

Expediente Dirección General
de Defensa de la Competencia nº 2511/04

AL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

JAVIER DE LA CUEVA GONZALEZ-COTERA, mayor de edad, Letrado nº 41.324 del Ilustre Colegio de Madrid, con domicilio a efectos de notificaciones en su despacho profesional sito en _____, ante este Tribunal comparece y, como mejor proceda en Derecho, **DICE:**

- I. Que con fecha 26 de octubre de 2004 le ha sido notificado el acuerdo de la Ilma. Sra. Directora General de Defensa de la Competencia en el que se dispone el archivo de las actuaciones de referencia.
- II. Que, dentro del término conferido al efecto en la resolución citada, interesa al derecho del firmante interponer recurso contra el mencionado acuerdo al amparo del artículo 47 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, recurso que se fundamenta en las siguientes

RAZONES DE IMPUGNACION

PRIMERA. De la falta de cobertura legal del pacto denunciado.

La resolución impugnada fundamenta el archivo de la Información Reservada en la cobertura legal que el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia otorga al pacto de las partes ya que éste se hubiera realizado en aplicación y dentro de los términos permitidos por el artículo 25 de la vigente Ley de Propiedad Intelectual.

No podemos estar de acuerdo. Las partes han realizado un pacto para el que defendemos tienen una cobertura aparentemente legal pero con visos de inconstitucionalidad, ya que no cabe que entes privados realicen un pacto cuyo objeto es el soporte de registro de la civilización, esto es, el soporte digital, por mucho que el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) les otorgue una aparente cobertura.

La interpretación que han asumido y le dan los denunciados al artículo 25 de la LPI tiene demasiados visos de inconstitucionalidad como para que las presentes actuaciones se archiven sin más y sin ahondar en dicha interpretación.

Atenta contra el sentido común que dos entes privados hubieran podido hace 30 años realizar un pacto sobre el papel, imponiendo un papel timbrado para todos y decidiendo dichas entidades privadas el importe del timbre.

Esto es lo que se está valorando en este procedimiento: El soporte de registro de la civilización (el soporte digital), ¿puede ser objeto de pacto entre dos entidades privadas, trasladando una carga e imposición sobre el mismo a todos los ciudadanos, personas físicas, personas jurídicas, entes de las diversas Administraciones Públicas y órganos constitucionales?

El acuerdo que recurrimos entendemos que no ha dado respuesta satisfactoria a la anterior pregunta. La denuncia que este Letrado interpuso y que inició las presentes actuaciones se fundamentaba en lo perverso jurídicamente del sometimiento de las actas de los juicios orales a un “canon”. Este dato no figura ni en los antecedentes ni en los fundamentos de la resolución que se recurre y ya por sí evidencia que el análisis que debe realizarse del artículo 25.1 de la LPI debe ser más profundo que el que se realiza en el acuerdo recurrido, por cuanto que el sentido común algo nos debe decir sobre lo insólito del hecho de que las actas de los juicios orales satisfagan un importe en favor de los autores.

SEGUNDA. De la posible inconstitucionalidad del artículo 25 de la LPI.

Con carácter previo al desarrollo de este motivo de recurso, debemos pedir perdón por la extensión del mismo. Es verdad que es un recurso que se aleja de la rutinaria praxis forense pero entendemos que la importancia de lo que estamos tratando exige el estudio exhaustivo que realizaremos a continuación.

Entendemos que el artículo 25 de la LPI no debe incluir los soportes digitales tal y como en su momento no incluyó el papel, para lo que exponemos en este recurso nuestro análisis de dicho artículo del que se concluye que el pacto realizado entre las partes tiene un objeto fuera del comercio de los hombres.

Este pacto no puede, por tanto, tener cobertura legal alguna.

En apoyo de nuestras tesis reproducimos lo relevante de los Fundamentos de Derecho de la “Demanda contra el canon” con la que diversos ciudadanos anónimos están ejercitando sus derechos ante los tribunales ordinarios en contra de esta medida.

Fondo del asunto.

Resumen

En los Fundamentos de Derecho, tras una introducción demostrando cómo el soporte digital es el actual sistema de registro de la civilización y el formato digital uno de los pilares de la economía, analizaremos el derecho a la compensación (artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual) por el derecho a una copia privada (artículo 31 del mismo texto legal), mediante la exposición y análisis de las normas legales aplicables y la concreción que las resoluciones judiciales han realizado de su contenido.

La modificación de la realidad tecnológica podría haber producido la inconstitucionalidad sobrevenida del derecho de compensación del artículo 25.1, por invasión (por parte de las entidades de gestión de la propiedad intelectual) de las competencias reservadas constitucionalmente al Tribunal de Cuentas; por atentar contra el diseño constitucional de los tributos; por

alterar de facto el pacto de financiación entre el Estado y las Comunidades Autónomas; el equilibrio entre el Estado central y los demás organismos constitucionales; por atentar contra la función social de la propiedad intelectual; y por delegar todo lo relativo a la aplicación de la norma en un sujeto (las entidades de gestión) cuyo actual diseño legal podría atentar contra los necesarios requisitos de estructura y funcionamiento democráticos.

1. Introducción.

1.1. El derecho a compensación por copia privada.

El artículo 25.1 de la vigente Ley de Propiedad Intelectual (LPI)¹ introduce en nuestra legislación un derecho en favor de los autores, los editores, los productores de fonogramas y videogramas, los artistas intérpretes y los artistas ejecutantes a ser compensados por el derecho a la copia privada que pueden realizar los usuarios:

«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 dejaron de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes.»

La razón que se alega para la existencia del derecho es la siguiente: permitir un derecho a una copia privada produce un perjuicio a los autores, que ven sus ingresos mermados en una cuantía equivalente a las copias privadas realizadas y, como el número de éstas es indeterminable, se les otorga a cambio una compensación.

1 http://www.cultura.mecd.es/propint/files/LeyProp_Intelectual_mod171.pdf

El artículo 25.1 señala que la copia privada que produce el perjuicio y genera el derecho a ser compensado es la señalada en el apartado 2 del artículo 31 del mismo texto legal:

«2. 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.»

La compensación a que da derecho el artículo 25.1 se traduce en una remuneración económica y se cobra en dinero. El dinero se obtiene gravando los equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar la reproducción, según literalmente señala el artículo 25.2 de la LPI:

«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.»

El derecho a que los autores sean compensados por la copia privada nace en el artículo 15 de la Convención de Roma de 26 de octubre de 1961, sobre la protección de los artistas, intérpretes, ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, siendo por primera vez incorporado a una legislación nacional en el año 1965, a través del artículo 54 de la Ley sobre derechos de autor y derechos afines de la República Federal Alemana de 9 de septiembre de dicho año.²

En nuestro Derecho positivo se incorpora a la Ley 22/87, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, reflejándose en la actualidad en el artículo 25.1 mencionado de la vigente Ley.

² VALLES RODRIGUEZ, Matías. Comentarios al artículo 25 de la LPI, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, edición coordinada por Rodrigo Bércovitz Rodríguez-Cano. Madrid, Editorial Tecnos, 1989.

La realidad tecnológica se ha modificado radicalmente desde que por primera vez se crea el derecho (han transcurrido 43 años) y la aplicación hoy de determinadas normas jurídicas nacidas al amparo de una anterior realidad pudiera devenir contraria a otras parcelas del Ordenamiento Jurídico, incluso de relevancia constitucional, como a continuación desarrollaremos.

La modificación tecnológica de estos últimos 40 años nunca pudo ser prevista por el legislador. Defender lo contrario supondría dotar al legislador de facultades adivinatorias ya que en 1961, año de diseño de este derecho, nadie podía prever cómo sería el mundo en el año 2004, lo que impide utilizar la “*mens princeps*” como criterio hermenéutico en el que fundamentar las consecuencias actuales de la norma.

1.2. Planteamiento del problema.

A los efectos de una mejor comprensión del problema, quisiéramos mostrar dos ejemplos cotidianos y conocidos del Juzgador: las bases de datos que le envía periódicamente el Consejo General del Poder Judicial y las grabaciones de las vistas orales civiles que celebra.

La base de datos que periódicamente le hace llegar el Consejo General del Poder Judicial se halla en un soporte CDROM. Esta base de datos es una herramienta muy importante en la labor diaria de todo profesional del Derecho. Antes, las sentencias las consultábamos primero por voces en el índice del “Aranzadi” y luego en el tomo correspondiente. Hoy utilizamos un buscador en un programa que nos lee una base de datos que se halla en un CDROM. Utilizando el mismo ordenador en el que confeccionamos nuestros escritos, buscamos la norma o la sentencia aplicable, la copiamos de la base de datos y la pegamos en los documentos que preparamos.

Así se trabaja en el siglo XXI. Donde antes se utilizaba el papel, ahora se utiliza un soporte digital.

Un trabajo que utilice soportes digitales es más eficaz que el mismo trabajo utilizando soporte en papel. Por ello, una mayor eficacia en el trabajo del Juzgador redundará en una mejor Administración de Justicia y se posibilita un más efectivo cumplimiento por el Estado de sus deberes constitucionales para con sus ciudadanos.

El segundo de los ejemplos al que queremos referirnos consiste en el procedimiento de documentación de las vistas judiciales. En el sistema de la legislación anterior la vista judicial se documentaba sobre papel mediante un acta que redactaba el Secretario Judicial y que era firmado al final de la vista por las partes intervinientes. Este sistema ha sido modificado por la LEC vigente, que dispone lo siguiente:

Artículo 147. Documentación de las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido.

«Las actuaciones orales en vistas y comparencias se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen.

La grabación se efectuará bajo la fe del Secretario Judicial, a quien corresponderá la custodia de las cintas, discos o dispositivos en los que la grabación se hubiere efectuado.

Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales.»

Artículo 187. Documentación de las vistas.

«1. El desarrollo de la vista se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o, si no fuere posible, sólo del sonido, conforme a lo dispuesto en el artículo 147 de esta Ley. En estos casos, si el tribunal lo considera oportuno, se unirá a los autos, en el plazo más breve posible, una transcripción escrita de lo que hubiera quedado registrado en los soportes correspondientes.

Las partes podrán en todo caso, solicitar a su costa una copia de los soportes en que hubiera quedado grabada la vista.

2. Si los medios de registro a que se refiere el apartado anterior no pudieran utilizarse por cualquier causa, la vista se documentará por medio de acta realizada por el Secretario Judicial.»

Conforme la aplicación del derecho a compensación, las vistas orales civiles devengan un importe en favor de las entidades de gestión, como también lo hacen las bases de datos de jurisprudencia que utiliza el Juez.

Es insólito, pero cierto, que el ejercicio de la fe pública del Secretario Judicial genere por Ley derechos en favor de las entidades de gestión de la propiedad intelectual.

1.3. El soporte digital como soporte de registro de la civilización del siglo XXI.

Históricamente, cada civilización ha necesitado y ha ido construyendo un sistema de registro diferente a medida que se producía su mayor complejidad, esto es, su evolución y el avance tecnológico.³ Por orden de aparición, los procedimientos de registro creados por el hombre han sido el lenguaje, la escritura manual, la imprenta, la fotografía, el sonido y, finalmente, el registro digital.

El sistema de registro supone tanto la fijación de las memorias actual e histórica de la humanidad como la posibilidad de guardar los datos necesarios para, con su análisis, realizar avances científicos y tecnológicos en el presente y en el futuro.

Sin perjuicio de lo anterior, y en lo que puede interesar a la Justicia, permite la certeza y exactitud de los sistemas de registro de los que depende la seguridad jurídica (los paradigmas de esta afirmación son los avances que han posibilitado la prueba de ADN en los delitos contra la libertad sexual y la revisión por el tribunal de segunda instancia de las pruebas testificales celebradas ante un órgano inferior).

Cuando reflexionamos sobre el mundo digital, no sólo debemos pensar en el

³ DERRY, T.K. y WILLIAMS, Trevor I. *Historia de la Tecnología. Desde la Antigüedad hasta 1750*. Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1995.

soporte, sino también en el bien digital. Actualmente, la creación, el tratamiento y la transmisión de la información se convierten en las principales fuentes de productividad y poder, en razón de las nuevas condiciones tecnológicas que aparecen en este periodo histórico.⁴

Hemos pasado de una civilización en la que primaban los bienes materiales, sometidos al desgaste y cuya transmisión producía la desposesión del transmitente, a otra civilización en la que priman los bienes inmateriales, en formato digital y cuyas características propias son el despreciable coste de duplicación y la no desposesión del transmitente (la relación del transmitente con la cosa no sufre merma cualitativa ni cuantitativa por el hecho de la transmisión). La modificación no es nimia y supone una nueva perspectiva ante la que se tendrá que enfrentar el Derecho, por cuanto que se tratan igualmente supuestos que son diferentes, al contrario de lo ordenado por el aforismo “*similes similem quaerunt*”.

El bien digital necesita un soporte, un “envase” en el que fijarse para luego transmitirse. Mediante la aplicación del artículo 25.1 de la LPI, hemos sometido el almacenamiento de información a una tasa universal en favor de una minoría: los acreedores del derecho a remuneración por copia privada.

En resumen: se está gravando la memoria colectiva de nuestra civilización en favor de un ente no público.

1.4. Tratamiento procesal de los hechos notorios.

Entendemos que el hecho de que el procedimiento de registro de la civilización actual es digital constituye procesalmente un hecho notorio y, por tanto, no está necesitado de prueba: “*notoria non egent probatione*”.

4 CASTELLS, Manuel. *La sociedad Red*. Madrid, Alianza Editorial, 1999.

Sin embargo, ante las dudas que pudieran plantearse sobre tal cuestión, preferimos prudentemente justificar nuestra opinión. Como prueba de la anterior afirmación, en lo que respecta al registro digital, podemos señalar a título de ejemplo las siguientes normas jurídicas, entre muchas otras:

a) En el ámbito procesal civil, los artículos 147 y 187 citados de la LEC.

b) En el ámbito de las administraciones públicas, la reforma introducida por el artículo 68 de la Ley 24/2001⁵, de 27 de diciembre, supuso “un hito decisivo en el impulso de la utilización de los medios telemáticos en el ámbito de las Administraciones Públicas, especialmente por lo que se refiere a las relaciones con los ciudadanos”.⁶

c) En desarrollo de lo anterior, el artículo 13 del Real Decreto 263/1996⁷, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, conforme modificación introducida por el Real Decreto 209/2003⁸, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas:

Artículo 13. Sustitución de certificados en soporte papel.

«1. Siempre que el interesado así lo autorice o una norma de rango legal lo disponga, los certificados administrativos en soporte papel serán sustituidos por certificados telemáticos o por transmisiones de datos.»

d) En el ámbito de determinadas obras públicas, el artículo 2.2 de la orden CTE/1296/2003,⁹ de 14 de mayo, por la que se desarrolla el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a

5 http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l24-2001.t4.html#a68

6 VALERO TORRIJOS, Julián. *El Régimen jurídico de la e-administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo*. Granada. Editorial Comares. 2003

7 <http://www.mir.es/derecho/rd/rd160296.htm>

8 <http://www.mcyt.es/ecmi/RD209%202003/RD209-2003.htm>

9 http://www.setsi.mcyt.es/legisla/infra_comunes/octe1296_03/octe1296_03.htm

los servicios de telecomunicación en el interior de los edificios y la actividad de instalación de equipos y sistemas de telecomunicaciones, aprobada por Real Decreto 401/2003¹⁰, de 4 de abril, que establece textualmente:

«Artículo 2: Proyecto técnico.

1. [...]

2. Un ejemplar visado del Proyecto Técnico, en CD - ROM con formato PDF en cuya carátula deberá figurar el sello o la acreditación de visado del colegio correspondiente, habrá de presentarse, acompañando al modelo incluido como Anexo II de la presente Orden, en la Jefatura Provincial de Inspección de Telecomunicaciones que corresponda, con objeto de que se pueda inspeccionar la instalación, cuando la autoridad competente lo considere oportuno. Este requisito será dado por satisfecho en los casos en que sea posible la presentación telemática del Proyecto Técnico y, ésta, sea realizada de conformidad con lo dispuesto en la legislación correspondiente.»

e) En el ámbito fiscal, el artículo 8 del Real Decreto 1496/2003¹¹, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, y se modifica el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido¹²:

«Artículo 8. Medios de expedición de las facturas o documentos sustitutivos. Las facturas o documentos sustitutivos podrán expedirse por cualquier medio, en papel o en soporte electrónico, que permita la constatación de su fecha de expedición, su consignación en el libro registro de facturas expedidas, regulado en el artículo 63 del Reglamento del Impuesto, y su adecuada conservación.»

f) En igual ámbito, el artículo 9º bis del Real Decreto 2402/1985¹³, de 18 de diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales:

Artículo 9º bis.

10 http://www.setsi.mcyt.es/legisla/infra_comunes/rd401_03/rd401_03.htm

11 <http://documentacion.minhac.es/doc/NormativaDoctrina/Tributaria/IVA/RD%201496.03%20.pdf>

12 <http://www.aeat.es/normlegi/iva/reglamento/home.html>

13 <http://www.aeat.es/descarga/rdfact-2.pdf>

«1. Las facturas transmitidas por vía telemática a que se refiere el artículo 88, apartado dos, de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, tendrán la misma validez que las facturas originales. La información contenida en la factura emitida y recibida debe ser idéntica. La Administración Tributaria podrá exigir en cualquier momento al empresario o profesional emisor o receptor, su transformación en lenguaje legible, así como su emisión en soporte de papel.»

g) Artículo 6 de la Orden Ministerial HAC/3134/2002¹⁴, de 5 de diciembre, sobre un nuevo desarrollo del régimen de facturación telemática previsto en el artículo 88 de la Ley 37/1992¹⁵, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, y en el artículo 9 bis del Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre:

«Sexto. Conservación de las facturas electrónicas.- Todo contribuyente receptor o emisor de facturas electrónicas, conforme a esta Orden, debe velar por que se conserven las facturas recibidas y emitidas en los términos establecidos en el Real Decreto 2402/1985.

Esta conservación se deberá efectuar de manera que se asegure su legibilidad en el formato original en el que se hayan transmitido junto con los datos asociados y mecanismos de verificación de firma, u otros elementos autorizados, que garanticen la autenticidad de su origen y la integridad de su contenido durante el período de prescripción.

Excepcionalmente, las facturas electrónicas recibidas con firma electrónica avanzada podrán conservarse impresas en papel...»

h) Artículo 4 de la Resolución 2/2003¹⁶, de 14 de febrero del Director General de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria sobre determinados aspectos relacionados con la facturación telemática:

Cuarto.- Conservación de la factura impresa.

«1. En los supuestos excepcionales contemplados en el párrafo tercero del apartado sexto de la Orden Ministerial HAC/3134/2002, de 5 de diciembre, la obligación de conservación del fichero en formato digital podrá ser sustituida por la impresión de la factura siempre que

14 http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/o3134-2002-hac.html

15 <http://a104.g.akamai.net/f/104/3242/15m/www.aeat.es/descarga/ley2004.pdf>

16 http://www.aeat.es/prestelem/res2_2003.htm

ésta incluya, además de los datos de la propia factura, dos códigos PDF-417 como marcas gráficas de autenticación, en el primero de los cuales se incluirá íntegramente el contenido de los datos, tal y como fueron firmados en la emisión de la factura, y en el segundo la firma electrónica del fichero anterior en formato PKCS7 (extensión PKC).»

Las normas jurídicas citadas son sólo una diminuta selección a efectos ilustrativos de cómo una realidad, el registro en soporte digital, ha ido adueñándose de los procedimientos de registro, (sustituyendo o coexistiendo con otros) y comienza a ser regulado por las normas allí donde se requiere una mayor eficacia (recaudación e inspección tributarias, Registros civiles, de la propiedad y mercantiles), seguridad jurídica, una mejor Justicia (LEC) o, simplemente, un orden racionalizador del gasto público y una mejor eficacia del funcionamiento de todos los órganos del Estado.

1.5. El supuesto analógico del papel timbrado.

En este contexto debemos analizar el contenido de la presente demanda, en el del soporte del procedimiento del registro de la civilización y, por tanto, al hablar de soportes digitales debemos entender que es el equivalente en la era presente de lo que fue y es el soporte del lenguaje verbal (el aire), la escritura manual (hueso, piedra, madera, papiro, pergamino, papel...), la imprenta (papel), la imagen (placas químicas, celuloide) y el registro del sonido (cera, vinilo). Hoy en día todos ellos en soporte digital, ya que se ha producido un fenómeno de integración de todos los demás soportes en el soporte digital.

A los efectos de hacer más comprensible la situación actual, podemos hacer una analogía trasladando a la anterior era de papel lo que ocurre en la actual era digital.

La aplicación a la era de papel consistiría en imponer un "canon" sobre el soporte de

registro, esto es, sobre el papel. En definitiva, consistiría en imponer el papel timbrado. La analogía sería un mundo en el que cada trozo de papel tendría un timbre variable en función de su tamaño. Un soporte digital tiene un "canon" proporcional a su capacidad de almacenamiento y un papel tendría idéntica condición: un "canon" proporcional a su superficie, que es su capacidad de almacenamiento.

Impondríamos la obligación del timbre a las listas de la compra, el recibo del tendero, los folios de los apuntes de los estudiantes, la papelería de las empresas y los hogares, el periódico, las revistas, los libros, la tarjeta de visita, la correspondencia bancaria, la declaración de impuestos, los expedientes administrativos, los libros, notas y certificaciones de los registros civiles, de la propiedad y mercantiles, las actas del Consejo de Ministros, las actuaciones procesales, el Boletín Oficial del Estado y los de las Comunidades Autónomas, incluso el propio papel moneda... Un timbre devengado en favor de los autores y gestionado en exclusiva por las entidades de gestión de derechos de la propiedad intelectual.

Esta analogía nos obligaría a plantearnos las siguientes preguntas:

- a) ¿Sería constitucional que todo el papel tuviese que estar timbrado, y el importe de dicho timbre fuese gestionado por la entidades de gestión de propiedad intelectual?
- b) ¿Sería constitucional que una entidad de gestión pudiera requerir las cuentas de todos los entes, organismos públicos y privados, empresas, grupos o personas que utilizasen papel, a efectos de comprobar que se ha liquidado correctamente el importe del timbre?
- c) ¿Sería constitucional la presunción de que el timbre no ha sido satisfecho si en la factura de compra de papel no se especificase el importe desglosado

del timbre?

d) ¿Sería constitucional que la recaudación del timbre fuese gestionada por instituciones privadas?

e) ¿Sería constitucional que el beneficiario del timbre fuese una minoría de la población?

f) ¿Sería constitucional que las entidades gestoras del timbre estuviesen compuestas por socios con intereses contrapuestos y con un voto ponderado para la toma de decisiones, a imagen y semejanza de instituciones sindicales preconstitucionales?

g) ¿Sería constitucional que algunos socios de las entidades gestoras del timbre estuviesen exentos de pagar dicho timbre y su papel no estuviese timbrado?

Las anteriores preguntas deberán verse matizadas, “*ad maius*”, por el hecho de que el soporte digital actualmente gravado no sólo es, como el papel, el soporte de registro de la civilización sino, además, continente del bien digital, esto es, continente de una parcela de la economía cada día más importante.

2. Análisis sistemático del artículo 25.1 de la Ley de Propiedad Intelectual.

2.1. Concepto y características.

Tal y como manifestamos en la introducción de estos Fundamentos de Derecho, el derecho a la remuneración por copia privada nace de la redacción del apartado 1 del artículo 25 de la LPI, que volvemos a transcribir textualmente:

«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 dejaron de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes».

Como características relevantes de este derecho que nos interesa destacar señalamos las siguientes:

a) El derecho nace para compensar, para indemnizar una pérdida de beneficio que se le supone al autor.

b) El nacimiento del derecho a la compensación es independiente del efectivo ejercicio del derecho a copia privada. Se devenga sin necesidad alguna de ejercitar el derecho a la copia privada. Un deudor puede estar toda su vida sin ejercer su derecho a copia privada y ello no le exonera de satisfacer el "canon".

c) Es un derecho irrenunciable para los beneficiarios del mismo. Esto implica que se genera una carga indiscutible para el obligado. Lo que es un derecho para una minoría, se convierte en una obligación para la generalidad de los ciudadanos.

d) El diseño del derecho a la compensación de la LPI es idéntico al que nace en el año 1961, lo que nos muestra que su "*ratio legis*" fue creada en unas condiciones tecnológicas diferentes a las actuales, siendo estas últimas imposibles de prever en el momento del diseño conceptual del derecho.

2.2. Hecho imponible.

Dada la redacción de la Ley, el hecho imponible que genera el nacimiento del derecho al "canon" es la fabricación o la importación de cualquier objeto idóneo para realizar una reproducción. No es necesaria la materialización del efectivo derecho a la copia privada, como hemos visto en las características del derecho. Lo que se grava no es el ejercicio del derecho a la copia privada (como pudiera aparentar el artículo 25.1 de la LPI), sino la importación o fabricación de un objeto con posibilidad de realizar una reproducción. Con las actividades de importar o fabricar un objeto idóneo para realizar una reproducción, el hecho imponible se produce y nace la obligación de satisfacer el "canon". En este sentido repetimos el contenido legal:

Artículo 25.2 de la LPI:

«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.»

El momento de nacimiento del hecho imponible viene contemplado en el apartado 11 del artículo 25 de la LPI, distinguiéndose legalmente dos supuestos, según el territorio:

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.»

De la redacción del apartado 25.2 de la LPI, interesa destacar la dicción legal «equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar dicha reproducción». La

terminología utilizada en la Ley implica que todo objeto susceptible de realizar una reproducción genera el derecho al "canon".

Es por ello que cualquier soporte idóneo para reproducir una copia, (esto es, de ser el soporte de una copia) es susceptible de "canon", con independencia del destino habitual del objeto, de los que señalamos, a título meramente ilustrativo:¹⁷

- a) Los discos duros de ordenador.
- b) Las memorias flash.
- c) Las nuevas memorias basadas en el espín cuántico.
- d) Los sistemas distribuidos de computación o almacenamiento.
- e) Los hiperordenadores destinados a tareas del conocimiento del clima.
- f) Los microchips en vertical.
- g) Los dispositivos de computación molecular o de ADN.

Los anteriores dispositivos, unos existentes y otros en desarrollo, son susceptibles de almacenar y tratar información, lo que implica que son o podrán ser aptos para el almacenamiento y reproducción. Se podrá argumentar que alguno de los ejemplos mencionados son ciencia ficción, pero también hubo un momento en el que nadie pudo pensar que una superficie tratada por una luz (el láser del CDRom) podría almacenar obras sujetas al "canon" y sin embargo la realidad de los avances tecnológicos así nos lo ha demostrado.

La LPI establece en el apartado 5 del artículo 25 una relación tasada de objetos susceptibles de devengar "canon":

- a) Equipos o aparatos de reproducción de libros.
- b) Equipos o aparatos de reproducción de fonogramas.
- c) Equipos o aparatos de reproducción de videogramas.

¹⁷ Relación de nuevos soportes de memoria, obtenida de diversos números de la revista INVESTIGACION Y CIENCIA (versión española de SCIENTIFIC AMERICAN).

- d) Materiales de reproducción sonora.
- e) Materiales de reproducción visual o audiovisual.

Se establecen dos categorías: la primera de ellas los “equipos y aparatos” y la segunda de ellas, los “materiales”. Cuando nace la Ley, el soporte de registro de la civilización, el papel de 1961, no estaba sometido a la aplicación de la Ley. Sin embargo, el actual soporte de registro de la civilización, al ser susceptible de ser incluido dentro de la categoría de “materiales” sujetos al “canon”, sí que está sometido a la Ley, naciendo el derecho a ser compensado calculado sobre el soporte de registro de la civilización.

En este momento, cuando se abandona el papel por el soporte digital, es cuando el soporte de registro de la civilización entra bajo la aplicación del artículo 25.1 de la LPI y se inicia la posible inconstitucionalidad sobrevenida de la norma. Antes del momento señalado, el soporte de registro de la civilización no estaba gravado por ningún derecho. A partir de entonces, se halla gravado.

Tal y como se refleja en el apartado estudiado, la terminología empleada por la norma es amplia y permite integrar bajo la misma a cualquier dispositivo o material. No existe limitación alguna que pueda derivarse de la literalidad legal. La técnica jurídica utilizada establece un catálogo abierto, y cuando una norma legal sancionatoria o generadora de obligaciones utiliza esta técnica abierta y se interpreta literalmente en lugar de acorde a las condiciones del contexto, las consecuencias de su aplicación en un momento histórico diferente pueden ser imprevisibles y sorprendentes, como es el presente caso.

Por último, debemos referirnos a la expresión legal del artículo 25.1 de la LPI «mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos». Esta expresión evidencia la inadecuación de la norma legal a la realidad ya que hoy en día ya prácticamente no hay reproducciones en las que intervengan «aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos», lo que demuestra una vez más la

inadaptación de la LPI al estado de la “lex artis” del siglo XXI.

2.3. Importe del gravamen.

La LPI contiene el sistema de cálculo aplicable al hecho imponible en el apartado 5 del artículo 25:

«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:

1. 7.500 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia de hasta nueve copias por minuto.

2. 22.500 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia desde 10 hasta 29 copias por minuto.

3. 30.000 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia desde 30 hasta 49 copias por minuto.

4. 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.»

2.4. Sujetos de la relación jurídica.

2.4.1. Acreedores del "canon".

Los acreedores del "canon" son los autores, los editores, los productores de fonogramas y videogramas, los artistas intérpretes y los artistas ejecutantes. En este sentido se manifiesta el apartado 4 b) del artículo 25 de la LPI:

«b) Acreedores: 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».

2.4.2. Deudores del "canon".

Debemos distinguir dos categorías de obligados al pago de la deuda: los deudores directos y los responsables solidarios.

El apartado 4 del artículo 25 de la LPI contempla tanto a los deudores directos como a los responsables solidarios:

«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 adquirientes 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 adquirientes de los mencionados equipos, aparatos y materiales, responderán del pago de la remuneración solidariamente con los deudores que se los hubieren suministrados, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a éstos la remuneración y sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos 13, 14 y 19 del presente artículo».

Todas las personas que intervienen en la cadena, desde el fabricante hasta el consumidor final, están obligados al pago del "canon", bien por vía directa como deudor, bien por indirecta como responsable solidario. La LPI establece una responsabilidad solidaria que recae en las siguientes personas:

- a) Los distribuidores.
- b) Los mayoristas.

- c) Los minoristas.
- d) Los sucesivos adquirentes.

El hecho de incluir dentro de la categoría de responsables solidarios del "canon" a los «sucesivos adquirentes» tras los minoristas, indica que el destinatario final del soporte sujeto a compensación, esto es, el consumidor, también puede resultar obligado al pago de la compensación siempre y cuando no lo hayan satisfecho los anteriores sujetos obligados, lo que no deja de generar dudas sobre la antinomia de esta norma con los derechos de los consumidores.

2.4.3. Gestores de la recaudación.

Las entidades de gestión son el tercer sujeto que interviene en la relación jurídica del derecho a la compensación. Los autores se hallan obligados a delegar en ellas todos lo relativo al "canon": la recaudación, el control, la gestión y el reparto del importe de las compensaciones. Según el artículo 25 de la LPI, apartados 7 y 8:

«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.»

En definitiva, la competencia sobre los derechos de compensación corresponde con carácter exclusivo a las entidades de gestión.

2.5. Controles y garantías del pago del "canon".

El sistema que establece la LPI para controlar el efectivo pago e ingreso del "canon" a las entidades de gestión se estructura legalmente a través de un detallado sistema asegurador de la obligación:

2.5.1. Estableciendo medidas cautelares especiales en los procedimientos civiles de reclamación del "canon", que se recogen en el apartado 20 del artículo 25 de la LPI, (cuya redacción fue introducida por de la Disposición final segunda de la LEC vigente):

«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, podrán solicitar del tribunal la adopción de las medidas cautelares procedentes conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento civil y, en concreto, el embargo de los correspondientes equipos, aparatos y materiales. Los bienes así embargados quedarán afectos al pago de la remuneración reclamada y a la oportuna indemnización de daños y perjuicios.»

2.5.2. Creando la figura de los responsables solidarios, conforme la regulación contenida en el ya citado apartado 4 a) del artículo 25 de la LPI.

2.5.3. Obligando a consignar en la factura, de manera detallada, el importe del "canon", apartados 16 y 17 del artículo 25 de la LPI:

«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».

2.5.4. Presumiendo el impago del canon en caso de que el desglose no conste en la factura, apartado 19 del artículo 25 de la LPI:

«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».

2.5.5. Transformando legalmente lo que es una deuda económica en un depósito, en el apartado 15 del tantas veces citado artículo 25 de la LPI:

«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.»

Esta transformación tiene una función de control penal: el impago de una mera deuda económica tiene naturaleza civil pero la retención de un depósito tiene naturaleza penal y es susceptible de integrarse dentro del subtipo agravado del delito de apropiación indebida del artículo 252 “*in fine*” del Código penal¹⁸, lo que hace nacer una acción criminal en contra del deudor del “canon”:

Artículo 252.

«Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.»

18 http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t13.html#c6s2

2.6. Procedimiento de liquidación y pago del “canon”.

El procedimiento de liquidación del "canon" se regula en los apartados 12 y 13 del artículo 25 de la LPI. Lo que se halla incluido en este artículo está protegido por la jerarquía de la norma habilitante, una ley ordinaria, por lo que “*de facto*” se produce una reserva de ley sobre lo siguiente:

«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 indicaran 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, 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».

La regulación del procedimiento de pago se contempla en el apartado 14 del artículo 25 de la LPI:

«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».

2.7. Excepciones al "canon".

Se establecen dos supuestos de excepciones: unas abiertas habilitando al Gobierno (apartado 23 del artículo 25) para que, mediante reglamento, establezca excepciones contenidas en la LPI y otras legales, contenidas en el apartado 6 del artículo 25 de la LPI.

En lo que respecta al primer grupo de excepciones, la habilitación reglamentaria en favor del Gobierno, el ejecutivo del Estado central podrá regular que el "canon" no pueda aplicarse:

- a) A determinado tipo de reproducciones.
- b) A determinados equipos, aparatos y materiales que atiendan a:
 - b.1) Peculiaridad de uso o explotación a que se destinen.
 - b.2) Exigencias que puedan derivarse de la evolución tecnológica.
 - b.3) El correspondiente sector del mercado.

Haciendo uso de su facultad, el Ejecutivo promulgó el Real Decreto 325/1994¹⁹, de 25 de febrero, del Ministerio de Cultura, cuyo artículo 2 establece lo siguiente:

«2. Se exceptúan de la obligación de remuneración compensatoria:

- a) Los siguientes equipos o aparatos de grabación sonora:
 - 1.º Aparatos de grabación sobre microcassettes destinados exclusivamente al dictado.

¹⁹ http://www.cedro.org/Files/RD_325_1994.pdf

- 2.º Contestadores telefónicos.
 - 3.º Aparatos de grabación destinados exclusivamente a aeronaves.
- b) Los siguientes soportes para grabación exclusivamente sonora:
- 1.º Cintas magnéticas en bobina de 1/4 de pulgada.
 - 2.º Microcassettes para dictáfonos y contestadores automáticos.
 - 3.º Compact cassettes de duración inferior a cuarenta y cinco minutos para utilización en ordenadores.
- c) Los equipos o aparatos de grabación audiovisual:
- 1.º Que utilicen cintas de paso superior a 12,7 milímetros.
 - 2.º Los que no tengan la posibilidad de grabar de otras fuentes de reproducción o grabación.
- d) Los soportes utilizables para fijación de obras y de grabaciones audiovisuales que consistan en:
- 1.º Cintas de paso superior a 12,7 milímetros.
 - 2.º Cintas para uso exclusivo en videocámaras formato VHS-C y 8 milímetros de duración igual o inferior a 90 minutos.»

La legislación actual no limita las posibilidades que tiene el Gobierno para señalar excepciones ya que el permiso que la Ley le otorga es totalmente amplio gracias al texto antes señalado del artículo 25 apartado 23 de la LPI. Sin embargo, las únicas excepciones existentes desarrolladas reglamentariamente son las mencionadas en el Real Decreto citado.

El segundo grupo de excepciones trae causa de la LPI y consiste en una excepción subjetiva, consistente en exceptuar legalmente del “canon” a los sujetos señalados en el apartado 6 del artículo 25 de la LPI:

«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.»

El presente artículo nos señala como exceptuada subjetivamente del pago del “canon” a “los productores de fonogramas o de videogramas y las entidades de radiodifusión”. Ante esta excepción, quisiéramos recordar la pregunta que nos hacíamos en el supuesto analógico del papel timbrado: ¿Sería constitucional que algunos socios de las entidades gestoras del timbre estuviesen exentos de pagar dicho timbre y su papel no estuviese timbrado?

2.8. Facultades de inspección de las entidades de gestión.

Si bien por su categoría debiéramos integrar sistemáticamente las facultades de inspección de las entidades de gestión en nuestro punto anterior sobre controles y garantías del pago del “canon”, sin embargo por su relevancia deseamos desarrollarlo en un apartado independiente.

La legislación estudiada establece un sistema de autoliquidación de las deudas por el “canon”. Buscando la veracidad de las autoliquidaciones, el legislador hace nacer una correspondiente facultad de verificación de que las mismas han sido practicadas correctamente.

El apartado 21 del artículo 25 de la LPI establece las facultades inspectoras de las

entidades de gestión para la comprobación de que la liquidación del canon ha sido correcta:

«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.»

Recordemos que los responsables solidarios son todas las personas desde el inicio de la cadena de distribución hasta los «sucesivos adquirentes», por lo que la existencia de una facultad de auditoría para la comprobación del correcto pago del canon sobre un soporte universal implica, lógicamente, la existencia de una facultad de auditoría universal.

La propia LPI demuestra comprender el poder ínsito en la facultad anterior de verificar los datos contables de los deudores y responsables solidarios, al obligar a las entidades de gestión a un deber de confidencialidad:

«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.»

3. Jurisprudencia existente sobre el artículo 25.1 de la LPI.

Por su importancia, nos centraremos en dos sentencias que han especificado el contenido del derecho de compensación en favor de las entidades de gestión.

En la primera de ellas, se concreta el contenido del derecho de fiscalización de las entidades de gestión y de dónde nace el mismo. En la segunda de las sentencias, se discute la idoneidad de los CDROM-Data para contener una reproducción y, por tanto, hallarse sometidos al “canon”. Asimismo, esta segunda sentencia concreta el contenido del derecho de fiscalización de las entidades de gestión.

3.1. Sentencia núm. 77/2001 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres, de fecha 10 de abril de 2001, Rollo 46/2001.²⁰

En la litis que se plantea en el recurso resuelto, la empresa demandada alegaba que la aplicación de la facultad de fiscalización de las entidades de gestión vulneraba dos principios: el del secreto de la contabilidad de los empresarios y el del ejercicio de los derechos dentro de la buena fe, al constituir un abuso de derecho.

La cuestión referente a los conflictos entre la facultad de inspección de las entidades de gestión y el derecho de los empresarios al secreto de la contabilidad lo resuelve la Audiencia manifestando que no hay vulneración puesto que las entidades de gestión tienen una obligación de confidencialidad. Transcribimos literalmente el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia que se limita a la mera enumeración de la normativa aplicable, completándose su “*ratio decidendi*” en el tercero de los Fundamentos y que transcribiremos posteriormente:

«SEGUNDO.- El art. 25.21 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual establece que los deudores y sus responsables solidarios permitirán a la entidad de gestión, o en su caso a la representación o asociación gestora, el control de las operaciones sometidas a la remuneración y las afectadas por las obligaciones establecidas en los apartados 12 a 20, ambos inclusive, del presente artículo. En consecuencia, facilitarán los datos y documentos necesarios para comprobar el efectivo cumplimiento de dichas

²⁰ http://www.sgae.es/sdae/sites-data/sdae/data/Jurisprudencia/doc/08_hipertambo.pdf

obligaciones, y, en especial, la exactitud de las declaraciones-liquidaciones presentadas. El apartado 22 del mismo artículo dispone que 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.»

El otro motivo del recurso se fundamentaba en la existencia de abuso de derecho. La Audiencia manifiesta que “el sistema instaurado el 1 de enero de 1995 basado en las autoliquidaciones” implica que “el legislador había de dotar a las Entidades de Gestión de medios necesarios para comprobar la veracidad de tales autoliquidaciones”, derecho que junto a la obligación de confidencialidad, impiden que pueda darse un abuso de derecho. Reproducimos literalmente el Fundamento Tercero de la sentencia comentada:

«TERCERO.- En el segundo motivo del recurso se alega abuso del derecho. Lo prescrito en el C. Civil más que un abuso del derecho es un abuso en el ejercicio del mismo, lógica restricción al durante siglos omnímodo e indiscutible principio “qui iure sue utitur neminen leadit”, que los términos abuso o ejercicio antisocial empleado en los mismos, aun cuando ofrezcan diferencias sutiles o de matiz que carecen por regla general de trascendencia práctica (sentencia de 23 de mayo de 1984), son clara muestra de la reprobación por parte del legislador hacia aquellas conductas que bajo una aparente acomodación de la norma disimulan o encubren, bien una arbitrariedad, bien una extralimitación; clara consecuencia de ello es que siendo el Derecho positivo forma o expresión normativa de la vida social dirigida a la mejor y más pacífica consecución del bien común, a través de la prescripción del ejercicio antisocial del mismo se está prohibiendo, y en su caso sancionando, todos aquellos actos o conductas que impliquen o conlleven actuación abusiva del mismo, lo que conduce a que quien de esta forma origine un daño o perjuicio venga obligado a repararlo (sentencia de 23 de noviembre de 1984).

A partir del sistema instaurado el 1 de enero de 1995 basado en las autoliquidaciones efectuadas por las entidades deudoras de la remuneración por copia privada, conteniendo los equipos, aparatos y materiales que tales deudores comunican a las entidades de gestión, en cuanto que han llevado a cabo en orden a su explotación, el legislador había de dotar a las Entidades de Gestión de medios necesarios para comprobar la veracidad de tales autoliquidaciones y ello lo hace a través del art. 25.21 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y evidentemente para llevar a cabo tal comprobación será preciso solicitar la documentación necesaria a tales fines y ello

conlleva la necesidad de verificar las operaciones efectuadas por la Cía. Mercantil correspondiente, desechando aquellas que no estén sujetas a remuneración y acogiendo las que sí lo estén.

En ambos casos con el respeto al principio de confidencialidad mercantil que impone el apartado 22 del mismo precepto legal. Por tanto, no se ha producido abuso del derecho por la Sociedad Gestora demandante, lo que comporta la inviabilidad del recurso.»

La sentencia, pues, confirma la resolución recurrida y obliga al cumplimiento del fallo de la sentencia de primera instancia, transcrito en la sentencia comentada y que se concreta en las siguientes obligaciones de la empresa demandada:

«FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Leal López en nombre y representación de la SGAE frente a Hiper Tampo, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. De Francisco Simón debo condenar y condeno a la entidad demandada a:

A) Poner a disposición de la SGAE la documentación contable que se precisa para controlar el correcto cumplimiento del pago de dicho derecho y que es la siguiente:

- Los balances oficiales o cuentas anuales a 31 de diciembre de los ejercicios 1995 a 1998;
- El balance de comprobación de proveedores que incluya el volumen de operaciones con cada uno de ellos correspondientes a los citados ejercicios;
- El modelo 347 correspondiente a los años 1995 a 1997, ambos inclusive.

B) A soportar y permitir el análisis y el control que se realice sobre la documentación que se aporte y

C) Al abono, en caso, de la cantidad que pueda resultar no declarada por la entidad demandada según informe de los auditores y una vez analizada la información requerida por el derecho de remuneración por copia privada de los años 1995 a 1998 ambos inclusive, y todo ello con imposición de las costas a la demandada .»

Esta sentencia concreta y delimita, mediante una lista de facultades específicas, el contenido de la facultad de inspección por parte de las entidades de gestión sobre los obligados.

3.2. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 22 de Barcelona, de

fecha 2 de enero de 2002: el caso “Traxdata”.²¹

En la sentencia que ahora comentamos, los motivos del recurso eran diferentes a los antes resueltos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, tratándose ahora de las siguientes cuestiones:

- a) La legitimación de la actora, que la sentencia estima plena para interponer las acciones.

- b) Si el soporte CDRom-Data podía ser incluido dentro de los objetos sometidos al “canon” o su destino final de almacén de datos le impide ser considerado como soporte “idóneo” para contener reproducciones fonográficas o videográficas. La sentencia reconoce su idoneidad.

Una entidad de gestión requirió a la demandada que le mostrase la documentación relevante para comprobar si la autoliquidación del “canon” había sido realizada correctamente por la empresa, y ésta sólo le mostró la documentación de los CD-Audio, pero no de los CDRom-Data (o, más comúnmente conocido como CDRom), ya que la demandada alegaba su idoneidad para ser objeto del “canon” por ser su destino soporte de datos y no de audio.

La sentencia es muy clara en este sentido y declara que los CDRoms se hallan sometidos al “canon”, ya que “el CDR Informático o Data es un medio idóneo para la reproducción de fonogramas para uso privado” según manifestación del último párrafo del Fundamento Segundo de la sentencia, que transcribimos:

«Con respecto a la primera cuestión, la entidad demandada alega que no puede equipararse el CDR Audio (por el cual ya paga remuneración), aunque dice que indebidamente (?), con el CDR Informático, al entender que éste está pensado no para reproducir

²¹ <http://www.asimelec.es/cdvirgen/senten.htm>

fonogramas, sino contenido informático, con independencia de que el usuario final realice una utilización indebida del mismo. El problema, pues, quedaba centrado en la capacidad del CDR Informático como medio de reproducción de fonogramas, porque, evidentemente, si es medio idóneo, quedará dentro del campo de acción del artículo 25 de la LPI, que no admite sino una interpretación literal.

El informe aportado como documento número 11 de la demanda, elaborado por el Dr. Rafael Aracil Santonja, señala que, como afirmación de carácter general, los CDR son en la actualidad el soporte que mejores prestaciones ofrece para la grabación musical y por ello el comúnmente utilizado, destacando las enormes posibilidades de almacenamiento de información que ofrecen las nuevas tecnologías que permiten multiplicar por diez la capacidad de almacenamiento de música en un CDR. A su vez, el informe pericial elaborado como prueba de la parte demandada señaló que la diferencia entre el CDR Audio y el CDR Data o informático está en la estructura de la información, aunque el aspecto sea el mismo. El CDR es un soporte de grabación digital que puede almacenar cualquier tipo de información que esté codificada en binario, y no puede realizar reproducción alguna por sí mismo. Puede almacenar audio digital si se graba en grabadora dependiente de un ordenador. El CDR grabado con música se puede reproducir en la mayoría de los lectores de CD, computadoras, portátiles y cadenas de música. Así mismo, en el trámite de aclaraciones al informe pericial, el perito indicó que en un CDR se puede copiar un compact disc comercializado siempre que la copia se haga desde un grabador integrado o dependiente de ordenador, siendo el resultado fiel al original.

Es evidente, a la vista de los referidos informes, que el CDR Informático o Data es un medio idóneo para la reproducción de fonogramas para uso privado. No es aceptable que la demandada alegue el imposible control sobre la indebida utilización por el consumidor de los CDR Data, porque es bien sabido cuál es el hábito del consumidor español, el de grabar mediante ordenador (aparato ya común en casi todos los hogares) los CDs legalmente adquiridos por otras personas, o grabar música y otros materiales directamente de Internet, y si así se hace es porque se puede, es decir, porque los soportes, los CDR, lo permiten, siendo esta circunstancia responsabilidad de quienes los fabrican o los importan y distribuyen en el mercado español conociendo sus características. Quien se aprovecha del "tirón" comercial de los CDR Data, en muchas ocasiones para estos fines de grabación de música, no puede escapar al cumplimiento de las obligaciones que la Ley impone, por lo que el derecho de remuneración y la consiguiente obligación de entrega de documentación y datos son claramente aplicables a la empresa demandada. En consecuencia, procede la estimación de la demanda.»

Las ejecución del derecho a fiscalizar recibe en esta ocasión una atención más

detallada por parte del Juzgador, en cuyo fallo se recoge expresamente:

«En consecuencia, debo condenar y condeno a "Traxdata Ibérica S. L" a que ponga a disposición de la SGAE la documentación contable precisa para controlar el correcto cumplimiento del pago del derecho de remuneración, y especialmente si bien no de forma exhaustiva los siguientes documentos,

1. Autoliquidaciones de los periodos 1997, 1998, 1999 y tres primeros trimestres del año 2000.
2. Facturas de venta que se corresponden con las autoliquidaciones.
3. Importaciones: facturas de proveedores, declaraciones de Intrastat, modelos 349 trimestrales, etc., de los mismos periodos.
4. Listado de inventario por productos al 31 de diciembre de cada año sujeto a revisión.
5. Cuentas al mayor de cada proveedor.
6. Cuentas al mayor de compras.
7. Libros de IVA, facturas emitidas y recibidas, de cada año sujeto a revisión.
8. Declaraciones de IVA mensuales o trimestrales y resúmenes anuales de cada año sujeto a revisión.
9. Modelo 347 de cada año sujeto a revisión.
10. Balance de sumas y saldos por año sujeto a revisión y con subcuentas.
11. Catálogos, listados de productos sujetos a canon, etc.

Corno consecuencia de lo anterior, debo condenar y condeno a la entidad "Traxdata Ibérica S. L" al abono, en su caso, de la cantidad que pueda resultar, no declarada por la misma, una vez analizada la documentación contable requerida, por el derecho de remuneración por copia privada devengado durante los ejercicios 1997, 1998, 1999 y tres primeros trimestres del año 2000, incluyendo aquella que corresponda a los soportes "CDR" a que se refiere el segundo apartado de este fallo.

Se imponen a la parte demandada las costas de este procedimiento.»

Así pues, dos son las consecuencias relevantes que podemos aprender de esta sentencia:

- a) El soporte digital se declara objeto idóneo para cumplir los requisitos del artículo 25.2 de la LPI y, por tanto, es objeto de gravamen. No hay

diferencia entre el CDRom-Audio y el CDRom-Data a los efectos de la Ley.

b) Nos indica claramente que no hay límites a la auditoría de las entidades de gestión, quienes pueden pedir cualquier documentación, según la expresión de la frase inicial del fallo: “y especialmente si bien no de forma exhaustiva los siguientes documentos”.

4. Normativa Comunitaria.

La normativa comunitaria sobre el presente derecho se halla contenida en 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.²²

En dicha normativa, el derecho a una compensación viene anunciada en los Considerandos, para luego regularse en sus disposiciones, por lo que señalamos todos ellos. En primer lugar, el Considerando n° 35:

«(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

²² http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=ES&numdoc=32001L0029&model=guichett

derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago.»

Observemos que el verbo “deber” se halla en su modo condicional, lo que implica que la regulación de los “derechos de compensación” no sería obligatoria para los Estados miembros, tesis que se reforzaría con lo dispuesto en los Considerandos números 36, 38 y 39 de la mencionada norma comunitaria:

«(36) Los Estados miembros pueden prever una compensación equitativa a los titulares de los derechos también cuando apliquen las disposiciones facultativas relativas a las excepciones o limitaciones que no requieren dicha compensación.»

«(38) Debe facultarse a los Estados miembros para que establezcan una excepción o limitación al derecho de reproducción en relación con determinados tipos de reproducción de material sonoro, visual y audiovisual para uso privado, mediante una compensación equitativa. Ello puede suponer la introducción o el mantenimiento de los sistemas de retribución para compensar a los titulares de los derechos por los perjuicios sufridos. Aunque las diferencias existentes entre tales sistemas de retribución afecten al funcionamiento del mercado interior, en lo que respecta a la reproducción privada analógica, dichas diferencias no deben tener efectos significativos en el desarrollo de la sociedad de la información. La copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico. 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.

(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.»

Como podemos observar de la mera transcripción anterior, el derecho de compensación no parecería obligatorio, sino que se permitiría un margen total para que los Estados nacionales desarrollasen las normas generales y excepcionales que tengan por conveniente, sin perjuicio de marcar unos cauces.

El desarrollo normativo del derecho a compensación se realiza en el artículo 5 de la Directiva señalada. En dicho desarrollo normativo, en contradicción con los Considerandos, la compensación aparece como obligatoria en su apartado 2 b). Transcribimos literalmente las partes relevantes del artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE:

«Artículo 5. Excepciones y limitaciones

1. [...]

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

a) en relación con reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa;

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;

c) [...] »

Para completar el panorama legal aplicable al derecho de compensación, los Estados miembros, al desarrollar esta Directiva, pueden establecer excepciones a dicho derecho, conforme el contenido del punto 3 del citado artículo 5 de la Directiva:

«3. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos:

a) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida;

b) cuando el uso se realice en beneficio de personas con

minusvalías, guarde una relación directa con la minusvalía y no tenga un carácter comercial, en la medida en que lo exija la minusvalía considerada;

c) cuando la prensa reproduzca o se quiera comunicar o poner a disposición del público artículos publicados sobre temas de actualidad económica, política o religiosa, o emisiones de obras o prestaciones del mismo carácter, en los casos en que dicho uso no esté reservado de manera expresa, y siempre que se indique la fuente, incluido el nombre del autor, o bien cuando el uso de obras o prestaciones guarde conexión con la información sobre acontecimientos de actualidad, en la medida en que esté justificado por la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor;

d) cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido;

e) cuando el uso se realice con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales, o para asegurar una cobertura adecuada de dichos procedimientos;

f) cuando se trate de discursos políticos y de extractos de conferencias públicas u obras o prestaciones protegidas similares en la medida en que lo justifique la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor;

g) cuando el uso se realice durante celebraciones religiosas o celebraciones oficiales organizadas por una autoridad pública;

h) cuando se usen obras, tales como obras de arquitectura o escultura, realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos;

i) cuando se trate de una inclusión incidental de una obra o prestación en otro material;

j) cuando el uso tenga la finalidad de anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte, en la medida en que resulte necesaria para promocionar el acto, con exclusión de cualquier otro uso comercial;

k) cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche;

l) cuando se use en relación con la demostración o reparación de equipos;

m) cuando se use una obra de arte en forma de edificio o dibujo o plano de un edificio con la intención de reconstruir dicho edificio;

n) cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos

mencionados en la letra c) del apartado 2, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia;

o) cuando el uso se realice en otros casos de importancia menor en que ya se prevean excepciones o limitaciones en el Derecho nacional, siempre se refieran únicamente a usos analógicos y que no afecten a la libre circulación de bienes y servicios en el interior de la Comunidad, sin perjuicio de las otras excepciones y limitaciones previstas en el presente artículo.»

De las normas aplicables al presente supuesto, podemos concluir que la legislación comunitaria permite que la legislación de cada Estado miembro pueda optar por múltiples y diversos sistemas de derecho de compensación, habiéndose optado en nuestra legislación nacional por uno concreto que pudiera transgredir el Ordenamiento constitucional. Lo que deberíamos analizar, por tanto, es si el *concreto desarrollo normativo* de las normas europeas realizado por nuestro Estado, a través de la LPI, es correcto y no atenta contra las disposiciones de nuestra Constitución. Esto es, si la transposición de la Directiva europea a nuestra legislación interna vulnera la Constitución española.

5. Posibles causas de inconstitucionalidad del derecho a remuneración por copia privada.

5.1. Por razón de la invasión de competencias del Tribunal de Cuentas.

“Lo que en realidad significa la así llamada separación de poderes, no es, ni más ni menos, que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones -el problema técnico de la división del trabajo- y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el *telos* ideológico de la teoría de la separación de poderes. La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar

como la separación de los *poderes* estatales, es en realidad la distribución de determinadas *funciones* estatales a diferentes órganos del Estado”.²³

“La distinción de poderes contiene el segundo principio²⁴ del elemento del Estado de Derecho propio de toda Constitución liberal burguesa. Es el principio orgánico destinado a asegurar, al ponerse en práctica, la moderación y controlabilidad de todos los órganos de poder del Estado”.²⁵

“El principio orgánico de la distinción de poderes es esencial a una Constitución del Estado de Derecho, y se ha suscitado con acierto la cuestión de si ese principio debe quedar también, a causa de su significación fundamental, por encima de toda reforma y revisión de la Constitución”.²⁶

En nuestra normativa constitucional se diseña un organismo, el Tribunal de Cuentas, cuya definición y funciones se regulan en el artículo 136 de la CE:

Artículo 136

«1. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica de Estado, así como del sector público.

Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.

2. Las cuentas del Estado y del sector público estatal se rendirán al Tribunal de Cuentas y serán censuradas por éste.

El Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido.

3. Los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los Jueces.

Una ley orgánica regulará la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas.»

23 LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona, Ariel Ciencia Política, 1983.

24 El primero de los principios a que hace referencia SCHMITT es el imperio de la Ley.

25 SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid, Alianza Universidad Textos, 1982.

26 LOEWENSTEIN, Karl. Ibidem.

Ahora bien, tal y como hemos analizado, la autoliquidación de los derechos de compensación entrega a las entidades de gestión una facultad para fiscalizar las cuentas de los deudores lo que deviene, dada la universalidad del soporte digital, en unas facultades aún mayores que las del Tribunal de Cuentas, puesto que éste únicamente puede ejercer sus funciones sobre las “cuentas del Estado y del sector público estatal” conforme expresa dicción del artículo comentado, mientras que las entidades de gestión pueden fiscalizar tanto lo público como lo privado.

Una ley ordinaria no puede diseñar competencias mayores que las señaladas en la Constitución, por cuanto que la norma suprema, cuando atribuye funciones a sus órganos constitucionales, está diseñando el equilibrio de los poderes del Estado. Introducir unas competencias mayores que las del Tribunal de Cuentas exigiría una reforma constitucional por los cauces establecidos en el artículo 167 de la Constitución española y no podría realizarse por la vía de una ley ordinaria.

Por otra parte, el deber de confidencialidad que el artículo 25.22 de la LPI señala a las entidades de gestión, no puede servir como título habilitante para invadir las funciones de fiscalización que la Constitución reserva al Tribunal de Cuentas ya que una ley ordinaria, la LPI, no puede habilitar para invadir unas competencias diseñadas por una norma superior.

La evolución tecnológica ha producido una inadecuación constitucional de las leyes diseñadas para el viejo modelo del papel como sistema de registro. Si el "canon" no se aplicase sobre la totalidad del soporte de registro de la civilización, esta inconstitucionalidad sobrevenida no habría tenido lugar. Cuando nace este derecho en 1961 la invasión de las competencias del Tribunal de Cuentas no se podía producir, por cuanto que el “canon” no recaía sobre el soporte de registro universal, a diferencia de la situación actual, y las entidades de gestión eran titulares de un derecho de fiscalización que recaía sobre pocas y especializadas empresas.

El Estado y el sector público es responsable solidario del pago del "canon", por cuanto que no existe norma jurídica alguna que le exonere. La terminología de la LPI no deja lugar a dudas, recordemos el artículo 25.4 b) de la LPI:

“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 suministrados...”

En su condición de responsables solidarios, por ser sucesivos adquirentes de CDRom para la documentación de las vistas orales, el Ministerio de Justicia de la Administración central y las Consejerías de Justicia de las Comunidades Autónomas con la competencia transferida, son susceptibles de fiscalización por las entidades de gestión, como lo es el Consejo General del Poder Judicial en su condición de distribuidor de las bases de datos a los jueces y magistrados, el Ministerio de Hacienda por su distribución de los programas informáticos para la liquidación de impuestos, el Ministerio de Fomento por su distribución de los mapas de carreteras, los partidos políticos²⁷, las universidades, entre otros y por sólo citar unos ejemplos.

Por tanto, el problema afecta a todos los sectores del Estado. Incluso el propio Tribunal Constitucional se hallaría sometido, en su calidad de responsable solidario, a la posibilidad de auditoría de las entidades de gestión en su calidad de “sucesivo adquirente” de soportes digitales.

El objeto idóneo, dada la redacción legal y en la práctica desde la sentencia del caso “Traxdata”, es todo objeto susceptible de contener una copia que puede reproducirse, por lo que los discos duros de los ordenadores son susceptibles de generar un derecho de compensación. Cuestión diferente es que las entidades de

²⁷ Un grupo parlamentario del Congreso, en un acto celebrado el 6 de diciembre de 2003 en las jornadas de celebración del 25 aniversario de la Constitución, repartió entre sus miembros un ejemplar de la misma en soporte CDRom.

gestión, a fecha de hoy, no reclamen el gravamen, pero esta no exacción de hecho no obedece a motivos legales, sino que es la manifestación de la voluntad de las entidades de gestión.

En aplicación de la sentencia del caso “Traxdata”, dado que los discos duros de un ordenador se hallan comprendidos dentro de la categoría de objeto susceptible de contener una reproducción, todo organismo estatal, autonómico o local que utilice ordenadores, puede ser objeto de fiscalización por las entidades de gestión.

Aceptando la jurisprudencia existente sobre el derecho de compensación y realizando una exégesis de la norma contenida en el artículo 25.1 de la LPI conforme a dicha jurisprudencia, llegamos a conclusiones perversas para nuestro diseño constitucional.

5.2. Por razón de conflicto con el diseño constitucional financiero y tributario.

Remontándonos al origen del sistema democrático y de la separación de poderes, la regulación de los impuestos forma un núcleo fundamental en la aparición del actual acuerdo del poder constituyente, la soberanía popular, para autoorganizarse.

Siguiendo a los autores clásicos, en el nacimiento del modelo democrático occidental subyace la necesidad de convertir las ayudas feudales en impuestos modernos, que se reclaman a los burgueses, clase social cuyo poder económico estaba en pleno auge.²⁸ Para evitar el poder omnímodo del monarca en la definición y recaudación de cargas económicas a sus súbditos, se establecen unos controles a través de un sistema asambleario, el parlamento (los que parlamentan), quien se encarga de fiscalizar las cuentas del monarca y decidir las

28 DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y Derecho constitucional*. Barcelona, Editorial Ariel, 1982.

cargas fiscales que se crean e imponen. El nacimiento del parlamento y del principio de legalidad de los impuestos, por tanto, es paralelo y causa del sistema democrático actual, mediante el control y freno financieros que debe tener el poder del monarca absoluto frente a sus súbditos.

A lo largo de nuestra tradición histórica y comenzando en la Constitución de 1812, «las Cortes de Cádiz, incorporan la tradición de las Cortes españolas, perfilando nuevos principios de derecho financiero que llegan hasta nuestros días. Se atribuye a las Cortes la “facultad” de “establecer anualmente las contribuciones e impuestos” junto con la facultad de fijar los gastos, aprobar el repartimiento de las contribuciones y examinar y aprobar las cuentas de las inversiones de los caudales públicos (art. 131, p. 12, 13, 14, 15 y 16). Con un doble control previo en la aprobación y posterior en las cuentas. Al mismo tiempo enumeran entre las “restricciones” de la autoridad real, “imponer por sí directa, ni indirectamente contribuciones, ni hacer pedidos bajo cualquier nombre o para cualquier objeto que sea, sino que siempre los han de decretar las Cortes” (art.172,8), estableciendo lo que hoy llamamos reserva de ley. Y, por último, en el título VII, bajo el enunciado “De las contribuciones”, se reafirma esta facultad de las Cortes de establecer o conformar contribuciones, se establece el principio de proporcionalidad y la prohibición de excepciones y privilegios y se determina la presentación por el secretario del despacho de Hacienda de un presupuesto general de los gastos que se estimen precisos y un plan de contribuciones para atender a esos gastos. La Constitución establece también el principio de intervención de los gastos y la aprobación final por las Cortes de la cuenta de la Tesorería general con el rendimiento de las contribuciones y rentas y su inversión.»²⁹

Este lógico diseño en favor de los derechos de los ciudadanos permanece en nuestra Constitución mediante la regulación de la potestad tributaria y la

²⁹ SANCHEZ AGESTA, Luis. *Sistema político de la Constitución española de 1978*. Madrid, Editora nacional. 1981.

aprobación del presupuesto, en regulación del necesario equilibrio entre las necesidades financieras del Estado y la protección del contribuyente.

La materialización positiva de las anteriores ideas se produce en los artículos 133 y 134 de la Constitución española, que transcribimos literalmente:

Artículo 133

«1. La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley.

2. Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes.

3. Todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de ley.

4. Las administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes.»

Artículo 134

«1. Corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales, su examen, enmienda y aprobación.

2. Los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado.

3. El Gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados los Presupuestos Generales del Estado al menos tres meses antes de la expiración de los del año anterior.

4. Si la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos.

5. Aprobados los Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario.

6. Toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación.

7. La Ley de Presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea.»

En este sentido, debemos citar el contenido del Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia nº 3/2003 del Tribunal Constitucional, de fecha 16 de enero de 2003, que ratifica nuestras afirmaciones anteriores:

«A este respecto, conviene recordar que el presupuesto nace vinculado al parlamentarismo. En efecto, el origen remoto de las actuales leyes de presupuestos hay que buscarlo en la autorización que el Monarca debía obtener de las Asambleas estamentales para recaudar tributos de los súbditos. Así, entre otros, baste recordar la garantía ofrecida por Pedro III, en 1283, a las Cortes Catalanas de Barcelona de no introducir nuevos tributos sin el consentimiento de ellas o, en un ámbito distinto al nuestro, la prohibición de la Carta Magna inglesa de 1215 que, en su art. 12, prohibía la existencia de tributos "sin el consentimiento del Consejo común". Como consecuencia directa de este principio de "autoimposición", surgió el derecho de los ciudadanos, no sólo a consentir los tributos, sino también a conocer su justificación y el destino a que se afectaban, derechos que recogió tempranamente la *Bill of Rights* de 1689, expresó claramente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (art. 14) y estableció nuestra Constitución de Cádiz de 1812 (art. 131). Los primeros presupuestos, así pues, constituían la autorización del Parlamento al Monarca respecto de los ingresos que podía recaudar de los ciudadanos y los gastos máximos que podía realizar y, en este sentido, cumplían la función de control de toda la actividad financiera del Estado. En la segunda mitad del siglo XIX, sin embargo, cuando los tributos se convierten en la principal fuente de financiación de los Estados, se produce un desdoblamiento del principio de legalidad financiera, fenómeno que en nuestro Estado tiene lugar con la Constitución de 1869. La Ley de presupuestos, en efecto, pasa de establecer una autorización respecto de los ingresos a recoger una mera previsión de los mismos, en la medida en que su establecimiento y regulación se produce mediante otras normas de vigencia indefinida (principio de legalidad tributaria). Sin embargo, respecto de los gastos la Ley de presupuestos mantiene su carácter de autorización por el Parlamento, autorización que es indispensable para su efectiva realización (principio de legalidad presupuestaria). Este principio de legalidad presupuestaria dio lugar a la Ley provisional de administración y contabilidad de la hacienda pública de 25 de junio de 1870.

Así, la conexión esencial entre presupuesto y democracia parlamentaria debe ser destacada como clave para la resolución de este recurso de inconstitucionalidad. El presupuesto es, como hemos visto, la clave del parlamentarismo ya que constituye la institución en que históricamente se han plasmado las luchas políticas de las representaciones del pueblo (Cortes, Parlamentos o Asambleas) para conquistar el derecho a fiscalizar y controlar el ejercicio del poder financiero: primero, respecto de la potestad de aprobar los tributos e

impuestos; después, para controlar la administración de los ingresos y la distribución de los gastos públicos.»

El derecho a compensación por copia privada, se configura en la legislación como un derecho imperativo y de carácter indisponible e irrenunciable. Desde la perspectiva de la ciudadanía se trata de una carga sobre el soporte universal de registro, por lo que, en su contenido económico, nada le diferencia de los tributos.

Sin embargo, en lo que respecta a su naturaleza jurídica, no podemos afirmar con rigor que sea un tributo (o una tasa parafiscal), ya que en el mismo no se dan los requisitos conceptuales de dicha figura jurídica contenidos en el artículo 2.1 de la Ley General Tributaria³⁰ Ley 58/2003 de 17 de diciembre (LGT) por la que los tributos deben ser ingresos públicos, exigidos “por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos”.

Lo que debemos plantearnos es la posibilidad de que una norma compensatoria, sin ser formalmente un tributo, pueda ser constitucional si lo único que le diferencia del tributo es el carácter público o privado del organismo de aplicación, recaudación y destino. En efecto:

- a) El acreedor, que en los tributos es un ente público, en el "canon" es un grupo privado: los autores, los editores, los productores de fonogramas y videogramas, los artistas intérpretes y los artistas ejecutantes.
- b) Los órganos encargados del cobro y gestión, que en los tributos es un órgano público, en el derecho analizado son las entidades de gestión. Los titulares del derecho no ostentan por sí mismos la potestad para exigir el "canon", sólo tienen tal potestad las entidades de gestión (artículo 25.7 de

30 http://a104.g.akamai.net/f/104/3242/15m/www.aeat.es/normlegi/otros/ley58_2003.pdf

la LPI citado).

c) El destino, que en los tributos es el sufragio de los gastos del Estado, en el “canon” depende de la decisión de las entidades de gestión.

d) La acción para reclamar el canon es de Derecho dispositivo y su ejercicio efectivo depende de unos entes no públicos, mientras que en los tributos es de Derecho necesario.

Al igual que en los tributos, hay una obligación universal de pago, en esta ocasión a cambio de un derecho (se ejerza o no dicho derecho). El contribuyente, por el mero hecho de habitar en el territorio del Estado, se halla sujeto a tributos, con independencia del uso que realice de los bienes o servicios públicos y, por el mero hecho de vivir conforme a la vida cotidiana del siglo XXI y usar un soporte digital (la grabación de sus fotografías de vacaciones, la presentación de un tributo ante Hacienda, el depósito de las cuentas en el Registro Mercantil, la presentación de un proyecto para una obra pública, la descarga de software, la grabación de una vista oral...) se halla sometido a una compensación gestionada por entes no públicos.

La evolución tecnológica se ha encargado de generar este sistema compensatorio paralelo al diseño constitucional tributario, ya que la compensación grava un bien universal. Este nuevo modelo se obtiene de la simple aplicación de una normativa que no ha podido prever la evolución tecnológica, produciendo finalmente la posible inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 25 de la LPI.

Los caracteres de obligatoriedad, indisponibilidad y onerosidad del derecho a compensación también nos recuerdan al concepto de tributo, ya que en el ejercicio de este derecho, cobra más importancia conceptual su correspondiente contraprestación de obligación colectiva. Lo que inicialmente era un derecho a compensación deviene sinalagmáticamente un gravamen, una carga universal,

que todo sujeto que vive en el mundo actual debe soportar sin poder renunciar al mismo. Se obliga al ciudadano, a las personas jurídicas y a los entes públicos a ser titular del derecho a realizar una copia para uso privado, se le impide renunciar al mismo y se le cobra por ello en favor de unos pocos que usan el soporte bajo la justificación de una compensación.

Legalmente, se produce un conflicto entre el derecho del ciudadano a que el soporte de registro de la civilización no esté timbrado, y el de los autores al de la compensación, que se ejercita mediante un timbre universal, resolviéndose el conflicto hasta la fecha en la preeminencia de los derechos de compensación.

Mediante este tipo de instituciones “compensatorias” se abre una vía peligrosísima y que atenta contra el “núcleo duro” de la democracia: la creación de compensaciones en favor de una minoría, satisfechos por la totalidad de los ciudadanos (y sorprendentemente el propio Estado) y gestionado por una institución privada. Esto podría ser jurídicamente perverso.

Si se declara la constitucionalidad del actual "canon", nada obsta para que el legislador ordinario no constituyente comience a crear nuevos “derechos de diseño” en los que los titulares sean una minoría y los obligados la generalidad, ello bajo la excusa de compensaciones. El sistema sería muy simple:

- a) Se crea un derecho inexistente hasta la fecha.
- b) Los sujetos pasivos del derecho lo son todos, incluido el Estado.
- c) Los sujetos activos del derecho son una minoría.
- d) Unas entidades privadas se encargan de la gestión y recaudación, dotándoles de especiales instrumentos de control y reclamación.

El mejor ejemplo que podemos desarrollar de nuestra anterior afirmación es que no sería ilegal el derecho a una segunda copia privada, por lo que sería

perfectamente legal el derecho a una segunda compensación.

Cuando nace el diseño de este derecho, dados los equipos electrónicos en manos de los ciudadanos, con una copia privada bastaba para que cualquiera pudiera escuchar el objeto comprado en dos lugares: su hogar y su vehículo.

Dada la evolución socioeconómica, actualmente hay un mayor índice de segundas viviendas y vehículos, por lo que sería lógico “conceder” al ciudadano un derecho a una segunda copia privada que, por supuesto, devengaría un segundo “canon”, lo que implicaría duplicar el importe del mismo. Esta lógica puede ampliarse al derecho a una tercera y sucesivas copias privadas y no atentaría al espíritu ni a la causa de la Ley, que es el de compensar a los autores. Concedido el derecho a una copia privada, nada impide que el legislador otorgue derecho a dos o tres copias privadas y así hasta el infinito, lo que nos lleva a posibilidades indeseables que podrían traspasar los límites señalados para los tributos.

Los tributos tienen un límite constitucional contenido en su artículo 31.1 de la Constitución y 3.1 de la LGT. Y si estos límites son aplicables a los tributos, con mayor razón deberán aplicarse a las “normas compensatorias”. Transcribimos dichos artículos.

Artículo 31

«1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.»

Artículo 3. Principios de la ordenación y aplicación del sistema tributario.

«1. La ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad.

2. La aplicación del sistema tributario se basará en los principios de proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales y asegurará el respeto de los derechos y garantías de los obligados tributarios.»

Así pues, por vía indirecta se están eludiendo los principios y límites señalados para los tributos.

El contribuyente no debe, sin previo ejercicio del poder constituyente, comenzar a someterse a dos sistemas paralelos de fiscalidad:

- a) El primero de ellos, el tributario clásico, en favor del Estado.
- b) El segundo, consistente en la invención por el legislador ordinario de derechos compensatorios en favor de minorías y que suponen, a los efectos prácticos para el contribuyente, un impuesto indirecto sobre el consumo de capacidad de almacenamiento.

Efectivamente, al gravar los soportes digitales con una cuota por capacidad de almacén, lo que se está gravando en concreto es la cantidad de memoria digital que compramos. Al comprar un CD Rom, satisfacemos un precio que se desglosa en tres elementos:

- a) La base imponible.
- b) El “canon”.
- c) El IVA, que se calcula sobre la suma de la base imponible y el “canon”.

Al comprar el objeto, el canon se cobra idénticamente a como si fuese un impuesto y como tal está obligado el ciudadano, pues le supone un pago análogo al que le suponen los impuestos indirectos.

5.3. Por infracción del artículo 157 de la Constitución española.

Por último, no debemos olvidar las relaciones Estado central y Comunidades Autónomas, donde nos quedaremos en el enunciado y en una somera explicación.

Los principales afectados por el derecho a compensación, una vez que éste grava los materiales idóneos para una reproducción, son las Administraciones Públicas, quienes son los organismos con mayor necesidad de capacidad de almacenamiento. La aplicación del “canon” le supone a las administraciones autonómicas y locales unos gastos que escapan del diseño constitucional de las relaciones entre el Estado central y las Comunidades autónomas.

Al legislar el Estado central imponiendo un “canon” sobre el soporte del registro, está incrementando los gastos de todos los demás organismos públicos ya que les obliga a un gravamen inexistente cuando se utilizaba papel.

Como hemos puesto de manifiesto, las actas del Secretario del Juzgado no estaban gravadas y, sin embargo, en la actualidad lo están. Dadas las transferencias competenciales autonómicas en materia de Justicia, el resultado efectivo de la norma del artículo 25.1 de la LPI se traduce en que las Comunidades Autónomas ven incrementado su gasto por la aplicación de una norma de Derecho civil cuya competencia es exclusivamente estatal.

¿Tiene el Estado central competencias suficientes para permitir la aplicación de un derecho sobre el soporte de registro de la civilización que grava a la Administración autonómica?

¿Con qué derecho el Estado central puede imponer a las Comunidades Autónomas un gravamen sobre el registro de su información? Al igual que se grava el CDRom judicial, se gravan los procedimientos administrativos y el general funcionamiento de las Comunidades Autónomas.

En este caso, la prueba de constitucionalidad que deberíamos hacernos consiste en verificar si el Estado central, abusando de las competencias exclusivas sobre propiedad intelectual que le otorga el artículo 149.1.9 de la Constitución, no estará cometiendo un fraude de ley del artículo 157 de la Constitución, sacando del circuito económico de los tributos a un “canon” sobre los soportes digitales y restando así una cantidad que debería estar en las cuentas del Estado.

Dada la naturaleza del derecho analizado, su cuantía pudiera alcanzar límites que debieran estudiarse en el contexto de relación Estado central – Comunidades autónomas, así como también debe estudiarse si son decisiones que pertenecen a un acuerdo del poder constituyente o basta un legislador ordinario.

Si todo el papel fuese timbrado, ¿sería competencia estatal o autonómica decidir sobre el destino del timbre? ¿Podría el Estado central tener competencia exclusiva sobre el papel, o un bien tan universal debería ser de competencia compartida?

¿O la decisión sobre el titular de las competencias de un gravamen sobre la memora colectiva en favor de una minoría pertenece únicamente al poder constituyente?

Pero no quedan aquí los interrogantes, puesto que lo anterior es aplicable “*mutatis mutandis*” a la Administración local.

Este modelo de creación paralela de obligaciones compensatorias a las obligaciones tributarias, podría estar quebrando el pacto de autoorganización tanto a nivel de relaciones Estado – contribuyente como a nivel de relaciones Estado central – Comunidades autónomas que el poder constituyente realizó en 1978 y que es básico para el mantenimiento de la convivencia.

5.4. Por infracción del artículo 9.3 de la Constitución española.

El artículo 9.3 de la Constitución española dispone:

«3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.»

Al hilo de la naturaleza obligatoria del derecho a compensación estudiado en el apartado anterior debemos ahora analizar el concepto de seguridad jurídica a que hace referencia el artículo 9.3 de la Constitución española.

Como así detallamos, corresponde en exclusiva a las entidades de gestión por habilitación legal la reclamación del “canon”. En virtud de esta habilitación legal, en la práctica son las entidades mencionadas las que pueden, a su solo arbitrio, decidir sobre la efectiva aplicación de la norma.

Efectivamente, con fecha 1 de septiembre de 2003 se impuso el “canon” sobre el CDRom en virtud de un acuerdo privado entre las entidades de gestión y la asociación de importadores y fabricantes de soportes digitales ASIMELEC. Dicho acuerdo se impugnó en su momento ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y actualmente se halla en trámites de Información previa ante el Servicio de Defensa de la Competencia del Ministerio de Hacienda.

El contenido del pacto y su denuncia, dado su carácter privado y de terceros ajenos a este proceso, lo demostraremos en el momento procesal oportuno. Antes del 1 de septiembre de 2003, el “canon” sobre los soportes digitales en formato CDRom-Data no se aplicaba generalizadamente, sino que era controvertida su aplicación y se reclamaba por las entidades de gestión a través de la vía judicial,

al arbitrio y discreción de las mismas.

La eficacia de la norma jurídica contenida en el artículo 25.1 de la LPI, en su concreta aplicación a los soportes digitales, comienza a desplegar su eficacia en virtud del pacto entre ASIMELEC y las entidades de gestión, y se trasladan al obligado al pago dos consecuencias del artículo 25.1 de la LPI:

- a) En primer lugar, el cálculo pactado del gravamen, que puede o no corresponderse con la base de cálculo reconocida en la norma habilitadora, ya que el acuerdo privado entre las partes contempla los importes que se han tenido por conveniente dentro de las cantidades que figuran en la LPI.
- b) En segundo lugar, el momento efectivo de entrada en vigor del “canon” sobre los soportes digitales en formato CDRom.

Cuando nos hallamos ante un gravamen sobre el soporte de registro de la civilización, el ciudadano tendría derecho a una mínima seguridad jurídica consistente en conocer el acuerdo, lo que se correspondería con el principio de publicidad de las normas jurídicas, a que la cuantía del importe del “canon” no fuese un elemento de Derecho dispositivo sino de Derecho imperativo, a que la persecución de su cobro no dependiera de la voluntad del titular del derecho y a que se impidiera la retroactividad de la

El diseño legal sobre la base imponible del “canon” establece taxativamente los importes del mismo. Sin embargo, nada ha obstado a que las entidades de gestión hayan establecido dentro del baremo fijado las cantidades que han estimado convenientes, lo que así ha sido de hecho mediante el pacto transaccional realizado entre las entidades de gestión y ASIMELEC, ya que la Ley no articula herramientas para impugnar tal capacidad decisoria.

Esta facultad no la tiene el Estado en su diseño de los tributos, ya que el Estado

se halla sometido al principio de legalidad, pero sí la tienen de facto las entidades de gestión en aplicación del artículo 25.1 de la LPI.

Esta posibilidad de las entidades de gestión de decidir, sin publicidad ni ningún otro requisito legal, el “cuándo” y el “cuánto” del importe del canon, entendemos atenta contra toda seguridad jurídica.

Pero no sólo nos hallamos en la indefinición del “cuándo y cuánto” sino que queda a la arbitraria decisión de las entidades de gestión decidir el “quién” y “sobre qué”. Al encontrarnos con una norma de Derecho dispositivo que para su aplicación debe recurrir a los tribunales ordinarios mediante los procedimientos civiles de la LEC, queda al libre albedrío de las entidades de gestión la decisión de interponer las acciones que reclamen el “canon”, no hallándose obligadas por Ley a interponer las mismas, sino que depende de su sola voluntad, lo que genera una arbitrariedad de la que no pueden escapar los poderes públicos en los tributos pero sí las entidades de gestión en las “compensaciones”.

Asimismo, queda al libre albedrío de las entidades de gestión decidir qué tipo de soportes es objeto de litigio.

En apoyo de nuestras tesis, volveremos a citar la Sentencia nº 3/2003 del Tribunal Constitucional, de fecha 16 de enero de 2003, esta vez en su Fundamento Jurídico décimo:

«10. La situación descrita en el fundamento anterior conduce también a entender vulnerado el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), esencialmente, por dos razones.

[...]

De otro lado, y como ya hemos señalado, porque la norma impugnada no está formalmente publicada en su integridad, lo que también supone la vulneración del art. 9.3 CE. En efecto, aun cuando la Ley 1/2002 acompaña un "Anexo referido al estado de gastos" donde enumera ocho Secciones relativas "al estado de gastos del proyecto de ley por la que se aprueban los presupuestos generales de la

Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2002" que aprobó el Pleno del Parlamento Vasco, sin embargo, no incorpora a su texto la cuantía de las mismas. Esta situación es contraria al principio de seguridad jurídica y también al de publicidad, como elemento inherente en aquélla (por todas, SSTC 104/2000, de 13 de abril, FJ 7; y 235/2000, de 5 de octubre FJ 8). Principio éste básico del Ordenamiento jurídico que implica la exigencia de que las normas sean dadas a conocer públicamente mediante su inclusión en los boletines oficiales correspondientes.

En este sentido, hemos dicho que "esta garantía aparece como consecuencia ineluctable de la proclamación de España como un Estado de Derecho, y se encuentra en íntima relación con el principio de seguridad jurídica consagrado en el mismo art. 9.3 CE pues sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que de fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento" (STC 179/1989, de 2 de noviembre, FJ 3). Esta garantía de publicidad aparece reflejada en la Constitución en varios de sus preceptos (así, por ejemplo, en los arts. 91 y 96) y también en los Estatutos de Autonomía y, concretamente, en lo que aquí interesa, en el apartado 5 del art. 27 EAPV, que exige la publicación de las leyes del Parlamento Vasco tanto en el "Boletín Oficial del País Vasco" como en el "Boletín Oficial del Estado".»

Asimismo, debemos citar el Fundamento Jurídico séptimo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 104/2000, de fecha 13 de abril:

«Hemos dicho, con relación al principio de seguridad jurídica, que ésta viene a ser la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad (SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10; 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 4; 126/1987, de 16 de julio, FJ 7; 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 10; 65/1990, de 5 de abril, FJ 6; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3; y 225/1998, de 25 de noviembre, FJ 2). Es decir, la seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5), como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990,

de 15 de marzo, FJ 4). En suma, sólo si, en el ordenamiento jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4; y 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15).»

Aplicando la doctrina legal al supuesto que discutimos, entendemos que puede sostenerse la inconstitucionalidad del “canon” y sus disposiciones reguladoras por cuanto se infringen los requisitos de certeza, publicidad e interdicción de la arbitrariedad en la *aplicación* de la norma.

Se nos puede manifestar que dichos principios son plenamente satisfechos por la norma contenida en el artículo 25.1 de la LPI. Sin embargo, de la realidad encontramos argumentos contrarios:

- a) En la actualidad, los discos duros de los ordenadores cumplen plenamente los criterios de idoneidad que los sujetaría al “canon”. Sin embargo, éste no se aplica.
- b) Existen intenciones anunciadas públicamente de la sujeción de los discos duros a los ordenadores.
- c) No se conoce cuándo se implantará el “canon” sobre los discos duros de los ordenadores.^{31 32}

Esta indeterminación producida en la aplicación de la norma existe en la actualidad, no es una mera apreciación subjetiva de parte, sino que, estando los

31 Declaraciones del Sr. Neri, presidente de la Sociedad Digital de Autores y Editores (SDAE) en http://es.gsmbox.com/news/mobile_news/all/76162.gsmbox

32 Declaraciones de la Sra. Raudona, responsable de recaudación de copia privada de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) en *El Periódico de Catalunya*, de fecha 18 de enero de 2004.

discos duros de los ordenadores sujetos a la literalidad de la norma, la norma no se está aplicando. Y existe la indeterminación de cuándo, contra quién, por qué importe y con qué retroactividad va a aplicarse.

Su aplicación no depende de la rigurosa Ley, sino de los criterios que rigen la acción procesal civil, y que son disponibles de parte, por lo que las demandas pueden ejercitarse por su titular, las entidades de gestión, contra cualquier sector, público, privado o que sea elegido según el criterio que tenga a bien el demandante, incluyendo el de azar u oportunidad.

La aplicación de una tasa universal, sobre un bien universal, se deja al libre albedrío de una entidad de gestión de los derechos de la propiedad intelectual en el ejercicio de sus obligaciones legales pero a potestad de la acción procesal civil y con el carácter retroactivo que el demandante deseé reclamar, que podrá alcanzar hasta la antigüedad que determine la prescripción de las acciones civiles.

5.5. Por infracción del artículo 33 de la Constitución española.

La Constitución española, en el apartado segundo del artículo 33, establece la función social como requisito del derecho de propiedad:

Artículo 33

«1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.»

El Tribunal Constitucional, interpretando la función social de la propiedad, ha

manifestado en una reciente sentencia, número 152/2003, de 17 de julio, lo siguiente:

«En relación con el derecho a la propiedad privada, contenido en aquel precepto constitucional, hemos declarado que "la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir". Más específicamente hemos afirmado que, "por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae" (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2).»

Asimismo, es interesante traer a colación la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en su Resolución de 5 de abril de 2002 manifestó (Fundamento de Derecho segundo):

«No cabe interpretar los preceptos del Código Civil relativos a la propiedad y a la accesión según el viejo aforismo romano "usque ad sidera usque ad infero". Esta concepción liberal del dominio se ha visto extensamente modulada por la legislación especial y no se corresponde a la actual configuración del derecho de propiedad en nuestra Constitución.

El dominio no se configura como un derecho ilimitado y unitario, en el que sólo por vía de ley caben restricciones a su contenido sino que por el contrario la función social de la propiedad delimita intrínsecamente su extensión (cfr. artículo 33 de la Constitución). El aforismo "usque ad sidera usque ad infero" referido

a los derechos del propietario, cede frente al superior principio de la función social de la propiedad, de manera que además de las leyes especiales limitativas deben tenerse en cuenta aquellas otras cuyo objeto es la delimitación de las facultades del propietario, como ocurre en materia urbanística.»

Si bien la doctrina legal elaborada hasta la fecha sobre la función social siempre ha hecho referencia a la propiedad de los bienes tangibles, entendemos que la función social también debe ser obligatoria para las propiedades especiales intelectual e industrial y con mayor motivo en la intelectual, puesto que el objeto de ésta raya en muchísimas ocasiones el límite con la cultura,³³ cuando no es su contenido básico según el aforismo: “A más copyright menos cultura”.

Los objetos sometidos a la propiedad intelectual forman parte del acervo cultural de los pueblos, por lo que la mención a la “diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos” a que se refiere la sentencia citada del Tribunal Constitucional es oportuna para el presente supuesto ya que dentro de dicha interpretación cabe permitir al Alto Tribunal un desarrollo del concepto de función social y en virtud del mismo establecer los límites a una propiedad especial cada día más proclive al abuso sistemático generalizado y concentrada su gestión en pocas manos. En este sentido debemos recordar el contenido del Fundamento de Derecho 4º, último párrafo, de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (Expediente 511/01) de fecha 25 de enero de 2002:

«Por todo ello, resulta acreditado que la SGAE ha utilizado su indudable posición de monopolio, como única entidad de gestión en España de los derechos de autor por la producción y distribución de fonogramas (antes de iure y ahora de facto, pero siempre regulado, ver Resolución del Tribunal de 14 de febrero de 1991, donde se define ya en estos términos el mercado de referencia), que discrimina injustificadamente a los productores fonográficos no asociados -pero que querrían serlo y no pueden- respecto de las ventajas de que gozan los miembros de la AFYVE, no produciéndose negociación con los

33 HUNTER, Christopher D. *Copyright and Culture*. Accesible en Internet en: http://www.asc.upenn.edu/usr/chunter/copyright_and_culture.html

demás productores ni valoración económica alguna de contrario, que es la cuestión fundamental en este expediente, es decir, la posibilidad de que estuvieran justificadas diferentes condiciones en la labor de gestión de los derechos. No teniendo la SGAE competidor alguno, más bien parece que su actuación le ha permitido la explotación de un colectivo tan esencial para el funcionamiento del mercado como es el de los que inician la actividad.»

Podemos realizar un análisis muy elemental del conflicto entre el derecho a la compensación del artículo 25.1 de la LPI y la función social de la propiedad intelectual, consistente en preguntarnos si se cumple mejor la función social de la propiedad intelectual con o sin la existencia del "canon" y la respuesta es obvia: se cumple una mejor función social abaratando los soportes digitales para que sean más accesibles por parte de los ciudadanos y no encareciéndolos. Cuanto más barata sea la cultura, mejor puede cumplirse la función social de la propiedad intelectual en que dicha cultura consiste.

Ahora bien, por respeto al rigor mental debemos manifestar que este análisis básico por sí mismo no implica que se atente contra el artículo 33 de la Constitución. Sin embargo, debemos recordar el contenido del artículo 128.1 de la Constitución, por el que:

Artículo 128

«1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.»

Si interpretamos armónicamente ambos artículos 33.2 y 128.1 de la Constitución, el principio de subordinación al interés general formará parte del concepto de la función social de la propiedad, “la propiedad privada se encuentra subordinada al interés general”,³⁴ y no cabe defender que una tasa sobre los soportes universales implique una subordinación de la propiedad intelectual a los intereses generales sino al contrario: una subordinación a unos intereses particulares.

³⁴ DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Volumen III Derecho de cosas*. Madrid, Editorial Tecnos. 1981.

Por otra parte, en apoyo de las tesis anteriores, del análisis efectuado del artículo 25 de la LPI se colige que, precisamente, es el propio derecho a compensación el que no tiene límites, es un derecho que se configura “*ad inferos ad sidera*” por cuanto que, dada su especial naturaleza compensatoria, no le son aplicables las limitaciones de relaciones de vecindad, ni tampoco de la legislación puede derivarse la existencia de un “*ius usus inocui*” u otras limitaciones tradicionales de los derechos.

Por tanto, debemos concluir que una tasa sobre el soporte del registro de la civilización en favor de una minoría, junto con el actual diseño de las entidades de gestión y sus funciones que contempla la LPI, atentaría contra la función social de la propiedad proclamada en la Constitución española, propiciando la concentración del poder y de la propiedad intelectual en manos de unos pocos, en lugar de fomentar el interés general.

5.6. Por razón de inconstitucionalidad de los sujetos gestores del derecho.

Dentro de los elementos subjetivos de la relación jurídica del derecho a compensación encontramos las entidades de gestión como las únicas encargadas de la exigencia, recaudación, control y gestión del “canon”, por lo que entendemos debemos plantearnos la constitucionalidad del sujeto que la Ley define como único competente para el ejercicio de tales funciones ya que la declaración de inconstitucionalidad del mismo afectaría de pleno a este derecho. Si el sujeto titular de los derechos exclusivos sobre la gestión del derecho es inconstitucional, inconstitucional también resultaría la recaudación.

Las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual son reguladas en el Título IV de la LPI rubricada “Las entidades de gestión de los derechos reconocidos en la Ley” y comprende los artículos 147 a 159 de dicho texto legal.

Centrándonos en el ámbito de la Constitución española, es importante resaltar que las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual no tienen reconocimiento constitucional sino que se crean por una ley ordinaria y que el actual es uno más de los modelos que el legislador podía haber elegido, pero no el único.

El Tribunal Constitucional, analizó las entidades de gestión en su sentencia nº 196/1997 de 13 de noviembre de 1997³⁵, en la que resolvía sobre la atribución competencial del Estado o de las Comunidades Autónomas respecto al contenido de los derechos gestionados por las mismas. Reproducimos el Fundamento Jurídico Sexto:

«6. El legislador de 1987 optó por suprimir el monopolio legal concedido a la Sociedad General de Autores de España para la gestión colectiva de los derechos de autor, instaurando un nuevo sistema en el que las entidades de gestión, cuyo estatuto jurídico definen los arts. 132 a 144 de la L.P.I., se crean como un cauce especialmente establecido por aquél para la gestión colectiva de los mencionados derechos. Tales entidades, configuradas como un instrumento o mecanismo de protección de los derechos de autor, tienen como objeto, además exclusivo (art. 136.2), la gestión, en nombre propio o ajeno, de los derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual (art. 132). Esto es, la gestión de los derechos de propiedad intelectual de una colectividad o pluralidad de titulares, los cuales, a través de aquéllas, ejercitan sus derechos de contenido patrimonial encomendándoles su gestión. Los derechos susceptibles de gestión por estas entidades son, a tenor del art. 132, «los de explotación u otros de carácter patrimonial», es decir, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación recogidos en los arts. 17 y siguientes de la L.P.I. Además, expresamente se prevé que la gestión del derecho a participar en el precio de enajenación de obras de artes plásticas (art. 24) y del derecho a la compensación remuneratoria que deben abonar los fabricantes e importadores de equipos y materiales que permitan la reproducción (art. 25) se efectúe a través de una entidad de gestión.

Sin necesidad de detenerse en las distintas facultades, derechos y obligaciones que conforman el particular régimen jurídico de las entidades de gestión, pueden destacarse como notas distintivas del

35 http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1997-0196

nuevo sistema instaurado, en primer término, el sometimiento de aquéllas a la intervención de la Administración. En este sentido, la Ley establece la exigencia de autorización del Ministerio de Cultura para acceder a la condición de entidad de gestión de derechos de autor (art. 132), la cual puede ser revocada cuando sobreviniera o se pusiera de manifiesto algún hecho que pudiera haber originado la denegación de la autorización o si la entidad incumpliera gravemente sus obligaciones (art. 134), y confiere a dicho Ministerio las facultades de inspección y control sobre su funcionamiento y actividades (art. 144). En segundo lugar, aunque el legislador ha guardado silencio sobre la definición jurídica de su naturaleza, ha impuesto como único requisito que «no podrán tener ánimo de lucro» (art. 132) lo que conduce, atendidas otras previsiones de la Ley, a que nos encontremos ante entes de base asociativa, con las consecuencias que de ello se deriven desde el punto de vista competencial. Finalmente, el encargo de la administración de los derechos de autor u otros de propiedad intelectual a una entidad de gestión ha de ser encomendada de forma voluntaria y expresa por sus titulares, mediante contrato de duración temporal, aunque renovable indefinidamente (art. 138.1), estando obligadas a aceptar la administración de los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual que les sean encomendados de acuerdo con su objeto o fines (art. 137).

La opción por las entidades de gestión, como cauce especialmente creado por el legislador para la gestión colectiva de los mencionados derechos, no excluye, como señala el Abogado del Estado, la gestión individual de los derechos de propiedad intelectual por el propio autor o titular o que éste confíe su ejercicio a un tercero, ni que la gestión de los derechos de propiedad intelectual de varios titulares sea encomendada a entes distintos de las entidades de gestión reguladas en el Título IV del Libro III de la L.P.I., los cuales, al no gozar de la cualidad de entidad de gestión, se regirán por las normas particulares del tipo de ente, no siéndoles aplicables el régimen jurídico específico y privilegiado que disciplinan los arts. 132 a 144 de la L.P.I.»

La sentencia comentada, obviamente, hace una referencia genérica a los “derechos de autor” cuando afirma que “ el encargo de la administración de los derechos de autor u otros de propiedad intelectual a una entidad de gestión ha de ser encomendada de forma voluntaria” y que “la opción por las entidades de gestión, como cauce especialmente creado por el legislador para la gestión colectiva de los mencionados derechos, no excluye, como señala el Abogado del Estado, la gestión individual de los derechos de propiedad intelectual por el propio autor o titular o que éste confíe su ejercicio a un tercero”.

En el supuesto que analizamos se produce un fenómeno específico: no cabe tal voluntariedad de los titulares del derecho de compensación, como hemos podido comprobar en la expresa dicción de los apartados 7 y 8 del artículo 25 de la LPI. Hasta tal punto es así que un acreedor del canon no adscrito a una entidad de gestión no tiene posibilidad alguna de cobrar su compensación.

El mejor ejemplo de la especificidad de este derecho consiste en los derechos de propiedad intelectual de los CDROMs de la grabación de las vistas orales. En ellas, los autores son el Juez, el Secretario judicial, los funcionarios judiciales que aparecen en pantalla, los letrados, las partes, los llamados a declarar. Ninguno de los intervinientes, aun siendo autores, recibimos compensación alguna por nuestra propiedad intelectual, y la única forma de ejercitar nuestro derecho sería siendo socios de una entidad de gestión. Esta obligatoriedad deshace cualquier rasgo de voluntariedad, lo que es específico de este derecho de compensación.

La constitucionalidad del actual diseño normativo de las entidades de gestión ya ha sido cuestionada por la doctrina³⁶, pudiendo provenir la inconstitucionalidad, a nuestro modesto entender, por la carencia de una estructura y funcionamiento democráticos cuyas manifestaciones traerían causa de dos motivos: el sistema del voto ponderado del artículo 151.5 de la LPI y la obligación legal de integrar en las entidades socios cuyos intereses son absolutamente contrarios entre sí, al estilo del modelo de las organizaciones sindicales preconstitucionales.

Ninguno de estos dos aspectos son tratados en la jurisprudencia constitucional que hemos señalado.

36 SERRANO ALONSO, Eduardo, *Sugerencias para una reforma del derecho de autor*, en Actualidad Civil nº 2, 1986 y CHICO ORTIZ, José María, *Los aspectos humano, sociológico y jurídico de la propiedad intelectual*, en RCDI nº 584, 1988, citados por CAPILLA RONCERO, Francisco, en los comentarios a la regulación de las entidades de gestión en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, edición coordinada por Rodrigo Bércovitz Rodríguez-Cano. Madrid, Editorial Tecnos, 1989.

La sentencia constitucional n° 196/1997 antes reproducida, señala en el párrafo segundo de su Fundamento sexto que nos encontramos ante entes de base asociativa:

« ... En segundo lugar, aunque el legislador ha guardado silencio sobre la definición jurídica de su naturaleza, ha impuesto como único requisito que «no podrán tener ánimo de lucro» (art. 132) lo que conduce, atendidas otras previsiones de la Ley, a que nos encontremos ante entes de base asociativa, con las consecuencias que de ello se deriven desde el punto de vista competencial ...»

El Tribunal Constitucional, al señalar que “aunque el legislador ha guardado silencio sobre la definición jurídica de su naturaleza” reconoce implícitamente que es al legislador ordinario a quién compete definir jurídicamente estas entidades. El legislador ordinario, estará obligado a diseñarlas dentro de la legalidad constitucional, por lo que deberemos analizar cuáles son los requisitos necesarios de los “entes con base asociativa” señalados por nuestra doctrina legal: un funcionamiento y estructura democráticos y unos fines lícitos.

En las entidades de gestión se permite un voto ponderado, contemplado en el artículo 151.5 de la LPI:

Artículo 151. Estatutos

«Sin perjuicio de lo que dispongan otras normas que les sean de aplicación, en los estatutos de las entidades de gestión se hará constar:

[...]

5. Los derechos de los socios y, en particular, el régimen de voto, que podrá establecerse teniendo en cuenta criterios de ponderación que limiten razonablemente el voto plural. En materia relativa a sanciones de exclusión de socios, el régimen de voto será igualitario.»

Se hace difícil de sostener intelectualmente el requisito de la democracia interna cuando existe un voto ponderado. El aforismo “un hombre, un voto” es una conquista del actual sistema democrático frente a los antiguos sistemas de voto censitario. Repasando los estatutos de las sociedades de gestión, encontramos posibilidades que oscilan entre los cinco votos por socio y ninguno, cuestión que demostraremos en el momento procesal oportuno.

Por otra parte, debemos señalar que el voto ponderado existente corresponde al voto censitario del siglo XIX por cuanto que los requisitos para poder votar se basan en criterios cuantitativos y de riqueza.

Por último, remontándonos a los supuestos de exención de la obligación de satisfacer el “canon”, la ponderación del voto se realiza en favor de los sujetos exentos.

El siguiente listado constituye una relación exhaustiva de las relaciones jurídico-económicas entre los titulares de derechos y las entidades de gestión contenidas en la LPI.³⁷

a) Supuestos en que se establece la obligación legal de pago a través de entidades de gestión colectiva:

- Artículo 25.7: Remuneración por copia privada.
- Artículo 90.7: Derechos de alquiler de obras audiovisuales y de exhibición en salas (acreedores los autores).
- Artículo 108.4: Derechos de comunicación pública de artistas, intérpretes y ejecutantes.
- Artículo 109.2: Derechos de alquiler de artistas, intérpretes y ejecutantes.
- Artículo 116.3: Derechos de comunicación pública de productores de fonogramas.
- Artículo 122.3: Derechos de comunicación pública de productores audiovisuales.

37 Clasificación exhaustiva que debe agradecerse a Leovigildo García-Bobadilla.

b) Supuestos en general de derechos de remuneración en que según la ley la obligación de pago no nace para el cesionario sino para terceros, por lo que se suele realizar a través de entidades de gestión (puede existir duplicidad con los supuestos del apartado anterior):

b.1.) Cantidades en favor de los autores:

- Alquiler de obra audiovisual (artículo 90.2, abona quien realice el alquiler).
- Copia privada (artículo 25, abona los fabricantes e importadores de aparatos reproductores y soportes).
- Comunicación pública (artículos 90.3, 90.4 y 20 abona quien realiza la comunicación)

b.2) Cantidades debidas a productores audiovisuales y fonográficos:

- Copia privada (artículo 25.4.a y b, abonan fabricantes e importadores de aparatos reproductores y soportes).
- Comunicación pública (artículos 122.2, 108.3, 108.2 y 116.2, abonan los usuarios que llevan acabo el acto de comunicación pública).

b.3) Cantidades debidas a artistas, intérpretes y ejecutantes:

- Copia privada (artículo 25.4.a y b, abonan los mencionados).
- Alquiler (109.3.2º, idem).
- Comunicación pública (artículos 108.3, 108.2 y 116.2 idem).

De la anterior relación de competencias obligatorias, puede observarse que la composición de los socios de las entidades de gestión consiste en la suma de personas con intereses absolutamente contrapuestos: productores y autores, esto es, empresas y trabajadores: idéntico modelo del Derecho sindical preconstitucional, lo que podría eludir el necesario requisito constitucional de la estructura y funcionamiento democráticos de todo ente con base asociativa.

El análisis de la constitucionalidad de los artículos de la LPI reguladores de las entidades de gestión deberán ser analizados armónicamente con los derechos de cada colectivo que las integran y verificar así la inexistencia de conflictos entre

las partes y que el procedimiento de voto censitario no atenta contra los principios democráticos.

5.7. Presunción “*iuris tantum*” de impago.

Según vimos en el análisis de los procedimientos de control y garantía del cobro del "canon", el punto 19 del artículo 25 establece lo siguiente:

«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.»

Esta norma contiene una presunción “*iuris tantum*” de culpabilidad de todos los responsables y obligados al pago.

Se invierte legalmente la prueba del cumplimiento de una obligación, frente a la regla general de que compete la prueba de las obligaciones al que exige su cumplimiento y la prueba del cumplimiento a quien alega su extinción, conforme la derogada norma del artículo 1.214 del Código civil y sin perjuicio de ello vigente a través de las disposiciones de la LEC.

Este sistema de inversión de la prueba es legítimo en Derecho civil, pero cuando nos hallamos ante una obligación “compensatoria”, se nos plantea la duda sobre su legalidad por cuanto que dicha norma, dada su especial naturaleza, mantiene características impropias del Derecho civil.

Analógicamente podríamos defender la presunción de culpabilidad, esto es, de impago, en los supuestos tributarios en los que no se desglosaran en la factura determinados conceptos impositivos. El mejor ejemplo lo hallamos en la regulación del impuesto sobre el valor añadido: no desglosar el importe del IVA en las facturas

no implica una presunción de que el IVA no haya sido satisfecho, sino que el IVA se halla integrado en el importe total de la factura.

Así pues, en las instituciones compensatorias de aplicación a un bien universal, la analogía tributaria nos obligaría a presumir que el “canon” se integraría dentro de la totalidad del importe de la factura, tal y como se realiza en la normativa del IVA, y no que no ha sido satisfecho.

La aplicación del derecho de compensación a un soporte universal nos obliga a seguir un criterio hermenéutico restrictivo, dado que nos hallamos ante una norma sancionatoria o limitativa de derechos, en las que está prohibida una exégesis contraria al obligado. Por ello, se podría presumir la inconstitucionalidad de este precepto.

V. Inexistencia de jurisprudencia sobre el caso.

Existe jurisprudencia aplicable al derecho de compensación por copia privada, pero no existe ninguna jurisprudencia sobre este derecho de compensación teniendo en cuenta que el objeto gravado sea el soporte de registro de la civilización.

El inicio efectivo de la exacción del "canon" por los soportes digitales en formato CDROM nace del pacto entre las entidades de gestión y ASIMELEC cuya entrada en vigor se produce el 1 de septiembre de 2003, tras las resoluciones judiciales de la Audiencia de Cáceres y del caso “Traxdata”, comentadas, por lo que no ha transcurrido tiempo suficiente para doctrina legal alguna de nuestro alto tribunal contemplando la nueva realidad.

Por ello no debe caerse en la falacia de sostener la existencia de jurisprudencia aplicable al caso, por cuanto que ninguna resolución judicial, hasta la fecha, ha tenido en cuenta la nueva y sobrevenida situación tecnológica actual.

No hemos podido encontrar jurisprudencia alguna referente a las cuestiones de inconstitucionalidad que respetuosamente señalamos en el presente escrito.

VI. De Lege Ferenda.

El derecho a ser compensado por una copia privada existe en otros Estados. Concluir que la actual regulación nacional es constitucional en nuestra jurisdicción por el hecho de que otros Ordenamientos pertenecientes a la Unión Europea hayan desarrollado en sus normativas este derecho no obedece al rigor interpretativo necesario.

El desarrollo normativo extranjero no puede servir para justificar la constitucionalidad de nuestras normas e igualmente debería plantearse la cuestión solicitada, ya que de lo que dudamos es del *desarrollo normativo concreto* del derecho a compensación que el legislador ordinario ha efectuado y si éste vulnera nuestra Constitución; en definitiva, de lo que dudamos es *si la transposición de las disposiciones comunitarias a nuestro Ordenamiento atenta contra nuestra Constitución*.

De “*lege ferenda*”, el legislador podía haber optado por el sistema más sencillo y ecuánime, consistente en cobrar la copia privada como una sobretasa de cada obra original durante la venta de dicha obra.

Recordemos que la duplicación del objeto digital no produce la desposesión del transmitente y que su coste es despreciable, por lo que el importe del canon no equivaldría en ningún caso a multiplicar por dos el precio del original.

Cada titular del derecho de copia privada satisfaría en este caso el importe de las compensaciones exactas por los derechos a su copia privada y se evitaría gravar otra

cosa que no fuera el objeto original. Por último, el perjudicado, acreedor entonces plenamente identificable, obtendría un valor exacto al del perjuicio que se le produce.

De esta manera, no se gravaría el soporte de la memoria colectiva, base y fundamento de nuestra existencia como personas y material imprescindible para el ejercicio de los derechos fundamentales.

TERCERA. Inaplicabilidad de los Fundamentos de la resolución 68/94 del TDC.

La resolución que impugnamos cita en apoyo de sus tesis los Fundamentos Jurídicos 1º y 2º de la resolución de 28 de abril de 1994. Sin embargo dicha Resolución no es aplicable al presente supuesto ya que en ningún lugar de la misma se hace referencia al supuesto de hecho actual: la apropiación del soporte de registro de la actual civilización por parte de entidades privadas.

CUARTA. Conclusión.

Realizado el anterior estudio, entendemos que el archivo sin más del presente procedimiento supone, permítasenos la expresión en términos estrictos de defensa, un acto de técnica jurídica “ingenua” y que no descende al necesario estudio que debe realizarse cuando al mundo actual de civilización digital se le quiere aplicar una normativa de una realidad pasada y tecnológicamente obsoleta.

De ello se deriva, la imposibilidad de la aplicación del artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, por cuanto este artículo no puede dar cobertura a situaciones que si bien son formalmente legales, son sospechosamente inconstitucionales.

El archivo de las presentes actuaciones debe ser revocado, debiendo continuarse el procedimiento legalmente establecido en la Ley de Defensa de la Competencia para verificar si un pacto sobre el objeto de registro de la civilización, un pacto sobre el papel del siglo XXI, es legal y no atenta contra las disposiciones de la LDC.

Por lo expuesto,

AL TRIBUNAL SUPLICA: Que, habiendo por presentado este escrito tenga por recurrido el archivo de la denuncia presentada por este Letrado y, en su virtud, tras los trámites legales y puesta de manifiesto el expediente a esta parte, se revoque el acto impugnado ordenándose el inicio e incoación del expediente de infracción de las conductas prohibidas en la LDC que correspondan.

Es Justicia que suplica en Madrid, a ocho de noviembre de dos mil cuatro.

Javier de la Cueva González-Cotera