (SGAE de los autores; AIE de los intérpretes; AGEDI de los productores); una situación muy parecida con pequeños solapamientos se da para la modalidad de videogramas (dentro de la categoría de intérpretes, AISGE representa a los actores y AIE a los cantantes); el mismo monopolio de hecho cabe observar para la modalidad de libros (más aun si se observa que CEDRO incluye tanto a autores como a editores).

(304) La única excepción residual es la presencia adicional de DAMA para el colectivo autoral / directores y guionistas de obras audiovisuales, si bien su grado de representatividad

⁸⁵ Por todas, Sentencia del TJCE de 25 de octubre de 2001, asunto C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Rep I-8089, par 24.

es muy limitado (alrededor del 2% del 33% que corresponde a los autores en la modalidad de videogramas). Sin perjuicio de lo anterior, en este caso concreto podría aplicarse asimismo la concepción de “derechos especiales” (no “exclusivos”) a favor de SGAE y DAMA.

(305) En este sentido, es importante destacar que el hecho de que no exista formalmente un monopolio legal a favor de las Entidades de Gestión no evita la aplicación del art. 106.1 del TFUE, sino que se debe seguir un enfoque más funcional que formal para confirmar que existen derechos “exclusivos” (para cada Entidad de Gestión dentro del ámbito de su autorización) o “especiales” (para todas las Entidades de Gestión autorizadas en su conjunto, o para aquel mercado relevante excepcional donde confluyen dos entidades de gestión – SGAE y DAMA).

(306) Así, el TJUE ha reconocido que los derechos pueden ser de hecho exclusivos, aunque la medida que los conceda no los configure formalmente como exclusivos (o monopolios). Por ejemplo, en el asunto *La Crespelle*⁸⁶, el Tribunal concluye que el esquema previsto en Francia para la inseminación artificial de ganado conllevaba derechos “exclusivos” por la forma en que la legislación nacional operaba en la práctica, por medio de la concesión de autorizaciones a favor de una sola empresa *de hecho* para una zona geográfica determinada.

(307) Igualmente, el TJUE ha reconocido que los derechos exclusivos o especiales pueden derivarse de una serie de diferentes medidas legislativas y administrativas y no solo de un único acto (ver por ejemplo asunto T-266/97).

(308) De hecho, como hemos avanzado, el carácter dudoso de la compatibilidad de la normativa española de propiedad intelectual con el TFUE y muy particularmente con su artículo 106 ha sido puesto de manifiesto recientemente por la autoridad nacional de competencia española (CNC) en su Informe, en el que ha concluido que:

“(...) en la medida en que se pueda entender que es la propia legislación española de propiedad intelectual la que hace factible que las entidades de gestión adopten o puedan adoptar de forma reiterada comportamientos abusivos de su posición de dominio, no es del todo descartable conforme a la jurisprudencia comunitaria que la Comisión Europea pueda llegar a considerar que España es responsable de una infracción del artículo 86 del Tratado CE (actual art. 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) (...)” (énfasis añadido)

⁸⁶ Caso C-323/93 [1994] ECR I – 5077. Ver Opinión del Abogado General Gulmann.

2.2. Inducción al abuso de posición dominante mediante la concesión de amplias prerrogativas de determinación, recaudación y reparto del canon por copia privada

(309) La normativa española no solamente confiere una situación jurídica privilegiada a favor de las Entidades de Gestión por medio del otorgamiento de derechos “exclusivos” o “especiales” que resultan del régimen de autorización previa por parte del Ministerio de Cultura para actuar como entidad de gestión y de la configuración del derecho de compensación por copia privada como un derecho sometido a la gestión colectiva obligatoria, sino que además confiere a las Entidades de Gestión unas amplias prerrogativas que las induce a abusar de su posición de dominio.

(310) Esta situación jurídica evidentemente ventajosa en que sitúa la normativa española a las Entidades de Gestión ha de ser considerada como una infracción del artículo 106 del TFUE en conjunción con una infracción del artículo 102 del TFUE, tal y como lo ha interpretado la jurisprudencia comunitaria en el pasado:

*“93. Es preciso añadir, sin embargo, que el simple hecho de crear una posición dominante mediante la concesión de derechos exclusivos, en el sentido del artículo 90, apartado 1, del Tratado, no es, como tal, incompatible con el artículo 86 del Tratado. Un Estado miembro sólo infringe las prohibiciones contenidas en estas dos disposiciones cuando la empresa de que se trata es inducida, por el simple ejercicio de los derechos exclusivos que le han sido conferidos, a explotar su posición dominante de manera abusiva o cuando esos derechos puedan crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos (sentencias Höfner y Elser, antes citada, apartado 29; de 18 de junio de 1991, ERT, C-260/89, Rec. p. I-2925, apartado 37; *Merci convenzionali porto di Genova*, antes citada, apartados 16 y 17; de 5 de octubre de 1994, *Centre d'insémination de la Crespelle*, C-323/93, Rec. p. I-5077, apartado 18, y de 12 de febrero de 1998, *Raso y otros*, C-163/96, Rec. p. I-533, apartado 27).”* (énfasis añadido)

(311) Así, se puede decir que, por un lado, la normativa española regula ciertos aspectos de la aplicación de este canon que les pone en predisposición para abusar de su posición de dominio y, por otro lado, permanecen ciertas oscuridades que han servido a las Entidades de Gestión como “paraguas legal” para interpretar de manera abusiva la normativa y obtener unos beneficios ilícitos de dicho abuso. Gracias a la privilegiada situación jurídica conferida por la normativa española, dichas Entidades se han encontrado en situación de abusar de su posición de dominio establecida por ley, causando un grave perjuicio a la competencia en la venta de los equipos y soportes sujetos al canon, así como a los consumidores.

(312) En el sentido de la jurisprudencia arriba indicada, cabe afirmar que, como se ha explicado detalladamente en los Hechos, tanto el TRLPI en sus sucesivas versiones, como su normativa de acompañamiento, como los actos administrativos concretos del Ministerio de Cultura (o en muchos casos la falta de actuación) han venido situando a las Entidades de Gestión en una situación que claramente las induce a abusar de su posición de dominio. Esta situación se produce como consecuencia de las amplias facultades y el amplio margen concedidos a las Entidades de Gestión para ejercitar sus obligaciones y derechos conforme a dicha normativa.

(313) En concreto, el marco normativo español confiere a las Entidades de Gestión facultades quasi-legislativas (en particular a la hora de establecer e interpretar las disposiciones previstas en la normativa española relativas a la aplicación del canon por copia privada), recaudadoras (en particular en lo que se refiere al canon por copia privada) y ejecutivas (especial habilitación en la legitimación procesal, posibilidad de auditar a los supuestos deudores, elaboración de sus propias normas de reparto y criterios de prescripción de derechos, etc.).

(314) En este contexto, hay que tener presente que la jurisprudencia comunitaria considera contrario al artículo 106 del TFUE en *conjunción* con el artículo 102 del TFUE que una normativa sitúe a una empresa en un conflicto de interés, llevándola a abusar de la posición de dominio legalmente conferida:

“37. In that respect it should be observed that Article 90(1) [ahora Artículo 106(1)TFUE] of the Treaty prohibits the granting of an exclusive right to retransmit television broadcasts to an undertaking which has an exclusive right to transmit broadcasts, where those rights are liable to create a situation in which that undertaking is led to infringe Article 86 [ahora Artículo 102 TFUE] of the Treaty by virtue of a discriminatory broadcasting policy which favours its own programmes.”⁸⁷
(énfasis añadido)

(315) Igualmente, hay que tener presente que la jurisprudencia comunitaria considera contrario al artículo 106 del TFUE *en conjunción* con el artículo 102 del TFUE las situaciones de concesión de derechos “exclusivos” o “especiales” que favorecen la ineficiencia en el

⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18.6.1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou c Dimotiki Etairia Pliroforissis y Sotirios Kouvelas y Nicolaos Avdellas y otros*, asunto C-260/89. Rec. 1991, p. I-02925.

mercado como consecuencia de la actuación abusiva del concesionario de dichos derechos exclusivos o especiales. Este principio forma parte de la jurisprudencia comunitaria y se encuentra implícito en la resolución de diversos asuntos de aplicación del artículo 106.1 en conjunción con el artículo 102 del TFUE, como por ejemplo los casos *Silvana Raso* (sentencia del TJCE de 12 de febrero de 1998; asunto C-163/96), *GT-Link A/S* (sentencia del TJCE de 17 de julio de 1997; asunto C-242/95), *Merci* (sentencia del TJCE de 10 de diciembre de 1991; asunto C-179/90)⁸⁸ y *Ambulanz Glöckner* (sentencia del TJCE de 25 de octubre de 2001; asunto C-475/99)⁸⁹, entre otros.

(316) Pues bien, el grave retraso incurrido por el Reino de España en la transposición de la Directiva 29/2001/CE, por el que ya fue condenado por el TJUE en virtud de sentencia de 28 de abril de 2005 (asunto C-31/04), la deficiente transposición realizada finalmente mediante la Ley 23/2006 y la Orden PRE/1743/2008, y las amplias prerrogativas concedidas al amparo del marco normativo español a favor de las Entidades de Gestión en general y en relación con el canon por copia privada en particular, suponen una infracción del artículo 106 TFUE en relación con el artículo 102 TFUE, ya que sitúa a las Entidades de Gestión en una posición de conflicto de interés que les lleva a abusar de su posición dominante, favoreciendo la ineficiencia en la gestión de la compensación por copia privada, ya que por ejemplo, la

⁸⁸ Las modalidades de abuso de posición dominante enunciadas en este asunto guardan cierto paralelismo en la tipificación de las conductas abusivas con los comportamientos denunciados en este documento, tal y como se verá más adelante:

“17. However, the Court has had occasion to state, in this respect, that a Member State is in breach of the prohibitions contained in those two provisions if the undertaking in question, merely by exercising the exclusive rights granted to it, cannot avoid abusing its dominant position (see the judgment in Case C-41/90 Hoefner, cited above, paragraph 29) or when such rights are liable to create a situation in which that undertaking is induced to commit such abuses (see the judgment in Case C-260/89 ERT, cited above, paragraph 37).

18. According to subparagraphs (a), (b) and (c) of the second paragraph of Article 86 of the Treaty, such abuse may in particular consist in imposing on the persons requiring the services in question unfair purchase prices or other unfair trading conditions, in limiting technical development, to the prejudice of consumers, or in the application of dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties.”

⁸⁹ Así por ejemplo, el TJCE dispone en el asunto *Ambulanz Glöckner* que: *”64. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si efectivamente las organizaciones de asistencia sanitaria que pudieran ocupar una posición dominante en los mercados de que se trata pueden satisfacer la demanda y cumplir no sólo su obligación legal de prestar los servicios de asistencia médica de urgencia en todas las situaciones y 24 horas al día, sino también prestar los servicios de transporte de enfermos de manera eficaz.”*

práctica ha demostrado que no tienen incentivos para aplicar las exoneraciones que pudieran ser procedentes de conformidad con los límites impuestos por el Derecho Comunitario en general y la Directiva en particular (usos profesionales o empresas licenciadas, unidades destinadas a la exportación, copias licenciadas, dispositivos dotados de medidas tecnológicas de protección, etc.), así como en el reparto del canon a los titulares legítimos (falta de identificación de los titulares legítimos – en especial no socios -, etc.), y todo ello porque las Entidades de Gestión no tienen en realidad incentivo alguno para comportarse de forma tan eficaz como se comportarían, por ejemplo, en un contexto hipotético de mercado realmente competitivo, en el que las Entidades de Gestión se viesan condicionadas a aplicar unas tarifas verdaderamente ajustadas a precios mercado (fruto de la tensión competitiva y la negociación entre las partes) y al valor económico real de la contraprestación correspondiente (la copia privada), así como forzadas a respetar y reconocer las excepciones que se derivan de la normativa comunitaria y que ahora ni siquiera se plantean ya que no tienen amenaza alguna que les obligue a actuar debidamente. Un contexto competitivo en el que los deudores, por ejemplo, pudieran contratar con una entidad de gestión de su elección la actuación como “ventanilla única” para el pago de la compensación por copia privada de los dispositivos comercializados en España y, eventualmente, otros Estados miembros de la Unión Europea.

(317) Esta **ineficiencia del sistema**, provocada por la posición monopolista y la actuación abusiva de las Entidades de Gestión, sitúa en última instancia al mercado español y, por tanto, **a los consumidores finales, en unas condiciones más gravosas** que en otros países de nuestro entorno (en distintos aspectos, como puede ser no sólo la aplicación de un mayor precio final por los dispositivos sujetos al canon por copia privada, sino también la aplicación de cánones en dispositivos no gravados en otros países o en relación con transacciones comerciales – ventas a empresas, exportaciones, ... – que tampoco están sujetas a canon).

(318) Antes de detallar cada una de esas prerrogativas de determinación, recaudación y reparto de la compensación equitativa por copia privada, hay que destacar el factor que, a nuestro entender, actúa como más relevante en la inducción de las Entidades de Gestión para explotar su posición dominante de manera abusiva: la apropiación del 20% de los ingresos del canon para la financiación de sus actividades asistenciales y culturales, en muchos casos en competencia con otras entidades de gestión extranjeras o con otros operadores empresariales.

2.2.1. Deducción del 20% del canon para financiación de actividades asistenciales y promocionales.

(319) Tal y como se ha expuesto en los párrafos (82) y siguientes de esta Denuncia, las Entidades de Gestión realizan una actividad asistencial, promocional y de formación entre sus asociados, para lo que se nutren mayoritariamente de un descuento del 20% de lo recaudado por copia privada que tiene su amparo legal en una norma estatal, en concreto el artículo 155 TRLPI y el artículo 39 del Real Decreto 1434/1992.

(320) Pues bien, esta deducción constituye una verdadera prerrogativa para las Entidades de Gestión ya que:

- (a) Por un lado, coloca a las Entidades de Gestión en una situación de conflicto de interés, ya que tendrán un interés propio, distinto del interés de recaudar para sus socios, en maximizar la recaudación del canon a toda costa, ya que el mismo se convierte en la mayor fuente de financiación del desarrollo de determinadas actividades que son propias de cualquier entidad de gestión. Tal y como se indica en el Informe AEVAL referido en los párrafos 0 y siguientes de esta Denuncia, esta deducción alcanzó en 2007 un total de 19.422.285€, representando el 61,7% del total destinado a estas actividades por las Entidades de Gestión.
- (b) Por otro lado, les coloca en una situación de ventaja competitiva frente a otras entidades de gestión de otros Estados Miembros que no cuentan con esta fuente de financiación directa y que, en consecuencia, tienen menor financiación para prestar determinados servicios a favor de sus socios y para captar nuevos socios, y que a mayor abundamiento, para disponer de fondos comparables tendrían que detraer esas cantidades del tradicional descuento de administración y gestión o del reparto de los derechos de compensación por copia privada u otros derechos, colocándose en este caso en una peor situación competitiva para atraer socios por medio de un reducido descuento de administración y gestión que se ven obligadas a incrementar para financiar esas actividades.

Esta situación de ventaja competitiva puede tener un impacto en “mercados vecinos”, como podría ser por ejemplo la concesión de licencias pan-europeas para música en Internet, ya que las Entidades de Gestión receptoras de estos fondos tendrán menos

costes operativos, puesto que la financiación de este tipo de actividades se realiza por unos fondos “ad hoc” de los que no disponen otras entidades de gestión en otros países y las Entidades de Gestión denunciadas con un programa asistencial muy intensivo en ayudas tienen mayor capacidad para atraer un mayor número de socios y un repertorio más amplio que las entidades de gestión que no disponen de esta fuente de financiación.

Asimismo, hay que tener en cuenta que la compensación por copia privada es un derecho de gestión colectiva obligatoria, por lo que no hay verdadera “competencia” para gestionarlo, por lo que la deducción de ese 20% que afecta directamente al importe de las cantidades finalmente repartidas a los titulares, no supone un perjuicio competitivo para las Entidades de Gestión en España, ya que en cualquier caso los titulares tienen que gestionar ese derecho a través de las mismas.

(321) Finalmente, entendemos que existe también un componente de discriminación por nacionalidad, ya que:

- (a) Estas deducciones se realizan sobre el total de la recaudación por cánones de copia privada en España, que incluye también derechos correspondientes a titulares de otros Estados miembros.
- (b) Habida cuenta que la inversión se realiza a nivel nacional, las actividades de fomento de la cultura beneficiaran mayoritariamente a los socios de la entidad que serán mayoritariamente nacionales y/o subsidiariamente a otros titulares nacionales; la misma redundaría en principio en beneficio de los titulares de derechos nacionales, no en favor de los titulares de otros Estados miembros. Asimismo, las actividades asistenciales benefician sólo a los socios de la entidad, que serán mayoritariamente nacionales.

2.2.2. Otros privilegios en la determinación, recaudación y reparto de la compensación equitativa por copia privada.

(322) El marco normativo español concede otros privilegios adicionales a favor de las Entidades de Gestión denunciadas, que tampoco son menores y les coloca en una situación que les permite abusar de su posición de dominio y favorece su actuación ineficiente.

(323) En relación con las **prerrogativas en la negociación del canon**, el apartado 6 del artículo 25 del TRLPI prevé que sean las Entidades de Gestión las que negocien, durante un plazo de tres meses, con las asociaciones sectoriales de deudores en el sentido del TRLPI, la compensación equitativa o canon por copia privada, así como los productos sujetos al pago de dicha compensación.

(324) En caso de alcanzarse un acuerdo, los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio podrían, en su caso, recoger en una orden ministerial conjunta dicho acuerdo sin modificaciones o, mediante motivación, con desviaciones. Sin embargo, más relevante es el hecho de que, en caso de que no se alcanzase un acuerdo o no se apruebe la orden ministerial, se prolongará la vigencia de la orden anterior.

(325) Esto lleva, *de facto*, a que la orden ministerial anterior suponga un “precio mínimo” en la negociación, puesto que las Entidades de Gestión no tendrán ninguna motivación para negociar un precio inferior, sino que, en su caso, optarán por no llegar a un acuerdo y forzar la prórroga de la orden ministerial vigente.

(326) Este elemento tiene como consecuencia una mayor desigualdad en las negociaciones entre Entidades de Gestión y asociaciones sectoriales, que viene a ahondar en la posición de indudable poder de negociación de que gozan las Entidades de Gestión gracias a su estatus legal de quasi-monopolio. Esta situación de desigualdad debe considerarse agravada por las facultades “recaudatorias” de las Entidades de Gestión a que nos referimos a continuación, que permite que las mismas puedan adoptar represalias en relación con los productos vendidos en el pasado (por ejemplo mediante la reclamación retroactiva del canon sobre determinados productos forzando la letra y el espíritu de la norma), como ya ocurrió en la negociación llevada a cabo el año 2003 que culminó con el Acuerdo ASIMELEC.

(327) En relación con las **prerrogativas de recaudación del canon**, cabe destacar:

- (a) La **facultad de auditoría** de los deudores principales y de los deudores solidarios del canon por copia privada, en los términos previstos en los apartados 22 y 23 del Artículo 25 TRLPI., que supone un derecho excepcional que no encuentra paralelo alguno en la legislación española para ningún otro acreedor.

- (b) La facultad de reclamar el canon tanto al deudor principal como al deudor solidario no solo en procedimientos conjuntos sino por medio de procedimientos independientes (ver apartado 21 del Artículo 25 TRLPI).
- (c) La facultad unilateral de emitir los correspondientes certificados que sirvan como base de la exoneración de los usuarios licenciados (ver epígrafe a) del Artículo 25.7.TRLPI).
- (d) La posibilidad de solicitar el embargo previo de los equipos y soportes en caso de que el deudor principal o solidario discuta la legitimidad del mismo (ver apartado 21 del Artículo 25 TRLPI).
- (e) La consideración de los deudores principales y los responsables solidarios como “depositarios” de la compensación devengada hasta el efectivo pago de ésta (ver apartado 16 del Artículo 25 TRLPI), lo que en la práctica coloca a las Entidades de Gestión en una posición privilegiada para poder amenazar a los deudores en caso de disputar la legitimidad del cobro, con el ejercicio de acciones penales por apropiación indebida para la defensa de su derecho de crédito.
- (f) La especial habilitación en la legitimación procesal para representar a la totalidad de los titulares de derechos correspondientes a la categoría de titulares y modalidad de copia privada para cuya gestión han sido autorizada por el Ministerio de Cultura, sean o no socios de la entidad, y sin necesidad de acreditar la existencia de mandato expuesto (ver Artículo 150 TRLPI).
- (g) El establecimiento de unos mínimos recaudatorios (34.800.000 euros para la modalidad de libros; 75.400.000 euros para las modalidades de audio y video), de modo que se pueda modificar el importe de las compensaciones establecidas en la Orden Ministerial en caso de no alcanzar esos mínimos (ver Apartado Tercero de la Orden PRE/1743/2008).
- (h) La facultad de modificar unilateralmente, por acuerdo entre las Entidades de Gestión, los repartos porcentuales entre las diferentes modalidades de reproducción (libros, audio y video) del importe de la compensación por copia privada correspondiente a cada dispositivo (Apartado Segundo, epígrafe 2 de la Orden PRE/1743/2008), de

modo que los acreedores podrían pasar a estar sometidos a las facultades de auditoría, liquidación, etc. de las Entidades de Gestión representativas de otras modalidades de copia privada diferentes de las originarias, incluso en el caso de que ello agrave la carga administrativa de gestión del canon para el deudor (por ejemplo, porque pasa de tener que presentar liquidaciones a 2 ó 3 entidades a hacerlo con 8 entidades).

(328) Finalmente, en relación con las **prerrogativas de reparto** ya hemos indicado la importancia que tiene la prerrogativa (aunque la ley hable de “obligación”) de deducir un 20% de los ingresos del canon para financiar actividades asistenciales y de promoción prevista en el artículo 155 TRLPI y artículo 39 del Real Decreto 1434/1992.

(329) A esta vía de financiación privilegiada para las Entidades de Gestión españolas, hay que sumar otros privilegios adicionales como es la amplia discrecionalidad para determinar sus propias reglas de reparto de las cantidades cobradas (ver Artículo 154 TRLPI), que supone que las Entidades de Gestión puedan establecer (como de hecho lo hacen) normas que benefician a sus socios (frente a otros titulares), o a determinados colectivos de socios, así como la existencia de grandes cantidades pendientes de reparto que finalmente acaban en las arcas de la propia entidad o de sus socios, como hemos referido brevemente en el párrafo (51) de esta Denuncia y se describe en el Informe AEVAL (1ª fase) también mencionado.

2.3.- Sobre la incorrecta transposición de la Directiva 2001/29/CE

(330) Por otro lado, cabe indicar que el marco normativo previsto por el Reino de España para las Entidades de Gestión y para la compensación equitativa por copia privada supone no solo una infracción del artículo 106 del TFUE, sino también una infracción por el Reino de España de su obligación de transposición correcta de la Directiva 2001/29/CE.

(331) Esta transposición incorrecta tiene su reflejo en que la normativa de propiedad intelectual en España no respeta ciertos principios fundamentales establecidos en dicha Directiva y en especial, en la forma en que las Entidades de Gestión denunciadas vienen haciendo uso de los privilegios que le concede el marco normativo sectorial para reforzar esa incorrecta transposición, que lleva a graves abusos tales como por ejemplo que (i) la cuantía

fijada para la compensación equitativa por copia privada no guarde relación con el uso para fines de copia privada y con el daño causado como resultado del mismo y que (ii) no se tenga en consideración el destino de los equipos y soportes alcanzados por la obligación de pagar el canon.

(332) Sin perjuicio de que el incumplimiento de la obligación de correcta transposición pueda ser objeto de un procedimiento de denuncia separado ante otras instancias de la Comisión Europea diferentes de la Dirección General de Competencia, entendemos que dicho incumplimiento es también relevante a los efectos de valorar cómo el marco normativo aprobado por el Reino de España para la compensación equitativa por copia privada, conjuntamente con las prerrogativas concedidas a favor de las Entidades de Gestión denunciadas en relación con el canon por copia privada, pone a estas Entidades en situación de predisposición para abusar de su posición dominante, como efectivamente viene ocurriendo, lo que supone nuevamente una infracción del artículo 106 del TFUE en relación con el artículo 102 del TFUE.

(333) Se ofrece una exposición más detallada de dichos incumplimientos en el **documento nº 27** adjunto. No obstante, nos permitimos avanzar que las conclusiones propuestas en la Opinión de la Abogado General Sr. Trstenjak presentadas el 11 de mayo de 2010 en relación con el Asunto C-467/08 muestran claramente la discrepancia existente entre el marco normativo español (o la lectura que del mismo hacen las Entidades de Gestión) y la Directiva 29/2001/CE, de la que se vienen aprovechando las Entidades de Gestión en el ejercicio de las prerrogativas que les han sido conferidas:

“78. En cuanto a la segunda parte de la cuestión, ha de señalarse ante todo que la finalidad de la «compensación equitativa», en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, no consiste en indemnizar a los titulares de derechos por la comisión de actos ilegales relativos a la reproducción no autorizada de obras y prestaciones protegidas. Sólo existe derecho a una compensación por copia privada en caso de que lo autorice la normativa en materia de derechos de autor del Estado miembro. (56) El hecho de que pueda constatarse una infracción generalizada del derecho de reproducción, en principio exclusivo, que corresponde al autor –como sucede por ejemplo en Internet mediante las redes de intercambio de archivos denominadas P2P («peer to peer»)– no es relevante a efectos del citado precepto de la Directiva ni puede considerarse un factor a la hora de buscar un equilibrio entre los intereses de los

titulares de derecho y de los usuarios. (57) En efecto, este tipo de copias ilegales suele tener fines comerciales. En todo caso, tienen una finalidad distinta del «uso privado» en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, por lo que no están incluidas en la posibilidad de limitar el derecho de autor. (...)

1. Requisito de la relación entre la compensación y el presumible uso para la realización de copias privadas (...)

89. Así pues, existe ciertamente una conexión entre la realización de una copia privada y la retribución adeudada, y ello con independencia de cuál sea el sistema retributivo que el Estado miembro haya establecido concretamente para la compensación de las copias privadas y de que acaso se financie mediante un canon. Por consiguiente, desde el punto de vista del legislador comunitario, ha de exigirse que entre el canon en cuestión y el uso de los aparatos y dispositivos de almacenamiento antes citados exista cuando menos una relación suficientemente estrecha.

3. Compatibilidad del sistema de gravamen español con la Directiva 2001/29 (...)

111. Por consiguiente, procede responder a la quinta cuestión prejudicial que un sistema nacional que prevé la aplicación de un canon por copia privada a todos los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital de forma indiscriminada no es compatible con el artículo 5, apartado 2, letra b) de la Directiva 2001/29, por cuanto dejaría de existir una adecuada correspondencia entre la compensación equitativa y la limitación del derecho por copia privada que la justifica, al aplicarse el canon en gran medida a supuestos de hecho distintos en los que no existe la limitación de derechos que justifica la compensación económica.”

2.4.- Conclusiones

(334) A la luz de la jurisprudencia y de lo anteriormente expuesto, en la medida en que la normativa española aplicable sitúa a las Entidades de Gestión en una posición de conflicto de intereses que les lleva a abusar de su posición dominante y actuar de forma ineficiente (respecto al mercado, no respecto a su propia maximización de ingresos a toda costa), nos encontramos ante una infracción del artículo 106 del TFUE en relación con el artículo 102 del TFUE.

(335) Esta situación resulta aún más flagrante en la medida en que se ha reconocido tácitamente por el Estado la posibilidad de que las Entidades de Gestión, amparadas por las facultades que les son reconocidas en la ley, realicen actuaciones e interpretaciones *ultra legem* - cuando no *contra legem* -, tendentes a aumentar sus ingresos por cobro del canon de copia privada.

(336) Tal como ha quedado de manifiesto en los Hechos narrados, esta posibilidad ha sido ampliamente explotada por las Entidades de Gestión en lo que cabe calificar como una estrategia general de enriquecimiento injustificado por aplicación extensa del canon por copia privada. Así, esta estrategia general ha tenido su reflejo en una serie de comportamientos concretos que, como expondremos a continuación, constituyen evidentes abusos por parte de una empresa en situación de dominio, estando dicha actuación sustentada por su privilegiado estatus jurídico concedido por el Reino de España en clara contravención del artículo 106 del TFUE.

(337) En línea con lo expuesto, a continuación nos referimos a las conductas abusivas realizadas por las Entidades de Gestión en infracción del artículo 102 del TFUE en virtud de la normativa de propiedad intelectual española.

SEGUNDO: INFRACCIÓN POR LAS ENTIDADES DE GESTIÓN COLECTIVA DEL ARTÍCULO 102 DEL TFUE

(338) El artículo 102 del TFUE considera incompatible con el mercado interior y, por lo tanto, prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre Estados miembros, la “*explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo*”.

(339) El carácter de “empresa” de las Entidades de Gestión ha sido objeto de tratamiento en los párrafos (272) y siguientes de esta Denuncia. Como hemos expuesto en otro lugar de esta Denuncia, cada una de las Entidades de Gestión colectiva ostenta, en su ámbito de actividad, una posición de dominio en una parte sustancial del mercado único (sección 0 infra), de la que habría abusado (Sección 0 infra), afectando de forma apreciable al comercio entre los Estados miembros (Sección 0 infra).

1. POSICIÓN DE DOMINIO DE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN EN UNA PARTE SUSTANCIAL DEL MERCADO INTERIOR

1.1. Definición del mercado relevante

Mercado de Producto

(340) En el siguiente cuadro se señalan las Entidades de Gestión en España y el colectivo al que representan:

| Nombre | Siglas | Año de autorización | Colectivo de titulares representado |
|---|--------|---------------------|--|
| Entidades de autores | | | |
| Sociedad General de Autores y Editores | SGAE | 1988 | Editores y autores de obras musicales, audiovisuales, literarias, dramáticas y coreográficas |
| Centro español de derecho reprográfico | CEDRO | 1988 | Editores y autores de obras impresas |
| Visual Entidad de Gestión de artistas plásticos | VEGAP | 1990 | Autores de obras de la creación visual |
| Derechos de autor de obras audiovisuales | DAMA | 1999 | Directores-realizadores y guionistas de obras audiovisuales |
| Entidades de artistas intérpretes o ejecutantes | | | |
| Artistas intérpretes o ejecutantes, sociedad de gestión de España | AIE | 1989 | Artistas intérpretes o ejecutantes musicales |
| Artistas intérpretes, sociedad de gestión | AISGE | 1990 | Artistas intérpretes o ejecutantes actorales |
| Entidades de productores | | | |
| Asociación de gestión de derechos intelectuales | AGEDI | 1989 | Productores de fonogramas |
| Entidad de Gestión de derechos de los productores audiovisuales | AGEDA | 1990 | Productores audiovisuales |

Fuente: Informe de la CNC

(341) La definición del mercado relevante en el que operan las Entidades de Gestión como mercado de los servicios de gestión de los derechos que corresponden a los asociados de cada una de dichas Entidades de Gestión ha sido históricamente reconocida por las autoridades comunitarias⁹⁰ y españolas⁹¹ de defensa de la competencia.

⁹⁰ Decisión de la Comisión Europea de 8.10.2002, en el asunto COMP/C2/38014 - IFPI Emisión Simultánea y sentencia del TJCE de 2.3.1983 en el asunto 7/82, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) c Comisión*, Rec. 1983, p. 483.

⁹¹ Resolución del TDC de 25.1.2002 en el expediente 511/01, *Vale Music/SGAE*.

(342) Así, la Comisión Europea en sus dos Decisiones en el asunto *Sony/BMG*⁹², al igual que en *Seagram/Polygram*⁹³, consideró que según la explotación de los distintos tipos de derechos es posible definir mercados separados de producto para cada categoría de derechos.

(343) Asimismo, en la ya citada Decisión *CISAC*, la Comisión Europea consideró que los mercados afectados por las conductas denunciadas eran tres: a) la prestación de servicios de administración de derechos de autor a los titulares, b) la prestación de servicios de administración de derechos de autor a otras sociedades de gestión, y c) la concesión de licencias a usuarios comerciales sobre los derechos de ejecución pública para la difusión vía satélite, por cable y en Internet.

(344) En lo que respecta a las Entidades de Gestión en España, las autoridades españolas han analizado en varias ocasiones el mercado relevante en expedientes relativos a abusos de posición de dominio de las Entidades de Gestión, concluyendo que el mercado relevante era el de la gestión de determinada categoría de derechos de autor y/o derechos afines de sus asociados.

(345) Así, en *Onda Ramblas / AGEDI*⁹⁴, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia español (“TDC”) entendió que el mercado relevante, en el que AGEDI ostentaba una posición de dominio, era el mercado de la gestión de los derechos que corresponden a los productores de fonogramas por la comunicación pública mediante radiodifusión de sus obras musicales.

(346) De manera similar, en el asunto *Propiedad Intelectual Audiovisual*,⁹⁵ el TDC consideró que EGEDA ostenta el monopolio de gestión de los derechos de comunicación pública de los productores de grabaciones audiovisuales, AISGE el monopolio de la gestión de los derechos de comunicación pública de los actores de grabaciones audiovisuales y AIE

⁹² Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2004 (Asunto n° COMP/ M.3333 - Sony/BMG), apartados 25 y 26 (OJ L 62, 9.3.2005, p. 30).

⁹³ Decisión de la Comisión de 3 de octubre de 2007 (Asunto n° COMP/M.3333 –SONY/BMG, apartado 22 (DO (OJ C 94, 16.4.2008, p. 19).

⁹⁴ Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006, en el expediente 430/98, *Onda Ramblas / AGEDI*.

⁹⁵ Resolución del TDC de 27 de julio de 2000 en el expediente 465/99, *Propiedad Intelectual Audiovisual*

el monopolio de la gestión de los derechos de comunicación pública de los intérpretes musicales de esas mismas grabaciones.

(347) Por su parte, el TDC consideró en su decisión de 31 de mayo de 2007 relativa al Acuerdo ASIMELEC (adjunta como parte del **documento nº 7**) que el mercado relevante estaba constituido por:

“(…) “los derechos de propiedad intelectual sobre obras protegidas que dan lugar a una compensación por el límite al ejercicio de dichos derechos que supone la copia privada.” En este mercado tenemos, por un lado, a los “oferentes” de la obra protegida – las Entidades de Gestión en representación de los propietarios del derecho que genera la obra protegida – y, por otro lado, a los demandantes de esta obra protegida – los consumidores finales que quieren realizar una copia privada de esos derechos -. En este mercado el canon o remuneración es asimilable al precio a pagar por adquirir – realizar en este caso – una copia privada.”

(348) Pues bien, en relación con los anteriores precedentes en la definición del mercado relevante, hay que tener presente que el marco normativo español, sin perjuicio de indicar que se trata de *“una compensación equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas,”* (apartado 1 art. 25 TRLPI; ver asimismo apartados 7.d, 8 y 9 del mismo precepto) hace una clara “partición” de la compensación equitativa por copia privada aplicable a cada uno de los dispositivos gravados de conformidad con las siguientes reglas:

- (a) Por un lado, establece el porcentaje del canon que sobre cada dispositivo corresponde a cada una de las modalidades de reproducción (fonogramas, videogramas y libros).
- (b) Por otro lado, dentro de cada modalidad de reproducción, atribuye un porcentaje a cada categoría de titular de derechos de propiedad intelectual (autores, artistas y productores).

Esta representatividad lleva al siguiente reparto del canon digital para cada categoría de titulares en relación con la modalidad de reproducción de que se trate:

| | Modalidad de Fonogramas | Modalidad de Videogramas | Modalidad de Libros y publicaciones asimiladas |
|-------------------------------|-------------------------|--------------------------|--|
| Autores | 50% canon música | 33,33% canon video | 55% canon libros |
| Artistas | 25% canon música | 33,33% canon video | - |
| Productores / Editores | 25% canon música | 33,33% canon video | 45% canon libros |
| TOTAL | 100% | 100% | 100% |

Nota: El porcentaje del reparto correspondiente a cada modalidad de reproducción (fonogramas, videogramas y libros) entre las diferentes categorías de titulares (autores, artistas, productores / editores) está previsto en el artículo 36 RD 1434/1992.

(349) La regla segunda de la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, establece la distribución de las cantidades asignadas a cada dispositivo entre las diferentes modalidades de reproducción de libros, de audio y video y el artículo 36 del Real Decreto 1434/1992 establece las reglas de distribución de cada categoría de titulares respecto a cada modalidad de reproducción.

(350) Como se ha indicado, si bien el Art. 25.1 TRLPI establece que se trata de “*una compensación equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas*” (audio, video, libros), a su vez hay una subsecuente partición entre la compensación correspondiente a cada categoría de titular (autor, interprete, productor) para cada modalidad de reproducción conforme a lo dispuesto en el artículo 36 del Real Decreto 1434/1992.

(351) Así, el deudor de los dispositivos sujetos al canon debe abonar las cantidades que correspondan para cada tipo de producto en diversas “partes”, en relación de la modalidad de reproducción a que esté afecto cada producto (audio, video, libros) y en función de cada categoría de titular (autor, artista, productor). Existe una clara delimitación entre cada una de las ocho partes detalladas anteriormente (autores de audio, artistas de audio, productores de audio / autores de video, artistas de video, productores de video / autores de libros, editores de libros), de modo que el deudor de la compensación debe liquidar la *parte* que corresponde a

cada una de estas combinaciones de (i) modalidad de reproducción (libros, fonogramas, audiovisual) y (ii) categoría de titular (autor, artista, productor / editor).

(352) En consecuencia, las Denunciantes consideran más adecuado que el mercado relevante se defina mediante la combinación de cada una de las modalidades de reproducción objeto de compensación por un lado, y de cada categoría de titular de derechos de propiedad intelectual por el otro, lo que daría lugar a los siguientes mercados relevantes:

Fonogramas

- i. Gestión del derecho de compensación equitativa por copia privada en la modalidad de fonogramas a favor de los autores.
- ii. Gestión del derecho de compensación equitativa por copia privada en la modalidad de fonogramas a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes.
- iii. Gestión del derecho de compensación equitativa por copia privada en la modalidad de fonogramas a favor de los productores.

Videogramas (obras visuales y audiovisuales)

- iv. Gestión del derecho de compensación equitativa por copia privada en la modalidad de videogramas a favor de los autores.
- v. Gestión del derecho de compensación equitativa por copia privada en la modalidad de videogramas a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes (con una posible diferenciación entre los actores por un lado, y los intérpretes de la música, de forma similar a como dispuso el TDC en el caso *Propiedad Intelectual Audiovisual* referido en el párrafo (346) anterior).
- vi. Gestión del derecho de compensación equitativa por copia privada en la modalidad de videogramas a favor de los productores.

*Libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente*⁹⁶

- vii. Gestión del derecho de compensación equitativa por copia privada en la modalidad de libros y publicaciones asimiladas a favor de los autores. (respecto a esta, también cabría distinguir asimismo entre la parte correspondiente a los autores de la obra escrita y la parte que corresponde a los autores de la obra visual).
- viii. Gestión del derecho de compensación equitativa por copia privada en la modalidad de libros y publicaciones asimiladas a favor de los editores.

Mercado Geográfico

(353) En lo que respecta a la dimensión geográfica del mercado relevante, en los citados precedentes comunitarios y españoles se ha considerado que se trataba de un mercado nacional que abarcaría el territorio español. Esta dimensión nacional del mercado viene determinada muy particularmente por la normativa nacional que establece regímenes de gestión de derechos de propiedad singulares en cada Estado miembro y, en especial, por la necesaria autorización del Ministerio de Cultura para operar como entidad de gestión con establecimiento en España . En lo que se refiere a las características del régimen español de gestión de derechos de propiedad intelectual, éste ha sido ampliamente descrito en los Hechos de la presente Denuncia, a los que nos remitimos.

⁹⁶ Conforme a lo previsto en el artículo 9.3 del Real Decreto 1434/1992, se entiende por obra asimilada a los libros a efectos del canon por copia privada las publicaciones de contenido cultural, científico o técnico, siempre y cuando:

- a) Estén editadas de forma continua con un mismo título a intervalos regulares o irregulares, de forma que los ejemplares de la serie lleven una numeración consecutiva o estén fechados, con periodicidad mínima mensual y máxima semestral.
- b) Tengan al menos 48 páginas por ejemplar.

1.2. Existencia de una posición de dominio en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo

Posición de dominio

(354) Las Entidades de Gestión gozan de un monopolio *de facto* en la gestión de derechos en España como consecuencia de la normativa española de propiedad intelectual. Así, existen actualmente ocho Entidades de Gestión (vid. cuadro *supra*) que no compiten en la gestión de los mismos derechos, sino que, pese a no estar exigido legalmente, cada una de ellas se ha especializado en la gestión de un determinado tipo de derechos de un determinado colectivo de titulares, ostentando de esa forma un monopolio de hecho en su sector⁹⁷, que es objeto de reconocimiento legal por medio de la autorización concedida por el Ministerio de Cultura para ejercer como entidad de gestión en España dentro del ámbito de representatividad previsto en los estatutos de la entidad y la propia autorización publicada en el Boletín Oficial del Estado.

(355) El mapa del reparto del canon por copia privada en España puede reflejarse conforme a la siguiente tabla, que resulta de combinar el reparto establecido en el artículo 36 del Real Decreto 1434/1992 (que distribuye el canon por copia privada entre las diferentes categorías de acreedores), conjuntamente con el ámbito de representatividad de cada Entidad de Gestión y los acuerdos existentes entre las Entidades de Gestión en aquellos casos en que confluyen más de una entidad de gestión:

⁹⁷ Esto es así con la única excepción de los derechos de los autores (directores y guionistas) del medio audiovisual, donde a partir de 1999 operan dos entidades: SGAE y DAMA. No obstante, la presencia de DAMA como competidor de SGAE no priva a SGAE de su posición de dominio, a pesar de haber visto incrementado recientemente su peso específico en la parte autoral del bloque audiovisual, que ha pasado de un 1,27% a un 2,08%. Ver Informe de la CNC, apartado 39.

| | Modalidad de Fonogramas (música) | Modalidad de Videogramas (visual y audiovisual) | Modalidad de Libros y publicaciones asimiladas |
|-------------------------------|---|---|---|
| Autores | 50% canon música <ul style="list-style-type: none"> • <u>SGAE: 100%</u> | 33,33% canon video <ul style="list-style-type: none"> • <u>SGAE : 97,92%</u> • <u>DAMA: 2,08%</u> | 55% canon libros <ul style="list-style-type: none"> • <u>CEDRO: 79,1%</u> <i>(100% autores del texto)</i> • <u>VEGAP: 20,9%⁹⁸</u> <i>(100% autores plásticos)</i> |
| Artistas | 25% canon música <ul style="list-style-type: none"> • <u>AIE: 100%</u> | 33,33% canon video <ul style="list-style-type: none"> • <u>AISGE : 80%</u> <i>(100% actores)</i> • <u>AIE: 20%</u> <i>(100% cantantes)</i> | <i>No aplicable</i> |
| Productores / Editores | 25% canon música <ul style="list-style-type: none"> • <u>AGEDI: 100%</u> | 33,33% canon video <ul style="list-style-type: none"> • <u>EGEDA: 100%</u> | 45% canon libros <ul style="list-style-type: none"> • <u>CEDRO: 100%</u> |
| TOTAL | 100% canon música | 100% canon video | 100% canon libros |

Nota: El ámbito de representatividad de cada Entidad de Gestión (modalidad de reproducción + categoría de titular) se basa en sus estatutos y la autorización recibida del Ministerio de Cultura. El porcentaje de reparto en aquellas obras o prestaciones donde convergen dos entidades de gestión (SGAE – DAMA / AISGE – AIE / CEDRO – VEGAP) obedece a pactos internos entre las mismas y no son públicamente conocidos, por lo que no podemos garantizar la exactitud del dato arriba reflejado. No obstante, el detalle del porcentaje de reparto entre SGAE y DAMA ha cambiado recientemente y ha sido objeto de reciente comunicación a los deudores en junio de 2010 (2,08% de la parte autoral de obras audiovisuales, lo que equivale al 0,6933% del total del canon para la modalidad de audiovisual).

(356) Si bien existe un pequeño solapamiento entre algunas Entidades de Gestión para el reparto del canon correspondiente a determinada modalidad de reproducción y categoría de derecho (es el caso de SGAE y DAMA en relación con la representación de autores de obras

⁹⁸ Este 20,9% de la parte autoral pactado entre CEDRO y VEGAP que según nuestros datos corresponde a VEGAP por la parte autoral de obras plásticas incluidas en libros, supone un 11,5% del total del canon libros.

audiovisuales), ese solapamiento es mínimo y de escasa incidencia, como puede verse en el escaso porcentaje atribuido a DAMA.

(357) Por otro lado, si bien podría aparecer que hay solapamiento en otras categorías de derechos (como podría ser entre AIE y AISGE para artistas de obras audiovisuales y entre CEDRO y VEGAP para libros y publicaciones asimiladas), ese solapamiento es sólo aparente, ya que cada una de las Entidades mantiene el 100% de monopolio para la parte de la prestación y/o tipo de titular de que se trate:

- (i) En el caso de AIE y AISGE, la primera representa derechos sobre las actuaciones musicales (fijada no sólo en fonogramas, sino también en grabaciones audiovisuales), mientras que AISGE gestiona derechos sobre las actuaciones de los actores que se fijan en esos mismos soportes audiovisuales.
- (ii) En el caso de CEDRO y VEGAP, la primera representa a los titulares sobre el texto del libro, mientras que VEGAP⁹⁹ representa a los titulares sobre las ilustraciones integradas en el libro.

(358) Se puede concluir que no hay competencia alguna entre estas Entidades de Gestión, salvo la pequeña incidencia que pudiera tener en el ámbito de autores de obras audiovisuales la coexistencia de SGAE y DAMA. Por tanto, puesto que cada una de las Entidades de Gestión denunciadas gestiona categorías de derechos distintas, cabe afirmar que cada una de ellas tiene una posición monopolística en la prestación de servicios a titulares y usuarios en su ámbito de actividad.

(359) Esta situación monopolística ha sido reconocida por las autoridades de competencia en múltiples ocasiones en expedientes ante las instituciones comunitarias¹⁰⁰ y autoridades nacionales de defensa de la competencia¹⁰¹.

⁹⁹ VEGAP también recibe una cantidad marginal del canon percibido por SGAE por las obras plásticas que aparecen en obras audiovisuales (por ejemplo, un cuadro en una película).

¹⁰⁰ Sentencia del TJCE de 13 de julio de 1989 en el asunto 395/87, *Jean-Louis Tournier*, Rec. 1989, p. 02521. Ver asimismo la sentencia del TJCE de 2.3.1983 en el asunto 7/82, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) c Comisión*, Rec. 1983, p. 483, en la que se indica:

En el mercado interior o en una parte sustancial del mismo

(360) Esta situación monopolística, pese a limitarse al territorio de un Estado miembro (España), ha de entenderse como una posición de dominio en una parte sustancial del mercado común. Así, una jurisprudencia comunitaria constante ha reconocido que un Estado miembro constituye una parte sustantiva del mercado común a los efectos de la aplicación del artículo 102 del TFUE¹⁰².

(361) En este sentido, el Tribunal de Primera Instancia (TPI) repitió en diversas ocasiones que:

*“anti-competitive conduct confined to the territory of a single Member State is capable of having repercussions on patterns of trade and competition in the Common Market”*¹⁰³.

(362) En la misma línea, el TJCE en el caso *Vereeniging van Cementhandelaren (VCH) v Commission*¹⁰⁴ ha señalado que una conducta:

“44 In that connection the Decision finds (paragraph 45) that the market in which GVL is active is the market in services relating to the management of secondary exploitation rights vested in performing artists and manufacturers in Germany, which may be precisely differentiated from the activities of other undertakings engaged in the exploitation of rights. GVL has a de facto monopoly in that market in Germany, that is to say in a substantial part of the common market.

45 the court considers that these findings are correct and that therefore the first part of the submission cannot be upheld.” (énfasis añadido)

¹⁰¹ Expresamente, se ha puesto de manifiesto la posición monopolística de SGAE (Resolución del TDC, de 25 de enero de 2002, sobre el Expediente 511/01 *Vale Music/SGAE*), EGEDA (Resolución del TDC, de 27 de julio de 2000, sobre el Expediente 465/99, *Propiedad Intelectual Audiovisual*), AGEDI (Resolución de la CNC, de 9 de diciembre de 2008, sobre Expediente 636/07, *Fonogramas*), AIE (Resolución de la CNC, de 9 de diciembre de 2008, sobre Expediente 636/07, *Fonogramas*) y AISGE (Resolución del TDC, de 27 de julio de 2000, sobre el Expediente 465/99, *Propiedad Intelectual Audiovisual*). Vid. asimismo los apartados 63 y 64 del Informe de la CNC.

¹⁰² Sentencia del TPI de 10.7.1991 en el asunto T-70/89, *British Broadcasting Corpn and BBC Enterprises Ltd c Comisión*, Rec 1991, p. II-535. Sentencia del TJCE en el asunto C-127/73 *BRT v. SABAM*, Rec. 1974, p. 313, nota marginal nº 5.

¹⁰³ Por todos, Asunto T-66/89 *Publishers’ Associaton v Commission (No 2)* (1992) ECR II-1995, (1992) 5 CMLR 120.

¹⁰⁴ Asunto 8/72 (1972) ECR 977, p 991, (1973) CMLR 7, p 23.

“extending over the whole of the territory of a Member State by its very nature has the effect of reinforcing the compartmentalization of markets on a national basis, thereby holding up the economic interpenetration which the Treaty is designed to bring about and protecting domestic production”.

Por todo ello, se cumple con los requisitos de posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo, con la consiguiente afectación al comercio entre Estados miembros exigido para la aplicación del artículo 102 del TFUE.

2. EXISTENCIA DE UN ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO POR PARTE DE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN

(363) Las Entidades de Gestión tienen atribuida por Ley la gestión colectiva obligatoria de la compensación equitativa por copia privada. El importe del canon está fijado legalmente respecto de determinados productos detallados en el TRLPI y su normativa de desarrollo, si bien tradicionalmente la identificación de los dispositivos supuestamente sujetos al canon ha sido muy genérica (permitiendo interpretaciones diversas) e incluso en la actualidad origina fuertes controversias.

(364) Las Denunciantes consideran que las Entidades de Gestión han desarrollado sistemáticamente una conducta contraria al mercado común y a la competencia en el ejercicio de dicha función, ampliando la aplicación del canon por copia privada más allá de lo previsto en la normativa sectorial aplicable.

(365) En este sentido, es preciso puntualizar que el objeto de esta Denuncia no es objetar que las Entidades de Gestión hayan exigido el pago del canon en cumplimiento de la función encomendada por el artículo 25.8 del TRLPI. Sin perjuicio de lo anterior, también hay que recordar que el mero hecho de que una entidad actúe en cumplimiento de sus obligaciones legales no tiene como efecto automático la inaplicación de las normas de competencia. En este sentido se han expresado tanto los tribunales comunitarios¹⁰⁵ como la propia Comisión.

¹⁰⁵ Sentencia del TJCE en los asuntos acumulados C-359/95 y C-379/95 P Comisión y Francia/ Ladbroke Racing, Rec.1997, p. I-6225, considerando 34; sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-228/97 Irish Sugar/Comisión, Rec.1999, p. II-296, Considerando 130; sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-513 Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali, Rec. 2000, p. II-1807, Considerando 59 y ss

Esta última ha adoptado una Decisión que es plenamente aplicable al caso (decisión de 4 de julio de 2007 en el asunto COMP/38.784 - *Wanadoo España / Telefónica*), en la que se dispone lo siguiente:

“(666) A este respecto, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia han sostenido de forma constante que las normas de competencia pueden ser de aplicación en caso de que la legislación específica del sector no impida a las empresas contempladas en la misma desarrollar un comportamiento autónomo que impida, restrinja o falsee la competencia⁷¹⁵”.

(366) En efecto, como se indicará a continuación, la conducta abusiva que se reprocha a las Entidades de Gestión no es la estricta aplicación del canon por copia privada en los supuestos previstos en la normativa aplicable, sino la interpretación y aplicación extensiva (y para mayor perjuicio de forma retroactiva) que sistemáticamente realizan dichas Entidades a la hora de exigir el pago del canon en la práctica y la discrecionalidad con que se lleva a cabo su aplicación, incurriendo en múltiples prácticas abusivas dentro del margen de discrecionalidad que el marco normativo les permite en el ejercicio de las prerrogativas que le han sido concedidas (especial habilitación procesal, derecho de auditoría, responsabilidad solidaria de la cadena de distribución, etc.). En otras palabras, las conductas denunciadas en este escrito son el resultado de decisiones autónomas de las Entidades de Gestión (y no exclusivamente consecuencia directa de la legislación nacional que les obligue a actuar en ese sentido) dentro del marco de actuación discrecional que les permite la legislación española y que merecen la consideración de infracción del artículo 102 TFUE.

(367) Esta conducta ha tenido su reflejo en varias actuaciones específicas de las Entidades de Gestión, que han de entenderse como parte de una conducta global tendente a maximizar la aplicación de dicho canon, distorsionando la competencia en mercados aguas abajo (como el de la venta de equipos y soportes en el sentido del TRLPI), en lo que supone un claro abuso de su posición de dominio. Esta conducta autónoma es susceptible de ser calificada como abusiva, como ya reconocía en su día el TDC en *SGAE/ASIMELEC*, al afirmar que “[s]i el convenio conlleva la creación e implementación de una obligación de pago no regulada en el artículo 25 TRLPI, ésta podría ser constitutivo de un abuso (...)” (énfasis añadido)¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Vid. Fundamente de Derecho Quinto.

(368) El comportamiento de las Entidades de Gestión debe ser además analizado en el marco de la especial responsabilidad exigible a las empresas en posición de dominio para no impedir o falsear la competencia en el mercado común¹⁰⁷. Así, la jurisprudencia comunitaria ha entendido que las empresas en posición de dominio no deberían utilizar su fuerza en el mercado para coaccionar a sus competidores, clientes, proveedores o consumidores de tal modo que les impidan u obstaculicen una actuación libre en el mercado.

(369) A este respecto cabe señalar, en primer lugar, que la posición de las Entidades de Gestión en España va más allá de una posición preeminente en el mercado ya que se trata de un monopolio o *quasi*-monopolio legalmente establecido, por lo que ha de exigírseles un nivel superior de prudencia en su actuación en el mercado y, muy particularmente, respecto de los consumidores finales (aunque las Entidades de Gestión se esfuercen en comunicar que el canon no lo pagan los consumidores, sino que el “deudor legal” es otro).

(370) En segundo lugar, cabe señalar que, como se expondrá a continuación, las actuaciones realizadas por las Entidades de Gestión en abuso de su posición monopolística tienen efectos distorsionadores en los mercados de la venta y distribución de equipos y soportes, y esto no solamente en España, sino también afectando gravemente el comercio intracomunitario.

(371) En tercer lugar, es innegable el impacto de la conducta abusiva de las Entidades de Gestión sobre los consumidores finales, ya que éstos son a su vez los destinatarios últimos de los productos afectados por el canon por copia privada. En este sentido, y como se verá a continuación, las actuaciones de las Entidades de Gestión han ido dirigidas a lucrarse indebidamente a base de utilizar su fuerza en el mercado sobre todos los niveles de la cadena de distribución y, muy particularmente sobre los consumidores, que constituyen el eslabón más débil de dicha cadena.

(372) Finalmente, es innegable que el ejercicio de un derecho de propiedad intelectual no exime del cumplimiento de la normativa comunitaria reguladora de la competencia.

(373) La clásica distinción entre la *existencia* y el *ejercicio* de los derechos de propiedad intelectual se apuntaba ya hace casi 40 años en la sentencia del Tribunal de Justicia de las

¹⁰⁷ Sentencia del TJCE de 16.3.2000 en el asunto C-395/96P, *Compañía Marítima Belga y otros c. Comisión*.

Comunidades Europeas de 8 de junio de 1971 en el asunto C-78/70, *Deutsche Grammophon c. Metro* y se avanzaba igualmente en otras resoluciones de los tribunales comunitarios sobre derechos de propiedad industrial a partir del asunto *Consten Grundig*¹⁰⁸.

(374) En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas indicaba en el caso *Deutsche Grammophon c. Metro*¹⁰⁹ lo siguiente al referirse a la aplicación de las normas de competencia y las normas que prohíben las restricciones a la libre circulación de bienes del Tratado en caso de ejercicio abusivo de derechos de propiedad intelectual:

“6. (...) The exercise of the exclusive right might fall under the prohibition set out by [then article 85(1) of the Treaty] each time it manifests itself as the subject, the means or the results of an agreement which, by preventing imports from other Member States of products lawfully distributed there, has as its effect the partitioning of the market. (...).

11. Amongst the prohibitions or restrictions on the free movement of goods which it concedes Article [30] refers to industrial and commercial property. On the assumption that those provisions may be relevant to a right related to copyright, it is nevertheless clear from that article that, although the Treaty does not affect the existence of rights recognized by the legislation of a Member State with regard to industrial and commercial property, the exercise of such rights may nevertheless fall within the prohibitions laid down by the Treaty. Although it permits prohibitions or restrictions on the free movement of products, which are justified for the purposes of protecting industrial and commercial property, Article [30] only admits derogation from that freedom to the extent to which they are justified for the purpose safeguarding rights which constitute the specific subject matter of such property.

12. If a right related to copyright is relied upon to prevent the marketing in a Member State of products distributed by the holder of the right or with his consent on the

¹⁰⁸ Sentencia del TJCE de 13 de julio de 1966 en el asunto C-56 y 58/64, *Consten Grundig c. Comisión*, Rec. P. 429, en la p. 500, donde se esboza por primera vez la distinción entre la “existencia” y el “ejercicio” del derecho, que va a ser un principio constante en la jurisprudencia comunitaria en materia de propiedad industrial e intelectual.

¹⁰⁹ Case 78/70 [1971] ECR 487, p. 11-13

territory of another Member State on the sole ground that such distribution did not take place on the national territory, such a prohibition, which would legitimize the isolation of national markets, would be repugnant to the essential purpose of the Treaty, which is to unite national markets into a single market.

That purpose could not be attained if, under the various legal systems of the Member States, nationals of those States were able to partition the market and bring about arbitrary discrimination or disguised restrictions on trade between Member States.

13. Consequently, it would be in conflict with the provisions prescribing the free movement of products within the Common Market for a manufacturer of sound recordings to exercise the exclusive right to distribute the protected articles, conferred upon him by the legislation of a Member State, in such a way as to prohibit the sale in that State of products placed on the market by him or with his consent in another Member State solely because such distribution did not occur within the territory of the first Member State.”

(375) El TJUE se ha pronunciado expresamente respecto al sometimiento del ejercicio de los derechos de propiedad intelectual a las normas del Tratado de las Comunidades Europeas (ahora TFUE) en general y a las normas relativas a la libre circulación de bienes y servicios y a las normas competencia en particular en su decisión de 20 de octubre de 1993 (Phil Collins; asuntos acumulados C-92/92 y C-326/92):

“22. Al igual que los restantes derechos de propiedad industrial y comercial, los derechos exclusivos conferidos por la propiedad literaria y artística pueden afectar a los intercambios de bienes y servicios, así como a las relaciones de competencia en el interior de la Comunidad. Por este motivo, como ha afirmado el Tribunal de Justicia en una reiterada jurisprudencia, dichos derechos, aunque se rijan por las legislaciones nacionales, están sometidos a las exigencias del Tratado y, por tanto, están incluidos en el ámbito de aplicación de este último.

23 A ello se debe, por ejemplo, los derechos referidos se encuentran sometidos a las disposiciones de los artículos 30 y 36 del Tratado, relativos a la libre circulación de mercancías. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las obras musicales se

incorporan en fonogramas que constituyen mercancías cuyo intercambio en el territorio de la Comunidad se rige por las disposiciones antes citadas (véase, en este sentido, la sentencia Musik-Vertrieb membran, antes mencionada, apartado 8).

24 También por dichas razones, las actividades de las sociedades de gestión de derechos de autor se encuentran sometidas a las disposiciones de los artículos 59 y 66 del Tratado, relativas a la libre prestación de servicios. Como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia de 2 de marzo de 1983, GVL/Comisión (7/82, Rec. p. 483), apartado 39, dichas actividades no deben regularse de tal modo que tengan por efecto obstaculizar la libre prestación de servicios y, en especial, la rentabilización de los derechos de los ejecutantes hasta el punto de provocar una compartimentación del mercado común.

25 Por último, los derechos exclusivos conferidos por la propiedad literaria y artística se encuentran sometidos a las normas del Tratado sobre la competencia (véase la sentencia de 8 de junio de 1971, Deutsche Grammophon, 78/70, Rec. p. 487).

(376) En relación con la aplicación del Tratado sobre libre circulación de mercancías al ejercicio de los derechos exclusivos de propiedad intelectual, hay que indicar que el entonces artículo 30 TCE (actualmente artículo 36 del TFUE) excluye del ámbito de aplicación de las prohibiciones o restricciones a la libre circulación de bienes la “*protección de la propiedad industrial y comercial*”, y que conforme a la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, la propiedad industrial y comercial referida en dicho artículo 30 TCE (art. 36 TFUE) “*includes the protection conferred by copyright, especially when exploited commercially in the form of licenses capable of affecting distribution in the various Member States of goods incorporating the protected literary or artistic work.*” (Musik-Vertrieb Membran v GEMA (Cases 55 and 57/80 [1981] ECR 147, paragraph 9).

(377) Asimismo, es también importante recordar que la jurisprudencia del TJUE además de proceder a la distinción entre la “*existencia*” y el “*ejercicio*” del derecho de propiedad intelectual o industrial, ha limitado esa exclusión al denominado “objeto específico” (“*specific subject matter*”) de esa propiedad, que en el caso de la propiedad intelectual incluye “*the right to exploit commercially the marketing of the protected product, particularly in the form of*

licenses granted in return for the payment of royalties“ (Phil Collins y otros; casos acumulados C-92/92 y C-326/92 [1993] ECR I-5145, par. 20).

(378) Pues bien, si los Tribunales Comunitarios han venido haciendo una interpretación restrictiva en relación con la exoneración de la aplicación de las normas sobre libre circulación de bienes en supuestos de ejercicio de derechos exclusivos de propiedad intelectual y derechos afines que caen dentro del objeto específico de la propiedad intelectual, con mayor motivo cabe aplicar las normas reguladoras de la competencia en supuestos de ejercicio abusivo de derechos de propiedad intelectual (i) respecto a los cuales el artículo 102 TFUE no proporciona ningún “puerto seguro” similar al que proporciona el artículo 36 TFUE y que (ii) no forman parte de los derechos exclusivos reconocidos por la normativa internacional sobre propiedad intelectual, sino que se trata de un mero derecho de remuneración o compensación articulado en forma de cánones por copia privada por la normativa nacional.

(379) En este sentido, hay que recordar que:

- (a) Por un lado, si bien los diferentes tratados internacionales en materia de derechos de autor y derechos afines reconocen la posibilidad de establecer excepciones al derecho exclusivo de reproducción, ninguno de esos acuerdos internacionales¹¹⁰ requiere que esa excepción vaya acompañada de remuneración alguna.
- (b) Por otro lado, la Directiva 29/2001/CE es neutra y no requiere que la compensación por copia privada se articule en forma de cánones sobre dispositivos digitales, sino que permite a cada Estado Miembro establecer los correspondientes criterios para articular dicha compensación “*dentro de los límites impuestos por el Derecho*

¹¹⁰ Artículo 9.2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París de 24 de julio de 1971), en su versión modificada el 28 de septiembre de 1979; artículo 15.1.a) y 15.2 la Convención Internacional sobre la protección de artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961; artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y artículo 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 20 de diciembre de 1996, aprobados en nombre de la Comunidad mediante la Decisión 2000/278/CE del Consejo, de 16 de marzo de 2000 (DO L 89).

*comunitario y, en particular, por la Directiva*¹¹¹. No cabe duda que la normativa sobre defensa de la competencia constituye uno de esos límites del Derecho comunitario.

(380) De forma más depurada, el antiguo Tribunal de Primera Instancia dejaba claro en su sentencia de 16 de diciembre de 1999 (*Micro Leader Business v Comisión*, Asunto T-198/98) sobre la aplicación de la normativa de defensa de la competencia en supuestos de ejercicio de derechos de propiedad intelectual:

“56. Pues bien según la jurisprudencia, aunque el ejercicio de derechos de autor por su titular, como la prohibición de importar determinados productos de un territorio no comunitario a un Estado miembro de la Comunidad, no constituye en sí mismo una violación del artículo [82] del Tratado, dicho ejercicio puede dar lugar, en circunstancias excepcionales, a un comportamiento abusivo (sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, RTE e ITP/Comisión, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Rec. p. I-743, apartados 49 y 59.)”

(381) En el mismo sentido se ha pronunciado el antiguo Tribunal de Primera Instancia y ha sido ratificado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las sentencias *Magill*.¹¹²

(382) Pues bien, a la luz de la estrategia global de las Entidades de Gestión en la definición, cobro, gestión y reparto del canon por copia privada y sus efectos distorsionadores respecto de otros mercados en los que dicho canon tiene una influencia directa, ha de concluirse que las Entidades de Gestión han venido abusando y continúan abusando de su posición de dominio, incurriendo en la violación del artículo 102 del TFUE.

(383) A continuación se indican las conductas concretas en que se ha traducido dicho abuso de posición de dominio, conforme a los Hechos descritos en esta Denuncia, cuyo carácter abusivo en infracción del artículo 102 del TFUE vamos a fundamentar en derecho en este apartado de la Denuncia:

¹¹¹ Opinión del Abogado General Sra. Trstenjak de 11 de mayo de 2010, asunto C-467/08 (SGAE c. Padawan), par. 72.

- (i) conductas discriminatorias en la reclamación del canon por copia privada entre firmantes y no firmantes del Acuerdo ASIMELEC (no exoneración del canon con anterioridad a 1 de septiembre de 2003 y aplicación de tarifas más elevadas para los soportes CD-R Data, conforme a las tarifas de soportes sonoros – analógicos - previstas en el TRLPI);
- (ii) dobles o múltiples pagos del canon mediante reclamaciones paralelas del canon para las mismas unidades en varios niveles de la cadena de distribución;
- (iii) rotura de la necesaria conexión entre la excepción de copia privada y el pago de la compensación mediante la interpretación de manera extensa e idéntica por las Entidades de Gestión del principio de “idoneidad para copia privada” previsto en la normativa española;
- (iv) obstaculización de la exención del pago del canon a los productos destinados a la exportación y en la venta de dispositivos a usuarios con licencia de reproducción;
- (v) no reconocimiento del canon abonado previamente a las entidades de gestión de otro Estado miembro por dispositivos “importados” en España;
- (vi) reclamación del canon por copia privada sobre equipos digitales “mixtos” (también denominados “polivalentes”) no sujetos legalmente al pago del canon, comercializados durante el periodo anterior a la Orden PRE/1743/2008; y
- (vii) falta de consideración de las medidas tecnológicas de protección a efectos de la aplicación o no del canon por copia privada y/o la fijación de su importe.

(384) Antes de pasar a detallar la cualificación de cada una de estas conductas como prácticas abusivas en infracción del art. 102 del TFUE, es necesario hacer referencia a la reciente sentencia AstraZeneca emitida por el Tribunal General el pasado 1 de julio de 2010 en el asunto T-321/05, que pone claramente de manifiesto, por un lado, que la lista de abusos previstos en el artículo 102 TFUE es abierta, admitiéndose la cualificación como conductas

¹¹² Casos C-241/91 P y C-242/91 P RTE y ITP c. Comisión [1995] ECR I-808.

abusivas de otras prácticas diferentes de las enunciadas expresamente en dicho artículo 102 del TFUE, y por otro lado, que el ejercicio de derechos de propiedad intelectual o industrial puede conllevar la infracción del artículo 102 del TFUE, en especial cuando el ejercicio de dichos derechos o la participación en los procedimientos legales establecidos para la obtención o protección de los mismos se lleva a cabo de forma “tortícera”:

“338 The Commission denies that the contested decision is liable to have a deterrent effect on patent applications and states that the need to avoid discouraging parties from communicating with public authorities means that simple inaccuracies, negligent misstatements or the expression of debatable opinions must not be regarded as infringements of Article 82 EC. However, in the present case, the behaviour at issue does not consist of simple mistakes or isolated incidents of negligence, but is, on the contrary, characterised by continuity and consistency, indicating ‘subjective intent’ and full knowledge of the misleading character of the representations. (...)”

Pues bien, sin perjuicio de que los Hechos anteriores descritos en esta Denuncia se refieran principalmente a determinadas conductas desarrolladas por las Entidades de Gestión en directa relación con la recaudación del canon por copia privada, a la vista de los pronunciamientos contenidos en la reciente sentencia *AstraZeneca*, entendemos que sería conveniente que la Dirección General de Competencia investigara también la actuación de las Entidades de Gestión al participar en los procedimientos legales para la propia definición de los dispositivos sometidos al pago de la compensación equitativa y, en especial, la cuantificación del importe de dicha compensación, ya que por las manifestaciones realizadas por las Entidades de Gestión en múltiples foros, las noticias aparecidas en prensa durante el periodo de aprobación de la Orden PRE-1743/2008, las observaciones presentadas por las Entidades de Gestión ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Asunto C-467/08 (SGAE vs. Padawan), y el propio contenido de la Opinión de la Abogado General Strtenjak presentada el 11 de mayo de 2010 sobre el Asunto C-467/08 (SGAE vs. Padawan) al determinar la estrecha relación que debe existir entre la compensación y la excepción por copia privada, creemos que las Entidades de Gestión se habrían excedido – de forma consciente y dolosa - en la valoración del importe compensatorio y la identificación de los dispositivos que deberían quedar sujetos a dicha compensación, dando lugar a la infracción del artículo 102 del TFUE por prácticas adicionales a las que aquí se denuncian.

2.1. Conducta discriminatoria y otras prácticas abusivas en la reclamación del canon de copia privada tras el Acuerdo ASIMELEC

(385) La conducta denunciada como abusiva consiste en la realización de reclamaciones abusivas relativas al canon por copia privada sobre soportes CD-R/RW Data discriminando entre firmantes y no firmantes del Acuerdo ASIMELEC, en particular:

- (i) Exonerando del canon por copia privada los soportes CD-R/RW Data comercializados por las empresas firmantes del Acuerdo ASIMELEC antes del 1 de septiembre de 2003, y no exonerando la aplicación del canon por soportes CD-R/RW Data vendidos antes de dicha fecha por los no firmantes.
- (ii) Exigiendo para los soportes CD-R/RW Data comercializados después del 1 de septiembre de 2003 (y hasta la entrada en vigor de la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006) una tarifa superior para las empresas no firmantes, que para las empresas firmantes del Acuerdo ASIMELEC.¹¹³

(386) A esas conductas de por sí abusivas por discriminatorias hay que añadir:

- (i) La condición extraordinariamente gravosa que supone la realización de dicha reclamación con carácter retroactivo (en muchos casos más allá del año 2000), en relación con soportes sobre los que la empresa comercializadora no ha tenido la oportunidad de aplicar el canon por copia privada al venderlo a los consumidores.
- (ii) La circunstancia de reclamar el canon a revendedores que podrían haber adquirido esos soportes antes del 1 de septiembre de 2003 de deudores principales que han quedado exonerados del canon en virtud del Acuerdo ASIMELEC.
- (iii) La práctica de reclamar el mismo canon a diferentes niveles de la cadena de distribución, tal y como se detalla en el apartado anterior.

¹¹³ El Acuerdo ASIMELEC prevé para los soportes CD-R/RW Data una tarifa de 0,13€/hora para 2003-2004 y 0,15€/hora para el 2005. Por el contrario, en virtud de la aplicación del canon previsto en el TRLPI para soportes sonoros analógicos resultaría una tarifa de 0,18€/hora. Esa tarifa sería de 0,195€/hora en caso de aplicar la proporción de 87,54% de la tarifa de soportes sonoros y un 12,46% de la tarifa de soportes de video (que es la proporción de reparto pactada en el Acuerdo ASIMELEC para las diferentes Entidades de Gestión).

(iv) La reclamación de aplicación del canon sobre cualesquiera soportes CD-R/RW Data, incluso en aquellos casos en que haya quedado perfectamente acreditado que el adquirente final de los mismos es una empresa que los dedica a fines propios de su actividad empresarial y ajenos a la copia privada (como ocurre en el caso *SGAE vs. Padawan* que ha dado lugar a las cuestiones prejudiciales ante el TJCE – asunto 467/08).

(387) A tal respecto, es conveniente aclarar que el objeto de la conducta denunciada no es la compatibilidad del Acuerdo ASIMELEC con la normativa de competencia, que ya ha sido objeto de análisis en varias resoluciones del TDC¹¹⁴. A tal respecto, no obstante, es necesario indicar que:

- (i) La autoridad nacional de competencia española centró su análisis en la compatibilidad del propio Acuerdo con la normativa de competencia y no entró a pronunciarse sobre otros comportamientos de las Entidades de Gestión fuera de dicho Acuerdo que, como se indicará a continuación, han supuesto un constante abuso de la posición de dominio de éstas.
- (ii) El análisis del TDC tomó como referencia determinados datos erróneos suministrados por el SDC, tal y como se ha expuesto en el párrafo (122) de esta Denuncia (por ejemplo no se valora que la tarifa fijada en determinados países – como Francia - para soportes digitales de grabación parten de la base de no aplicación de canon alguno sobre el equipo correspondiente – las grabadoras – mientras que las Entidades de Gestión también han exigido el canon sobre los equipos digitales, o que en otros países – como Dinamarca – además se exceptúan del canon las ventas de dichos soportes a empresas, mientras que en España las Entidades de Gestión han solicitado el pago en todos los casos, con independencia del usuario de que se trate y el destino del dispositivo a fines propios de la actividad comercial del usuario).

¹¹⁴ Ver resoluciones de 24.11.2005 en el asunto *SGAE/ASIMELEC*; y de 31.5.2007 en el asunto *SGAE/ASIMELEC 3*.

(388) Pues bien, tal y como ha quedado expuesto en los Hechos antes descritos, respecto de los operadores que no quedaron comprendidos por el Acuerdo ASIMELEC (en particular, los fabricantes o importadores que no se adhirieron al mismo y también todos los comerciantes minoristas) las Entidades de Gestión siguieron reclamando el abono del canon, lo cual no es abusivo *per se*, pero sí que resulta claramente **discriminatorio** en el sentido previsto en el apartado c) del Artículo 102 del TRLPI que, en el marco de dichas reclamaciones se exigiera a estos operadores no cubiertos por el Acuerdo ASIMELEC el pago de cánones diferentes a los que se exigía a las empresas que eran parte de dicho Acuerdo.¹¹⁵

(389) Por otro lado, a mayor abundamiento, mientras que a las empresas parte del Convenio solo se les exigió el pago de las cantidades a partir del 1 de septiembre de 2003¹¹⁶, a las empresas que no fueron parte del Convenio se les exigió el pago de cantidades superiores y con efectos retroactivos con anterioridad a dicha fecha del 1 de septiembre de 2003 (periodo exonerado para los firmantes)¹¹⁷.

(390) En definitiva, en primer lugar, las Entidades de Gestión encargadas de la gestión de la remuneración compensatoria por copia privada en las modalidades de reproducción de

¹¹⁵ Así, las Entidades de Gestión exigieron sobre los soportes CD-R Data el pago de los cánones previstos en el TRLPI para los soportes analógicos, que según se reconoce por las propias Entidades de Gestión en el marco del expediente ante el TDC son superiores a las tarifas establecidas en el Acuerdo.

Ver Antecedente de Hecho Segundo, apartado c) de la Resolución del TDC de 24.11.2005 en el expediente SGAE-ASIMILEC, en el que se indica expresamente que “[l]os precios acordados en el Acuerdo para los diversos tipos de soporte (...) son iguales o inferiores a los importes de la remuneración establecidos en los párrafos d) y e), apartado 5 del artículo 25 del TRLPI”. En opinión de las Denunciantes, tal y como se ha indicado anteriormente, la aplicación en virtud del Acuerdo de una tarifa igual o inferior respectivamente para los soportes DVD-R/RW Data y CD-R/RW Data (no así para los soportes “específicos de audio” y “específicos de video” a los que se aplican cantidades superiores en virtud del Acuerdo), no es consustancial para la determinación del abuso – ya que la discriminación entre firmantes y no firmantes existiría en cualquier caso – aunque sí lo es para valorar el daño causado como consecuencia de la conducta.

¹¹⁶ Como se ha indicado en los Hechos, en virtud del Acuerdo se pactó la renuncia por parte de las entidades de gestión a la reclamación retroactiva de las cantidades que -según dichas entidades- les adeudaban los miembros de ASIMELEC en concepto de pago del canon por copia privada. Ver Acuerdo Segundo del Acuerdo ASIMELEC.

¹¹⁷ Ver, a modo de ejemplo, las reclamaciones que dieron lugar a las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), Sentencia núm. 181/2008 de 26 marzo y de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), Sentencia núm. 52/2007 de 22 febrero.

fonogramas (SGAE, AIE y AGEDI) y videogramas (nuevamente SGAE, más AISGE y EGEDA, aparte de DAMA) vendrían reclamando a diferentes clientes tarifas distintas por una prestación equivalente, sin que esto estuviera justificado objetivamente¹¹⁸, ocasionando por tanto una desventaja competitiva a los operadores sujetos al pago de la tarifa más onerosa (al menos para los soportes CD-R/RW Data, en que las cantidades previstas por el Acuerdo ASIMELEC son inferiores) frente a sus competidores sujetos al Convenio, y además con efectos retroactivos con anterioridad al 1 de septiembre de 2003.

(391) Conforme a la normativa y práctica de competencia estaríamos ante una conducta abusiva y discriminatoria contraria al artículo 102.c) del TFUE ya que las Entidades de Gestión habrían aplicado condiciones comerciales diferentes a prestaciones equivalentes. Esta conducta discriminatoria no tendría ninguna justificación objetiva, sino que se basaría únicamente en la condición de ser parte del Acuerdo ASIMELEC. Esto habría ocasionado a las empresas fabricantes o importadores que no se acogieron al Acuerdo ASIMELEC una desventaja competitiva, encareciendo sus productos respecto de los de los miembros de ASIMELEC.

(392) Asimismo, en segundo lugar, tal y como queda acreditado en algunas de las demandas que se adjuntan como parte del **documento nº 20** adjunto (en concreto en las

¹¹⁸ Así lo entendió la Audiencia Provincial de Murcia, en su sentencia de 22.2.2007, que, en su Fundamento de Derecho Tercero, señaló:

“ (...) con independencia de la incuestionable incidencia de tales principios informadores, es también cierto que el criterio que pretende aplicar EGEDA, podríamos calificarlo de arbitrario y de generador de inseguridad en el ámbito remuneratorio que nos ocupa, y en el mercado en el que se integra. Y ello aún en mayor medida cuando comportamientos precedentes de la actora en la fijación y determinación de la cuantía de ese canon compensatorio, se han desarrollado bajo criterios diferentes. Así cabe proclamarlo en relación con el Acuerdo celebrado en septiembre 2003 entre las distintas entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, entre ellas EGEDA, y la Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica (ASIMELECIV) (...) [E]sa ausencia de vinculación jurídica, no neutraliza, la valoración de aquel comportamiento, al menos como un precedente relevante en la determinación de la cuantía del canon remuneratorio máxime cuando, como antes decíamos, la uniformidad de criterio y la seguridad del tráfico que ello comporta, debe exigirse en la búsqueda de esa armonización entre los intereses de los titulares de los derechos de propiedad intelectual afectados por la limitación de copia privada y los intereses de los fabricantes, importadores y distribuidores de equipos, soportes y aparatos sujetos al pago de dicho canon compensatorio.” (énfasis añadido)

demandas contra [CONFIDENCIAL]), las Entidades de Gestión con representatividad sobre la modalidad de reproducción de audio (SGAE, AIE y AGEDI)¹¹⁹ vienen reclamando para ellas el 100% del canon en los soportes CD-R/RW Data – al que le aplica la tarifa de los soportes sonoros analógicos - sin tener en cuenta la posible atribución a entidades con representatividad sobre la modalidad de video (DAMA, AISGE y EGEDA) de una parte del canon sobre soportes CD-R/RW Data, según se reconoce en el Acuerdo ASIMELEC, quedando a su vez expuestas a una nueva reclamación de otra cantidad adicional por parte de las Entidades con representatividad sobre la modalidad de video. Asimismo, la propia SGAE, se atribuye el 100% del canon sobre la parte autoral de la modalidad de audiovisual (en la reclamación del canon sobre soportes DVD-R/RW Data), sin hacer mención alguna al derecho de DAMA de recibir una parte del mismo, por pequeño que este sea.

(393) Igualmente, en tercer lugar, supone un perjuicio para los distribuidores mayoristas y minoristas que compren (o hayan comprado) de dichos fabricantes o importadores y que quedan expuestos a posibles reclamaciones por los productos adquiridos de los mismos. Este tipo de conducta ha sido considerada en el pasado como constitutiva de un abuso de posición de dominio por las autoridades nacionales¹²⁰ y comunitarias¹²¹.

¹¹⁹ [REDACTADO] Ver página XX (donde se hace constar el % que reclama respectivamente SGAE, AIE y AGEDI sobre los soportes CD-R/RW Data, y el % reclamado por SGAE sobre los soportes DVD-R/RW Data) y página XX (donde se hace constar la reclamación de las tarifas previstas en el TRLPI, y no las tarifas del Acuerdo ASIMELEC) de cada una de las demandas mencionadas.

¹²⁰ Así, el extinto TDC estimó el Fundamento de Derecho Cuarto de su Resolución de 25.1.2002 en el expediente 511/01, *Vale Music/SGAE*:

“(…) el cobro a los productores fonográficos no integrados de un 37% más que a los pertenecientes a AFYVE por la utilización del mismo repertorio, sin justificar debidamente tan desigual trato ni haber hecho el menor esfuerzo en tratar de evitarlo, cuando no existía necesidad objetiva alguna para infligir tal discriminación, que supone una ventaja en provecho de la Entidad de Gestión por su posición monopolista (en la función que ejerce) y de las empresas asociadas al distorsionar las condiciones de competencia respecto de quienes se inician en el mercado relacionado de estos productos, constituye un abuso de la posición de dominio, prohibido por el art. 6 LDC.” (énfasis añadido)

¹²¹ Decisión de la Comisión Europea de 20.10.2004 en el asunto COMP/38.745 - *BdKEP - restrictions on mail preparation*, apartado 97. En esta Decisión la Comisión también aclara que cabe una conducta abusiva discriminatoria en ausencia de relaciones comerciales, señalando que basta con que el cliente se vea afectado comercialmente de manera que se vea limitada su capacidad para competir en cualquier mercado (ver apartado 93 de la Decisión).

(394) Por otro lado, en cuarto lugar, hay que destacar que aunque formalmente sea el importador o fabricante el obligado al pago del canon, existe una obligación de repercutirlo en factura a lo largo de toda la cadena de distribución hasta alcanzar al usuario final, que es quien debe asumir económicamente la carga del canon al beneficiarse de la excepción por copia privada. En este sentido, la Opinión de la Abogado General Trstenjak de 11 de mayo de 2010 confirma en su párrafo 75 que “*el usuario es quien ha de asumir la carga económica de la compensación*” y que el régimen del canon es en principio neutro para los distribuidores e importadores (asumiendo que el canon se puede trasladar como parte del precio de venta).¹²² En consecuencia, la reclamación a los importadores / fabricantes y/o demás entidades de la cadena de distribución de un canon de forma retroactiva, de modo que no haya podido trasladarse por el deudor al usuario junto con el precio de venta del producto, constituye una condición comercial no equitativa contraria al artículo 102.a) del TFUE.

(395) Finalmente, en quinto lugar, en lo que respecta a las empresas que sí fueron parte en el Acuerdo ASIMELEC, no es posible tampoco excluir una conducta abusiva por parte de las Entidades de Gestión. En este sentido, si bien dichas entidades y las empresas parte en el Acuerdo pactaron transar los litigios existentes y acordar las cantidades a pagar por los importadores/productores, esto no excluyó que las Entidades de Gestión continuaran con sus reclamaciones a los minoristas por las ventas de soportes digitales anteriores al 1 de septiembre de 2003. De esta manera, las Entidades de Gestión pudieron beneficiarse por partida doble del pago del canon por los mismos productos ya que, por un lado, acordaron con los productores/importadores el pago de ciertas tarifas por el canon sobre los soportes digitales a partir de 1 de septiembre de 2003 mientras que, por otro lado, continuaban las reclamaciones contra los minoristas exigiendo el pago del canon sobre los mismos productos vendidos con anterioridad a dicha fecha (esta conducta abusiva sería diferente de la referida en el siguiente apartado, consistente en la reclamación del mismo canon para los mismos productos a dos o más empresas que forman parte de diferentes niveles de la cadena de distribución).

¹²² Ver párrafo 75 de la Opinión.

2.2. Reclamaciones paralelas del mismo importe en varios niveles de la cadena de distribución

(396) Como se ha explicado en detalle en los Hechos, las Entidades de Gestión, en el ejercicio de sus potestades reconocidas en el TRLPI, están capacitadas para reclamar el pago del canon por copia privada al fabricante/importador como obligado principal y, en su caso, al minorista como obligado subsidiario con carácter solidario¹²³. Si bien el ejercicio de dicha potestad sería, en principio, legítimo, las Denunciantes consideran que la manera en que las Entidades de Gestión estarían desarrollando dicha potestad es abusiva y tendente a obtener un beneficio indebido.

(397) Así, las Entidades de Gestión están reclamando a ambos obligados (i.e., importadores/productores y distribuidores minoristas) en paralelo exigiendo, por tanto, doblemente el pago del canon por copia privada en diferentes niveles de la cadena de distribución de equipos y soportes.

(398) Esta conducta, si bien se realiza dentro del marco de las funciones atribuidas a las Entidades de Gestión por la legislación española, estaría siendo puesta en práctica de manera tal que favorece un enriquecimiento por partida doble por parte de la entidad como resultado de los procedimientos de reclamación paralelos tanto contra el productor/importador como contra el distribuidor mayorista o minorista (o incluso en el caso de reclamación por partida “triple” por un lado contra el importador, por otro lado contra el mayorista, y por otro lado contra el minorista que adquiere de éste).

¹²³ Vid. Artículo 25.4 del TRLPI, que establece que:

“4. En relación con la obligación legal a que se refiere el apartado 1, serán:

a) Deudores: Los fabricantes en España, en tanto actúen como distribuidores comerciales, así como los adquirentes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de éste, de equipos, aparatos y soportes materiales previstos en el apartado 2.

Los distribuidores, mayoristas y minoristas, sucesivos adquirentes de los mencionados equipos, aparatos y soportes materiales, responderán del pago de la compensación solidariamente con los deudores que se los hubieran suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a éstos la compensación y sin perjuicio de lo que se dispone en los apartados 14, 15 y 20.”

(399) En efecto, en la práctica se han identificado reclamaciones por parte de las Entidades de Gestión a varios niveles de la cadena de distribución (ver listado de reclamaciones diversas contenidas en el **documento n° 20**), de los que se derivan la existencia de indicios suficientes para suponer que se trata de una práctica generalizada por parte de las Entidades de Gestión.

(400) Esta práctica de las Entidades de Gestión ha de considerarse abusiva, ya que equivaldría a la aplicación de precio excesivo y, por tanto, un enriquecimiento injusto, derivado directamente de la normativa española. Así, la Entidad de Gestión se estaría valiendo de sus competencias conforme a la ley para exigir por partida doble (o eventualmente incluso triple) el pago de un canon único.

(401) Esta conducta podría tener consecuencias particularmente perversas desde el punto de vista de los importadores y de los distribuidores de equipos y soportes sometidos al canon. Así, estas reclamaciones paralelas podrían conllevar una obligación del productor/importador de satisfacer el canon por duplicado: por un lado, se vería obligado a pagarlo como consecuencia del procedimiento judicial iniciado en su contra por la Entidad de Gestión; y, por otro lado, nada impediría que el minorista que satisface el canon como consecuencia de una reclamación judicial de la Entidad de Gestión ejerza la acción de regreso contra el importador/productor para obtener el reembolso de dicho pago.

(402) El mismo tipo de abuso (aunque mediante una conducta diferente) puede entenderse producido, tal y como se avanzaba en el párrafo (394) anterior, en relación con los soportes que han sido condonados para el importador / fabricante que se haya adherido al Acuerdo ASIMELEC (y que queda “compensado” por la aceptación de un canon alto para el periodo posterior al 1 de septiembre de 2003) y que sin embargo son reclamados, como responsable solidario, al distribuidor mayorista o minorista.

(403) A mayor abundamiento, el carácter abusivo de esta conducta se ve reforzado por el hecho de que la ley no prevea mecanismos de control para evitar que un mismo soporte o equipo se vea sometido por partida doble al pago del canon. Este carácter abusivo es aún más flagrante si se tiene en cuenta que la normativa procesal española prevé la posibilidad de evitar este riesgo de doble pago (y enriquecimiento injustificado) mediante la interposición de reclamaciones del pago del canon a importadores/productores, mayoristas y minoristas en un

único procedimiento, situación ésta que según la información de que disponemos no se viene produciendo.

(404) Así, en la medida en que otros métodos permitirían a las Entidades de Gestión alcanzar el mismo objetivo legítimo, i.e., el cobro del canon por copia privada, sin que por ello aumenten los gastos a que da lugar la gestión de dicho cobro (sino más bien lo contrario, un ahorro en costes al dilucidarse la reclamación en un único procedimiento), ha de considerarse que esta actuación de las Entidades de Gestión tiene carácter abusivo. En este sentido cabe aplicar por analogía el razonamiento del Tribunal de Justicia en el asunto *Kanal 5 Ltd y TV4 AB c. STIM*¹²⁴:

*“33 Respecto al carácter abusivo del tipo de tarifas análogas cuyo importe correspondía igualmente a un porcentaje del volumen de negocios de una discoteca, el Tribunal de Justicia declaró que la naturaleza global de dichas tarifas sólo podrá ponerse en tela de juicio en relación con la prohibición del artículo 82 CE en la medida en que otros métodos permitan alcanzar el mismo objetivo legítimo, que es la protección de los intereses de los autores, compositores y productores de música, sin que por ello aumenten los gastos a que da lugar la gestión de los contratos y el control de la utilización de las obras musicales protegidas (véase la sentencia de 13 de julio de 1989, *Tournier*, 395/87, Rec. p. 2521, apartado 45).”*

(405) En conclusión, las Entidades de Gestión estarían llevando a cabo una aplicación abusiva de su competencia exclusiva para reclamar el pago del canon a varios niveles de la cadena de distribución de manera tendente a un múltiple cobro por dichas Entidades del canon por copia privada. Esta estrategia procesal se estaría desarrollando pese a la existencia de medios procesales para evitar dicho pago múltiple (i.e., planteando la reclamación contra el deudor principal y subsidiario en un único litigio) y ante la ausencia de mecanismos legales para controlar este enriquecimiento injusto. Por tanto, no cabe sino afirmar que las Entidades de Gestión están abusando de su posición de dominio legalmente atribuida para enriquecerse injustificadamente mediante reclamaciones paralelas de forma simultánea en varios niveles de la cadena de distribución.

¹²⁴ Sentencia del TJCE de 11.12.2008 en el asunto C-52/07, *Kanal 5 Ltd y TV4 AB c. STIM*. Rec. 2008, p. I-09275.

2.3. Interpretación de manera extensa e idéntica por las Entidades de Gestión del principio de “idoneidad para copia privada” previsto en la normativa española

(406) Como se ha indicado en la descripción de los Hechos (vid. *supra*), el artículo 25.2 TRLPI establece que el canon por copia privada se aplicará según el principio de idoneidad del producto para realizar la reproducción dentro de los límites de la excepción por copia privada:

“Esta compensación se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para realizar dicha reproducción¹²⁵, fabricados en territorio español o adquiridos fuera de éste para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio”(el subrayado es nuestro)

(407) Como hemos enfatizado, no se trata ésta de una idoneidad “en abstracto”, sino que este principio de idoneidad ha de ser interpretado a la luz de la definición de la copia privada que se contiene en el propio TRLPI (interpretada “de conformidad” con la Directiva 29/2001/CE): *“la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa”* (vid. artículo 31.2 del TRLPI).

(408) Tal y como hemos descrito en esta Denuncia, las Entidades de Gestión han venido extendiendo y exigiendo la aplicación del canon por copia privada a equipos y soportes que no cumplieran los criterios previstos en la normativa aplicable. Así, lejos de limitar la exigencia de pago del canon a aquellos equipos y soportes “idóneos para la realización de copia privada”, lo aplicaron a todo tipo de equipos y soportes que “sean susceptibles”, “permitan” o “sean técnicamente aptos” (no “idóneos”) para hacer “reproducciones” (no “copias privadas”

¹²⁵ La referencia a “*dicha reproducción*” debe entenderse hecha a la reproducción de obras descritas en el apartado 1 del artículo 25 hecha dentro de los límites previstos en el artículo 31.2, que define la excepción por copia privada.

de las modalidades sujetas a compensación), y haciendo completa abstracción del uso real o potencial de los dispositivos correspondientes.¹²⁶

(409) Esta interpretación extensiva por parte de las Entidades de Gestión del concepto de “idoneidad” ya fue cuestionada por el extinto TDC en *SGAE/ASIMELEC*¹²⁷, al entender que el pago por remuneración por copia privada debe establecerse en función de los usos, en línea con la exención de pago de determinadas entidades, como entidades de radiodifusión y productores de fonogramas, que claramente no estarían haciendo copias para uso privado. A este respecto se le suscitaba al TDC la reflexión de “*por qué no han sido exceptuadas conjuntamente otros adquirentes de estos materiales cuando por razón de su actividad profesional, social, productiva o cualquier otra, está claro que el destino de este tipo de materiales no se destina a realizar copias privadas*”¹²⁸.

(410) Pues bien, esta misma reflexión se nos suscita también aquí, ya que, como se ha indicado, las Entidades de Gestión no han considerado exceptuadas del pago del canon (i) por un lado, los dispositivos que permiten realizar “copias” de materiales protegidos pero están objetivamente destinados a fines ajenos a la copia privada (como sería el caso de una potente fotocopiadora industrial o de las grabadoras de discos incorporadas en un servidor informático) y (ii) por otro lado, los dispositivos que pudiendo estar destinados a cualquiera

¹²⁶ Así por ejemplo, tanto en la pág. 12 de la demanda contra la empresa AMG Informática como en la página 10 de la demanda contra la empresa RPM Mayoristas Informáticos (adjuntas como parte del documento nº 20), en ambos casos planteadas conjuntamente por SGAE, AIE y AGEDI, se hace constar lo siguiente:

*“(3) – El artículo 25.2 del TRLPI hace referencia a que la remuneración se determinará para cada modalidad en función de los **equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar dicha reproducción.***

Si acudimos al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se define el término “idóneo” como aquello que es adecuado o apropiado para una cosa. A su vez, el término “adecuado” se define como apropiado o acomodado a las condiciones, circunstancias y objeto de alguna cosa

*En definitiva, cuando se habla de idoneidad para referirnos a los equipos, aparatos y materiales que permiten la reproducción de obras, estamos hablando de aquellos que, por sus características o circunstancias, **son susceptibles** de llevar a cabo la reproducción de aquellos elementos que se definen en el apartado 1 del artículo 25 TRLPI.”* [nota: “elementos” en el sentido de libros, fonogramas y videogramas].

¹²⁷ Resolución de 31.5.2007.

¹²⁸ Véase el Fundamento de Derecho Cuarto.

de esos fines (por ejemplo, los soportes CD-R / RW Data), se comercializan a entidades que, por su actividad, se puede presumir razonablemente que no destinarán los equipos y soportes a realizar copias privadas. Tal es el caso de los equipos y soportes adquiridos por empresas y administraciones, que son ajenas a la excepción por copia privada. Más aun, las Entidades de Gestión incluso vendrían exigiendo la aplicación del canon en aquellos supuestos en los que el usuario empresarial o profesional pruebe que el destino de los dispositivos es un fin diferente al de realizar copias privadas de obras y prestaciones protegidas (por ejemplo, la grabación de juicios en el caso de despachos de abogados o la impresión de escritos procesales mediante fotocopadoras que pagan el canon sin tener porqué hacerlo).

(411) Asimismo, las Entidades de Gestión habrían interpretado que el principio de “idoneidad” previsto en el TRLPI se refiere a la mera aptitud técnica del equipo o soporte para “copiar”, es decir, el canon se aplicaría a todos los equipos o soportes susceptibles de realizar la reproducción mediante aparatos o instrumentos técnicos tipográficos de obras divulgadas en forma de libros, publicaciones, fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, conforme con el apartado 1 del artículo 25 TRLPI.

Esta interpretación va más allá incluso del tenor previsto para la (por entonces denominada) “remuneración equitativa” por copia privada en la redacción de la antigua Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual, hasta su modificación en virtud de la Ley 20/1992, que se refería a “... *equipos y materiales destinados a su distribución comercial en España, que permitan la reproducción de obras para los fines señalados en el apartado anterior*”.

(412) Esta interpretación del criterio de idoneidad como una idoneidad puramente técnica (i.e., donde el elemento objetivo del destino del dispositivo y el elemento subjetivo del destinatario del equipo o soporte no es relevante para determinar la obligación de satisfacer el canon por copia privada) resulta claramente abusiva respecto de aquellos destinatarios de los productos que no son “personas físicas” ni adquieren los dispositivos “para uso privado”. Tal sería el caso, por ejemplo, de los soportes adquiridos por la Administración pública para la grabación, entre otros, de vistas orales y copias de seguridad de archivos electrónicos. Otro claro ejemplo sería el pago del canon por las empresas que adquieren equipos y soportes para su uso estrictamente profesional (i.e., no privado) y que por definición no están autorizados a realizar copias de materiales protegidos al amparo de la excepción de copia privada, que

conforme al texto de la Directiva 29/2001/CE (vid. Art. 5.2.b) se refiere a “*personas físicas para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales*” y, conforme al TRLPI (vid. Art. 31.2), se refiere a “*una persona física, para su uso privado (...) y la copia obtenida no sea objeto de utilización lucrativa ni colectiva*”.

(413) Por tanto, no cabe sostener, como hacen las Entidades de Gestión, la imposibilidad de aplicar un sistema en virtud del cual no quedan sujetos a la obligación de pago del canon equipos y soportes técnicamente aptos para reproducir obras y prestaciones protegidas, pero respecto de los que *a priori* quepa asumir que no van a ser utilizados para la realización de copias privadas (por ejemplo, todos los dispositivos vendidos a la Administración Pública, como podrían ser los soportes de grabación, los ordenadores o las fotocopiadoras utilizadas por la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea).

(414) A mayor abundamiento, la interpretación del criterio de “idoneidad” como idoneidad técnica de copia contrasta vivamente con el éxito de reclamaciones judiciales realizadas por sujetos/personas físicas ante los tribunales por el abono indebido del canon por copia privada al adquirir equipos y soportes “técnicamente idóneos” para otros fines distintos a la copia privada de obras y prestaciones protegidas (ver **documento nº 21**), a que nos hemos referido en los párrafos (170) y siguientes de esta Denuncia.

(415) En este sentido, resulta difícil conciliar la interpretación formalista del criterio de idoneidad con el reconocimiento implícito por los tribunales del elemento subjetivo de “idoneidad jurídica” que supone la devolución del canon en dichos casos. A este respecto, es preciso destacar que el antiguo TDC ya planteó el posible carácter abusivo de este sistema en su resolución en el asunto *SGAE/ASIMELEC*:

“La existencia de ambos tipos de sentencias¹²⁹ tiene como resultado final que (1) las entidades de gestión tienen derecho al cobro de la remuneración por copia

¹²⁹ El Tribunal se está refiriendo a que se encuentra: “*por un lado, con unas sentencias que, basándose en la idoneidad o susceptibilidad del material, declaran a fabricantes e importadores deudores del pago y a los distribuidores responsables subsidiarios de ese pago y, por otro lado, otras sentencias que basándose en el hecho probado del uso dado al material en cuestión, eximen al consumidor final de ese pago cuando efectivamente éste demuestra no haber realizado copias privadas con el material adquirido, a pesar de ser idóneo para ello. El resultado es que el colectivo de fabricantes, importadores y distribuidores está obligado a un pago en base a la idoneidad y, a su vez, si finalmente se demuestra que ese material no ha sido usado para*

privada por todo soporte y aparato susceptible de ser utilizado para realizar la copia privada, con independencia de que finalmente se destinen a este uso (2) los deudores vienen obligados al pago derivado de este derecho, siendo sus distribuidores mayoristas o minoristas subsidiarios solidarios de la satisfacción de ese derecho (3) los distribuidores minoristas vienen obligados a rembolsar este pago cuando el consumidor final pruebe que el material adquirido no tuvo por objeto realizar copias privadas, y (4) el consumidor final que adquiere material susceptible de ser utilizado para realizar copia privada paga el derecho antes aludido en forma de sobreprecio, y si finalmente puede demostrar que su uso no fue la reproducción de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual, entonces puede presentar una demanda ante la jurisdicción ordinaria con una sentencia probablemente a su favor.

Este conjunto de situaciones, si bien podrían no ser calificadas de contradictorias, sí pueden serlo, cuanto menos de confusas, e incluso **podrían serlo de abusivas en tanto en cuanto el efecto final es que ciertos consumidores finales, ya sean particulares, empresas o instituciones públicas, terminan soportando un pago derivado de un derecho que nunca llegan a ejercer, o lo que es lo mismo, se ven obligados a pagar por algo que no demandan y a lo que nunca le darán uso, ya que el objeto principal, esto es, el material digital, fue adquirido para otra finalidad.**” (énfasis añadido)

(416) En línea con la interpretación del TDC, las Denunciantes estiman que la interpretación amplia del concepto de “idoneidad” y del concepto de “copia (privada)” realizada por las Entidades de Gestión es a todas luces abusiva.

(417) En primer lugar esta interpretación dejaría en manos del consumidor último la aportación de las pruebas necesarias para justificar que el fin del soporte o equipo adquirido no es la copia privada. Si bien existen algunos casos exitosos de este tipo de reclamaciones, como se ha indicado anteriormente, es innegable que estos casos tienen una representatividad marginal respecto del total de equipos y soportes vendidos en España.

(418) En segundo lugar, no se puede ignorar que un consumidor que adquiere un soporte por un precio por unidad muy limitado,¹³⁰ tiene un interés marginal en reclamar el importe del

realizar copia privada, deberá entonces rembolsar al consumidor final, y una vez probado su uso alternativo, el canon repercutido en su venta, y que probablemente habrá ya abonado a las entidades de gestión.”

¹³⁰ A modo de ejemplo, se pueden conseguir en España una tarrina de 100 discos CD-R, por aproximadamente 36€ (www.pixmania.com), incluyendo un canon total de 17€ (0,17€ por disco). La posible reclamación para la

canon sobre dicho soporte. Esta motivación será aún menor si se hace balance de los trámites e inconvenientes que deberá soportar el consumidor para obtener el reembolso de dicha cantidad.

(419) Ante la más que previsible ausencia de una “avalancha” de reclamaciones por parte de los consumidores que consideren - y puedan probar - que no han dado un uso de “copia privada” al soporte adquirido, las Entidades de Gestión se habrían asegurado unos beneficios nada desdeñables. Así, la recaudación en España por copia privada en 2007 habría sido de 97,1 millones de euros, representando un 19,9% de la recaudación nacional de las Entidades de Gestión en dicho año¹³¹.

(420) Lo anteriormente expuesto sobre la inadecuación de un sistema basado en la “mera idoneidad técnica” y la necesaria conexión con el presumible uso efectivo de los dispositivos para fines de copia privada, ha quedado refrendado por la Opinión de la Abogado General Trstenjak presentada el 11 de mayo de 2010 en el Asunto C-467/08, que es clara en este sentido:

“104. A este respecto, debe señalarse nuevamente que la «compensación equitativa» en el sentido del citado precepto de la Directiva es un concepto jurídico comunitario suficientemente determinado. A pesar de que el grado de armonización de la Directiva 2001/29 es relativamente bajo, resultando comparable a estos efectos al de una Directiva marco, el artículo 5, apartado 2, letra b), establece claramente las circunstancias en que el titular tiene derecho a una retribución. Asimismo, el deudor de tal retribución puede determinarse con exactitud atendiendo al sentido y finalidad de dicha normativa. En caso de duda, se trata del usuario beneficiario de la normativa sobre la copia privada. Dadas las circunstancias, ha de partirse de la base de que el artículo 5, apartado 2, letra b), establece una regulación comunitaria exhaustiva en relación con la «compensación equitativa», lo cual impide a los Estados miembros –cuando menos, en el ámbito de las copias privadas– extender unilateralmente la condición de deudor a otros grupos de personas, como empresas

devolución del canon implicaría la prueba de que cada uno de esos 100 discos se ha utilizado para fines ajenos a la copia privada.

¹³¹ La fuente de estos datos es el Informe de la CNC, apartado 58, que cita a su vez el Informe de AEVAL (2008).

y profesionales que, según muestra la práctica, adquieren los aparatos y soportes de reproducción digital para fines ajenos a la copia privada.

105. Por consiguiente, la asignación de una retribución a los titulares de derechos como consecuencia de la aplicación indiscriminada de un canon a empresas y profesionales sobre la base de una normativa sobre la copia privada no puede considerarse una «compensación equitativa» en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29. (...)

109. En principio, un sistema de compensación por copia privada financiado mediante un canon, que, por razones prácticas, calcula la «compensación equitativa» a tanto alzado resulta compatible con la Directiva 2001/29, habida cuenta del amplio margen de actuación de los Estados miembros. Ahora bien, el legislador nacional debe cerciorarse de que se respeta la correspondencia que exige el artículo 5, apartado 2, letra b), entre la injerencia en el derecho de reproducción, en principio exclusivo, del titular de derechos y la debida compensación económica.

110. En la medida en que deje de existir tal correspondencia, por ejemplo porque el canon en cuestión se aplica a supuestos de hecho distintos en los que no se produce una limitación de derechos que justifique la compensación económica, la retribución asignada a los titulares de derechos no constituirá una «compensación equitativa» en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29.

111. Por consiguiente, procede responder a la quinta cuestión prejudicial que un sistema nacional que prevé la aplicación de un canon por copia privada a todos los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital de forma indiscriminada no es compatible con el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, por cuanto dejaría de existir una adecuada correspondencia entre la compensación equitativa y la limitación del derecho por copia privada que la justifica, al aplicarse el canon en gran medida a supuestos de hecho distintos en los que no existe la limitación de derechos que justifica la compensación económica.”

(421) En conclusión, la conducta autónoma, es decir, no impuesta legalmente a las Entidades de Gestión, de exigir el pago del canon por copia privada basándose en una “*mera idoneidad técnica para copiar*” y la negativa a exonerar del mismo los productos no idóneos “*para copia privada*”, incluso en aquellos casos en los que “*quede suficientemente acreditado que el destino o uso final de los equipos, aparatos o soportes materiales no sea la*

reproducción prevista en el artículo 31.2” (vid. Art. 25.7.d TRLPI), constituye un abuso de posición dominante por parte de las Entidades de Gestión denunciadas, que de ese modo infringen los apartados a) y apartado c) del Artículo 102 del TFUE.

(422) En primer lugar, las Entidades de Gestión han incurrido en un abuso de posición de dominio al haber venido interpretado el texto de la normativa de manera amplia y basada exclusivamente en el concepto de “*idoneidad para copia privada*” como mera “*capacidad técnica para copiar*” (cuando nada en la normativa indica que debiera ser así), extendiendo por tanto el canon a usuarios finales que, por razones obvias, no iban a destinar los productos a la realización de copias privadas y a dispositivos que están objetivamente destinados a ser utilizados solo en un entorno empresarial o industrial (como es el ejemplo de la fotocopiadora antes mencionado).

(423) A mayor abundamiento, el abuso por parte de las Entidades de Gestión tendría su máxima expresión en trasladar al usuario final (i.e., el eslabón más débil de la cadena de distribución), la carga de la prueba (y de la reclamación) en contra del uso definitivo del producto. Esta imposición al usuario final de gestiones que suponen una significativa carga en términos de tiempo, esfuerzo e incluso coste económico, supone un abuso de posición de dominio en la medida en que el consumidor carece de la motivación necesaria para realizar dichas gestiones, en particular, a la luz de la desproporción entre la cantidad que se reclamaría y el esfuerzo (tiempo y dinero) requerido para ello.

(424) Por otro lado, la propia exigencia del pago del canon en aquellos casos en que ha quedado acreditado que el uso real (o el destino objetivo) de los dispositivos es ajeno a la copia privada, supone una infracción del apartado a) del Artículo 102 del TFUE, relativo a la imposición de precios u otras condiciones comerciales no equitativas o abusivas y del apartado c) del mismo, relativo a prácticas discriminatorias.

(425) En este sentido, se pueden ver ciertas analogías entre este caso y otros supuestos analizados recientemente por el TJCE, como la sentencia de 11 de diciembre de 2008 (Asunto C-52/07; Kanal 5 Ltd y TV 4 AB contra STIM), donde el TJCE establece la necesaria relación entre el valor económico de la contraprestación recibida y el precio pagado y el posible carácter discriminatorio en caso de aplicación de tarifas idénticas para usos efectivos del

repertorio diferentes, en aquellos casos en los que la verificación del uso efectivo cuando esto sea factible, o la sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009 (Asunto C-385/07 P; Duales System Deutschland GmbH contra Comisión), en la que se establece:

“143. Tal como el Tribunal de Primera Instancia declaró (...) el comportamiento reprochado a DSD (...) consistente en exigir el pago de un canon por la totalidad de los envases comercializados en Alemania con el distintivo DGP, aun cuando los clientes de dicha sociedad demuestren que no recurren al sistema DSD para una parte o la totalidad de dichos envases, se analiza como un abuso de posición dominante en el sentido de la disposición y de la jurisprudencia antes mencionadas. Además, de los apartados 107 a 117 y 126 a 133 de la presente sentencia se desprende que esta apreciación realizada por el Tribunal de Primera Instancia está suficientemente motivada y no adolece de los errores de hecho o de Derecho imputados por DSD sobre la base de sus derechos exclusivos ligados al distintivo DGP.”

(426) Finalmente, en opinión de las Denunciantes, cabe incluso afirmar que esta interpretación extensiva del concepto de “idoneidad” supone, de hecho, un intento por parte de las Entidades de Gestión de ampliar unilateral y arbitrariamente el contenido propio del derecho de compensación equitativa por copia privada, empleando para ello diversas estrategias que recuerdan, en cierta forma, a la conducta abusiva condenada como infracción del artículo 102 del TFUE recientemente por el Tribunal General en su sentencia *AstraZeneca* de 1 de julio de 2010 (asunto T-321/05), al incurrir dicho operador económico - en el marco de diversos procedimientos legales previstos en el ámbito de protección de determinados derechos de propiedad industrial - en la realización consciente y repetitiva de declaraciones engañosas y la puesta en práctica de otras conductas reprochables a fin de extender el ámbito de protección de determinados derechos de propiedad industrial.

2.4. Obstaculización de la exención del pago del canon a los productos destinados a la exportación (artículo 25.13 TRLPI) y en la venta de dispositivos a usuarios con licencia de reproducción (artículo 25.7.a TRLPI)

(427) En directa relación con lo anteriormente indicado sobre la necesaria relación que debe existir entre el valor económico de la contraprestación recibida (copia privada) y el

precio pagado (compensación equitativa), así como el posible carácter discriminatorio en caso de aplicación de tarifas idénticas para usos efectivos diferentes en aquellos casos en los que la verificación del uso efectivo sea factible o fácilmente presumible, hay que indicar que la normativa española prevé explícitamente una serie de exoneraciones legales al pago de la compensación por copia privada.

(428) Las prácticas de las Entidades de Gestión tendentes a evitar que los deudores puedan hacer valer esas exoneraciones, constituyen nuevas conductas abusivas en infracción del artículo 102 del TFUE.

a) Exención de productos destinados a la “exportación” (artículo 25.13 TRLPI)

(429) En primer lugar, es preciso hacer constar que únicamente están sujetos al pago del canon o compensación “equitativa” por copia privada aquellos soportes o equipos “*fabricados en territorio español o adquiridos fuera de éste para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio*”¹³². Esta exoneración es lógica, habida cuenta de que los dispositivos comercializados fuera de España no serán objeto de actos de copia privada en España (ámbito territorial de aplicación del TRLPI, que concede a las Entidades de Gestión sus prerrogativas respecto al régimen de copia privada). En consecuencia, los productores e importadores solo estarían sujetos al pago del canon respecto a aquellos productos cuya comercialización tenga lugar en España, eximiendo del pago de dicho canon a los productos destinados a otros países de dentro o fuera de la Unión Europea.

(430) Esta exención está reflejada en el apartado 13 del artículo 25 del TRLPI al prever que los deudores deduzcan de la declaración-liquidación que deben entregar periódicamente a las Entidades de Gestión, “*las cantidades correspondientes a los equipos, aparatos y soportes materiales destinados fuera del territorio español*”. De esta manera, asimismo, se pretende evitar la doble imposición de un canon al mismo producto en dos Estados miembro de la Unión Europea, quedando sujeto el producto, en su caso, a un canon en el país de destino.

¹³² Ver apartado 2 del artículo 25 del TRLPI. En este mismo sentido, el apartado 4 de la misma disposición define como “*deudores*” a los “*fabricantes en España, en tanto actúen como distribuidores comerciales, así como los adquirentes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de éste*”.

(431) La propia Comisión confirma en diversos documentos que el establecimiento de un sistema de cánones “a la importación” y los procesos de solicitud de reembolso del canon a la exportación de los productos (exoneración a la exportación) afecta de forma importante a las transacciones intracomunitarias. Así se indica por ejemplo, tal y como se ha transcrito en el párrafo (202) de esta Denuncia, en el Documento “*Background Document – “Fair Compensation for Acts of Private Copying” (European Commission - February 14, 2008*”, adjunto como **documento n° 10**.

(432) Pues bien, tal y como se ha indicado en los Hechos, resulta que para mayor agravamiento de la carga que dicho sistema de reembolso a la exportación supone ya de por sí para el exportador, las Entidades de Gestión están realizando actuaciones tendentes a obstaculizar que los deudores apliquen esta exención, de manera que las empresas deudoras se ven obligadas al abono de la totalidad del canon, debiendo aportar a posteriori los documentos y pruebas que exijan en cada momento las Entidades de Gestión para poder deducirse el importe del canon de los productos destinados a la exportación. Estas conductas tienen como evidente objetivo el de obstaculizar el ejercicio por parte de los exportadores de su derecho a deducir el canon correspondiente a los productos destinados a la exportación, lo que supone un claro abuso de posición de dominio por parte de las Entidades de Gestión.

(433) La Comisión ha considerado en el pasado como abusivas aquellas conductas consistentes en la imposición por el operador dominante de requisitos arbitrarios, excepcionales y a todas luces injustificados, no cubiertos por ninguna normativa, y tendentes a dificultar el ejercicio de un derecho legítimo legalmente reconocido¹³³:

“(90) Cuando el CFO vendió los Pass France 98 y las entradas individuales, el público en general residente en Francia tenía pocas dificultades para facilitar una dirección a la que enviar las entradas. Sin embargo, la mayoría del público en general no residente en Francia sólo hubiera podido obtener entradas directamente del CFO en 1996 y 1997 (34) recurriendo a medidas completamente arbitrarias, poco prácticas y de carácter excepcional (...).

(91) Esta discriminación equivalió de hecho a una imposición, por parte del CFO, de condiciones comerciales desiguales a los residentes fuera de Francia y desembocó en una limitación del mercado en perjuicio de dichos consumidores, por lo que respecta a las ventas del CFO de 393 200 entradas a través de Pass France

¹³³ Decisión de la Comisión de 20 de julio de 1999 en el asunto IV/36.888 — *Copa del Mundo de Fútbol 1998*.

98 y de 181 000 entradas correspondientes al partido inaugural, a los partidos de cuartos de final y semifinales, al partido por el tercer puesto y a la final, discriminación que era contraria al artículo 82 del Tratado CE y al artículo 54 del Acuerdo EEE.” (énfasis añadido)

(434) En el caso concreto que nos ocupa, las prácticas seguidas por las Entidades de Gestión tienen como efecto no solamente dificultar gravemente, o incluso impedir, a los exportadores beneficiarse de un derecho legalmente reconocido, sino también una distorsión del mercado común, dado el perjuicio que esta práctica supone para las importaciones de soportes y equipos.

(435) Así, los exportadores españoles se habrían visto perjudicados por estas prácticas en la medida en que, al no poder realizar la deducción, se vieron obligados bien a asumir el coste adicional del canon bien a trasladar el pago del canon a los consumidores de los Estados miembros a los que se exportasen (que indirectamente habrían pagado como parte del precio un canon a favor de las Entidades de Gestión en España). Además, en el caso de exportación a países en los que se encuentre también en vigor un sistema de cánones aplicables a la importación (y sin reconocimiento del pago realizado en otro Estado miembro, como ocurre en todos los demás Estados miembros de la Unión Europea cuyo régimen de compensación por copia privada hemos podido analizar), el consumidor se verá obligado a soportar un doble pago de dicho canon (i.e., el canon “nacional” y el canon repercutido por el exportador español).

(436) Por último, es innegable la desventaja competitiva que esta conducta abusiva de las Entidades de Gestión supone para el operador español respecto de sus competidores en otros Estados miembros que no tienen que afrontar el “sobre-coste” que supone el canon abonado en España. Esto implica una grave distorsión de la competencia en el mercado único en particular en lo que se refiere a la comercialización de soportes y equipos sujetos al pago del canon en España, ya que, en caso de que los exportadores trasladaran el canon aguas abajo en la cadena de distribución, sus productos serían más caros que si pudieran aplicar las deducciones legalmente previstas. Por otra parte, en el caso de que los exportadores, a fin de no sufrir esta desventaja competitiva, decidieran asumir el coste del canon, este coste adicional repercutiría en su solvencia general.

(437) Resulta evidente que estas conductas son contrarias asimismo a la jurisprudencia comunitaria antes mencionada sobre la necesaria correspondencia entre la contraprestación económica recibida y el pago realizado y la falta de equidad del pago en aquellos casos en los que no hay contraprestación (asunto C-385/07 P, *Duales System Deutschland*; asunto C-52/07, *Kanal 5 y TV4*, antes referidos), que resulta además especialmente condenable por el impacto directo que tiene en la efectividad del Mercado Interior, al restringir las exportaciones desde el territorio español de dispositivos sujetos al canon por copia privada.

b) Exención de dispositivos vendidos a usuarios con licencia de reproducción (artículo 25.7.a TRLPI)

(438) En segundo lugar, hay que hacer constar que la conducta de las Entidades de Gestión consistente en limitar la exoneración del canon por copia privada en relación con dispositivos comercializados a usuarios que disponen de una licencia de reproducción para el desarrollo de su actividad comercial, tal y como ha quedado acreditado en los párrafos (189) y siguientes de esta Denuncia, constituye un nuevo abuso de posición dominante asimilable dentro de los apartados a) y c) del Artículo 102 del TFUE.

(439) Lo mismo cabe decir en relación con los dispositivos respecto a los que las Entidades de Gestión reclaman el pago de las cantidades correspondientes a la licencia de reproducción y que, en virtud del artículo 10 del Real Decreto 1434/1992, no tienen la consideración de reproducción para uso privado del copista ni procede en consecuencia la “*obligación legal de pago de remuneración compensatoria por copia privada*” (tal y como se menciona en el enunciado del título y el capítulo del Real Decreto en los que se encuadra ese artículo 10).

(440) Igualmente, en los supuestos de reclamaciones judiciales presentadas por las Entidades de Gestión contra copisterías, administraciones y/o empresas en general, la conducta consistente en la negativa de las Entidades de Gestión (en particular, CEDRO y VEGAP) a deducir de la indemnización exigida por la utilización no autorizada de obras y demás prestaciones (lo que sucede cuando no disponen de la oportuna licencia de reproducción) el canon por copia privada pagado sobre equipos para los que se exige una licencia de reproducción, también constituye un abuso de posición dominante asimilable dentro de los apartados a) y c) del Artículo 102 del TFUE.

(441) No solo resulta aplicable en estos casos la jurisprudencia comunitaria enunciada anteriormente sobre el carácter no equitativo de los pagos realizados por falta de contraprestación (o por existir un “doble pago” en forma de canon de licencia y en forma de canon de copia privada), sino que la conducta obstruccionista en el ejercicio de una facultad legítima legalmente reconocida es objeto de condena específica también en la reciente sentencia *AstraZeneca* del Tribunal General de 1 de julio de 2010, antes citada.

2.5. No reconocimiento del canon abonado a las entidades de gestión de otro Estado miembro por dispositivos “importados” en España

(442) La conducta de las Entidades de Gestión consistente en la falta de reconocimiento del canon abonado a entidades de gestión de otro Estado miembro (con quienes la Entidad de Gestión española podría incluso tener acuerdos de reciprocidad), en relación con dispositivos “importados”¹³⁴ en España, exigiendo al importador en territorio nacional el pago completo del canon fijado en España (incluso en aquellos casos en los que no haya reembolso del canon del país de origen), constituye una nueva conducta abusiva especialmente dañina y condenable, ya que restringe la libre circulación de bienes entre Estados miembros donde se aplica un canon por copia privada sobre dichos productos.

A tal respecto, esta práctica conlleva las siguientes consecuencias, tal y como han sido descritas en los Hechos (*vid.* párrafos (201) y siguientes):

- (a) El importador en España habrá de pagar el total importe del canon vigente en España sin tener en cuenta si el producto ha quedado sujeto ya, o no, al pago de cualquier otra cantidad por el mismo concepto en otro Estado miembro donde el producto se haya puesto en circulación o por el que haya transitado.
- (b) En el caso de que dicho producto haya quedado sujeto al pago de un canon por copia privada en el país de origen, se requiere que el vendedor haya de ir a través de un procedimiento de reembolso del canon en el país de origen frente a las entidades de gestión de dicho país a fin de deducir el mismo. Ello supone que haya de incurrirse en gastos financieros por el tiempo que pueda mediar hasta el reembolso

¹³⁴ Con la referencia al término “importación” nos referimos en especial a las adquisiciones intra-comunitarias con destino al territorio español.

del canon en el país de origen, gastos éstos que en buena lógica empresarial se tendrán en cuenta a fin de trasladarlos al importador en España, conjuntamente con los gastos directos o indirectos derivados de dicha gestión (obligaciones administrativas, auditoría, etc.).

- (c) En el caso de que en el país de origen no exista un procedimiento de reembolso del canon a la exportación, como ocurre en múltiples Estados miembros, el adquirente en España tendrá que pagar como parte del precio del producto el canon vigente en el país de origen, más el canon vigente en España.

(443) Esta situación supone un obstáculo a la libre circulación de bienes y un encarecimiento para los productos procedentes de otro Estado miembro donde se aplique un canon sobre los mismos en comparación con los productos que proceden de Estados miembros donde no exista el canon, o frente a aquellos productos fabricados en España. La posible afectación al comercio entre Estados miembros es evidente, bien limitando el flujo de bienes de Estados miembros donde no existe el canon u obstruyendo el flujo comercial desde países con dicho canon por copia privada.

(444) En los párrafos (372) y siguientes hemos hecho referencia a diversos precedentes jurisprudenciales a nivel comunitario que proscriben que los titulares de derechos de propiedad intelectual puedan valerse del ejercicio de dichos derechos a fin de compartimentar el Mercado Interior a nivel nacional perjudicando la circulación de bienes entre los Estados miembros. Los asuntos *Deutsche Grammophon c. Metro* y *Phil Collins* y otros son una muestra clara de la posible infracción de las normas de competencia previstas en el Tratado mediante el ejercicio abusivo de los derechos de propiedad intelectual.

(445) En concreto, del asunto *Deutsche Grammophon c. Metro* hay que indicar que el TJCE considera que el ejercicio de derechos exclusivos de propiedad intelectual por parte de un productor de fonogramas a fin de cobrar la diferencia del precio existente para los soportes con grabaciones sonoras en Alemania y el precio menor vigente en el país de origen del que se importan los soportes sonoros, podría considerarse como un abuso de posición dominante en el caso de que el operador fuera dominante en una parte sustancial del Mercado Único, en

consideración a la importancia de dicho comportamiento y la ausencia de justificaciones objetivas para el mismo.

(446) Igualmente la conexión entre las normas de libre circulación de bienes y las normas de competencia queda ilustrada en el asunto *Christian Dior c. Evora*, en el que el TJCE mantuvo que un fabricante de cosméticos no puede valerse de su derecho de marca o sus derechos de propiedad intelectual para restringir a un revendedor no autorizado la distribución de panfletos publicitarios con sus productos.

(447) Conjuntamente con el asunto *Deutsche Grammophon c. Metro*, de entre todos los precedentes jurisprudenciales, cabe destacar el pronunciamiento del TJCE de 20 de enero de 1981 en los asuntos 55/80 y 57/80 (*Musik-Vertrieb membran GmbH y K-tel International v GEMA*), en los que el Tribunal condena el intento de hacer prevalecer el carácter territorial nacional de los derechos de propiedad intelectual, dictaminando la aplicabilidad al caso tanto de la normativa de competencia, como de las normas del Tratado que prohíben las restricciones a la libre circulación de bienes:

*“14. **The argument put to the Court** by the Belgian and Italian Governments **that in the absence of harmonization in this sector the principle of the territoriality of copyright law always prevails over the principle of freedom of movement of goods within the common market cannot be accepted.** Indeed, the essential purpose of the Treaty, which is to unite national markets into a single market, could not be attained if, under the various legal systems of the Member States, nationals of those Member States were able to partition the market and bring about arbitrary discrimination or disguised restrictions on trade between Member States. (...)*

*18. It should be observed next that **no provision of national legislation may permit an undertaking which is responsible for the management of copyrights and has a monopoly on the territory of a Member State by virtue of that management to charge a levy on products imported from another Member State where they were put into circulation by or with the consent of the copyright owner and thereby cause the Common Market to be partitioned.** Such a practice would amount to allowing a private undertaking to impose a charge on the importation of sound recordings which*

are already in free circulation in the Common Market on account of their crossing a frontier; it would therefore have the effect of entrenching the isolation of national markets which the Treaty seeks to abolish.”

(448) El supuesto analizado por el Tribunal tiene grandes paralelismos con la conducta de las Entidades de Gestión que estamos denunciando:

- (a) Se trataba del ejercicio de una remuneración derivada del derecho de reproducción mecánica. En la conducta denunciada en este caso se trata del ejercicio del derecho de compensación derivado de una excepción al derecho de reproducción.
- (b) El Tribunal proscribe el derecho del titular a reclamar la diferencia entre la tarifa más elevada aplicada en el país de destino (en ese caso Alemania) y la tarifa abonada en el país de origen. En la conducta denunciada se trata no solo de reclamar la diferencia entre el canon vigente en el país de destino (en nuestro caso España) y el canon vigente en el país de origen, sino la obligación de pagar en su totalidad el canon vigente en el país de destino (España), sin prestar atención alguna al posible pago de otro canon por copia privada en el país de origen, ni al posible reembolso del mismo o no para el “exportador” y/o la carga administrativa o financiera que se deriva de ella.
- (c) El Tribunal considera en aquel asunto que el consentimiento otorgado por el titular de derechos de propiedad intelectual para la puesta en circulación en el país de origen supone el agotamiento de su derecho a exigir una nueva remuneración en el país de destino. Por su parte, en la conducta denunciada en este escrito, también se puede afirmar la existencia de un consentimiento otorgado por el titular de derechos habida cuenta de la red de acuerdos de representación recíproca que existen entre las Entidades de Gestión y sus homólogos en otros Estados miembros con sistemas de cánones por copia privada, en virtud de los cuales las Entidades de Gestión españolas confieren mandato expreso para la gestión de su repertorio en ese otro Estado miembro también para los fines relacionados con la compensación por copia privada, consintiendo en el importe del canon, los métodos de recaudación y las reglas de reparto de la compensación equitativa que se aplica en dicho Estado miembro de origen.

(d) El Tribunal considera que la existencia de disparidades entre las legislaciones nacionales que es capaz de distorsionar la competencia entre los Estados miembros no puede justificar que un Estado miembro otorgue protección legal a las prácticas de una entidad de gestión que son incompatibles con las normas del Tratado (en el caso enjuiciado, las normas relativas a la libre circulación de bienes). Los mismos principios son trasladables a la conducta denunciada en relación con la infracción de la normativa que proscribía el abuso de una posición dominante, por parte de las Entidades de Gestión que prescindían por completo de cualquier consideración sobre el previo pago o no de una compensación equitativa por copia privada a favor de entidades de gestión extranjeras, en especial de aquellas con quienes mantienen acuerdos de reciprocidad al amparo de los cuales éstas consienten en las cantidades que se abonan por copia privada en el Estado miembro en el que operan dichas entidades de gestión extranjeras y se acuerda la transferencia internacional de dichas cantidades (o la retención de las mismas) entre las entidades de gestión de los diferentes Estados miembros.

(449) En definitiva, de las sentencias en los asuntos *Deutsche Grammophon c. Metro y Musik-Vertrieb membran GmbH* y *K-tel International c. GEMA* puede concluirse que la exigencia de una cantidad diferencial entre los derechos de propiedad intelectual en el Estado miembro de origen y los aplicados en el Estado miembro de destino de determinados productos que están afectados por dichos derechos de propiedad intelectual podría considerarse contrario a las normas del Tratado, en concreto a las normas de competencia y libre circulación de bienes.

(450) Pues bien, la conducta denunciada es mucho más grave, ya que no solo se pide la diferencia entre las dos tarifas por parte de las Entidades de Gestión denunciadas, sino que se reclama la totalidad del canon vigente en España, y ello con independencia de que haya habido o no un reembolso del canon abonado en el país de origen (que incluso podría haberse abonado con el “consentimiento” de las Entidades de Gestión con otras entidades homólogas con las que mantienen acuerdos de reciprocidad).

(451) Esta conducta abusiva de las Entidades de Gestión denunciadas afecta el comercio entre los Estados miembros, supone un incremento en los costes transaccionales (incluso con

“dobles pagos” de compensación por copia privada) y es consecuencia directa de la conducta discrecional de las Entidades de Gestión denunciadas.

(452) A tal respecto, hay que añadir que el artículo 25.13 TRLPI establece la obligación de los deudores (importadores en España) de presentar “*una declaración-liquidación en la que se indicarán las unidades, capacidad y características técnicas (...) de los equipos, aparatos y soportes materiales respecto a los cuales haya nacido la obligación de pago de la compensación durante dicho trimestre*”; por su parte, el artículo 25.15 TRLPI regula el momento en el que ha de producirse el pago de la compensación (en el mes siguiente a la presentación de la declaración-liquidación); y el artículo 25.17 TRLPI establece la obligación de repercutir el canon a los clientes, pero ello no excluye la posibilidad de que solo una parte del canon repercutido se haya abonado en España, mientras que otra parte se haya abonado en el país de origen del producto.

(453) Sin perjuicio de considerar que la interpretación anterior debe entenderse razonable (en el sentido de que ninguna previsión de la normativa española obliga a que el total del canon se pague en España), es conveniente recordar que las Entidades de Gestión han venido amoldando a su medida las obligaciones de pago del canon (o la condonación del mismo, en su caso) cuando lo han considerado conveniente, como ocurrió con el Acuerdo ASIMELEC.

(454) Por otro lado, nada impide que en el ejercicio de las acciones judiciales a las que nos hemos referido en esta Denuncia (ver **documento nº 20**), las Entidades de Gestión descuenten de las cantidades reclamadas por compensación equitativa por copia privada las cantidades que en concepto de canon se hubieran abonado con anterioridad como parte del precio del producto importado. En ningún caso se aprecia esta facultad, sino más bien lo contrario, tal y como hemos expuesto en los párrafos (395) y siguientes, la reclamación paralela del mismo importe en varios niveles de la cadena de distribución.

(455) El motivo de dicha conducta no es otro que el interés de las Entidades de Gestión denunciadas de maximizar los ingresos en España (y no con procedencia de otros países), de modo que puedan aplicar sobre las mismas la deducción del 20% para actividades asistenciales, culturales y de formación, su descuento de administración y gestión y, finalmente, poder disponer de las cantidades no distribuidas a los titulares de derechos. El

conjunto de estos ingresos, que como se detalla en el párrafo (52) pueden alcanzar entre un 47,7% y 38,7% del canon ingresado en España, no se darían en el caso de que una parte del canon se hubiera cobrado por una entidad de gestión extranjera.

(456) Finalmente, hay que indicar que la circunstancia de que, eventualmente, los actuales acuerdos de representación recíproca por parte de alguna(s) de las Entidades de Gestión denunciadas no diera cobertura a la posibilidad de hacer esas transferencias internacionales del canon abonado en el Estado miembro de origen, esa circunstancia no debería entenderse tampoco como excusa para evitar la calificación de abusiva de la conducta denunciada, ya que precisamente las Entidades de Gestión tienen a su alcance la posibilidad de establecer un esquema que permita evitar estas distorsiones en las operaciones transfronterizas y la fragmentación del mercado interior y, sin embargo, no toman ninguna medida para impedir esos efectos negativos para el Mercado común y no deseados por el legislador comunitario.

2.6. Extensión del canon por copia privada a los equipos digitales “mixtos” (o “polivalentes”) comercializados durante el periodo anterior a la Orden PRE/1743/2008.

(457) En línea con las prácticas abusivas anteriormente descritas, las Denunciantes consideran que las Entidades de Gestión también han incurrido en un abuso de posición de dominio en virtud de la automática ampliación que han venido realizando de la aplicación del canon por copia privada a dispositivos que no están expresamente previstos en la ley aplicable, conducta que es especialmente grave al producirse además con efectos retroactivos.

(458) Tal y como se ha descrito en los Hechos (vid. *supra*), la evolución normativa de la copia privada en España no ha ido siempre a la par con los desarrollos tecnológicos¹³⁵, sino que la evolución de los productos ha superado a la rigidez de la norma. El Acuerdo ASIMELEC amplió la aplicación del canon a los soportes digitales “mixtos” o

¹³⁵ A modo de ejemplo, la Ley de Propiedad Intelectual no previó, hasta su modificación en virtud de la Ley 23/2006, la posibilidad de aplicar el canon a equipos, aparatos y soportes digitales.

“polivalentes”¹³⁶, si bien no fue hasta el 2006 que se le dio cobertura legal en virtud del apartado f) de la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006.

(459) Así, en el epígrafe 1º del apartado f) de dicha disposición se establece el canon para los soportes CD (discos compactos) “mixtos”, que permiten tanto la copia de audio como de video; en el epígrafe 2º se regula el canon para los soportes DVD (discos versátiles) “mixtos”; y en el epígrafe 3º se prevén las reglas de reparto del canon de cada uno de dichos soportes entre los titulares en las modalidades de fonogramas y videogramas, que se basan en los porcentajes de reparto que ya estaban implícitos en el Acuerdo ASIMELEC¹³⁷.

¹³⁶ Esta es la terminología empleada en la cláusula 1ª del Acuerdo ASIMELEC para referirse a los soportes CD-R/RW Data y DVD-R/RW Data que no son “específicos de reproducción sonora” ni “específicos de reproducción visual o audiovisual”, sino que permiten la grabación tanto de audio y video como de otros muchos contenidos (datos, software, fotografías, etc.). La referencia a materiales “de reproducción mixta” ha sido recogida posteriormente en la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006.

¹³⁷ En particular, en la Disposición Transitoria Única se determinan los dispositivos sujetos y el canon aplicable según el siguiente listado:

- a. “(...)
- b. Para **equipos o aparatos digitales de reproducción de fonogramas**: 0,60 euros por unidad de grabación.
- c. Para **equipos o aparatos digitales de reproducción de videogramas**: 6,61 euros por unidad de grabación.
- d. Para **soportes materiales digitales específicos de reproducción sonora**, como discos o minidiscos compactos para audio o similares, sean o no regrabables: 0,35 euros por hora de grabación o 0,006 euros por minuto de grabación.
- e. Para **soportes materiales digitales específicos de reproducción visual o audiovisual**, como discos versátiles para vídeo o similares, sean o no regrabables: 0,70 euros por hora de grabación o 0,011667 euros por minuto de grabación. A estos efectos, se entenderá que una hora de grabación equivale a 2,35 gigabytes.
- f. Para **soportes materiales de reproducción mixta, sonora y visual o audiovisual**:
 1. Discos compactos, sean o no regrabables o similares: 0,16 euros por hora de grabación o 0,002667 euros por minuto de grabación. A estos efectos, se entenderá que una hora de grabación equivale a 525,38 megabytes.
 2. Discos versátiles, sean o no regrabables o similares: 0,30 euros por hora de grabación o 0,011667 por minuto de grabación. A estos efectos, se entenderá que una hora de grabación equivale 2,35 gigabytes.
 3. A los efectos de su posterior distribución entre los distintos acreedores de las cantidades a que se refieren los párrafos 1.º y 2.º, se considerará que en los discos compactos el 87,54 por ciento corresponde a reproducción sonora y un 12,46 por ciento a reproducción visual o audiovisual, y en los discos versátiles el 3,43 por ciento corresponde a reproducción sonora y el 96,57 por ciento corresponde a reproducción visual o audiovisual.”

(460) A tal respecto, como hemos adelantado en los antecedentes, es importante destacar que, si bien en el caso de los soportes se aplica el canon tanto sobre los soportes digitales específicos de audio, específicos de video y mixtos (es decir, tres categorías de soportes), en el caso de los equipos digitales de grabación sólo se prevé el canon sobre los equipos de reproducción de audio y los equipos de reproducción de video (es decir, únicamente dos categorías de equipos), quedando al margen de la norma y, por tanto, excluidos de la aplicación del canon, los equipos digitales de grabación mixtos o polivalentes (grabadoras de CD/DVD informáticas, reproductores MP4, etc.). En coherencia con lo anterior, la norma tampoco recoge regla alguna relativa al reparto entre los titulares de cualesquiera importes pudieran aplicarse, ni siquiera teóricamente, a los equipos mixtos. En consecuencia, es evidente que estos últimos equipos digitales de grabación mixtos no estuvieron sujetos al canon hasta la entrada en vigor de la Orden Ministerial PRE/1743/2008 que, por el contrario, sí prevé la aplicación de un canon a estos equipos y, en consecuencia, establece las correspondientes reglas de distribución del mismo entre los titulares¹³⁸.

(461) No obstante lo anterior, las Entidades de Gestión han entablado multitud de acciones judiciales a fin de cobrar un canon sobre determinadas categorías de equipos de reproducción “mixtos” o “polivalentes” con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden y, además, con efectos retroactivos (no desde el momento de realizar la reclamación, sino desde el momento en que dichos dispositivos fueron comercializados en el mercado español).

(462) En este sentido, la interpretación *ultra legem* por parte de las Entidades de Gestión de los equipos y soportes es constitutiva de una infracción del artículo 102 del TFUE en línea con lo argumentado *supra*, puesto que de este modo tratan de ampliar unilateralmente, gracias a la situación privilegiada de la que gozan, el contenido propio del derecho de compensación equitativa por copia privada previsto en la legislación correspondiente, ampliando el cobro de cantidades adicionales que se suman a las cuantiosos importes ya cobrados legítimamente conforme a la letra y al espíritu de la Ley.

¹³⁸ CONFIDENCIAL

2.7. Falta de consideración de las medidas tecnológicas de protección a efectos de la aplicación del canon por copia privada y la fijación de su importe

(463) Finalmente, las Denunciantes consideran que las Entidades de Gestión también han incurrido en un abuso de posición de dominio por la falta de consideración de las medidas tecnológicas de protección a efectos de la aplicación o no de la compensación equitativa por copia privada, reclamando la aplicación del canon por copia privada en relación con dispositivos “no idóneos” para la realización de copias privadas al ir dotados de medidas tecnológicas de protección que restringen o limitan la realización de copias privadas y/o solicitando la aplicación del mismo importe en concepto de compensación por copia privada con independencia de que los dispositivos de que se trate vayan dotados o no de medidas tecnológicas de protección que restrinjan o limiten la posibilidad técnica de hacer copias privadas.

(464) El Anexo “*Legal Analysis*” al documento de trabajo de la Comisión que se adjunta como **Documento nº 10** (*Background Document – “Fair Compensation for Acts of Private Copying” (European Commission - February 14, 2008)*), desarrolla perfectamente en sus páginas 58 a 61 cuáles son las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación o no aplicación de medidas tecnológicas de protección: la reducción de la compensación a abonar e incluso la ausencia de compensación equitativa por copia privada. La Comisión extrae esas mismas consecuencias incluso en caso de que las medidas tecnológicas de protección estén simplemente disponibles en el mercado (ver documento nº 10, pág. 60-61), pero no hayan sido implantadas por los titulares de derechos de propiedad intelectual.

(465) En opinión de las Denunciantes, la falta de exoneración del canon por copia privada sobre dispositivos dotados de medidas tecnológicas de protección eficaces (o la aplicación de importes compensatorios inferiores) implica:

- (a) Por un lado una conducta abusiva por aplicación de condiciones comerciales no equitativas (artículo 102 apartado a. del TFUE), ya que cuando la medida tecnológica de protección restringe (impide) la realización de la copia privada de la obra sin previa autorización del titular no se produce daño alguno al titular de derechos, y en caso de que el usuario eluda (“rompa”) la TPM para realizar una copia, estaríamos

ante un acto ilícito no permitido ajeno al ejercicio legítimo de la excepción de la copia privada. En caso de que la TPM restrinja la realización de copias permitiendo la realización de un número determinado de copias (esto es frecuente en sistemas de descarga de música), estaremos en presencia de una “copia licenciada”, no de una copia privada, por cuyas copias ya se ha pagado al titular como parte de la licencia.

- (b) Por otro lado, una conducta discriminatoria (artículo 102 apartado c. del TFUE), al tratar de forma similar a dispositivos que, siendo parte de la misma categoría de producto no son similares en relación con la aplicación o no de medidas tecnológicas de protección eficaces en los mismos (por ejemplo equipos de grabación de DVD polivalentes dotados con TPMs y en comparación con dispositivos no dotados de TPMs eficaces). En definitiva, se trata de la aplicación por parte de las Entidades de Gestión de las mismas condiciones (mismo importe de canon) para situaciones objetivamente diferentes (dispositivos con TPMs vs. dispositivos sin TPMs), que coloca en situación de desventaja competitiva a los fabricantes que incluyen dichas medidas tecnológicas de protección, que además de sufrir los perjuicios que implica la implantación de dichas medidas (tanto desde el punto de vista financiero, técnico y operativo, como desde el punto de vista de usabilidad del producto por el cliente), se ven obligados a pagar el mismo importe en concepto de compensación equitativa por copia privada que los deudores que comercializan dispositivos de la misma clase sin esas restricciones.

(466) Esta conducta abusiva consistente en la falta de consideración de las TPMs para la aplicación o no de la compensación equitativa o la determinación de su importe sería imputable a las Entidades de Gestión denunciadas representativas para las diferentes categorías de derechos en las modalidades de reproducción de fonogramas y videogramas (SGAE, AIE, AISGE, AGEDI y EGEDA) durante el periodo de vigencia del TRLPI (en concreto desde la entrada en vigor de la Directiva y el inicio de disponibilidad de TPMs en el mercado) y la vigencia de la Ley 23/2006 y la Orden PRE/1743/2008. Por otro lado, esta conducta también sería imputable a las Entidades de Gestión denunciadas representativas en la modalidad de reproducción de libros y publicaciones asimiladas (CEDRO y VEGAP) tanto durante todo el periodo de negociación y tramitación de la Orden PRE/1743/2008 como durante el periodo de vigencia de esta norma que, por vez primera, les asigna un porcentaje de

participación en la compensación equitativa por copia privada de libros en formato digital con dispositivos mixtos o polivalentes.

(467) Por otro lado, en relación con el concepto de “medida tecnológica” de protección “eficaz”¹³⁹ y las constantes alegaciones por parte de las Entidades de Gestión de que las medidas tecnológicas no son “eficaces”, hay que tener presente que la propia Directiva (y la Ley 23/2006), define lo que se entiende por “eficaz”:

“Artículo 6 - Obligaciones relativas a medidas tecnológicas (...)

3. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por "medidas tecnológicas" toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE. Las medidas tecnológicas se considerarán "eficaces" cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección.”

(468) En este sentido, hay que tener presente que el concepto de “eficaz” no significa que la medida tecnológica de protección sea “invulnerable”. En caso contrario, no tendría sentido establecer una protección jurídica contra la “elusión” de dichas medidas tecnológicas, ya que si no fueran vulnerables, no cabría pensar en su posible elusión.¹⁴⁰

¹³⁹ Para mayor información sobre el marco normativo de las medidas tecnológicas de protección contenido en la Directiva y en otros países terceros (por ejemplo Estados Unidos), puede consultarse las páginas 69 y ss. del “*Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society, Report to the European Commission, DG Internal Market (February 2007)*” por Profesor Huggenholz y otros, disponible en http://www.ivir.nl/publications/guibault/Infosoc_report_2007.pdf.

¹⁴⁰ Así lo reconoce la propia Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en el texto transcrito en la anterior nota a pie de página nº 67.

(469) Por otro lado, hay que precisar que si bien en algunos pasajes de la Directiva y la Ley 23/2006 se especifica la relevancia de la aplicación de las medidas tecnológicas de protección “a las obras” y no se refiere específicamente a TPMs aplicadas “a los dispositivos”, hay que tener presente que la Directiva es neutra en relación con la forma con la que haya de instrumentarse la compensación equitativa por copia privada, y no presupone que la misma haya de instrumentarse por medio de un sistema de cánones sobre dispositivos.

(470) En el caso de que el sistema de compensación por copia privada se instrumente por medio de cánones en dispositivos, cabe la homologación de ambas situaciones (la aplicación de la TPM sobre la obra y la aplicación de la TPM sobre el dispositivo) a efectos jurídicos. En este sentido, hay que tener en cuenta que la implantación de medidas tecnológicas de protección en el entorno digital supone habitualmente no solo la aplicación de la TPM en la obra objeto de posible copia, sino que esa TPM se debe aplicar también en el dispositivo donde se utilice dicha obra, a fin de asegurar la eficacia del mismo mediante la interacción de ambos, en especial en el caso de medidas de protección por medio de la codificación (así por ejemplo, el CSS se implementa tanto en el soporte DVD que contiene la película como en el equipo que se utiliza de lector y/o grabador, y requiere la interacción de ambos)¹⁴¹.

(471) En este sentido, siguiendo el tenor literal del artículo 6.3 de la Directiva, “*las medidas tecnológicas se considerarán eficaces cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos*” “*mediante la aplicación de un control de acceso*” (ésta sería el lector/grabador DVD por ejemplo) “*o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación*” (esto equivale a la combinación de obra + equipo) “*o un mecanismo de control del copiado*” (esto equivale a las marcas electrónicas en la obra, que requiere la correspondiente reacción frente a esa marca en el lector, como es el caso de los lectores de CD), “*que logre este objetivo de protección.*”

¹⁴¹ Dado que una obra en formato digital es una representación electrónica en algún tipo de lenguaje o formato electrónico, la obra está íntimamente relacionada con el dispositivo en que se utiliza, que es capaz de decodificar la obra. De este modo, hablar solo de medidas de protección “en la obra” es incompleto, ya que solo el equipo que puede entender el lenguaje de la obra y leer la protección sirve para la utilización de la misma en la forma pretendida al usar esa medida tecnológica.

(472) Para concluir, cabe indicar que la alegación hecha frecuentemente por parte de las Entidades de Gestión sobre la falta de “eficacia” de las medidas tecnológicas de protección a fin de no tenerlas en cuenta para la compensación equitativa por copia privada por un lado, mientras que, por el otro, los propios titulares de derechos representados por las mismas Entidades de Gestión defienden el carácter “eficaz” de dichas medidas tecnológicas de protección a fin de obtener protección jurídica contra su elusión, constituye en opinión de las Denunciantes una declaración engañosa que recuerda bastante a algunas de las prácticas relativas a declaraciones engañosas sancionadas por la Comisión en su decisión *AstraZeneca* de 15 de junio de 2005, ratificada por el Tribunal General en su sentencia de 1 de julio de 2010 (asunto T-321/05), por lo que la actuación de las Entidades de Gestión debería recibir una respuesta similar por parte de la Comisión.

3. EFECTO ACTUAL O POTENCIAL DE LA CONDUCTA SOBRE EL COMERCIO ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS

(473) Por último, hay que tener presente la posible afección al comercio entre Estados miembros como requisito de aplicación del artículo 102 del TFUE.

(474) Recientemente, el TJCE en Sentencia de 23 de abril de 2009¹⁴² ha recordado que:

“resulta de una jurisprudencia reiterada que, para que un acuerdo entre empresas pueda afectar al comercio entre Estados miembros, debe poderse presumir con un grado de probabilidad suficiente, con arreglo a una serie de elementos objetivos de hecho o de Derecho, que puede ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, sobre las corrientes de intercambios entre Estados miembros, en un sentido que pueda perjudicar a la realización de los objetivos de un mercado único entre Estados miembros”.

¹⁴² Asunto C-425/07; AEPI, p. 51. Si bien este asunto se refiere a la aplicación del artículo 101 del TFUE, el requisito de afección al comercio entre Estados miembros previsto en dicho artículo 101 es equiparable al previsto para el art. 102 del TFUE.

(475) Pues bien, las conductas arriba descritas son susceptibles de afectar el comercio entre los Estados miembros en el sentido del artículo 102 del TFUE y de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado CE¹⁴³.

(476) Tal y como hemos avanzado en diversos apartados de esta Denuncia, la propia Comisión Europea se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre el impacto que los sistemas de cánones nacionales tienen en los intercambios intracomunitarios y la fragmentación del Mercado Único, así como en las transacciones de comercio electrónico entre Estados miembros. A tal respecto, entre los diversos estudios realizados recientemente por la Comisión en que considera que los sistemas de cánones por copia privada tienen un grave impacto en el comercio intracomunitario cabe mencionar, sin ánimo exhaustivo, los siguientes:

- (a) En el resumen ejecutivo del documento “*EC Copyright Levies Reform, Impact Assessment – Staff Working Document (December 2006)*”, adjunto como **documento nº 9**, se puede leer por ejemplo lo siguiente (ver pág. 5):

“(...) The Commission has monitored the application of the Copyright Directive carefully since its adoption in 2001. It has worked with Member States in regular bilateral and multilateral dialogue. It has held several consultations, most recently an open online consultation which concluded in July 2006 (the results of these consultations are set out in the assessment).

It has identified a number of issues that it believes now need to be addressed:

- *Private copying levies at import can be considered as measures of equivalent effect under Article 28 EC (and thus may constitute obstacles to the free movement of goods in the internal market) (...)*
- *Different approaches to private copying levies in different Member States lead to a lack of certainty for the ICT industry and to fragmentation of the EU market, (...)*

¹⁴³ Comunicación de la Comisión de 27.4.2004. Diario Oficial de la Unión Europea (“DOUE”) 2004 C 101/7.

- *The administration of private copying levies distorts competition in the internal market, tending to encourage “grey market” imports (...)*”

(b) En el informe “*Background Document – “Fair Compensation for Acts of Private Copying” (European Commission - February 14, 2008)*”, adjunto como **documento n° 10**, en el que se puede leer por ejemplo lo siguiente:

“4.3. Grey market

The current administration of private copying levies might encourage 'grey markets'. Given the reliance on 'self-reporting', levy schemes depend heavily on the compliance of producers, importers and sometimes end consumers. There is some evidence suggesting that not all importers comply. This appears to distort trade and places 'honest' importers at a significant disadvantage. (...)”

[ver también el apartado 4.1 de dicho documento n° 10, transcrito en párrafo (202) de esta Denuncia]

(c) En la “*Comunicación de la Comisión relativa al comercio electrónico transfronterizo entre empresas y consumidores en la UE*”¹⁴⁴ (COM(2009)557 final) de 22 de octubre de 2009, se identifica también a los sistemas de cánones por copia privada como una barrera al desarrollo del comercio electrónico (legítimo, dentro del marco legal aplicable) transfronterizo entre Estados miembros:

*“16. For retailers in Europe, the main regulatory barriers to cross-border e-commerce originate in the fragmentation of consumer protection rules and other rules on VAT, recycling fees **and levies**. The way in which these rules are implemented differs markedly from one Member State to another, giving rise to a business environment that is complex, costly and unpredictable for those businesses considering selling cross-border. The adoption of proposals to tackle these obstacles is therefore central to changing the behaviour of retailers and, as a result, improving opportunities for consumers.*

Practical solutions to the management of copyright levies

39. Stakeholders at national and European level have been negotiating since 2006 solutions to the practical issues involved in the cross-border management of copyright levies on sales of blank media and recording devices. At present, crossborder traders may end up paying and reporting copyright levies in several countries for the same goods.

¹⁴⁴ Disponible en: http://ec.europa.eu/consumers/strategy/docs/COM_2009_0557_4_en.pdf

40. A majority of stakeholders agree that the current system of reporting, paying and refunding the levies is an impediment to cross-border e-commerce. As yet no agreement has been reached on practical solutions that would make the existing national levy systems more workable. Stakeholders should redouble their efforts to seek solutions quickly in order to enable companies to streamline their cross-border logistics.

- (d) Asimismo, el documento publicado conjuntamente con el anterior bajo el título “Dismantling barriers to cross-border online shopping. Frequently Asked Questions” (MEMO/09/475; 22/10/2009)¹⁴⁵ indica la siguiente actuación entre las medidas estratégicas para tratar de resolver las barreras al comercio electrónico transfronterizo:

“7. Find practical solutions to managing copyright levies

There are many problems now with cross-border management of copyright levies on sales of blank media and recording devices. Cross-border traders may end up paying and reporting copyright levies in several countries for the same goods.

Most stakeholders concerned agree that this impedes cross-border online trade. But no agreement has been reached as to how to make the existing systems work better.

*The strategy calls on stakeholders to redouble their efforts to **find practical solutions** that would to allow companies to **streamline their cross-border logistics.**”*

- (477) Recientemente, el informe “A New Strategy for the Single Market: At the Service of Europe’s Economy and Society” elaborado por el Profesor Mario Monti a petición del Presidente de la Comisión Sr. Barroso, presentado el pasado 10 de mayo de 2010, se hace eco nuevamente del impacto de los sistemas de cánones en el funcionamiento del Mercado Único:

“For retailers, the main regulatory barriers to cross-border e-commerce result from differences in consumer protection rules and other rules, such as rules on VAT, recycling fees and levies. These differences create a complex and unpredictable environment for businesses and lead to a reluctance of traders, in particular SMEs, to consider selling crossborder. The EU should urgently address the remaining obstacles to create a panEuropean online retail market by 2012.

¹⁴⁵<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/09/475&format=HTML&aged=0&language=EN>

A single market for online digital content

*The European markets for online digital content are still underdeveloped as the complexity and lack of transparency of the copyright regime creates an unfavourable business environment. It is urgent to simplify copyright clearance and management by facilitating pan-European content licensing, by developing EU-wide copy-right rules, including a framework for digital rights management. The regulatory regime should also ensure the conditions for developing the digital content and broadcasting markets by addressing licensing and **copyright levies**. (...)*

(478) Pues bien, todos estos efectos en el comercio entre los Estados Miembros atribuibles a los sistemas de cánones por copia privada en general, son especialmente atribuibles (incluso con carácter más evidente) para el sistema de cánones existente en España.

(479) En la evaluación del cumplimiento de este requisito, hay que tener presente que incluso una conducta circunscrita formalmente a los límites de un Estado miembro puede afectar al comercio entre Estados miembros, en el sentido del artículo 102 del TFUE, en la medida que pueda influir a la corriente comercial entre estos Estados y, de esta forma, perjudicar a la realización del Mercado Único. No cabe duda que esto se manifiesta en las conductas denunciadas.

(480) A tal respecto, las conductas denunciadas en este escrito tienen potencial para “*ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial sobre las corrientes de intercambios entre Estados miembros*” en la medida que, como se viene denunciando:

- No hay un reconocimiento del canon previamente abonado a otras entidades de gestión extranjeras en dispositivos importados en España, lo que implica que para ser económicamente neutro en España, o bien no debería haberse abonado canon anteriormente en otro Estado miembro o bien el canon pagado previamente en el país de origen debería ser devuelto previamente de forma ágil y sin costes transaccionales que sean repercutidos al comprador directa o indirectamente, lo que a su vez permite presumir que afecta a las “importaciones” en España;
- Se obstaculiza el reintegro del canon indebidamente pagado en España por los equipos y soportes excluidos por haber sido destinados a la “exportación” a otro

Estado miembro, lo que a su vez permite presumir que afecta a las “exportaciones” desde España;

- No hay mecanismos de control para evitar dobles pagos lo que ubica a los deudores españoles en una situación de desventaja (por mayores costes) frente a sus competidores potenciales de otros Estados miembros, lo que a su vez permite presumir que afecta a las exportaciones y podría favorecer las importaciones de terceros países (sin canon) en España; y
- Se establece un canon elevado para múltiples dispositivos en España, lo que a su vez permite presumir que se produce un “mercado negro” que se evidencia en especial con un gran flujo de ventas a usuarios finales localizados en España desde sitios en Internet ubicados fuera de España y no sujetos a control respecto al pago o impago del canon.

(481) Asimismo, para mayor abundamiento, es evidente que en la medida en que el marco normativo español y las actuaciones de las Entidades de Gestión implican situar a ciertos operadores en situaciones desventajosas no solo respecto a determinados competidores en España (como ocurre en el caso de prácticas discriminatorias denunciadas) sino respecto de las de sus competidores en otros Estados miembros, cabe afirmar que dichas actuaciones estarían teniendo o podrían tener un grave efecto sobre el comercio entre los Estados miembros.

(482) En este sentido, el hecho de que determinados operadores de la cadena de distribución de equipos y soportes deban satisfacer un canon en condiciones abusivas sería susceptible de afectar seriamente a la reventa (“exportación”) de esos productos fuera de España, puesto que dichos productos serán más caros que lo que hubieran sido en ausencia de dicho abuso. La situación se agrava más aun en caso de que para obtener el reembolso de dicho canon al proceder a la exportación del producto es necesario incurrir en una gravosa carga administrativa (y financiera si no hay un reembolso inmediato de la Entidad de Gestión, sino que el reembolso debe realizarse a lo largo de toda la cadena de distribución hasta llegar al deudor principal). Y la barrera a la exportación es aún más evidente cuando en la práctica

no es posible hacer efectivo el reembolso del canon sobre los dispositivos exportados, tal y como se ha indicado anteriormente.

(483) Igualmente, queda acreditado que el elevado canon por copia privada genera un mercado paralelo de productos que se venden en España a través de Internet sin pagar el canon (véase **documento nº 12**) y un elevado mercado negro de importadores y distribuidores que, simplemente, eluden el pago del canon por copia privada, tal y como se acredita en múltiples documentos referidos en esta Denuncia (muchos de ellos de la propia Comisión Europea – véase **documentos nº 9 y 10**).

(484) Por otro lado, también hay que recordar que conforme a la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado CE (párrafo 19) *“el concepto de "comercio" no se limita a los tradicionales intercambios transfronterizos de bienes y servicios, sino que es un concepto más amplio que abarca toda actividad económica transfronteriza”*.

Pues bien, la obligación de liquidar la totalidad del canon a favor de las Entidades de Gestión españolas (legitimadas en exclusiva para actuar en España en virtud de la autorización del M^o de Cultura publicada en el Boletín Oficial del Estado) y no poder llegar a acuerdos con cualesquiera entidades de gestión de otros Estados miembros que permitieran tener que evitar el proceso de solicitud de reembolso del canon (a la exportación en el país de origen) y la nueva liquidación del canon (a la importación en España) supone también una restricción a la actividad económica transfronteriza de dichas entidades de gestión extranjeras, que a su vez se ven en situación de desventaja para competir en otros mercados vecinos (por ejemplo mercado de música online) al no disponer de la fuente de financiación privilegiada que supone la apropiación del 20% de los ingresos del canon para fines propios de la actividad de una entidad de gestión (asistenciales, culturales y de formación).

(485) A modo de conclusión, cabe señalar que concurren los requisitos de *“comercio entre los Estados miembros”*, *“afectación”* y *“apreciabilidad”* en el sentido de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado CE:

- Por un lado, las conductas aquí descritas tendrían efectos sobre la estructura de la competencia en el mercado (i.e., sitúan a ciertos operadores en los mercados de venta de soportes y equipos en situación de desventaja competitiva), siendo dichos efectos tanto reales (i.e., los operadores afectados son empresas que exportan bienes a otros Estados miembros) como potenciales (i.e., las conductas afectan a empresas españolas cuya competitividad en un mercado europeo de equipos y soportes se vería seriamente afectada por la conducta abusiva de las Entidades de Gestión, desincentivando el desarrollo por parte de dichas empresas de actividades de exportación, y fomentando la presencia de un mercado “negro” paralelo que opera al margen de la legalidad sin aplicar el canon y de un mercado “gris” paralelo de importaciones directas a España por compras en Internet no sujetas al pago del canon).
- Por otro lado, teniendo en cuenta la relevancia del mercado afectado por la conducta de las Entidades de Gestión (i.e., el mercado de la venta de equipos y soportes), en el que las exportaciones e importaciones juegan un papel muy relevante, en particular, gracias a la creciente práctica de adquisiciones por Internet de este tipo de productos, cabe considerar también cumplido el requisito de “*apreciabilidad*”.¹⁴⁶
- Finalmente, hay que recordar que la Comunicación entiende cumplido el requisito de la afectación del comercio entre los Estados miembros en el caso de este tipo de conductas de explotación abusiva en particular en aquellos casos en los que los operadores afectados exportan y resultan afectados por los precios discriminatorios¹⁴⁷. Pues bien, la afectación del comercio entre los Estados miembros resultaría particularmente evidente en el caso de las conductas de las Entidades de Gestión tendentes a evitar la deducción del canon en la declaración-liquidación de los productos exportados fuera de España. Esta conducta, además de ser a todas luces abusiva, tiene un evidente efecto disuasorio para la exportación y supone un cambio apreciable en las corrientes comerciales entre los Estados miembros. Lo mismo cabe

¹⁴⁶ Ver asimismo el párrafo (486) de esta Denuncia, sobre la posible magnitud del impacto de los sistemas de cánones en el Mercado Único.

¹⁴⁷ Ver apartado 95 de la Comunicación.

decir en relación con la conducta consistente en no reconocer el canon por copia privada pagado ya en otro Estado miembro a entidades con quienes las Entidades de Gestión mantienen acuerdos de reciprocidad, con la obligación de pagar el total del canon en España (y de tramitar, en el caso de que si existiera, el correspondiente reembolso del canon del país de origen) o incluso con la imposibilidad de poder contratar con una entidad de gestión extranjera la compensación equitativa por copia privada para España y otros Estados miembros, de modo que se pudiera evitar los engorrosos procedimientos de reembolso y nuevo pago del canon cada vez que los productos cruzan los límites de cada Estado miembro.

En definitiva, no cabe duda que todos estos elementos objetivos son suficientes para poder presumir con un grado de probabilidad suficiente que las conductas denunciadas pueden *“ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial sobre las corrientes de intercambios entre Estados miembros”*, perjudicando los objetivos del Mercado Único.

TERCERO: OTRAS OBSERVACIONES ADICIONALES

(486) Para finalizar, es conveniente hacer constar que las Denunciantes han tenido conocimiento de que otros grupos afectados en otros Estados miembros (incluyendo asociaciones de consumidores) han planteado o están considerando plantear denuncias similares a la Comisión Europea en lo que se refiere a la aplicación de sus normativas nacionales sobre el canon por copia privada, lo que parecería indicar que el escenario aquí denunciado (marco normativo nacional que lleva a las Entidades de Gestión a abusar de su posición dominante) podría ser generalizable a otros Estados miembros y otras entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual en la Unión Europea (así se refiere también en los **documentos nº 9 y 10** adjuntos). Por ello entendemos que esta Denuncia debería ser analizada por la Comisión Europea, como autoridad de competencia mejor situada para valorar todos los aspectos de las infracciones denunciadas.

(487) Asimismo, a efectos de destacar el evidente “interés comunitario” de este problema y la magnitud del posible impacto de los sistemas de cánones en el Mercado Único europeo,

cabe citar la afirmación de la Dirección General de Mercado Interior de la Comisión Europea contenida en la última consulta realizada:¹⁴⁸

“en principio, un total superior al 6% de todas las importaciones y exportaciones intra-Comunitarias, que alcanzan un total de más de 100 billones de euros, lo constituyen bienes que real o potencialmente atraen la aplicación del canon.”
(nota: traducción propia).

(488) Es por ello que la Dirección General de Mercado Interior de la Comisión Europea ha llevado a cabo diversos intentos de revisión del sistema de cánones por copia privada¹⁴⁹. De la lectura de los múltiples materiales elaborados en el marco de estas consultas queda patente que los sistemas de cánones por copia privada vigentes en múltiples Estados miembros de la Unión Europea, entre ellos España, adolecen de graves defectos, que afectan a la efectiva realidad del Mercado Único.

No obstante lo anterior, los anteriores intentos de revisión de los sistemas de cánones han resultado fallidos según la información de que disponen las Denunciantes por la resistencia de las entidades de gestión de los diversos Estados miembros a hacer efectivo un verdadero mercado interior y su concepción nacionalista típica de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual que promueve la fragmentación del mercado único en múltiples mercados nacionales en los que cada entidad de gestión actúa de forma monopolista.

(489) Por todo lo anterior, habida cuenta de la dimensión comunitaria del problema de los sistemas de cánones por copia privada y del impacto contrario a la competencia que resulta de la combinación del marco normativo adoptado por determinados Estados miembros (como es el caso de España) y de la conducta de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual tratando de proteger y reforzar sus respectivos monopolios nacionales, las Denunciantes entienden que es apremiante la intervención de la Comisión Europea, en especial en el caso que nos ocupa, puesto que la conducta abusiva de las Entidades de Gestión ha de ser entendida también en el marco de la infracción del artículo 106.1 del TFUE, y

¹⁴⁸ Documento nº 10 adjunto: “Background Document – Fair Compensation for Acts of Private Copying” (February 14, 2008) http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/background_en.pdf

¹⁴⁹ Véase la información disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/levy_reform/index_en.htm

conforme con el Tratado, **la Comisión Europea tiene el monopolio competencial** para entender de este tipo de infracciones, por lo que entendemos que la Comisión debería entender también de la infracción del artículo 102 del TFUE que se deriva del marco normativo nacional relativo a la compensación equitativa por copia privada.

CONFIDENCIALIDAD DE LA DENUNCIA

Se solicita a la Comisión que mantenga la confidencialidad sobre la identidad de las Denunciantes en sus gestiones ante las Entidades de Gestión así como ante las autoridades competentes del Estado miembro contra los que se dirige la Denuncia, con el objeto de evitar los posibles perjuicios que el conocimiento de su identidad pudiese conllevar y que se refieren, en particular, a las posibles medidas de represalia o castigo que pudiesen ser adoptadas.

REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN A LAS DENUNCIADAS

A los efectos de recabar información sobre los Hechos que son objeto de la presente Denuncia, nos atrevemos a sugerir a la Comisión que envíe un requerimiento a las Entidades de Gestión denunciadas para que cada una ellas, de forma independiente, ponga en conocimiento de la Comisión los siguientes extremos:

- 1º Importe cobrado en concepto de compensación equitativa por copia privada (antes remuneración compensatoria por copia privada) por periodos trimestrales y anuales desde el 1 de enero de 2000 hasta el 30 de junio de 2010, indicando la modalidad de reproducción de que se trata.
- 2º Acuerdos con otras entidades de gestión para el reparto de la compensación equitativa por copia privada, con indicación de los porcentajes de reparto acordados.
- 3º De conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (“TRLPI”) en relación con el artículo 39 del Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de Propiedad

Intelectual, las entidades de gestión están obligadas (a) a promover actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus socios; y (b) atender actividades de formación y promoción de autores y artistas intérpretes o ejecutantes, dedicando a estas dos modalidades, por partes iguales, el 20% de la compensación equitativa por copia privada.

Teniendo en cuenta estas normas, respecto del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2000 y el 31 de diciembre de 2009, ambos inclusive, desglosando la información por cada anualidad, informe a la Comisión:

- (i) Importe total al que ascendió, en cada año natural, el 20% de la recaudación obtenida en concepto de remuneración equitativa y de la compensación equitativa por copia privada;
- (ii) Relación de las actividades o servicios de carácter asistencial desarrollados cada año, agrupando esta información por conceptos de manera que no es necesario la relación completa y detallada de cada una de las actividades;
- (iii) Relación de las actividades de formación y promoción de autores y artistas intérpretes o ejecutantes desarrolladas cada año, agrupando esta información por conceptos de manera que no es necesario la relación completa y detallada de cada una de las actividades;
- (iv) Si los fondos procedentes del 20% de la compensación equitativa por copia privada se han destinado a actividades relacionadas con la persecución de actos vulneradores de los derechos de propiedad intelectual (“piratería”), con expresión de la cantidad destinada cada año a esas actividades;
- (v) Si las actividades asistenciales y culturales se realizan directamente por la Entidad o a través de otras organizaciones, por ejemplo, Fundaciones.
- (vi) En el caso de que las actividades asistenciales y culturales se realicen total o parcialmente a través de otras organizaciones, por ejemplo, Fundaciones, detalle quiénes son los fundadores, personas que componen sus órganos de gobierno, presupuestos anuales durante el periodo 1/01/2000 y 31 /12/2009, y si de esa

organización dependen otras organizaciones, ya sean mercantiles (sociedades anónimas, sociedades limitadas o de otro tipo) o sin ánimo de lucro.

- (vii) En el caso de que esas actividades se realicen a través de otras organizaciones de las que, a su vez, dependan entidades mercantiles o sin ánimo de lucro, informe detalladamente cuáles son estas últimas entidades, su objeto social, personas que componen sus órganos de gobierno, y sus presupuestos anuales durante el periodo 1/01/2000 y 31 /12/2009.
 - (viii) Si los fondos procedentes del 20% de la compensación equitativa por copia privada se han destinado, directa o indirectamente, a la adquisición de bienes inmuebles o derechos sobre bienes inmuebles. En caso afirmativo, describa el bien inmueble, la fecha de adquisición y su ubicación.
- 4º Las fuentes de ingresos, distintas de las procedentes del 20% de la remuneración equitativa y de la compensación equitativa por copia privada, con las que se han financiado las actividades asistenciales y de formación, con expresión de la fuente y el importe anual para cada uno de los años indicados en el apartado 1º anterior;
- 5º Relación completa e importe total, de las actividades de formación y promoción de las que han resultado beneficiarios miembros de los órganos de dirección (o empresas de las que esos miembros sean directivos o accionistas) (a) de la Entidad; (b) de la Fundación que, en su caso, hubiere constituido o (c) de las entidades mercantiles o sin ánimo de lucro que dependen de ésta;
- 6º Relación nominal (por nombre del demandado) de las demandas judiciales iniciadas contra fabricantes, importadores, distribuidores mayoristas o minoristas en reclamación de (a) la realización del control de las operaciones sometidas a la compensación equitativa y de las afectadas por las obligaciones establecidas en los apartados 13 a 21, ambos inclusive, del artículo 25 del TRLPI; y/o (b) del pago de la remuneración equitativa por copia privada y de la compensación equitativa por copia privada, todo ello desde el 1 de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2009, desglosando esa información por años y indicando cuáles de ellas pueden afectar a soportes polivalentes, detallando en este caso el periodo de comercialización de los productos cubierto por la

demanda, si se trata de un deudor principal o de un responsable solidario mayorista o minorista y la forma de cálculo de la compensación equitativa aplicable, en su caso;

- 7° Relación nominal (por nombre del demandado) de las reclamaciones judiciales presentadas contra fabricantes, importadores o distribuidores, mayoristas o minoristas, de equipos “polivalentes” que pudieran incluir el pago del canon por ventas de esos equipos anteriores a la entrada en vigor de la Orden Ministerial PRE/1743/2008, detallando los dispositivos objeto de la demanda (grabadoras CD-Data, reproductores MP4, ...), periodo reclamado, si se trata de un deudor principal o de un responsable solidario mayorista o minorista y la forma de cálculo de la compensación equitativa aplicable, en su caso.
- 8° La misma información detallada en los apartados 6° y 7° anteriores, pero en relación con reclamaciones extrajudiciales.
- 9° Relación nominal (por nombre del demandado) de las denuncias penales y/o querrelas criminales iniciadas contra fabricantes, importadores, distribuidores mayoristas o minoristas en reclamación del pago de la remuneración equitativa por copia privada y de la compensación equitativa por copia privada desde el 1 de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2009, desglosando esa información por años;
- 10° Una descripción detallada del sistema de control implantado por la Entidad de Gestión para evitar que se produzcan situaciones en las que se reclame de un fabricante o importador el pago del canon por copia privada sobre un determinado equipo o soporte material (o se haya exonerado de dicho pago al fabricante / importador en virtud del Acuerdo ASIMELEC) y, en otro procedimiento judicial independiente, se reclame el pago del canon por copia privada sobre el mismo equipo o soporte material a un distribuidor mayorista o minorista;
- 11° Número total de operaciones y valor del importe del canon exonerado, desglosadas por años durante el periodo 1 de enero de 2000 al 30 de junio de 2010, en las que la Entidad haya admitido la exoneración de pago de la remuneración equitativa/compensación equitativa por dispositivos exportados y/o vendidos a usuarios que disponían de licencia

de reproducción (con exclusión de productores de fonogramas, productores audiovisuales y organismos de radiodifusión);

- 12° Describa de la forma más detallada posible el procedimiento y los requisitos que solicita la Entidad para la devolución a un deudor del canon que haya pagado por un equipo o soporte material destinado a la exportación y/o para la exoneración de los equipos y soportes vendidos a usuarios que dispongan de licencia de reproducción, así como la forma en que se facilita información a los deudores para permitir esa exoneración.
- 13° Detalle de los acuerdos de representación recíproca que mantengan con otras entidades de gestión de otros Estados miembros que se refieran a la compensación equitativa por copia privada.

CONCLUSIÓN Y SOLICITUD A LA COMISIÓN

A la luz de lo expuesto, las Denunciantes solicitan a la Comisión Europea que incoe procedimiento de infracción contra:

- (i) el Reino de España por infracción del artículo 106 del TFUE, al haber establecido un régimen legal relativo a la gestión de derechos de propiedad intelectual y la compensación equitativa por copia privada conducente al abuso de posición de dominio por parte de las Entidades de Gestión de derechos de propiedad intelectual, en contravención del artículo 102 del TFUE; y
- (ii) las Entidades de Gestión de derechos de propiedad intelectual SGAE, AIE, AGEDI, AISGE, EGEDA, CEDRO y VEGAP, con el fin de sancionarlas por abuso de posición de dominio en contravención del artículo 102 del TFUE.

En segundo lugar, las Denunciantes esperan que una vez se haya constatado por la Comisión la existencia de las correspondientes infracciones de los artículos 106 y 102 TFUE se adopte la correspondiente decisión por parte de la Comisión en la que se ordene al Reino de España y a las Entidades de Gestión denunciadas que pongan fin a las infracciones constatadas.

A tal efecto, sería deseable que la Comisión les imponga los correspondientes remedios de comportamiento, conforme sea necesario y proporcionado a juicio de la Comisión a fin de poner fin a las infracciones que se constaten, incluyendo entre otros y sin ánimo exhaustivo o limitativo los siguientes:

- 1) La modificación por parte del Reino de España del marco normativo aplicable a las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual y a la compensación equitativa por copia privada, a fin de:
 - 1.1) Facilitar el acceso a la prestación de servicios de gestión colectiva en relación con la compensación equitativa por copia privada por parte de nuevas entidades de gestión o de entidades de gestión domiciliadas en otros Estados miembros (permitiendo incluso la liquidación del canon a una sola entidad, y sin perjuicio de la obligación de ésta de hacer el reparto que corresponda con los titulares y/o demás entidades de gestión en otros Estados miembros).
 - 1.2) Eliminar la deducción legal a favor de las entidades de gestión del 20% de los ingresos procedentes de la compensación equitativa por copia privada, que actúa como principal catalizador del conflicto de interés de las Entidades de Gestión que les lleva a abusar de su posición dominante a fin de maximizar sus ingresos por cuenta del canon por copia privada.
 - 1.3) Establecer un marco normativo sobre la compensación equitativa por copia privada, bien en forma de cánones o bien de cualquier otro modo, siempre que se garantice el alineamiento de dicho sistema con el Derecho comunitario en general y con las normas reguladoras de la Competencia en particular, incluyendo en especial las siguientes condiciones / obligaciones en caso de que la compensación equitativa por copia privada se instrumente por medio de un sistema de cánones:
 - a) La facultad del exportador de obtener fácil y directamente de las Entidades de Gestión la exoneración del canon (o el reembolso del canon previamente abonado “aguas arriba”) en relación con dispositivos que sean objeto de reventa fuera de España.

- b) Una perfecta identificación del listado de dispositivos que quedan sujetos, en su caso, a la compensación equitativa por copia privada y de los criterios precisos para determinar la compensación aplicable (estableciendo preferiblemente tarifas fijas por dispositivo – o un porcentaje del precio de venta – no dependientes de las especificaciones técnicas concretas del dispositivo, tales como el tamaño de memoria interna, la velocidad de copia, o especificaciones similares, que hacen extremadamente compleja la administración del canon y que son fuente permanente de disputas).
- c) La aplicación del canon sólo en relación con dispositivos para los que existan datos objetivos que acrediten un uso sustantivo para fines de copia privada dentro de los límites estrictos definidos para la excepción por la normativa nacional.
- d) La fijación de los importes correspondientes a la compensación equitativa en relación directa con el valor económico que obtenga el usuario final en la realización de copias privadas por medio del dispositivo de que se trate, exonerando de la aplicación del canon aquellas situaciones en las que el impacto económico para los titulares de derechos sea mínimo.
- e) La no aplicación *ex ante*¹⁵⁰ de la compensación equitativa en relación con dispositivos objetivamente diseñados para ser utilizados para fines profesionales y/o empresariales.
- f) La no aplicación *ex ante* de la compensación equitativa en relación con dispositivos comercializados a la Administración Pública y a usuarios profesionales y empresariales para el ejercicio de su actividad, en aquellos casos en los que coincidan deudor principal del canon y vendedor, estableciéndose un sistema de reembolso en caso de tratarse de un revendedor que ha adquirido productos con el canon ya incluido en el precio de los mismos.

¹⁵⁰ Sin necesidad de tener que acudir a sistemas de pago del canon y posterior reembolso del mismo.

- g) La exoneración de la compensación equitativa *ex ante* en relación con dispositivos que vayan dotados de medidas tecnológicas de protección eficaces, y el establecimiento de un importe compensatorio inferior en aquellos casos en los que las medidas tecnológicas no gestionen el 100% de las copias privadas que puedan hacerse con dichos dispositivos y la cantidad de copia privada no instrumentada por medio de las medidas tecnológicas de protección no sea mínimo.
- h) La abolición de los privilegios procesales concedidos a las entidades de gestión (legitimación activa, embargo preventivo, criminalización del impago del canon, etc).

2) La obligación por parte de las Entidades de Gestión de:

- 2.1) Cesar en la discriminación en la reclamación del canon por copia privada entre firmantes del Convenio con ASIMELEC y no firmantes, exonerando a todos los operadores económicos por los dispositivos comercializados antes del 1 de septiembre de 2003, y aplicando las mismas tarifas a los productos vendidos con posterioridad.
- 2.2) Cesar en la realización de reclamaciones paralelas del mismo importe en varios niveles de la cadena de distribución.
- 2.3) Cesar en la reclamación del canon por copia privada sobre la base de la mera “aptitud” técnica del producto para “copiar”, exigiéndose el pago de la compensación solo en aquellos casos en los que sea evidente presumir que los dispositivos concretos de que se trate vayan a ser destinados a realizar copias privadas dentro de los límites previstos en el artículo 31.2 TRLPI y absteniéndose de la aplicación de la compensación por copia privada en relación con dispositivos destinados a la Administración Pública, empresas y/o profesionales, respecto a los que no puede presumirse que se utilicen los dispositivos para la realización de copias privadas.

- 2.4) Cesar en la obstaculización en el ejercicio de las exenciones del canon prevista por la Ley española en relación con productos destinados a la exportación, usuarios (incluso no profesionales) que cuenten con licencia de reproducción o cualesquiera otras exoneraciones que puedan establecerse.
- 2.5) Reconocer, como parte del pago del canon adeudado en España, las cantidades que puedan haberse abonado en concepto de canon a favor de otras entidades de gestión de otro Estado miembro y que no hayan sido objeto de reembolso al “exportador” con motivo de la reventa de los productos fuera de dicho Estado miembro con destino al mercado español.
- 2.6) Cesar en la reclamación de la compensación equitativa por copia privada respecto a equipos digitales “mixtos” (también denominados “polivalentes”) comercializados con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden PRE/1743/2008.
- 2.7) Tomar en consideración la existencia de medidas tecnológicas de protección en los dispositivos sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, de modo que se proceda a la exoneración del pago en aquellos casos en los que el dispositivo incluya tales medidas tecnológicas de protección o se reduzca su importe en función del ámbito de protección otorgado por las mismas frente a las reproducciones privadas.

Por último, las Denunciantes quieren manifestar su plena disposición para facilitar a los Servicios de la Comisión cualesquiera datos o informaciones adicionales que pudieran precisar a efectos de realizar una apropiada evaluación de las conductas objeto de la presente Denuncia, solicitándose, en todo caso, que se mantenga informada a esta parte de cuantas medidas pudiera adoptar la Comisión en relación con la misma.

En Madrid, a 16 de julio de 2010.

[DATOS DE FIRMA CONFIDENCIALES]

Lista de Documentos Anexos

- **Documento n° 1:** Informe de la Comisión Nacional de Competencia sobre Entidades de Gestión de Derechos de Propiedad Intelectual (Enero 2010).
- **Documento n° 2:** Evolución del marco normativo del canon por copia privada en España.
- **Documento n° 3:** Orden Ministerial PRE/1743/2008.
- **Documento n° 4:** Dossier sobre la Fundación Autor y el Proyecto Arteria.
- **Documento n° 5:** Acuerdo ASIMELEC.
- **Documento n° 6:** Modelo Contrato de Adhesión para adhesiones al Acuerdo ASIMELEC posteriores al 31 de octubre de 2003.
- **Documento n° 7:** Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre el Acuerdo ASIMELEC.
- **Documento n° 8:** Respuesta de EICTA a la Consulta de la Comisión Europea sobre el Sistema de Cánones por Copia Privada de Febrero 2008.
- **Documento n° 9:** *EC Copyright Levies Reform, Impact Assessment – Staff Working Document (December 2006).*
- **Documento n° 10:** *Background Document – “Fair Compensation for Acts of Private Copying” (European Commission - February 14, 2008).*
- **Documento n° 11:** Respuesta de ASIMELEC a la Consulta de la Comisión Europea sobre el Sistema de Cánones por Copia Privada de Febrero 2008.
- **Documento n° 12:** Ejemplos de sitios web ofreciendo ventas a consumidores españoles sin canon.

- **Documento nº 13:** Verificación de que el canon en soportes CD-R Data del Acuerdo ASIMELEC compensa el daño causado por la piratería.
- **Documento nº 14:** Recaudación de las Entidades de Gestión por Canon por Copia Privada.
- **Documento nº 15:** Ejemplos de sentencias aplicando las tarifas ASIMELEC a demandas reclamando el “canon analógico” del TRLPI.
- **Documento nº 16:** Cuestiones Prejudiciales – Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de septiembre de 2008.
- **Documento nº 17:** Cuestiones Prejudiciales – Publicación en el DOCE (Asunto C-467/08).
- **Documento nº 18:** Cuestiones Prejudiciales – Observaciones remitidas por PADAWAN al TJCE.
- **Documento nº 19:** Opinión de la Abogado General Trstenjak presentada el 11 de mayo de 2010 sobre el Asunto C-467/08 (SGAE v. Padawan)
- **Documento nº 20:** Lista ejemplificativa de casos judiciales contra importadores y distribuidores. Ejemplos de Demandas.
- **Documento nº 21:** Ejemplos de sentencias judiciales declarando la devolución del canon al consumidor (+ sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 2003 sobre la no aplicación del canon a soportes destinados habitualmente a fines profesionales).
- **Documento nº 22:** Ejemplos de noticias publicadas sobre corporaciones locales que aprueban reclamar el canon por privada pagado previamente.
- **Documento nº 23:** Copia del contrato suscrito por una productora audiovisual con EGEDA a fin de no pagar canon como compensación al asociarse

- **Documento nº 24:** Sentencia nº 6/2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 12 enero (exigencia por CEDRO de 10 veces el importe de la licencia de reprografía y negativa a descontar el canon por copia privada).
- **Documento nº 25:** Copia de las páginas del sitio web de IFRRO relativas a los acuerdos de representación recíproca de CEDRO.
- **Documento nº 26:** Documentos relativos a procedimientos judiciales seguidos en Francia, Finlandia y Estados Unidos para el reconocimiento del CSS (*Content Scrambling System*) como medida tecnológica de protección “eficaz”.
- **Documento nº 27:** Breve referencia a la infracción por el Reino de España de su obligación de correcta transposición de la Directiva 2001/29/CE.

DOCUMENTO N° 1

**Informe de la Comisión Nacional de Competencia sobre
Entidades de Gestión de Derechos de Propiedad Intelectual
(Enero 2010)**

VER DOCUMENTO ADJUNTO

DOCUMENTO Nº 2

Evolución del marco normativo del canon por copia privada en España

1.- Redacción del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual tras la aprobación de la Ley 23/2006, de 7 de julio por la que se incorpora al derecho español la Directiva 2001/29/CE.

Artículo 25.- Compensación equitativa por copia privada.

1. La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de 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, originará una compensación equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en el párrafo b) del apartado 4, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaran de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes.

2. Esa compensación se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera de éste para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a los programas de ordenador ni a las bases de datos electrónicas.

4. En relación con la obligación legal a que se refiere el apartado 1, serán:

- a) Deudores: Los fabricantes en España, en tanto actúen como distribuidores comerciales, así como los adquirentes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de éste, de equipos, aparatos y soportes materiales previstos en el apartado 2.*

Los distribuidores, mayoristas y minoristas, sucesivos adquirentes de los mencionados equipos, aparatos y soportes materiales, responderán del pago de la compensación solidariamente con los deudores que se los hubieran suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a éstos la compensación y sin perjuicio de lo que se dispone en los apartados 14, 15 y 20.

- b) Acreedores: Los autores de las obras explotadas públicamente en alguna de las formas mencionadas en el apartado 1, juntamente en sus respectivos casos y modalidades de reproducción, con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas.*

5. Para los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción analógicos, el importe de la compensación que deberá satisfacer cada deudor será el resultante de la aplicación de las siguientes cantidades:

a) *Para equipos o aparatos de reproducción de libros o publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros:*

1.º 15,00 euros por equipo o aparato con capacidad de copia de hasta nueve copias por minuto.

2.º 121,71 euros por equipo o aparato con capacidad de copia desde 10 hasta 29 copias por minuto.

3.º 162,27 euros por equipo o aparato con capacidad de copia desde 30 hasta 49 copias por minuto.

4.º 200,13 euros por equipo o aparato con capacidad de copia desde 50 copias por minuto en adelante.

b) *Para equipos o aparatos de reproducción de fonogramas: 0,60 euros por unidad de grabación.*

c) *Para equipos o aparatos de reproducción de videogramas: 6,61 euros por unidad de grabación.*

d) *Para soportes materiales de reproducción sonora: 0,18 euros por hora de grabación o 0,003005 euros por minuto de grabación.*

e) *Para soportes materiales de reproducción visual o audiovisual: 0,30 euros por hora de grabación o 0,005006 euros por minuto de grabación.*

6. *Para los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales, el importe de la compensación que deberá satisfacer cada deudor será el que se apruebe conjuntamente por los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, conforme a las siguientes reglas:*

1.ª *Con carácter bienal, a partir de la última revisión administrativa, los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio publicarán en el "Boletín Oficial del Estado" y comunicarán a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y a las asociaciones sectoriales, identificadas por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, que representen mayoritariamente a los deudores a los que se refiere el apartado 4, el inicio del procedimiento para la determinación de los equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago por la compensación equitativa por copia privada, así como para la determinación, en su caso, de las cantidades que los deudores deberán abonar por este concepto a los acreedores. La periodicidad bienal de las revisiones administrativas a las que se refiere el párrafo anterior podrá reducirse mediante acuerdo de los dos ministerios citados. Dicha modificación deberá tener en cuenta la evolución tecnológica y de las condiciones del mercado.*

2.ª *Una vez realizada la publicación a que se refiere la regla anterior, las partes interesadas referidas en ella dispondrán de cuatro meses para comunicar a los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio los acuerdos a los que hayan llegado como consecuencia de sus negociaciones o, en su defecto, la falta de tal acuerdo.*

3.ª *Los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, en el plazo de tres meses, contado desde la comunicación o desde el agotamiento del plazo referidos en la regla anterior, establecerán, mediante orden conjunta, la relación de equipos, aparatos y soportes materiales, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y, en su caso, la distribución entre*

las diferentes modalidades de reproducción de libros, de sonido y visual o audiovisual, previa consulta al Consejo de Consumidores y Usuarios y previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda. Dicha Orden Ministerial conjunta tendrá que ser motivada en el caso de que su contenido difiera del acuerdo al que hayan llegado las partes negociadoras. En tanto no se apruebe esta Orden Ministerial se prorrogará la vigencia de la anterior.

4.ª Las partes negociadoras dentro del proceso de negociación y, en todo caso, los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, a los efectos de aprobación de la orden conjunta a que se refiere la regla anterior, deberán tener en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

- a) El perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos por las reproducciones a que se refiere el apartado 1, teniendo en cuenta que si el perjuicio causado al titular es mínimo no podrá dar origen a una obligación de pago.*
- b) El grado de uso de dichos equipos, aparatos o soportes materiales para la realización de las reproducciones a que se refiere el apartado 1.*
- c) La capacidad de almacenamiento de los equipos, aparatos y soportes materiales.*
- d) La calidad de las reproducciones.*
- e) La disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas a que se refiere el artículo 161.*
- f) El tiempo de conservación de las reproducciones.*
- g) Los importes correspondientes de la compensación aplicables a los distintos tipos de equipos y aparatos deberán ser proporcionados económicamente respecto del precio medio final al público de los mismos.*

7. Quedan exceptuados del pago de la compensación:

- a) Los equipos, aparatos y soportes materiales adquiridos por quienes cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras, prestaciones artísticas, fonogramas o videogramas, según proceda, en el ejercicio de su actividad, lo que deberán acreditar a los deudores y, en su caso, a sus responsables solidarios, mediante una certificación de la entidad o de las entidades de gestión correspondientes, en el supuesto de adquirir los equipos, aparatos o materiales dentro del territorio español.*
- b) Los discos duros de ordenador en los términos que se definan en la orden ministerial conjunta que se contempla en el anterior apartado 6 sin que en ningún caso pueda extenderse esta exclusión a otros dispositivos de almacenamiento o reproducción.*
- c) Las personas naturales que adquieran fuera del territorio español los referidos equipos, aparatos y soportes materiales en régimen de viajeros y en una cantidad tal que permita presumir razonablemente que los destinarán al uso privado en dicho territorio.*
- d) Asimismo, el Gobierno, mediante real decreto, podrá establecer excepciones al pago de esta compensación equitativa y única cuando quede suficientemente acreditado que el destino o uso final de los equipos, aparatos o soportes materiales no sea la reproducción prevista en el artículo 31.2.*

8. La compensación equitativa y única a que se refiere el apartado 1 se hará efectiva a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

9. Cuando concurren varias entidades de gestión en la administración de una misma modalidad de compensación, éstas podrán actuar frente a los deudores en todo lo relativo a la percepción de la compensación equitativa y única en juicio y fuera de él, conjuntamente y bajo una sola representación; a las relaciones entre dichas entidades se les aplicarán las normas que rigen la comunidad de bienes. Asimismo, en este caso, las entidades de gestión podrán asociarse y constituir, conforme a la legalidad vigente, una persona jurídica a los fines expresados.

10. Las entidades de gestión de los acreedores comunicarán al Ministerio de Cultura el nombre o denominación y el domicilio de la representación única o de la asociación que, en su caso, hubieran constituido. En este último caso, presentarán, además, la documentación acreditativa de la constitución de dicha asociación, con una relación individualizada de sus entidades miembros, en la que se indique su nombre y su domicilio. Lo dispuesto en el párrafo anterior será de aplicación a cualquier cambio en la persona de la representación única o de la asociación constituida, en sus domicilios y en el número y calidad de las entidades de gestión, representadas o asociadas, así como en el supuesto de modificación de los estatutos de la asociación.

11. El Ministerio de Cultura ejercerá el control de la entidad o de las entidades de gestión o, en su caso, de la representación o asociación gestora de la percepción del derecho, en los términos previstos en el artículo 159, y publicará, en su caso, en el "Boletín Oficial del Estado" una relación de las entidades representantes o asociaciones gestoras con indicación de sus domicilios, de la respectiva modalidad de la compensación en la que operen y de las entidades de gestión representadas o asociadas. Esta publicación se efectuará siempre que se produzca una modificación en los datos reseñados.

A los efectos previstos en el artículo 159, la entidad o las entidades de gestión o, en su caso, la representación o asociación gestora que hubieran constituido estarán obligadas a presentar al Ministerio de Cultura, los días 30 de junio y 31 de diciembre de cada año, relación pormenorizada de las declaraciones-liquidaciones, así como de los pagos efectuados a que se refiere el apartado 13, correspondientes al semestre natural anterior.

12. La obligación de pago de la compensación nacerá en los siguientes supuestos:

- a) Para los fabricantes en tanto actúen como distribuidores y para los adquirentes de equipos, aparatos y soportes materiales fuera del territorio español con destino a su distribución comercial en éste, en el momento en que se produzca por parte del deudor la transmisión de la propiedad o, en su caso, la cesión del uso o disfrute de cualquiera de aquéllos.
- b) Para los adquirentes de equipos, aparatos y soportes materiales fuera del territorio español con destino a su utilización dentro de dicho territorio, desde el momento de su adquisición.

13. Los deudores mencionados en el párrafo a) del apartado 12 presentarán a la entidad o a las entidades de gestión correspondientes o, en su caso, a la representación o asociación mencionadas en los apartados 8 a 11, ambos inclusive, dentro de los 30 días siguientes a la finalización de cada trimestre natural, una declaración-liquidación en la que se indicarán las unidades, capacidad y características técnicas, según se especifica en el apartado 5 y en la Orden Ministerial a la que se refiere el apartado 6, de los equipos, aparatos y soportes materiales respecto de los cuales haya nacido la obligación de pago de la compensación durante dicho trimestre. Con el mismo detalle, deducirán las cantidades correspondientes a los equipos, aparatos y soportes materiales destinados fuera del territorio español y a las entregas exceptuadas en virtud de lo establecido en el apartado 7.

Los deudores aludidos en el párrafo b) del apartado 12 harán la presentación de la declaración-liquidación expresada en el párrafo anterior dentro de los cinco días siguientes al nacimiento de la obligación.

14. Los distribuidores, mayoristas y minoristas a que se refiere el segundo párrafo del apartado 4.a) deberán cumplir la obligación prevista en el párrafo primero del apartado 13 respecto de los equipos, aparatos y soportes materiales adquiridos por ellos en territorio español, de deudores que no les hayan repercutido y hecho constar en la factura la correspondiente compensación.

15. El pago de la compensación se llevará a cabo, salvo pacto en contrario:

a) Por los deudores mencionados en el párrafo a) del apartado 12, dentro del mes siguiente a la fecha de finalización del plazo de presentación de la declaración-liquidación a que se refiere el párrafo primero del apartado 13.

b) Por los demás deudores y por los distribuidores, mayoristas y minoristas, en relación con los equipos, aparatos y soportes materiales a que se refiere el apartado 14, en el momento de la presentación de la declaración-liquidación, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 20.

16. Los deudores y, en su caso, los responsables solidarios se considerarán depositarios de la compensación devengada hasta el efectivo pago de ésta, conforme establece el apartado 15 anterior.

17. A los efectos de control de pago de la compensación, los deudores mencionados en el párrafo a) del apartado 12 deberán figurar separadamente en sus facturas el importe de aquélla, del que harán repercusión a sus clientes y retendrán, para su entrega conforme a lo establecido en el apartado 15.

18. Las obligaciones relativas a las facturas y a la repercusión de la compensación a los clientes, establecidas en el apartado anterior, alcanzarán a los distribuidores, mayoristas y minoristas, responsables solidarios de los deudores. También deberán cumplir las obligaciones de retener y entregar previstas en dicho apartado, en el supuesto previsto en el apartado 14.

19. En ningún caso, los distribuidores, mayoristas y minoristas, responsables solidarios de los deudores, aceptarán de sus respectivos proveedores el suministro de equipos, aparatos y soportes materiales sometidos a la compensación si no vienen facturados conforme a lo dispuesto en los apartados 17 y 18.

20. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el importe de la compensación no conste en factura, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la compensación devengada por los equipos, aparatos y soportes materiales que comprenda no ha sido satisfecha.

21. En el supuesto indicado en el apartado que antecede y en cualquier otro de impago de la compensación, la entidad o las entidades de gestión o, en su caso, la representación o asociación gestora, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que les asistan, podrán solicitar del tribunal la adopción de las medidas cautelares procedentes conforme a lo dispuesto en la [Ley 1/2000, de 7 de enero \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), de Enjuiciamiento Civil, y, en concreto, el embargo de los correspondientes equipos, aparatos y soportes materiales. Los bienes así embargados quedarán afectos al pago de la compensación reclamada y a la oportuna indemnización de daños y perjuicios.

22. Los deudores y sus responsables solidarios permitirán a la entidad o entidades de gestión, o, en su caso, a la representación o asociación gestora, el control de las operaciones sometidas a la compensación y de las afectadas por las obligaciones establecidas en los apartados 13 a 21, ambos inclusive. En consecuencia, facilitarán los datos y la documentación necesarios para comprobar el

efectivo cumplimiento de dichas obligaciones y, en especial, la exactitud de las declaraciones-liquidaciones presentadas.

23. La entidad o entidades de gestión o, en su caso, la representación o asociación gestora, y las propias entidades representadas o asociadas, deberán respetar los principios de confidencialidad o intimidad mercantil en relación con cualquier información que conozcan en el ejercicio de las facultades previstas en el apartado 22.

24. El Gobierno establecerá reglamentariamente los tipos de reproducciones que no deben considerarse para uso privado a los efectos de lo dispuesto en este artículo; los equipos, aparatos y soportes materiales exceptuados del pago de la compensación, atendiendo a la peculiaridad del uso o explotación a que se destinen, así como a las exigencias que puedan derivarse de la evolución tecnológica y del correspondiente sector del mercado; y la distribución de la compensación en cada una de dichas modalidades entre las categorías de acreedores, a fin de que los distribuyan, a su vez, entre éstos, ajustándose a lo dispuesto en el artículo 154.

En todo caso, las entidades de gestión deberán comunicar al Ministerio de Cultura los criterios detallados de distribución entre sus miembros de las cantidades recaudadas en concepto de compensación por copia privada.

25. El Gobierno podrá modificar por vía reglamentaria lo establecido en los apartados 13 a 21.

Artículo 31.2.- Copia privada.

(...)

2. No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el [artículo 25](#), que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el [artículo 161](#). Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del [artículo 99.a](#), los programas de ordenador.

Disposición Transitoria Única. Compensación equitativa por copia privada.

1. Por lo que se refiere a los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales, y hasta que se apruebe la orden ministerial a que se refiere la regla 3ª del apartado 6 del [artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual](#), la compensación aplicable será la establecida en los acuerdos suscritos entre las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y las asociaciones representativas de los deudores del pago por copia privada, en los siguientes términos, que serán de general aplicación:

- a. Para equipos o aparatos digitales de reproducción de libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros:
 1. Escáneres o equipos monofunción que permitan la digitalización de documentos: 9 euros por unidad.
 2. Equipos multifuncionales de sobremesa con pantalla de exposición cuyo peso no supere los 17 kilos y la capacidad de copia no sea superior a 29 copias por minuto,

capaces de realizar al menos dos de las siguientes funciones: copia, impresión, fax o escáner: 15,00 euros por unidad.

3. Equipos o aparatos con capacidad de copia de hasta nueve copias por minuto: 15,00 euros por unidad.
 4. Equipos o aparatos con capacidad de copia desde 10 hasta 29 copias por minuto: 121,71 euros por unidad.
 5. Equipos o aparatos con capacidad de copia desde 30 hasta 49 copias por minuto: 162,27 euros por unidad.
 6. Equipos o aparatos con capacidad de copia desde 50 copias por minuto en adelante: 200,13 euros por unidad.
- b. Para equipos o aparatos digitales de reproducción de fonogramas: 0,60 euros por unidad de grabación.
- c. Para equipos o aparatos digitales de reproducción de videogramas: 6,61 euros por unidad de grabación.
- d. Para soportes materiales digitales específicos de reproducción sonora, como discos o minidiscos compactos para audio o similares, sean o no regrabables: 0,35 euros por hora de grabación o 0,006 euros por minuto de grabación.
- e. Para soportes materiales digitales específicos de reproducción visual o audiovisual, como discos versátiles para vídeo o similares, sean o no regrabables: 0,70 euros por hora de grabación o 0,011667 euros por minuto de grabación. A estos efectos, se entenderá que una hora de grabación equivale a 2,35 gigabytes.
- f. Para soportes materiales de reproducción mixta, sonora y visual o audiovisual:
1. Discos compactos, sean o no regrabables o similares: 0,16 euros por hora de grabación o 0,002667 euros por minuto de grabación. A estos efectos, se entenderá que una hora de grabación equivale a 525,38 megabytes.
 2. Discos versátiles, sean o no regrabables o similares: 0,30 euros por hora de grabación o 0,011667 por minuto de grabación. A estos efectos, se entenderá que una hora de grabación equivale 2,35 gigabytes.
 3. A los efectos de su posterior distribución entre los distintos acreedores de las cantidades a que se refieren los párrafos 1 y 2, se considerará que en los discos compactos el 87,54 % corresponde a reproducción sonora y un 12,46 % a reproducción visual o audiovisual, y en los discos versátiles el 3,43 % corresponde a reproducción sonora y el 96,57 % corresponde a reproducción visual o audiovisual.

2. Los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio iniciarán las actuaciones previstas en la regla 1ª del apartado 6 del [artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual](#) en el plazo máximo de un mes, contado desde la entrada en vigor de esta Ley.

3. La primera Orden Ministerial que se dicte en aplicación de lo previsto en el apartado 6 del [artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual](#) tendrá efectos a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley.

2.- Redacción del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril

Artículo 25. Derecho de remuneración por copia privada

1. *La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, conforme a lo autorizado en el apartado 2 del artículo 31 de esta Ley, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de 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, originará una remuneración equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en el párrafo b) del apartado 4 del presente artículo, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaren de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes.*

2. *Esa remuneración se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera del mismo para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio.*

3. *Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a los programas de ordenador.*

4. *En relación con la obligación legal a que se refiere el apartado 1 del presente artículo serán:*

a) *Deudores: los fabricantes en España, así como los adquirentes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de éste, de equipos, aparatos y materiales que permitan alguna de las modalidades de reproducción previstas en el apartado 1 de este artículo.*

Los distribuidores, mayoristas y minoristas, sucesivos adquirentes de los mencionados equipos, aparatos y materiales, responderán del pago de la remuneración solidariamente con los deudores que se los hubieren suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a éstos la remuneración y sin perjuicio de lo que se dispone en los apartados 13, 14 y 19 del presente artículo.

b) *Acreeedores: los autores de las obras explotadas públicamente en alguna de las formas mencionadas en el apartado 1 de este artículo, juntamente en sus respectivos casos y modalidades de reproducción, con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas.*

5. *El importe de la remuneración que deberá satisfacer cada deudor será el resultante de la aplicación de las siguientes cantidades:*

a) *Equipos o aparatos de reproducción de libros:*

1º *7.500 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia de hasta nueve copias por minuto.*

2º *22.500 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia desde 10 hasta 29 copias por minuto.*

3º *30.000 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia desde 30 hasta 49 copias por minuto.*

4º 37.000 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia desde 50 copias por minuto en adelante.

b) Equipos o aparatos de reproducción de fonogramas: 100 pesetas por unidad de grabación.

c) Equipos o aparatos de reproducción de videogramas: 1.100 pesetas por unidad de grabación.

d) Materiales de reproducción sonora: 30 pesetas por hora de grabación o 0,50 pesetas por minuto de grabación.

e) Materiales de reproducción visual o audiovisual: 50 pesetas por hora de grabación o 0,833 pesetas por minuto de grabación.

6. Quedan exceptuados del pago de la remuneración:

a) Los productores de fonogramas o de videogramas y las entidades de radiodifusión, por los equipos, aparatos o materiales destinados al uso de su actividad siempre que cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras, prestaciones artísticas, fonogramas o videogramas, según proceda, en el ejercicio de tal actividad, lo que deberán acreditar a los deudores y, en su caso, a sus responsables solidarios, mediante certificación de la entidad o entidades de gestión correspondientes, en el supuesto de adquirir los equipos, aparatos o materiales dentro del territorio español.

b) Las personas naturales que adquieran fuera del territorio español los referidos equipos, aparatos y materiales en régimen de viajeros y en una cantidad tal que permita presumir razonablemente que los destinarán al uso privado en dicho territorio.

7. El derecho de remuneración a que se refiere el apartado 1 del presente artículo se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

8. Cuando concurren varias entidades de gestión en la administración de una misma modalidad de remuneración, éstas podrán actuar frente a los deudores en todo lo relativo a la percepción del derecho en juicio y fuera de él, conjuntamente y bajo una sola representación, siendo de aplicación a las relaciones entre dichas entidades las normas que rigen la comunidad de bienes. Asimismo, en este caso, las entidades de gestión podrán asociarse y constituir, conforme a la legalidad vigente, una persona jurídica a los fines expresados.

9. Las entidades de gestión de los acreedores comunicarán al Ministerio de Cultura el nombre o denominación y el domicilio de la representación única o de la asociación que, en su caso, hubieren constituido. En este último caso, presentarán además la documentación acreditativa de la constitución de dicha asociación, con una relación individualizada de sus entidades miembros, en la que se indique el nombre y domicilio de las mismas.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será de aplicación a cualquier cambio en la persona de la representación única o de la asociación constituida, en sus domicilios y en el número y calidad de las entidades de gestión, representadas o asociadas, así como en el supuesto de modificación de los Estatutos de la asociación.

10. El Ministerio de Cultura ejercerá el control de la entidad o entidades de gestión o, en su caso, de la representación o asociación gestora de la percepción del derecho, en los términos previstos en el artículo 154 de la Ley, y publicará, en su caso, en el «Boletín Oficial del Estado» una relación de las entidades representantes o asociaciones gestoras con indicación de sus domicilios, de la respectiva modalidad de la remuneración en la que operen y de las entidades de gestión representadas o asociadas. Esta publicación se efectuará siempre que se produzca una modificación en los datos reseñados.

A los efectos previstos en el artículo 154 de la Ley, la entidad o entidades de gestión o, en su caso, la representación o asociación gestora que hubieren constituido estarán obligadas a presentar al Ministerio de Cultura, los días 30 de junio y 31 de diciembre de cada año, relación pormenorizada de las declaraciones-liquidaciones así como de los pagos efectuados a que se refiere el apartado 12 de este artículo, correspondientes al semestre natural anterior.

11. La obligación de pago de la remuneración nacerá en los siguientes supuestos:

a) Para los fabricantes y para los adquirentes de equipos, aparatos y materiales fuera del territorio español con destino a su distribución comercial en el mismo, en el momento en que se produzca por parte del deudor la transmisión de la propiedad o, en su caso, la cesión del uso o disfrute de cualquiera de aquéllos.

b) Para los adquirentes de equipos, aparatos y materiales fuera del territorio español con destino a su utilización dentro de dicho territorio, desde el momento de su adquisición.

12. Los deudores mencionados en el párrafo a) del apartado 11 de este artículo presentarán a la entidad o entidades de gestión correspondientes o, en su caso, a la representación o asociación mencionadas en los apartados 7 a 10, ambos inclusive, del mismo, dentro de los treinta días siguientes a la finalización de cada trimestre natural, una declaración-liquidación en la que se indicarán las unidades y características técnicas, según se especifica en el apartado 5 de este artículo, de los equipos, aparatos y materiales respecto de los cuales haya nacido la obligación de pago de la remuneración durante dicho trimestre. Con el mismo detalle, deducirán las cantidades correspondientes a los equipos, aparatos y materiales destinados fuera del territorio español y las correspondientes a los exceptuados en virtud de lo establecido en el apartado 6 de este artículo.

Los deudores aludidos en el párrafo b) del apartado 11 del presente artículo harán la presentación de la declaración-liquidación expresada en el párrafo anterior dentro de los cinco días siguientes al nacimiento de la obligación.

13. Los distribuidores, mayoristas y minoristas a que se refiere el segundo párrafo del apartado 4 a) de este artículo deberán cumplir la obligación prevista en el párrafo primero del apartado 12 del presente artículo respecto de los equipos, aparatos y materiales adquiridos por ellos en territorio español, de deudores que no les hayan repercutido y hecho constar en factura la correspondiente remuneración.

14. El pago de la remuneración se llevará a cabo, salvo pacto en contrario:

a) Por los deudores mencionados en el párrafo a) del apartado 11, dentro del mes siguiente a la fecha de finalización del plazo de presentación de la declaración-liquidación a que se refiere el párrafo primero del apartado 12.

b) Por los demás deudores y por los distribuidores, mayoristas y minoristas, en relación con los equipos, aparatos y materiales a que se refiere el apartado 13 de este artículo, en el momento de la presentación de la declaración-liquidación, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 19 del mismo.

15. Los deudores y, en su caso, los responsables solidarios se considerarán depositarios de la remuneración devengada hasta el efectivo pago de la misma conforme establece el apartado 14 anterior.

16. A efectos de control de pago de la remuneración, los deudores mencionados en el párrafo a) del apartado 11 de este artículo deberán figurar separadamente en sus facturas el importe de aquélla, del que harán repercusión a sus clientes y retendrán, para su entrega conforme a lo establecido en el apartado 14.

17. Las obligaciones relativas a las facturas y a la repercusión de la remuneración a los clientes, establecidas en el apartado anterior, alcanzarán a los distribuidores, mayoristas y minoristas, responsables solidarios de los deudores. También deberán cumplir las obligaciones de retener y entregar previstas en dicho apartado, en el supuesto contemplado en el apartado 13.

18. En ningún caso, los distribuidores, mayoristas y minoristas, responsables solidarios de los deudores, aceptarán de sus respectivos proveedores el suministro de equipos, aparatos y materiales sometidos a la remuneración si no vienen facturados conforme a lo dispuesto en los apartados 16 y 17 del presente artículo.

19. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el importe de la remuneración no conste en factura, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la remuneración devengada por los equipos, aparatos y materiales que comprenda, no ha sido satisfecha.

20. En el supuesto indicado en el apartado que antecede y en cualquier otro de impago de la remuneración, la entidad o entidades de gestión, o, en su caso, la representación o asociación gestora, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que les asistan, podrá solicitar del Juez, por el procedimiento establecido en el artículo 137 de esta Ley, el embargo de los correspondientes equipos, aparatos y materiales. Los bienes así embargados quedarán afectos al pago de la remuneración reclamada y de la oportuna indemnización de daños y perjuicios.

21. Los deudores y sus responsables solidarios permitirán a la entidad o entidades de gestión, o, en su caso, a la representación o asociación gestora, el control de las operaciones sometidas a la remuneración y de las afectadas por las obligaciones establecidas en los apartados 12 a 20, ambos inclusive, del presente artículo. En consecuencia, facilitarán los datos y documentación necesarios para comprobar el efectivo cumplimiento de dichas obligaciones y, en especial, la exactitud de las declaraciones-liquidaciones presentadas.

22. La entidad o entidades de gestión o, en su caso, la representación o asociación gestora, y las propias entidades representadas o asociadas, deberán respetar los principios de confidencialidad o intimidad mercantil en relación con cualquier información que conozcan en el ejercicio de las facultades previstas en el apartado 21.

23. El Gobierno establecerá reglamentariamente los tipos de reproducciones que no deben considerarse para uso privado a los efectos de lo dispuesto en este artículo; los equipos, aparatos y materiales exceptuados del pago de la remuneración, atendiendo a la peculiaridad del uso o explotación a que se destinen, así como a las exigencias que puedan derivarse de la evolución tecnológica y del correspondiente sector del mercado; la distribución de la remuneración en cada una de dichas modalidades entre las categorías de acreedores, a fin de que los distribuyan, a su vez, entre éstos, ajustándose a lo dispuesto en el artículo 149 de la presente Ley.

Artículo 31. Reproducción sin autorización

Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor y sin perjuicio en lo pertinente, de lo dispuesto en el artículo 34 de esta Ley, en los siguientes casos:

(...)

2º Para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 99 a) de esta Ley, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa.

(...)

3.- Real Decreto 1434/1992, de 27 noviembre (selección de artículos)

Artículo 9. Supuesto de hecho de la obligación

(...)

3. A los efectos del presente título se entenderán asimiladas a los libros, las publicaciones de contenido cultural, científico o técnico siempre y cuando:

- a) Estén editadas en serie continua con un mismo título a intervalos regulares o irregulares, de forma que los ejemplares de la serie lleven una numeración consecutiva o estén fechados, con periodicidad mínima mensual y máxima semestral.
- b) Tengan al menos 48 páginas por ejemplar.

Artículo 10. Supuestos no incluidos en la obligación

1. A los efectos de lo dispuesto en el presente título, no tiene la consideración de reproducciones para uso privado del copista, en el sentido del apartado 2 del artículo 31 de la Ley de Propiedad Intelectual:

- a) Las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización.
- b) Las que sean objeto de utilización colectiva o de distribución mediante precio.

2. Para poder efectuar las reproducciones a que se refiere el número anterior, deberá obtenerse la previa autorización de los titulares de los derechos.

(...)

Artículo 36. Distribución por categorías de acreedores

La distribución de la remuneración compensatoria deberá realizarse:

- a) En la modalidad de fonogramas y demás soportes sonoros, el 50 por 100 para los autores, el 25 por 100 para los artistas intérpretes o ejecutantes y el 25 por 100 para los productores.
- b) En la modalidad de videogramas y demás soportes visuales o audiovisuales, un tercio para los autores, un tercio para los artistas intérpretes o ejecutantes y un tercio para los productores.
- c) En la modalidad de libros y publicaciones asimiladas, el 55 por 100 para los autores y el 45 por 100 para los editores.

Artículo 37. Distribución entre entidades de gestión

(...)

2. En cualquier caso, establecido el porcentaje de la retribución correspondiente a cada categoría de acreedores con base en las reglas del artículo anterior, su distribución deberá respetar los principios de equidad y proporcionalidad. A tal efecto se atribuirá a cada entidad de gestión una

cantidad proporcional a la reproducción para uso privado de sus respectivos repertorios de obras, actuaciones y producciones en el año correspondiente.

Artículo 38. Distribución entre los respectivos acreedores administrados por las entidades de gestión

La distribución individual entre los respectivos acreedores administrados por las entidades de gestión corresponderá realizarla a dichas entidades que lo harán ajustándose a los criterios de equidad y de proporcionalidad a la utilización, establecidos en el artículo 139 de la Ley de Propiedad Intelectual.

TÍTULO III.

Porcentaje de la remuneración compensatoria por reproducción para uso privado que las entidades de gestión deben dedicar a determinadas actividades y servicios

Artículo 39. Realización de actividades de asistencia y fomento por parte de las entidades de gestión

1. Las entidades de gestión, directamente o por medio de otras entidades deberán:

- a) Promover actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus socios.*
- b) Atender actividades de formación y promoción de autores y artistas intérpretes o ejecutantes.*

2. Las entidades de gestión deberán dedicar a las dos modalidades de actividades a que se refiere el apartado anterior, por partes iguales, el 20 por 100 de la remuneración compensatoria a que se refiere el artículo 37.1 de este Real Decreto.

3. En el primer trimestre de cada año, las entidades de gestión presentarán en el Registro General del Ministerio de Cultura la información referida al ejercicio anterior que a continuación se relaciona:

- a) Memoria pormenorizada de las actividades o servicios a que se refieren los apartados a) y b) del apartado 1 de este artículo.*
- b) Cantidades desglosadas que se hayan afectado a dichas actividades o servicios de acuerdo con lo preceptuado en el apartado 2 de este artículo, y*
- c) Relación pormenorizada de beneficiarios.*

DOCUMENTO N° 3

Orden Ministerial PRE/1743/2008

VER DOCUMENTO ADJUNTO

DOCUMENTO N° 4

Dossier Fundación Autor y Proyecto Arteria

VER DOCUMENTOS ADJUNTOS:

- 4.1- Dossier Informativo SGAE (Proyecto Arteria, entramado empresarial, ...).
- 4.2.- Noticia publicada en Diario Público el 22 de octubre de 2007 sobre el entramado societario de SGAE.

DOCUMENTO N° 5

Acuerdo ASIMELEC

VER DOCUMENTOS ADJUNTOS:

Incluye tanto el Acuerdo General suscrito con ASIMELEC, como el Anexo al mismo, que contiene el modelo de Acuerdo de Adhesión), de fecha 31 de julio de 2003.

DOCUMENTO N° 6

**Modelo Contrato de Adhesión para adhesiones
al Acuerdo ASIMELEC posteriores a 31 de Octubre de 2003**

VER DOCUMENTO ADJUNTO

DOCUMENTO N° 7

**Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia
sobre el Acuerdo ASIMELEC**

VER DOCUMENTOS ADJUNTOS:

- 7.1.- Resolución del TDC de 24 de noviembre de 2005 (expediente R634/04, SGAE-ASIMELEC).
- 7.2.- Resolución del TDV de 31 de mayo de 2007 (expedientes R688/06 SGAE/ASIMELEC 3 y R692/06 SGAE/ASIMELEC 4, Acumulados).

DOCUMENTO N° 8

**Respuesta de EICTA a la Consulta de la Comisión Europea
sobre el Sistema de Cánones por Copia Privada de Febrero 2008**

VER DOCUMENTO ADJUNTO

DOCUMENTO N° 9

EC Copyright Levies Reform, Impact Assessment – Staff Working Document

(December 2006)

VER DOCUMENTO ADJUNTO

DOCUMENTO N° 10

**Background Document – “Fair Compensation for Acts of Private Copying”
(European Commission – February 14, 2008)**

VER DOCUMENTO ADJUNTO

DOCUMENTO N° 11

**Respuesta de ASIMELEC a la Consulta de la Comisión Europea
sobre el Sistema de Cánones por Copia Privada de Febrero de 2008**

VER DOCUMENTO ADJUNTO

DOCUMENTO N° 12

**Ejemplos de sitios web ofreciendo
ventas a consumidores españoles sin canon**

VER DOCUMENTOS ADJUNTOS

DOCUMENTO N° 13

Verificación de que el canon en soportes CD-R Data del Acuerdo ASIMELEC compensa el daño causado por la piratería

VER DOCUMENTO ADJUNTO

DOCUMENTO N° 14

**Recaudación de las Entidades de Gestión
por Canon por Copia Privada**

Recaudación por Copia Privada en 2000 - 2008

[REDACTADO] Se detalla a continuación una tabla con los ingresos del canon por copia privada (en Euros) en España durante el periodo 2000–2008.¹⁵¹

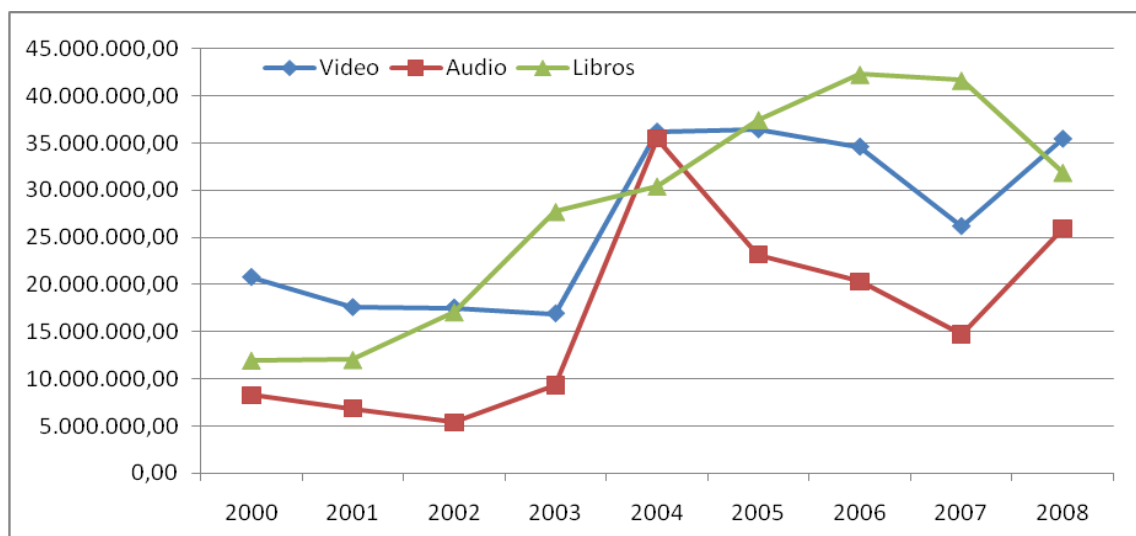
[REDACTADO]

| | Video | Audio | Libros | Total Canon Copia Privada |
|------|--------------|--------------|---------------|----------------------------------|
| 2000 | 21.000.000 | 8.000.000 | 12.000.000 | 41.000.000 |
| 2001 | 17.500.000 | 7.000.000 | 12.000.000 | 36.500.000 |
| 2002 | 17.500.000 | 5.500.000 | 17.000.000 | 40.000.000 |
| 2003 | 17.000.000 | 9.500.000 | 27.500.000 | 54.000.000 |
| 2004 | 36.000.000 | 35.500.000 | 30.500.000 | 102.00.000 |
| 2005 | 36.500.000 | 23.000.000 | 37.500.000 | 97.000.000 |
| 2006 | 34.500.000 | 20.500.000 | 42.000.000 | 97.000.000 |
| 2007 | 26.250.000 | 14.750.000 | 41.500.000 | 82.500.000 |
| 2008 | 35.500.000 | 26.000.000 | 32.000.000 | 93.500.000 |

En Euros

Asimismo, se detalla a continuación una representación gráfica de los ingresos correspondientes a cada modalidad de reproducción (video, audio y libros).

¹⁵¹ REDACTADO: Estos datos no coinciden necesariamente con otros datos que constan en las cuentas anuales de cada Entidad de Gestión, o con la extrapolación que podría hacerse de la recaudación de una entidad para averiguar la recaudación de cada modalidad de reproducción (por ejemplo, conociendo los datos de copia privada por audio SGAE, que representa el 50% del total, se podría extrapolar el 100% de la recaudación de canon por copia privada de audio; sin embargo, los datos así obtenidos no coinciden necesariamente con los arriba indicados).



En relación con el canon correspondiente a audio y a video, puede observarse lo siguiente:

- En el año 2004 se produce un drástico incremento de recaudación, como consecuencia del Acuerdo ASIMELEC (si bien hubo ya un incremento sustancial en la modalidad de audio en 2003, atribuible a la firma del acuerdo con efectos 1 de sept. 2003, hay que señalar que durante los primeros meses de efectividad del Acuerdo la cantidad de soportes liquidados no fue tan relevante, al haberse producido un aprovisionamiento masivo de los mayoristas entre el momento de la firma del Acuerdo – 31 de julio de 2003 – y la fecha de efectividad – 1 de sept. 2003).
- A partir del 2005 se observa una bajada en la recaudación del canon de audio, como consecuencia del “mercado negro” de soportes que se produjo debido a la aplicación del canon. En el caso de video, la recaudación se mantiene con pequeñas variaciones en 2004-2006 como consecuencia del desarrollo y uso de soportes DVD-R/RW, de mayor capacidad que los discos CD-R/RW, pero cae en 2007.
- En 2008 vuelve a observarse un incremento de la recaudación de audio y video, como consecuencia de la Orden Ministerial que entró en vigor en julio de 2008.

En relación con el canon correspondiente a libros (reprografía):

- Se observa un crecimiento continuo desde el año 2003 - 2007, en que se produjo una explosión en la comercialización de las impresoras multifuncionales de chorro de tinta, en gran medida relacionada con la reducción del canon sobre estos productos con efectos 1 de enero 2004 (pasan de aproximadamente 45€ a 15€) como consecuencia de un acuerdo firmado entre ASIMELEC y las Entidades de Gestión CEDRO y VEGAP. Asimismo, al amparo de este acuerdo se incluyeron los escáneres como producto sujeto a canon por copia privada (9€).

- A partir del 2008 se observa un descenso recaudatorio, como consecuencia del efecto conjunto de la reducción de tarifas operada en virtud de la Orden Ministerial, más el inicio de la crisis de ventas en el sector (descenso éste que entendemos se verá de forma más acusada en 2009).

En cualquier caso, en relación con la recaudación de las diferentes modalidades de reproducción entendemos que llama mucho la atención y es importante destacar que:

- 1) La recaudación de libros siempre ha estado por encima de la recaudación de copia privada de audio, lo que pone de manifiesto el carácter defectuoso de la legislación que lleva a estas consecuencias, ya que es manifiesto y evidente que hay más copia privada de audio (música) que copia privada de libros.
- 2) La recaudación de video se encuentra también por encima de la recaudación de audio, cuando es precisamente en el sector del video donde existen mayores medidas tecnológicas de protección eficaces. Esta circunstancia también es contradictoria.

Ello no quiere decir que la recaudación de audio debería subir, ya que como ha quedado acreditado en el Documento nº 13 el canon previsto para la modalidad de audio compensa con creces los derechos de propiedad intelectual dejados de percibir como consecuencia de la copia privada legalmente realizada (ver también **documento nº 14-2** adjunto, referido a continuación), sino que la recaudación establecida para video y libros ha estado tradicionalmente sobredimensionada y lo continúa estando.

Orden Ministerial

[REDACTADO] En relación con la recaudación producida a partir de la Orden Ministerial, el importe de la recaudación ha sido aproximadamente el siguiente:¹⁵² [REDACTADO]

- Audio y video: 80.000.000 €
- Reprografía: 24.000.000 €

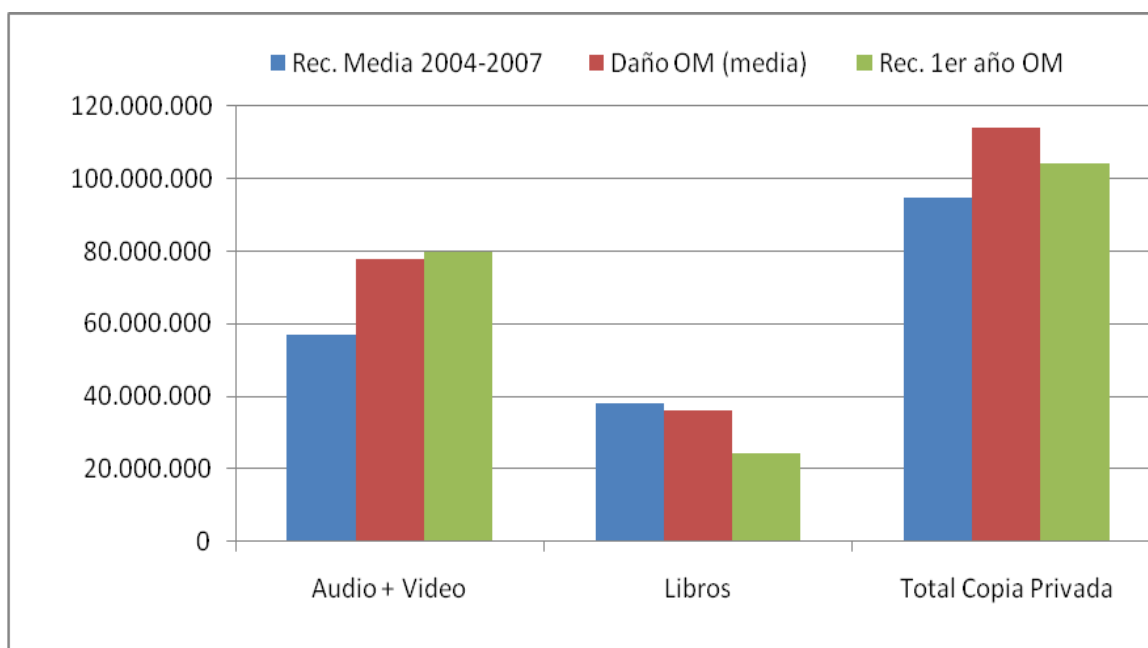
Estos datos confirman, por un lado, la tendencia incremental para audio y para video y, por otro lado, la tendencia decreciente para libros (en este caso consecuencia del descenso de ventas de equipos de multifuncionales y la bajada de las tarifas correspondientes, como se ha avanzado antes).

¹⁵² [REDACTADO] Estas cantidades tampoco cuadran necesariamente con los importes que podrían extrapolarse de las cuentas de determinadas Entidades de Gestión.

Si se contrasta la recaudación media de las Entidades de Gestión durante el periodo previo a la aprobación de la Orden, parece como si los importes recaudatorios fijados en la Orden como daño indemnizable (se detalla a continuación la media aritmética entre el mínimo y máximo previsto en la Orden) se hubieran establecido con un doble objetivo:

- Por un lado, mejorar sustancialmente la recaudación de las Entidades de Gestión de audio y video, llevándoles nuevamente a los niveles de 2004, cuando no se había desarrollado el “mercado negro” de soportes.
- Por otro lado, garantizar el mantenimiento de la recaudación de reprografía (manifiestamente sobredimensionada en nuestra opinión) en los importes medios del periodo anterior.

| [REDACTADO] | Audio + Video | Libros | Total Copia Privada |
|---|----------------------|---------------|----------------------------|
| Recaudacion Media 2004-2007 | 57.000.000 | 38.000.000 | 95.000.000 |
| Daño según Orden Ministerial (media mínimo - máximo) | 78.000.000 | 36.000.000 | 114.000.000 |
| Recaudación durante el primer año de vigencia de la Orden Ministerial | 80.000.000 | 24.000.000 | 104.000.000 |

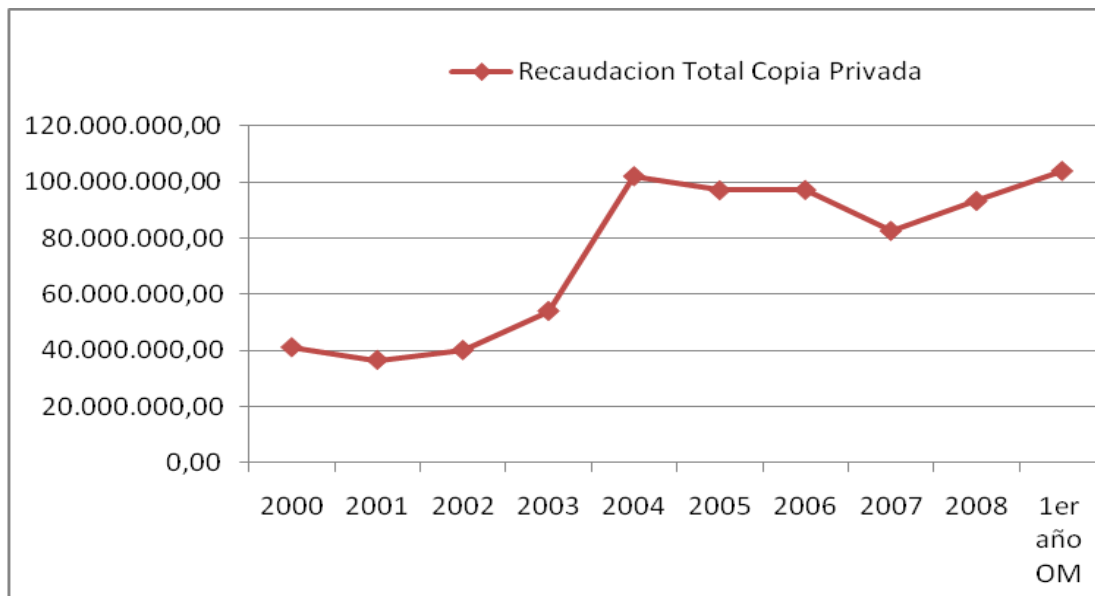


A tal respecto, sorprende también que se detalle en la Orden Ministerial un daño conjunto para audio y video, sin individualizar el daño correspondiente a cada modalidad, en lo que podría ser un intento de “compensar” los descensos que pudieran producirse en una

modalidad con los incrementos que puedan producirse en la otra y asegurar que la recaudación conjunta se mantiene dentro de los límites previstos.

En cualquier caso, la situación resultante finalmente es que el total de la recaudación del canon por copia privada ha estado en continuo crecimiento durante los últimos 10 años, repitiéndose en el primer año de vigencia de la Orden Ministerial los máximos históricos que se habían alcanzado en el ejercicio 2004 (si bien en la actualidad nos encontramos con la coexistencia de una generalización en la aplicación indiscriminada del canon a multitud de dispositivos, más un “mercado negro” de importaciones paralelas que no liquidan el canon y que perjudican seriamente el propio desarrollo del mercado en condiciones de legítima competencia).

| [REDACTADO] | Recaudacion Total Canon Copia Privada (en Euros) | |
|-------------|--|-------------|
| | 2000 | 41.000.000 |
| | 2001 | 36.500.000 |
| | 2002 | 40.000.000 |
| | 2003 | 54.000.000 |
| | 2004 | 102.00.000 |
| | 2005 | 97.000.000 |
| | 2006 | 97.000.000 |
| | 2007 | 82.500.000 |
| | 2008 | 93.500.000 |
| | 1er año Orden Ministerial | 104.000.000 |



Por lo que respecta a la recaudación de copia privada por audio, es conveniente tener presente que el potencial recaudatorio de las Entidades de Gestión (SGAE, AIE, AGEDI) es muy superior al que se refleja en los datos facilitados por el Ministerio de Cultura, ya que, según las noticias que tenemos, los principales fabricantes de teléfonos móviles con funcionalidad de reproducción de fonogramas están litigando la aplicación del canon por copia privada sobre dichos dispositivos y no están abonándolo a las Entidades de Gestión y la recaudación total de canon por teléfonos móviles podría ser muy elevada (superior a 5 millones de euros / año, según nuestros cálculos).

Finalmente, hay que hacer referencia a la noticia que se adjunta como **Documento nº 14-2**, publicada en el diario El País, 18 de mayo de 2010, bajo el titular *“Los músicos ingresaron por primera vez en 2009 más por el canon digital que por la venta de discos”*.

Esta situación (mayores ingresos por canon digital que por la venta de los discos que, teóricamente, son objeto de copia privada) es insólita y muestra nuevamente la gran desproporción que existe en el canon por copia privada en España, la falta de correspondencia con el daño real de la copia hecha dentro de los límites de la excepción por copia privada y que bajo la apariencia de canon por copia privada se está retribuyendo realmente por copias ilícitas / piratería.

Dicha noticia indica también que los ingresos de SGAE por el canon digital crecieron en 2009 un 72,9% más que en el año anterior, por lo que nos preguntamos cuál será la recaudación real en caso de hacerse efectivo en canon actualmente en litigio sobre los teléfonos móviles, y todas las demás reclamaciones a que hemos hecho referencia en esta Denuncia.

DOCUMENTO N° 15

**Ejemplos de sentencias aplicando las tarifas ASIMELEC
a demandas reclamando el “canon analógico” del TRLPI**

VER DOCUMENTOS ADJUNTOS

- Documento 15-1: Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), Sentencia núm. 52/2007 de 22 febrero (ver Fundamento de Derecho Tercero).
- Documento 15-2: Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), Sentencia núm. 181/2008 de 26 marzo (ver Fundamento de Derecho Quinto).

DOCUMENTO N° 16

Cuestiones Prejudiciales

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de septiembre de 2008

VER DOCUMENTO ADJUNTO

DOCUMENTO N° 17

Cuestiones Prejudiciales
Publicación en el DOCE (Asunto C-467/08)

VER DOCUMENTO ADJUNTO

DOCUMENTO N° 18

Cuestiones Prejudiciales

Observaciones remitidas por PADAWAN al TJCE

VER DOCUMENTO ADJUNTO

DOCUMENTO N° 19

**Opinión de la Abogado General Trstenjak
presentada el 11 de mayo de 2010 sobre el Asunto C-467/08
(SGAE v. Padawan)**

VER DOCUMENTO ADJUNTO

DOCUMENTO N° 20

**Lista Ejemplificativa de Casos Judiciales
contra Importadores y Distribuidores. Ejemplos de Demandas**

[CONFIDENCIAL]

DOCUMENTO N° 21

**Ejemplos de sentencias judiciales
declarando la devolución del canon al consumidor
(+ sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 2003 sobre
no aplicación del canon a soportes destinados habitualmente a fines profesionales)**

VER DOCUMENTOS ADJUNTOS

A) No aplicación del canon sobre cintas que siendo técnicamente aptas para la copia no son idóneas “en concreto” por destinarse habitualmente a fines profesionales):

- Doc. n° 21-0: Sentencia Audiencia Provincial Sevilla núm. 495/2003 (Sección 2ª), de 18 septiembre de 2003 – Ver Fundamento de Derecho Sexto.

B) Devolución del Canon a usuario que no hace copia privada:

- Doc. n° 21-1: Sentencia núm.º 149/09 del Juzgado de lo Mercantil n° 1 Sevilla, 7 de septiembre de 2009.
- Doc. n° 21-2: Sentencia núm. 570/2006 de la Audiencia Provincial Málaga (Sección 5), de 19 septiembre de 2006.
- Doc. n° 21-3: Sentencia Juzgado de lo Mercantil Las Palmas, Las Palmas de Gran Canaria, núm. 73/2006, de 19 octubre de 2006.
- Doc. n° 21-4: Sentencia Juzgado de Primera Instancia n° 7 de Alcalá de Henares, de 15 de junio de 2005.
- Doc. n° 21-5: Sentencia 80/2006, del Juzgado de lo Mercantil n° 4 de Madrid, de 19 de octubre de 2006.

C) No devolución del canon en fotocopiadora por adquirente profesional:

- Doc. n° 21-6: Sentencia núm. 145/2009 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), de 29 mayo de 2009.

DOCUMENTO N° 22

**Ejemplos de noticias publicadas sobre corporaciones locales
que aprueban reclamar el canon por privada pagado previamente.**

VER DOCUMENTO ADJUNTOS

DOCUMENTO N° 23

**Copia del contrato suscrito por una productora audiovisual con EGEDA
a fin de no pagar canon como compensación por asociarse**

[CONFIDENCIAL]

DOCUMENTO N° 24

**Sentencia n° 6/2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 12 enero
(exigencia por CEDRO de 10 veces el importe de la licencia de reprografía y negativa a
descontar el canon por copia privada)**

VER DOCUMENTO ADJUNTO

DOCUMENTO N° 25

**Copia de las páginas del sitio web de IFRRO relativas
a los acuerdos de representación recíproca de CEDRO**

VER DOCUMENTOS ADJUNTOS

DOCUMENTO N° 26

**Documentos relativos a procedimientos judiciales seguidos
en Francia, Finlandia y Estados Unidos para el reconocimiento del CSS
(*Content Scrambling System*) como medida tecnológica de protección “eficaz”.**

VER DOCUMENTOS ADJUNTOS

- Doc. n° 26-1: Sentencia de 4 abril de 2007 del Tribunal de Casación de Paris (4ª Sala, Sección), U.C.F. QUE CHOISIR contra UNIVERSAL PICTURES (CSS en DVD *Mulholland Drive*).
- Doc. n° 26-2: Primer artículo haciendo referencia a la sentencia del Tribunal de Apelación de Helsinki (Finlandia).
- Doc. n° 26-3: Demanda de DVD Copy Control Association contra Kaleidescape Inc., ante el Tribunal Superior de California (Condado de Santa Clara).
- Doc. n° 26-4: Demanda de *Universal, Paramount, Twenty-Century Fox, Sony Pictures, Columbia, Walt Disney* y *Warner Bros* contra *RealNetworks* ante el Tribunal de Distrito de Estados Unidos correspondiente al Distrito Central de California, Division Oeste, de fecha 30 de septiembre de 2008.

DOCUMENTO N° 27

Breve Referencia a la Infracción por el Reino de España de su Obligación de Correcta Transposición de la Directiva 2001/29/CE

Como se indicará a continuación, el Reino de España ha incurrido en una infracción de su obligación de transposición correcta de la Directiva 2001/29/CE. Esta transposición incorrecta tiene su reflejo en la actual normativa de propiedad intelectual en España que no respeta ciertos principios fundamentales establecidos en dicha Directiva y permite que las Entidades de Gestión denunciadas abusen de su posición de dominio en el mercado.

Si bien este no es el procedimiento adecuado para hacer valer una infracción en las obligaciones de transposición de una Directiva, entendemos que las explicaciones que se exponen a continuación son relevantes en el ámbito de la valoración de la infracción del Art. 106 TFUE por parte del Reino de España y del Art. 102 TFUE por parte de las Entidades de Gestión denunciadas. En concreto, nos referimos a continuación a la infracción del Derecho comunitario por parte del Reino de España en relación con los siguientes elementos concretos:

- (1) La cuantía fijada para la compensación equitativa por copia privada no guarda relación con el daño causado por la copia privada; y
- (2) No se ha tenido en consideración el destino de los equipos y soportes alcanzados por la obligación de pagar el canon.

1. La cuantía fijada para la compensación equitativa por copia privada no guarda relación con el daño causado por la copia privada

1.1. La normativa comunitaria

(1) La Directiva 2001/29/CE tiene un doble objeto: por un lado, cumplir con las obligaciones internacionales establecidas en los Tratados de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual de 20 de diciembre de 1996 y, por otro, establecer una protección jurídica armonizada para los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la

información. Ese propósito armonizador, que ya se anuncia en el título de la Directiva, está claramente refrendado, entre otros, en los Considerandos (1), (3), (4), (6), (7), (9), (23) y (31).

(2) Como es sabido, la excepción de copia privada se regula en el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE entre los límites y excepciones facultativos o voluntarios al derecho de reproducción. En dicho artículo, la Directiva introduce el nuevo concepto comunitario de “compensación equitativa” que no debe confundirse con el concepto de “remuneración equitativa” establecido en el artículo 8.2 de la Directiva 92/100/CE. Sin perjuicio de que corresponde a los Estados miembros determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de la “compensación equitativa” de copia privada digital, el concepto de compensación equitativa **necesariamente implica un alto grado de armonización**, dado que es un nuevo concepto comunitario que debe ser interpretado de forma uniforme en todos los Estados miembros para que las diferencias entre los sistemas nacionales no afecten al funcionamiento del mercado interior.

(3) Tal como surge del Considerando (31) de la Directiva 2001/29/CE, al determinar la “compensación equitativa”, los Estados miembros deben respetar el **equilibrio entre las partes afectadas** para garantizar la equidad con la que el legislador europeo ha definido expresamente esa compensación. Dicho equilibrio se logra utilizando un conjunto de factores que modulan los intereses entre los afectados, entre los que cobran principal protagonismo los siguientes:

- i. Un concepto restrictivo o limitado de la excepción por copia privada (sólo personas físicas; para uso privado; sin fines directa o indirectamente comerciales; cuando la fuente sea legal -para no legitimar actos de piratería ni infringir el test de los tres pasos contenido en el artículo 5.5-; etc.);
- ii. La exigencia de una compensación equitativa en base al daño causado a los titulares por la copia legítimamente realizada dentro del ámbito de la excepción; y
- iii. La toma en consideración de si se aplican o no medidas tecnológicas de protección, y la disponibilidad de las mismas.

(4) Tal como veremos a continuación la normativa española (muy en especial la Orden Ministerial), sumada a la práctica constante de las Entidades de Gestión han configurado un incumplimiento flagrante de estos parámetros que tiene efectos nocivos en el mercado.

(5) En el caso de que un Estado miembro haya decidido incorporar la excepción de copia privada a su legislación nacional, dando a la compensación equitativa la forma de “canon” o gravamen económico, **el importe del canon debe estar necesariamente ligado al daño no mínimo efectivamente causado a los titulares** por las reproducciones de obras y demás prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines que caigan dentro del alcance de la excepción de copia privada, descartando la utilización de meras presunciones acerca de los usos que los consumidores y usuarios hagan de los equipos y soportes digitales y, en su lugar, apoyándose en informes rigurosos, imparciales, independientes y periódicos, fundados en criterios razonables y objetivos. Por otro lado, ello a su vez implicaría que la aplicación del gravamen no estaría justificada cuando los equipos, aparatos y materiales de reproducción no vayan a ser destinados a fines de copia privada.

(6) Con relación a tal concepto de “compensación equitativa”, fueron sumamente ilustrativas las palabras del Comisario Sr. McCreevy vertidas en la respuesta parlamentaria E-2864/2007, de 19 de septiembre de 2007, en la que afirma que:

“La Directiva 2001/29 (en lo sucesivo, «la Directiva») introdujo el concepto de «compensación equitativa» como medio de compensar a los titulares de derechos de autor por actos que entran en el ámbito de la excepción sobre la copia privada.

(...)

De acuerdo con el análisis preliminar de la Comisión, sólo deben gravarse con cánones los soportes y equipos que puedan utilizarse, y que efectivamente se utilicen en medida apreciable, para hacer copias realmente destinadas a uso privado. *La Comisión considera asimismo que los equipos utilizados con fines comerciales (p. ej., en empresas o en Administraciones Públicas) no deberían gravarse con cánones, pues ello supone ir claramente más allá de la necesaria compensación por actos autorizados (es decir, la copia privada), con arreglo a lo dispuesto en la Directiva.*

Por lo que se refiere a la denuncia que menciona Su Señoría, la Comisión está estudiándola actualmente e informará en su momento a Su Señoría del resultado de sus análisis.” (subrayado nuestro)

(7) En otras palabras, lo que viene a indicar en su respuesta parlamentaria el Sr. McCreevy es que para someter un equipo o soporte al pago del canon no basta con que sea idóneo para

hacer copias privadas (artículo 25.2 TRLPI) -tal como vienen postulando las Entidades de Gestión y, según parece, también la Administración desde la Orden Ministerial de 2008-, tampoco es suficiente con que se utilice ocasionalmente para hacer copias privadas, sino que ese uso ha de realizarse “de forma apreciable”, a todo lo cual hay que añadir que el daño causado al titular ha de ser superior al mínimo de tolerancia requerido por la propia norma. Todos estos condicionantes refuerzan el carácter estrecho y restringido de la excepción de copia privada y del concepto de compensación equitativa y constituyen las premisas -olvidadas por la Administración- para ponderar los equipos y soportes que deben incluirse en la relación de aquellos sujetos al pago del canon. En definitiva, lo que alertaba el Comisario refiere al riesgo de que se produjera en algunos Estados miembros una ampliación injustificada de la obligación de pago del canon a equipos y soportes que no se utilizan para hacer “copias privadas” y “de forma apreciable”, riesgo este que se ha materializado en la Orden Ministerial.

(8) Los Considerandos 35, 38 y 39 son de gran ayuda para los Estados miembros en orden a la determinación de la compensación equitativa. El Considerando 35 establece criterios generales aplicables a todos aquellos casos en los que una compensación equitativa sea reconocida a favor de los titulares, mientras que los Considerandos 38 y 39 aportan criterios específicos para la excepción de copia privada.

(9) De la lectura del Considerando 35 se puede llegar a la conclusión de que el principal elemento a tener en cuenta es el posible daño causado a los titulares, pero con los siguientes matices:

- i. No todo daño genera automáticamente el derecho a percibir una compensación equitativa;
- ii. Puede ocurrir que, aunque exista un daño (no mínimo), no proceda efectuar un pago específico en concepto de compensación equitativa cuando los titulares “ya hayan recibido una retribución de algún tipo”; y
- iii. Los titulares deben tolerar y asumir los perjuicios cuando sean mínimos, porque tales casos “no pueden dar origen a una obligación de pago”.

(10) A los criterios anteriores hay que añadir un comentario que puede resultar obvio, pero no por ello debemos dejar de mencionarlo, y es que cuando no hay daño no se genera la obligación de pagar una compensación equitativa. La razón es evidente: en tal caso no hay nada que “compensar” y cualesquiera pagos que se produjeran en dicho caso no serían “equitativos”. Un claro ejemplo de ausencia de daño se produce cuando los titulares la obra está protegida de modo que no se puede realizar una copia privada de la misma, o cuando el daño ya ha sido compensado por medio de un pago separado, como ocurre cuando los titulares conceden una autorización de reproducción a cambio de un precio.

(11) El Considerando 38 es específico para la excepción de copia privada y señala que el canon por copia privada compensa el perjuicio sufrido por los titulares, no siendo posible localizar en el resto del Considerando ningún otro criterio sobre la forma de cuantificar la compensación equitativa y, desde luego, no hay ninguna mención al presumible uso de los equipos y soportes de reproducción. La expresión utilizada en este Considerando es la de “... *sistemas de retribución para compensar a los titulares por los perjuicios sufridos*”.

(12) A nuestro entender, la conclusión que se extrae de los Considerandos 35 y 38 es que para que se justifique la compensación equitativa **necesariamente tiene que haberse causado un daño a los titulares que sea superior a un mínimo de tolerancia**: sin daño superior al mínimo no hay compensación. La referencia al “mínimo” guarda relación con la denominada regla “*de minimis*”.

(13) Para cuantificar el daño no mínimo causado a los titulares, será necesario conocer el uso efectivo que los consumidores y usuarios hagan de los equipos y soportes para un acto concreto: reproducir obras y demás prestaciones protegidas al amparo de la excepción de copia privada (los restantes usos ajenos a los requisitos estrictos de la excepción por copia privada previstos en el artículo 5.2.b de la Directiva, no son susceptibles de generar la obligación de pago de una compensación equitativa). Para hacer ese cálculo no es suficiente con acudir a meras presunciones, siendo indispensable la realización de estudios rigurosos, fiables e independientes basados en criterios objetivos y no en simples probabilidades.

1.2. Los criterios impuestos por la Ley 23/2006

(14) El artículo 25.6, regla 4ª del TRLPI establece los criterios que la Administración debe tener en cuenta y aplicar al determinar los equipos y soportes digitales sujetos al pago del canon y el importe de la compensación equitativa por copia privada, en los siguientes términos:

*“4.ª Las partes negociadoras dentro del proceso de negociación y, **en todo caso, los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, a los efectos de aprobación de la orden conjunta a que se refiere la regla anterior, deberán tener en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:***

*a) El **perjuicio efectivamente causado** a los titulares de derechos por las reproducciones a que se refiere el apartado 1, teniendo en cuenta que si el perjuicio causado al titular es mínimo no podrá dar origen a una obligación de pago.*

*b) El **grado de uso** de dichos equipos, aparatos o soportes materiales para la realización de las reproducciones a que se refiere el apartado 1.*

*c) La **capacidad de almacenamiento** de los equipos, aparatos y soportes materiales.*

*d) La **calidad de las reproducciones.***

*e) La **disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas** a que se refiere el artículo 161.*

*f) El **tiempo de conservación de las reproducciones.***

*g) Los importes correspondientes de la compensación aplicables a los distintos tipos de equipos y aparatos deberán ser **proporcionados económicamente respecto del precio medio final al público de los mismos.**” (subrayado nuestro)*

(15) Resulta claro que los criterios fijados por el legislador español y recién transcritos son de cumplimiento obligatorio pues se dice textualmente que “***los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, a los efectos de aprobación de la orden conjunta a que se refiere la regla anterior, deberán tener en cuenta, entre otros, los siguientes criterios*””. De esa expresión resultan claramente dos consecuencias:**

(a) en primer lugar, la enumeración de los criterios de la letra a) a la g) no es exhaustiva puesto que se emplea la expresión “**entre otros**”, signo inequívoco de que, al elaborar la Orden, los Ministerios podían incorporar nuevos criterios adicionales que contribuyeran a perfilar más certeramente el importe de la compensación equitativa por copia privada, todo ello, lógicamente, dentro del concepto de copia privada y de

compensación equitativa por copia privada que se definen en los artículos 31.2 y 25 del TRLPI; y

- (b) en segundo lugar, los criterios que se enumeran en las letras a) a g) son de carácter obligatorio pues “en todo caso” se “deberán tener en cuenta” por el Ministerio de Cultura y por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio al aprobar la Orden, con independencia, como acabamos de indicar en el párrafo (i) anterior, de que los Ministerios puedan añadir otros criterios adicionales que no tendrían ya carácter obligatorio pues no les alcanzaría el claro mandato del artículo 25.6, regla 4ª.

(16) Como si las referencias anteriores no fueran suficientemente vinculantes para la Administración, el legislador agregó en el apartado 24 del artículo 25 lo siguiente:

“El Gobierno establecerá reglamentariamente los tipos de reproducciones que no deben considerarse para uso privado a los efectos de lo dispuesto en este artículo; los equipos, aparatos y soportes materiales exceptuados del pago de la compensación, atendiendo a la peculiaridad del uso o explotación a que se destinen, así como a las exigencias que puedan derivarse de la evolución tecnológica y del correspondiente sector del mercado; y la distribución de la compensación en cada una de dichas modalidades entre las categorías de acreedores, a fin de que los distribuyan, a su vez, entre éstos, ajustándose a lo dispuesto en el artículo 154”.

(17) Véase que el legislador daba por supuesto la existencia de hipótesis de equipos técnicamente aptos para realizar reproducciones y que, no obstante ello, no generaran la obligación de pagar el canon lo que podría obedecer al no cumplimiento de los diversos criterios previstos. Sin embargo, como veremos, la Orden Ministerial no dejó fuera prácticamente ningún equipo, aparato o soporte, y prescindió de realizar los matices más elementales a este respecto como puede ser, a vía de ejemplo, cuando tales equipos o soportes se comercializan a personas jurídicas que, por definición, no pueden beneficiarse del límite de copia privada.

1.3. La Orden Ministerial omite cualquier consideración de los referidos criterios y procura asegurar unos ingresos mínimos a las Entidades de Gestión

(18) Según se ha señalado, para la determinación de los equipos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa, la Administración no sólo tenía la obligación de considerar, primero, el daño efectivamente causado a los titulares, sino que además, incluso en los casos en que existiera un daño, la Administración debía tener presente la denominada regla *de minimis*, que tiene su origen en el Considerando 35 de la Directiva 2001/29/CE y conforme a la cual, cuando el daño sea mínimo, no se generará obligación de pago del canon o compensación equitativa. Además también debía la Administración indicar los tipos de reproducciones que no deben considerarse para uso privado a los efectos de lo dispuesto en este artículo; los equipos, aparatos y soportes materiales exceptuados del pago de la compensación, atendiendo a la peculiaridad del uso o explotación a que se destinen, así como a las exigencias que puedan derivarse de la evolución tecnológica y del correspondiente sector del mercado.

(19) Sin embargo, con la sola lectura de la Orden Ministerial alcanza para apreciar que la Administración no ha respetado el mandato del legislador y no ha tenido en cuenta los criterios legales en la aprobación de la relación de equipos y soportes digitales ni en la determinación de la compensación equitativa por copia privada correspondiente a los productos que incluye.

(20) Prueba de que la Administración no ha considerado el daño “efectivamente” causado lo constituye el hecho empírico de que la Orden Ministerial establece en su apartado tercero, 1, una estimación del daño mínimo anual causado por la copia privada, fijándolo en un importe global de 117.800.000 euros para todas las modalidades de reproducción (reprografía, audio y vídeo), en los siguientes términos:

“Si la cantidad devengada entre los días 1 de julio de 2008 y 30 de junio de 2009, conforme a las declaraciones-liquidaciones que por tal período deben presentar los deudores de la compensación a las entidades gestión de derechos de propiedad intelectual y que estas, a su vez, deben presentar al Ministerio de Cultura, en concepto de compensación por copia privada correspondiente a la modalidad de reproducción de obras divulgadas en forma de libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente

a libros supera 37.200.000 euros o se sitúa por debajo de 34.800.000 euros, o la correspondiente a las modalidades de reproducción de fonogramas u otros soportes sonoros y de reproducción visual o audiovisual supera los 80.600.000 euros o se sitúa por debajo de 75.400.000 euros, las compensaciones y distribuciones establecidas en los apartados primero y segundo se revisarán al objeto de que las cantidades devengadas se sitúen dentro los límites mínimo y máximo anteriores, correspondientes a cada modalidad de reproducción citadas.”

(21) Al fijar ese daño mínimo causado por la copia privada, la Administración no está haciendo otra cosa que configurar un sistema de daño mínimo garantizado, frontalmente contrario e incompatible con el concepto de compensación equitativa por copia privada establecido en una norma de rango superior como es el TRLPI y que encuentra su fundamento en la Directiva 2001/29/CE, lo que supone que la Administración ha actuado en flagrante infracción de los criterios legales y comunitarios.

(22) Esta actitud de la Administración de incluir todo equipo o soporte que pueda ser técnicamente utilizado para la realización de copias privadas, así como la fijación del importe del canon al margen de la utilización de tales equipos para la efectiva realización de copias privadas no obedece más que a un solo motivo: se trata de indemnizar a los titulares por la utilización ilícita de sus obras y prestaciones (mediante redes *peer to peer*, descargas ilegales, etc.) y no de compensar el perjuicio causado por la copia privada.

(23) Si el canon pretende compensar un daño producido por la realización de copias privadas ¿cómo puede la Administración asegurar a los titulares un “daño mínimo”? Parece claro que dicha actitud desnaturaliza la compensación equitativa por copia privada y significa un claro abuso de la misma para lograr fines que le son completamente ajenos. Lo que hace la Administración española, en definitiva, es emplear un concepto extremadamente amplio e ilegal de copia privada y ha computado para calcular el importe del canon por copias privadas, reproducciones que son, o bien copias ilícitas o bien copias licenciadas.

1.4. La Orden Ministerial prescinde de la regla de *minimis*

(24) El criterio imperativo del daño mínimo, contenido en la letra a) de la regla 4ª del artículo 25.6 del TRLPI y a la que se refiere expresamente el Considerando 35 de la Directiva

2001/29/CE al establecer que “*determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago*”, no ha sido tenido en cuenta por la Administración a lo largo de la tramitación de la Orden Ministerial. De haber sido así, se habría podido comprobar cómo el daño causado a los titulares de derechos por las copias privadas realizadas en algunos de los equipos y soportes incluidos en la relación efectuada en dicha Orden Ministerial es mínimo, no debiendo por tanto y en consonancia con lo establecido en el texto legal, estar sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada.

(25) La doctrina internacional que se ha ocupado del estudio de la regla *de minimis* ha señalado que, al menos, existen tres supuestos a los que resulta de aplicación esa regla. Dichos supuestos son los de “cambio de hora”, “portabilidad de formato” y “creación de compilaciones privadas” (para los dos primeros casos se ha extendido el uso de las expresiones en inglés de “time-shifting” y “format-shifting”). Las copias de obras y demás prestaciones protegidas motivadas por “cambio de horario”, “cambio de formato” o “compilaciones particulares” son una realidad notoria, cuyo volumen y frecuencia debería haber sido identificado por la Administración competente a la hora de determinar los equipos y soportes sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada y su cuantía. Esta comprobación es exigible no sólo por rigor metodológico, sino para cumplir con el mandato legal de identificar los casos de copias que no causan ningún daño al titular o que, a lo sumo, causan un daño mínimo, porque entonces, en cumplimiento de la regla 4º, letra a) del artículo 25.4 del TRLPI, no dan origen a la obligación de pago del canon.

(26) Sin embargo, en el texto de la Orden Ministerial no se ha hecho ninguna consideración acerca de la aplicación de la regla *de minimis*. Lo más grave es que la Administración no ha tenido en cuenta o, aún peor, ni siquiera ha reparado en ella, a pesar de su carácter imperativo. Es difícil, por no decir imposible, explicar tan anómalo proceder de la Administración, pero lo cierto es que los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio han prescindido por completo de ese criterio a la hora de fijar los equipos y soportes digitales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada. Tanto es así, que se ha llegado al extremo de que los Ministerios no se han interesado en hacer la más mínima comprobación para detectar cuándo se produce un daño mínimo no generador de la obligación de pago del canon.

2. No se ha tenido en consideración el destino de los equipos y soportes alcanzados por la obligación de pagar el canon

(27) Nos hemos referido ya al limitado alcance que tiene el denominado límite de copia privada y hemos distinguido la copia privada de la copia licenciada o autorizada y de la copia ilícita o pirata. Asimismo también hemos desarrollado las obligaciones que el legislador impuso a la Administración a la hora de determinar reglamentariamente los equipos y soportes afectados por la obligación de pagar el canon.

(28) Teniendo en cuenta el limitado alcance de la excepción de copia privada, la correcta interpretación del concepto comunitario de compensación equitativa y los objetivos perseguidos por la Directiva, sólo deben gravarse con cánones los soportes y equipos digitales que puedan utilizarse, y que efectivamente se utilicen en medida apreciable, para hacer copias dentro del alcance de la excepción de copia privada, no debiendo gravarse con cánones los equipos y soportes digitales que adquieren las empresas y profesionales para finalidades ajenas a la copia privada, pues ello supone ir claramente más allá de la necesaria compensación por actos amparados por la excepción. Como lógica consecuencia de dicho carácter limitado de la excepción cabe postular que, al menos teóricamente, numerosos actos de reproducción de obras y demás prestaciones protegidas quedan fuera del ámbito de la excepción, y de la necesidad de pago de la compensación equitativa cuando ésta tiene forma de canon o gravamen económico.

(29) Como ya hemos mencionado, uno de los requisitos exigidos por el artículo 5.2.b) para limitar el derecho exclusivo de reproducción de los titulares, es que las reproducciones sean hechas por personas físicas. Pocas dudas puede plantear este requisito por la meridiana claridad de la norma. Por tanto, **las personas jurídicas no son beneficiarias de la excepción de copia privada**. Por tal motivo, cuando una persona jurídica realice actos de reproducción de obras y otras prestaciones protegidas, ésta no queda amparada bajo ningún concepto en la excepción de copia privada, y debe solicitar y obtener la previa autorización de los titulares, pudiendo producirse, entonces, dos situaciones diferentes:

- a) Que obtenga la oportuna autorización. En este caso, la empresa, o la institución de que se trate (colegio, universidad, centro de trabajo, ayuntamiento, etc.) pagará al

titular la contraprestación o precio acordado, quedando autorizado para utilizar las obras o prestaciones al amparo de una licencia; o

- b) Que se le deniegue o que no solicite la autorización. En este supuesto, si a pesar de carecer de autorización la empresa, o la institución decide utilizar las obras o prestaciones, se expone a que el titular presente una reclamación judicial por infracción de su derecho exclusivo, exigiendo el pago de la indemnización por los daños y perjuicios causados. Téngase en cuenta que, en este caso, la persona jurídica no podrá alegar en su defensa la excepción de copia privada, porque no se puede beneficiar de la excepción al impedirlo la Ley.

(30) No siendo beneficiarios de la excepción de copia privada y estando obligados a obtener la autorización de los titulares para hacer uso lícito de sus obras y prestaciones protegidas, si a una persona jurídica se le cobra la compensación equitativa por copia privada por los actos de reproducción realizados en el seno de la organización, se produce un doble pago (el primero en concepto de precio de licencia y el segundo en concepto de canon), o un pago (el canon) sin posibilidad legal de copia, careciendo, por tanto, de justificación jurídica y económica.

(31) Sin embargo, si analizamos ahora el sistema vigente actualmente en España, resulta que las empresas, las administraciones públicas y todas las personas jurídicas que adquieran equipos y soportes digitales tales como discos CD-R Data, discos DVD-R Data, “pen drives” y demás dispositivos de almacenamiento USB, así como de equipos de grabación de datos, se ven obligados a pagar el canon, aunque no puedan realizar actos de copia privada en los términos en los que este concepto se define en la Directiva. En efecto, es tan notoria la imposición indiscriminada del canon a todos los usuarios sin ninguna distinción (ya se trate de personas físicas o personas jurídicas, de profesionales de todos los sectores, de pequeñas, grandes o medianas empresas, de organismos de la administración local, autonómica o central, de colegios, universidades u otros centros de enseñanza, de juzgados, empresas de telecomunicaciones, o pequeños comerciantes), que las Entidades de Gestión no niegan esa situación. En su lugar se limitan a argumentar que el control de las operaciones necesarias para diferenciar las ventas a personas físicas de las ventas a personas jurídicas es muy costoso e ineficiente, extrayendo de esa presunta dificultad formal la justificación para que todos paguen el canon.

(32) Dicha conclusión obedece, como ya hemos expresado a la impropiedad del criterio de la idoneidad técnica aplicado desde hace más de una década por las Entidades de Gestión y recogido por la Orden Ministerial y en virtud del cual se impone el canon a todos los equipos y soportes digitales que sean técnicamente “idóneos”, incluidos aquellos que por sus características técnicas son de uso estrictamente profesional o de uso polivalente y diverso, siendo la función de copia de obras y prestaciones protegidas minoritaria, testimonial o inoperante en la práctica. En la determinación del daño efectivamente causado se computan todos los equipos y soportes digitales comercializados en el mercado, sin excluir las copias hechas con los equipos y soportes adquiridos por aquellos que no son beneficiarios de la excepción (profesionales, empresas y Administración), produciendo un efecto de incremento injustificado en el importe del presunto daño y la correspondiente compensación.

(33) Como resultado de esta política se deriva que, tanto en el anterior como en el actual sistema español, se ha producido una quiebra, de un lado, entre quienes son los beneficiarios de la excepción y el principio de que la compensación equitativa debe atender al daño efectivamente causado por las copias hechas al amparo de la excepción y, de otro, los que realmente pagan el canon, los equipos y soportes sometidos a esa carga y su importe. Son beneficiarios de la excepción las personas físicas, pero pagan todos los que compren equipos y soportes digitales “idóneos”, incluidos los profesionales, empresas y administraciones públicas.

(34) Las desventajas causadas por dicha aplicación indiscriminada son desproporcionadas en relación con el objetivo perseguido. Así por ejemplo, por el lado de las empresas usuarias se produce un incremento en el precio que deben pagar para adquirir dichos productos para el desarrollo de su propia actividad e incluso para cumplir con sus obligaciones legales; por el lado de las empresas comercializadoras de los dispositivos gravados, se generan una multitud de cargas administrativas (obligación de computarla al fijar el precio, obligación de facturación, obligación de pago, obligación de ser objeto de auditoría, etc.) que también afectan al ejercicio de su actividad empresarial y podrían incluso derivar en graves dificultades para comercializar los dispositivos en caso de que el importe del canon sea elevado en comparación con el precio del dispositivo.

(35) Esta situación no es compatible con el artículo 5.2.b) de la Directiva, generando disfunciones que afectan al funcionamiento del mercado interior, a las condiciones de la

competencia y a la libre circulación de mercancías, al imponer un canon (indebido) en todos los productos digitales que se comercializan en España, desde el más modesto “disco CD-R Data” que una empresa compre para hacer copias de seguridad de sus propios datos, hasta la fotocopiadora digital para uso industrial y comercial más potente, pasando por cualquier agenda electrónica (PDA) con funcionalidad de correo electrónico o las grabadoras de discos CD-R/RW Data y DVD-R/RW Data que se encuentran incluidas no solo en los ordenadores que se venden a empresas de la más diversa índole, como pueden ser hospitales, sino incluso en las grabadoras que se integran en otros muchos dispositivos también de uso profesional (equipos médicos de radiografía, etc.).

----- OOO -----