

SIN JUICIO SOBRE EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE AUTOR A PROPÓSITO DE LA COPIA PRIVADA: COMENTARIO A LA STC 19/2018

(I)-. Antecedentes

La sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante "**STC 19/2018, de 22 de febrero**") recientemente publicada (23/03/2018), resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en el año 2014 contra una serie de preceptos de la *Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ("Ley 21/2014")* concretamente¹:

- El modelo de compensación equitativa por copia privada íntegramente financiado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado², que los recurrentes consideran contrario al art. 31 y 33 de la Constitución ("**CE**").
- El modelo de gestión del cobro del pago basado en la imposición *ex lege* de la existencia de una persona jurídico-privada³ con participación de las Entidades de gestión de los derechos de autor, que los recurrentes reputan contrarios al art. 22 de la Constitución

El modelo de compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado es vicario del idéntico instaurado por la disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público ("**RD-ley 2011**") y que fue objeto de desarrollo a través del Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (RD 1657/2012) . Aunque esta circunstancia no se refleja en la STC 19/2018, sí fue puesta de manifiesto por los recurrentes.

Este modelo legal de compensación equitativa por copia privada fue altamente litigioso y, como la STC 19/2018 reconoce (FJ 2), fue cuestionado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("**TJUE**"), que en su STJUE de 09/06/2016 (Asunto C-470/14), declaró la incompatibilidad del Derecho Europeo con el modelo legal español (del año 2011 reproducido en el año 2014). Lo hizo en los siguientes términos

¹ El recurso extendía su objeto, como es natural, a las correspondientes preceptos de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado que habían reconocido la consiguiente partida presupuestaria (a la fecha del recurso, Ley 26/2014, de 26 de diciembre, de PGE 2015).

² El artículo primero, apartado dos de la Ley 21/2014, modifica da nueva redacción al artículo 25 texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (TRLPI).

³ Los apartados 2 y 3 de la disposición adicional primera de la Ley 21/2014 por instaurar una "ventanilla única".

*“El artículo 5, apartado 2, letra b), de 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 [en adelante, “**Directiva de derechos de autor**”], debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de compensación equitativa por copia privada que, como el controvertido en el litigio principal, está sufragado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sin que resulte por ello posible asegurar que el coste de dicha compensación equitativa sea soportado por los usuarios de copias privadas”.*

La resolución del Tribunal de Luxemburgo fue fruto de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español (“**TS**”) en el procedimiento seguido a instancia de las Entidades de Gestión (“**EEGG**”) frente al modelo de compensación equitativa por copia privada. La Sentencia del TS de 10/11/2016, consecutiva a la del TJUE, declaró la nulidad del RD 1657/2012 y declaró la inaplicación de la disposición adicional décima del RD-ley 2011 y del apartado segundo del artículo 1 de la Ley 21/2014.

Tras estas declaraciones de los Tribunales, el ejecutivo-legislador reaccionó aprobando, con base en razones de urgencia y extraordinaria necesidad, el Real Decreto Ley 12/2017, de 3 de julio, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada (en adelante “**RD-ley 12/2017**”). No deja de llamar la atención que la propia Exposición de motivos del RD-ley no mencione la STJUE que comentamos y eluda confesar el origen de la auténtica urgencia de su actuar: evitar ser expedientado en un eventual procedimiento por infracción del Derecho de la Unión Europea

En este contexto, normativo y jurisprudencial, ha resuelto el Tribunal Constitucional, cuatro años más tarde, las dudas de constitucionalidad que se le planteaban. Lo ha hecho en los términos que pasamos a examinar.

(II)- La declaración de pérdida de objeto del recurso de inconstitucionalidad en cuanto al modelo de compensación de copia privada financiado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado

A- Doctrina/Jurisprudencia general sobre la pérdida sobrevenida de objeto

En este contexto normativo, el TC entiende que se ha producido la pérdida sobrevenida de objeto porque el modelo de compensación de copia privada financiado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado ha sido íntegramente modificado por el Real Decreto-Ley 12/2017, que lo ha sustituido por uno basado en el pago por fabricantes y distribuidores de equipos, aparatos y soportes de publicación (inspirado en el que, en su momento, se conoció como de “**canon digital**”)

(FJ 4) “Así, mientras que el régimen de compensación por copia privada financiado con cargo a los presupuestos generales del Estado se ha visto derogado por un modelo basado en el pago de un importe a satisfacer por los fabricantes y distribuidores de equipos, aparatos y soportes de reproducción, el régimen de facturación y pagos previsto para los usuarios del repertorio de las entidades de gestión no ha sufrido ninguna alteración”.

Antes de resolver en este sorprendente sentido, el Tribunal Constitucional analiza su doctrina sobre el alcance que debe conferirse a los recursos de inconstitucionalidad cuando se ha producido una reforma legislativa sobrevenida sobre el objeto de los mismos.

En el FJ 2 menciona su doctrina jurisprudencial precedente (STC 199/1987 FJ3; STC 169/1992; SSTC 160/1987, FJ 6; 150/1990, FJ 8; 385/1993, FJ 2) para concluir con la premisa, general, de que *“carece de sentido, tratándose de un recurso de inconstitucionalidad, pronunciarse sobre normas que el mismo legislador ha expulsado ya de dicho ordenamiento...”*.

Menciona también el TC su doctrina sobre las excepciones a la anterior regla general, que sitúa en el plano de la “utilidad o conveniencia” de pronunciarse porque la norma controvertida, aunque haya sido derogada, pueda, por ejemplo, presentar alguna faceta de lo que se llama ‘ultra-actividad’. Esto es, que pueda tener alguna faceta, aspecto o cuestión en la que despliegue efectos jurídicos o haya efectos jurídicos pendientes de precisar que dependan de dicha norma cuestionada.

B-. La aplicación al caso concreto: no se toma en consideración el escenario de ultraactividad de la norma impugnada.

Sorprendentemente, considera el TC (FJ2) que en este caso no hay ultraactividad de efectos jurídicos de la ley 21/2014 recurrida porque su sucesora, el Real Decreto Ley 12/2017 establece

(a) un nuevo procedimiento de compensación y de cálculo de compensación (que remite a una Orden Ministerial de desarrollo, todavía hoy pendiente de aprobación (Artículo único, apartado 1.3 y 4) y

(b) una solución transitoria hasta que se apruebe dicha Orden Ministerial que, como decimos, se encuentra

“solución transitoria aplicable a partir de la fecha de entrada en vigor hasta la determinación definitiva de la compensación con la orden ministerial, en la cual se establecen unas cuantías determinadas por diversos conceptos, así como su régimen de facturación y liquidación, por lo que tampoco puede apreciarse problema alguno respecto a los efectos transitorios de las normas impugnadas en este recurso”.

De acuerdo con este razonamiento, al TC no le parece “útil” o “conveniente” pronunciarse sobre la bondad constitucional de un modelo de compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado que ha estado vigente desde el 01/01/2012, fecha de entrada en vigor del RD-ley 2011 hasta el día 01/08/2017, fecha de entrada en vigor del RD-ley 12/2017 y que, como en seguida explicamos, genera todavía hoy intensos efectos jurídicos (y económicos).

Abunda en esta reflexión de sorpresa el hecho de que el RD-ley 12/2017 no establece un régimen transitorio que regule el periodo temporal durante el cual ha estado vigente, con plenos efectos jurídicos, un modelo que ha sido declarado por el TJUE contrario a la Directiva de los derechos de autor y por el TS nulo e inaplicable.

Otro argumento adicional que conduciría a la exigencia de un pronunciamiento expreso por el TC deriva de la confusión que se ha generado en torno a los fundamentos jurídicos y a

las resoluciones judiciales recientes, emanados en procesos en que se cuestionaba la responsabilidad patrimonial del Estado español legislador/Estado infractor del Derecho de la Unión. Nos referimos a la **(i)** Sentencia del Tribunal Supremo de 19/04/2017, que rechaza el recurso contencioso administrativo interpuesto por todas las EEGG –a excepción de CEDRO y VEGAP, ésta última por la parte reprográfica- contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18/10/2013 que rechazaba la solicitud de responsabilidad patrimonial de daños y perjuicios causados por la disposición adicional décima del RD-ley 2011 y **(ii)** a la sentencia de la Audiencia Nacional, Sentencia 28/01/2018, que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por siete de las ocho EEGG –a excepción de CEDRO y VEGAP, ésta última por la parte reprográfica -contra la Resolución del Secretario General Técnico, de 09/06/2014, que rechaza la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por la aprobación de la citada disposición adicional décima así como el RD 1657/2012.

Además, otras reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado interpuestas por las EEGG para exigir el pago de la compensación equitativa a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, no están siendo resueltas en plazo por Ministerio de Educación, Cultura y Deporte o, han sido incomprensible y expresamente rechazadas.

Y a esta confusión e indefinición jurídica en el marco de la compensación equitativa por copia privada ha contribuido, también, la actitud marcadamente renuente del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes que, no sólo durante los ejercicios 2015, 2016 y 2017, se abstuvo de promover un desarrollo normativo que hubiera permitido a los titulares de los derechos de propiedad intelectual obtener, aunque fuera de manera parcial, la compensación que les correspondía por la implantación de la excepción de la copia privada; sino que, además, declina hoy en día compensarlos por los daños infligidos con el mantenimiento de una normativa que, según el estándar europeo, no satisfacía el contenido mínimo de sus derechos de autor.

Con independencia, en fin, del juicio que merezca a los Tribunales competentes para resolverlos la responsabilidad del legislador español en relación con la infracción del Derecho de la Unión Europea, lo cierto es que hubiera sido deseable, y constitucionalmente exigible, contar con el parámetro constitucional que sirviera para medir el radio de acción posible (léase el contenido esencial protegible) de un legislador, como el del 2014 (o el del 2011), cuya actividad está siendo, en la actualidad, objeto de reclamaciones de responsabilidad por mal funcionamiento (“ultraactividad”).

En nuestra opinión jurídica, ni el juego del principio de primacía (*quod non*), ni el juego de la interpretación de conformidad con el derecho de la Unión Europea, en fin, puede, suplir el de la interpretación constitucional propia.

(III)-. La constitucionalidad de un modelo de gestión del cobro del pago basado en la imposición *ex lege* de la existencia de una persona jurídico-privada con participación de las Entidades de gestión de los derechos de autor

Tras declarar, en el FJ 5, subsistente el modelo legal controvertido, la STC 19/2018 pasa a razonar (FJ 6) la constitucionalidad del modelo de gestión de cobro del pago instaurado en la Ley 21/2014. Este *sui generis* mecanismo fue impugnado por vulnerar los derechos asociativos de las EEGG, en la medida que, según entendían los recurrentes, se imponía una

asociación obligatoria y un control de la asociación incompatibles con el art. 22 CE, en los términos deduciros por la propia jurisprudencia del TC.

En concreto, en la disposición adicional primera de la Ley 21/2014 y otros conexos, se instaure un modelo de ventanilla única cuya gestión es asignada *ex lege* a una persona jurídico privada. En palabras literales de la ley

«la ventanilla será gestionada por una persona jurídica privada sin que ninguna entidad de gestión ostente capacidad para controlar la toma de decisiones»

A juicio del Tribunal Constitucional, sin embargo, esta redacción legal admitiría una interpretación constitucional no contraria al art. 22 CE⁴ (participación obligatoria de las EEGG) en la medida que sólo impone la existencia de un centro de imputación formal que, en sus palabras, *“no necesariamente debe asumir una configuración formal de índole participativa”*

Sin embargo, lo cierto es que en el propio sentido y alcance de la regulación legal se encuentra el hecho incontrovertido para cualquier lector, a excepción del TC, que todas las Entidades de gestión *necesariamente* participen en la gestión. No otra cosa cabe deducir de la circunstancia de que se imponga, en la propia ley, el límite de que ninguna de estas Entidades ostente capacidad de control de la toma de decisiones.

Por ello, pese a haber afirmado que el modelo legal no requiere necesariamente la conformación de una persona jurídico privada de base asociativa (cuesta imaginar qué alternativas caben), termina por afirmar que esas *“otras personas jurídicas instrumentadas para alcanzar fines específico”* habrían de ser entidades, de base asociativa, pero formadas de un solo individuo *“sociedades unipersonales”*.

El Tribunal Constitucional, además, llega a dejar abierta la puerta al enjuiciamiento constitucional de la regulación legal ex art. 38 CE, aunque no lo aborda, probablemente porque carece del más mínimo sentido constitucional, toda vez que las Entidades de gestión son Entidades sin ánimo de lucro, y, por tanto, incompatibles con el art. 38 CE.

(IV)-. En conclusión, el Tribunal Constitucional ha declinado efectuar el análisis constitucional del modelo de compensación equitativa de los derechos de autor que impone la Constitución, de conformidad también con el Derecho de la Unión Europea, cuando se admite como excepción la legalidad de las copias privadas. Y ello a pesar de que este elemento o juicio del superior intérprete de la Norma fundamental resulte crítico en la estabilización de un modelo legal sumamente controvertido que, a día de hoy, está generando una intensa litigiosidad derivada de una errónea actuación por parte del ejecutivo y del legislativo español.

⁴ Si bien en un momento afirma la STC 19/2018 que *“lo cuestionado constitucionalmente no es el precepto legal en sí mismo considerado sino un aplicación práctica del mismo”* lo cierto es que el enjuiciamiento/interpretación constitucional que efectúa lo es contra el precepto legal que efectivamente fue impugnado,