

Consejo de Estado: Dictámenes

Número de expediente: 1067/2019 (CULTURA Y DEPORTE)

Referencia:

1067/2019

Procedencia:

CULTURA Y DEPORTE

Asunto:

Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública nº 783/18, formulada por las entidades Entidad de Gestión de Derechos de los Productores audiovisuales (EGEDA), Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA), Visual Entidad de Gestión de Derechos de Artistas Plásticos (VEGAP) y Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión (AISGE), derivada del perjuicio sufrido por la no percepción de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2017 (entre 1 de enero y 31 de julio), en contravención del Derecho comunitario.

Fecha de aprobación:

09/07/2020

TEXTO DEL DICTAMEN

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 9 de julio de 2020, , emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"El Consejo de Estado, en cumplimiento de Orden de V. E. de 27 de noviembre de 2019, registrada el día 28 siguiente, ha examinado el expediente relativo a una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración pública formulada por las entidades Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA), Visual Entidad de Gestión de Derechos de Artistas Plásticos (VEGAP) y Artistas, Intérpretes, Sociedad de Gestión de España (AISGE), derivada del perjuicio sufrido por la no percepción de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2017 (entre 1 de enero y 31 de julio), en contravención del Derecho comunitario.

De antecedentes resulta:

Primero.- Mediante escrito de 27 de junio de 2018, las entidades de gestión colectiva de derechos de autor Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA), Visual Entidad de Gestión de Derechos de Artistas Plásticos (VEGAP) y Artistas, Intérpretes, Sociedad de Gestión de España (AISGE), por medio de representantes debidamente acreditados ante el Ministerio, solicitaron una indemnización de 28.100.000 euros, a título de responsabilidad patrimonial del Estado por el perjuicio sufrido por la no percepción de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2017 (entre el 1 de enero y el 31 de julio de 2017), en contravención del Derecho comunitario.

Tras una exposición de la evolución del Derecho interno relativo al régimen de la compensación por copia privada, se indica en el escrito que, planteada cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual por el Tribunal Supremo, en relación con el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, sobre pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, la Sentencia de 9 de junio de 2016, caso EGEDA, C-470/14, declaró que el sistema español de pago de la compensación con cargo a los Presupuestos Generales no era, por las específicas razones que indicaba, conforme con la Directiva 2001/29/CE. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 de noviembre de 2016, atendiendo a dicha STJUE, declaró la nulidad del Real Decreto 1657/2012, resultando, por tanto, un impago desde el 1 de enero de 2015 hasta el 1 de agosto de 2017, fecha de entrada en vigor del 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), precisamente para tratar de ajustar nuestro sistema al que resulta de la Directiva 2001/29/CE y a la jurisprudencia del TJUE citada, procediéndose desde entonces a liquidar la compensación del modo y por el importe legalmente fijados.

Las reclamantes concretan el período en relación con el que solicitan la antedicha indemnización por el incumplimiento del Derecho europeo al período delimitado por los siete primeros meses de 2017, período para el que, efectivamente, el Real Decreto-ley 12/2017 no introdujo criterio alguno para la reparación de daño causado (en forma de impago de la compensación equitativa a los titulares de los derechos afectados por la excepción o límite de copia privada) antes de su entrada en vigor, lo que ha causado a los titulares del derecho a la compensación equitativa un daño que no tienen el deber jurídico de soportar.

Las entidades reclamantes fundan su pretensión en el indicado incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Se considera que concurren los requisitos decantados en una larga evolución

jurisprudencial (que la norma de que se trate tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que el incumplimiento sea suficientemente caracterizado y que exista relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares).

Para las entidades reclamantes es evidente que concurren tales requisitos y que el Estado español persiste en el incumplimiento declarado por la STJUE del caso EGEDA de 2016, sin que haya aprobado disposición alguna encaminada a cumplir con la obligación impuesta por el Derecho europeo entre el 1 de enero y el 31 de julio de 2017, sobre indemnización a los titulares del derecho lesionado. Consideran que concurren los requisitos para apreciar la responsabilidad del Estado legislador por incumplimiento del Derecho europeo que han sido decantados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde la Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93; citan la Sentencia *Tomášová*, de 28 de julio de 2016, asunto C-168/15, en la que se contiene un resumen de la jurisprudencia europea en la materia, y consideran que concurren los requisitos para apreciar la existencia de dicha responsabilidad, en particular el consistente en una vulneración suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión Europea, ya que el Estado español ha incurrido de manera manifiesta, persistente y continuada en el incumplimiento de su obligación de garantizar la percepción efectiva de la compensación equitativa prevista en el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE. Entienden las reclamantes que, desde el 10 de noviembre de 2016, fecha de la Sentencia del Tribunal Supremo que anuló el Real Decreto 1657/2012, ninguna medida se ha adoptado por el legislador para cumplir con las obligaciones que le impone el Derecho europeo, sin que el Real Decreto-ley 12/2017 haya incluido en sus disposiciones adicionales, transitorias ni finales regla alguna destinada a la compensación equitativa a los titulares de los derechos de propiedad intelectual por el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de julio de 2017, anteriormente indicado.

En particular, la indemnización solicitada se desglosa de la siguiente manera:

- A EGEDA, 9.366.666,66 euros; - A VEGAP, 374.666,66 euros; - A DAMA, 875.783,33 euros; y - A AISGE, 7.943.333,33 euros.

Las entidades reclamantes acompañan su escrito de un informe, fechado el 27 de junio de 2018, elaborado por Compass Lexecon para AGEDI, AIE, AISGE, DAMA, EGEDA, SGAE Y VEGAP, titulado "cuantificación del perjuicio efectivamente causado por la copia privada a los titulares de derechos de propiedad intelectual".

En este informe se indica que el perjuicio causado a los titulares de dichos derechos por la denominada copia privada viene determinado por la diferencia entre los ingresos realmente obtenidos por aquellos y los que habrían obtenido en ausencia de copias privadas. El informe considera, entre otras magnitudes, que el perjuicio producido solo en el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de julio de 2017 por la capacidad de los individuos para realizar copias y para acceder a contenidos a través de internet ascendió a 156,9 millones de euros para la industria musical; a 129,3 millones de euros, para la industria del vídeo; y a 47,2 millones de euros, para la industria del cine. A continuación, se precisa que el perjuicio producido en los siete primeros meses de 2017 por las formas de acceso gratuito a contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual osciló entre 59,2 y 73,9 millones de euros para la industria musical; y entre 79,7 y 82,1 millones de euros, para la industria audiovisual. Finalmente, concreta el perjuicio causado a los titulares de derechos en el referido período de 2017 entre 19,5 y 24,4 millones de euros (música) y entre 27,3 y 28,1 millones de euros (obras audiovisuales), dependiendo de si las reproducciones que provienen de una fuente legal de internet están dentro o fuera del límite de copia privada.

Segundo.- En informe de 19 de julio de 2018, la Subdirección General de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura y Deporte entiende que procede descartar la existencia de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea, en los términos planteados por las entidades de gestión reclamantes.

Recuerda el informe que el derecho a la compensación equitativa por copia privada de los titulares de derechos de propiedad intelectual es un derecho de configuración legal que solo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece. Precisamente, la anulación del Real Decreto 1657/2012 por el Tribunal Supremo privó a los titulares de este derecho de la configuración legal necesaria para ejercerlo, situación que no se debió al Ministerio, sino a una sentencia que dio respuesta a una demanda interpuesta por las hoy reclamantes. La anulación del Real Decreto 1657/2012 impedía al Ministerio hacer efectiva la compensación correspondiente, al carecer de título normativo para ello, incurriendo, de otra forma, en una vía de hecho prohibida por el ordenamiento. Por todo ello, se estima que ninguna responsabilidad cabe imputar por la situación descrita.

Tercero.- Concedida audiencia a las reclamantes, presentaron un escrito el 14 de septiembre de 2018 formulando alegaciones, en el que reiteran los argumentos expuestos en su escrito inicial y discrepan de los argumentos expresados en el informe ministerial.

Cuarto.- La propuesta de resolución, tras una detallada exposición de la evolución de la regulación europea y nacional del sistema de compensación equitativa por copia privada y de las diferentes y muy

relevantes decisiones judiciales dictadas en relación con el régimen instaurado por el Real Decreto-ley 20/2011, procede a analizar el tipo de reclamación formulada y el correspondiente régimen jurídico aplicable.

Según la propuesta, la reclamación formulada es una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho comunitario; en concreto, por los supuestos daños derivados de la falta de transposición o la transposición incorrecta de una norma de Derecho europeo. Esta posibilidad, indica la propuesta, no se encuentra contemplada en el artículo 32.3, letra b), de la Ley 40/2015, conforme al cual "asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen". A lo que añade que "la responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores: (...) b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5".

En este apartado 5 del artículo 32 se han plasmado los requisitos decantados por la jurisprudencia europea para considerar que existe responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho europeo: (a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares; b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado; y c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares).

Ello no obstante, el supuesto -responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario; en concreto, por los supuestos daños derivados de la falta de transposición o la transposición incorrecta de una norma- se considera que ha de entenderse subsumido en esa norma (cita el dictamen del Consejo de Estado n.º 275/2015, de 29 de abril, sobre el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), al ser uno de los posibles supuestos de hecho susceptibles de generar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho comunitario.

A continuación, la propuesta analiza los requisitos de admisibilidad de la reclamación, atendiendo a lo previsto en el artículo 32.5 de la Ley 40/2015, a cuyo tenor:

"5. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada".

Entiende la propuesta que las reclamantes plantean por primera vez su pretensión de reconocimiento del derecho a percibir la compensación equitativa por copia privada en parte del ejercicio 2017, a través del procedimiento de exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho europeo, no existiendo solicitud previa de su reconocimiento al margen de la reclamación ahora examinada ni tampoco denegación expresa o presunta, ni, en consecuencia, recurso contencioso-administrativo ni sentencia firme desestimatoria de tal pretensión.

Concluye la propuesta, por los argumentos expuestos, que la reclamación formulada es prematura, ya que las reclamantes deben agotar infructuosamente, y con carácter previo, los restantes mecanismos procedimentales antes de plantear una reclamación del carácter de la ahora examinada, considerándose que procede inadmitirla puesto que no concurre el requisito de admisibilidad del artículo 32.5 de la Ley 40/2015.

Quinto.- En su informe de 4 de octubre de 2018, la Abogacía del Estado se muestra favorable a la propuesta de resolución.

En tal estado, el expediente ha sido remitido al Consejo de Estado para dictamen. Ya ingresado en el Consejo de Estado el expediente, se solicitó audiencia por parte de las entidades reclamantes, siéndoles concedida el día 20 de enero de 2020, procediendo a presentar alegaciones el día 27 siguiente. Además de reiterar íntegramente los fundamentos de su pretensión indemnizatoria y de acompañar diversa documentación, las entidades reclamantes ponen de manifiesto que, ante los retrasos acumulados en la tramitación del expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial, han procedido a interponer los correspondientes recursos contencioso-administrativos ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (autos 351/2019 y 352/2019), habiendo formalizado las respectivas demandas los días 18 de diciembre de 2019 y 2 de enero de 2020.

I. La consulta versa sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador formulada por las entidades Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA), Visual Entidad de Gestión de Derechos de Artistas Plásticos (VEGAP) y Artistas, Intérpretes, Sociedad de Gestión de España (AISGE), derivada del

perjuicio sufrido por la no percepción de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2017 (entre 1 de enero y 31 de julio), en contravención del Derecho comunitario.

Solicitan una indemnización de 28.100.000 euros, a título de responsabilidad patrimonial del Estado por el perjuicio sufrido por la no percepción de la compensación equitativa, derivada del incumplimiento por el Estado español de las previsiones 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 el análisis de la presente reclamación -muy similar a las formuladas por estas mismas entidades de gestión y por otras representativas de otros colectivos, y que son objeto de análisis en los expedientes números 1.063/2019, 1.064/2019, 1.065/2019 y 1.066/2019- se seguirá el orden de razonamientos que seguidamente se expone, a fin de esclarecer los términos de la reclamación. Ante todo, se hará un recordatorio de la doctrina del Consejo de Estado, elaborada a partir de los expedientes en los que se ha analizado el régimen de la compensación equitativa por copia privada para, a continuación, efectuar un análisis de esta concreta reclamación atendiendo al régimen del artículo 32 de la Ley 40/2015. El dictamen concluirá con una serie de consideraciones acerca de la vía a la que puede acudir para solventar la cuestión subyacente.

II. De acuerdo con el esquema propuesto, en primer término se atenderá a la doctrina del Consejo de Estado sobre el régimen de compensación equitativa por copia privada.

Dicha doctrina ha emanado tanto de dictámenes en los que se han analizado proyectos normativos sobre el régimen jurídico de la propiedad intelectual en España, incluido el sistema de compensación equitativa por copia privada, como de otros que se han emitido (los últimos fueron los números 482/2017 a 488/2017) en relación con reclamaciones de responsabilidad patrimonial por los supuestos daños causados a los titulares del derecho a la referida compensación equitativa por el sistema implantado a raíz de las previsiones 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 (disposición adicional décima).

En dichos dictámenes cabe apreciar dos líneas argumentales fundamentales que conforman la referida doctrina en la materia examinada (haciendo abstracción ahora de otros relevantes elementos que no son de interés para el caso); es decir, en lo atinente al sistema de compensación equitativa por copia privada:

- La primera de ellas advirtió ya desde el año 2012 (dictamen n.º 1.260/2012, dictado sobre el proyecto normativo que posteriormente se aprobaría como Real Decreto 1657/2012), que el sistema de compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado podía, de no adoptar determinadas cautelas, generar problemas de incompatibilidad del indicado sistema con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el artículo 5.2.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.

Dichas advertencias fueron efectuadas de forma más detallada aún en el dictamen n.º 1.064/2013, sobre un anteproyecto de ley que fue posteriormente aprobado como Ley 21/2013, en el que el Consejo de Estado recordó que "el sistema de compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado podría ser admisible y podría encajar en el Derecho europeo (...) siempre y cuando se tengan en cuenta los elementos de especial significación que forman parte del sistema europeo, establecido en la Directiva 2001/29/CE y que son fundamentales para la eficacia misma del sistema".

Se destacó además en el dictamen que la modificación proyectada debía tener en cuenta en todo momento el carácter equitativo de la compensación, así como las especificidades derivadas de la configuración presupuestaria dada al sistema, ya que los créditos presupuestarios son limitativos (artículo 46 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria - LGP-), lo que podría, llegado el caso, determinar que la cuantía fijada en los Presupuestos para la compensación equitativa no alcanzara el nivel adecuado de compensación exigido por el Derecho europeo.

- La segunda de dichas líneas doctrinales ha entendido de forma reiterada que el mecanismo de compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado no genera en los titulares de ese derecho, por la vulneración del Derecho de la Unión Europea, el correlativo derecho a ser indemnizados a título de responsabilidad patrimonial del Estado legislador con causa en dicha infracción.

El Consejo de Estado, con base en la jurisprudencia de Luxemburgo, en su propia doctrina, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en los informes emitidos por su Comisión de Estudios, ha remarcado que ese género de responsabilidad patrimonial del Estado solo puede surgir cuando concurren los requisitos decantados por esa primera jurisprudencia (ahora consagrados en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sobre el que posteriormente se harán unas consideraciones específicas). Y, precisamente, atendiendo a esa jurisprudencia y a la doctrina de este Consejo, se ha entendido que no concurren tales requisitos en relación

con el régimen jurídico instaurado por el Real Decreto-ley 20/2011 y desarrollado por el Real Decreto 1657/2012, que constituyen el marco normativo de cobertura para las concretas órdenes ministeriales de determinación y liquidación del derecho a la compensación equitativa entre sus diferentes titulares. Como se dijera en los dictámenes números 482/2017 a 488/2017, la responsabilidad de los Estados miembros por infracciones del Derecho de la Unión Europea debe, por tanto, depurarse según las reglas sustantivas europeas, es decir, conforme "a los tres requisitos contemplados anteriormente [que] son necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, sin excluir, no obstante, que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pudiera incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos" (STJCE de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur y Factortame, asuntos acumulados C- 46/93 y 48/93).

Partiendo de esta base, sostenía entonces el Consejo de Estado que no cabía apreciar una "violación suficientemente caracterizada" del Derecho de la Unión Europea. Se recordaba que el informe de este Consejo de 14 de febrero de 2008, sobre inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español, señala que la concurrencia de una "violación suficientemente caracterizada" debe valorarse atendiendo fundamentalmente y de manera principal al margen de discrecionalidad del poder público en cuestión (pág. 42), de manera que cuando un Estado miembro actúa en un ámbito en el que dispone de una facultad de apreciación amplia, el criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario es "suficientemente caracterizada" es la inobservancia manifiesta y grave de los límites impuestos a su facultad de apreciación (STJCE de 17 de abril de 2007, A.G.M.-COS.MET, asunto C- 470/93).

Además del anterior, existen criterios adicionales para determinar si una violación del Derecho comunitario es "suficientemente caracterizada", como el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una institución comunitaria hayan podido contribuir a la infracción y la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario (STJCE de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur y Factortame, asuntos acumulados C-46/93 y 48/93).

Sobre esta base jurisprudencial, entendió el Consejo de Estado que no concurría dicho requisito en las reclamaciones formuladas por cuanto la propia Sentencia del TJUE de 9 de junio de 2016 recordaba (párrafo 21) que, "a menos que se admita privar al artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 de su efecto útil, debe considerarse que esta disposición impone a los Estados miembros que aplican la excepción de copia privada una obligación de resultado, en el sentido

de que están obligados a garantizar, en el marco de sus competencias, la percepción efectiva de la compensación equitativa destinada a indemnizar a los titulares de los derechos (véanse, en este sentido, las Sentencias de 16 de junio de 2011, *Stichting de Thuis kopie*, C-462/09, EU:C:2011:397, apartado 34, y de 11 de julio de 2013, *Amazon.com International Sales y otros*, C-521/11, EU:C:2013:515, apartado 57)".

A lo que añadía "que los Estados miembros disponen de una amplia facultad de apreciación para circunscribir estos parámetros en su Derecho interno" (párrafo 22) y, por ello, "no se puede considerar que el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 se oponga, por principio, a que los Estados miembros que han optado por introducir la excepción de copia privada decidan establecer en dicho marco un sistema de compensación equitativa que no esté financiada por dicho canon, sino por sus Presupuestos Generales" (párrafo 24).

Por tanto, proseguía el Consejo de Estado, "aun cuando la sentencia mencionada posteriormente considera que el sistema es incompatible con la Directiva 2001/29/CE por las razones que expone (en concreto, porque no podía garantizar que la compensación equitativa a los autores fuera soportada por los usuarios de copias privadas), la existencia misma del sistema de compensación con cargo a los Presupuestos Generales de un Estado se puede amparar en la amplia facultad de apreciación que el Tribunal reconoce a los Estados miembros", lo que permitía descartar la concurrencia del requisito de la "violación suficientemente caracterizada" de la Directiva 2001/29, y concluir que procedía desestimar la reclamación deducida, al no concurrir los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

III. En términos sustancialmente idénticos, aunque efectuando razonamientos adicionales al conocer de los recursos contencioso-administrativos interpuestos, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la serie de sentencias que ha dictado al respecto; esto es, sobre las pretensiones indemnizatorias articuladas por las entidades de gestión colectiva sobre la base del supuesto daño causado por el sistema implantado por el Real Decreto- ley 20/2011 y su norma de desarrollo, así como por las órdenes de determinación y liquidación de derechos para cada ejercicio.

Dejando al margen la Sentencia de 10 de noviembre de 2016, que anuló el Real Decreto 1657/2012 tras la resolución de la cuestión prejudicial planteada por la Sala Tercera ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y resuelta por este en la referida Sentencia de 9 de junio de 2016, caso EGEDA, el Tribunal Supremo declaró ya en la Sentencia de 19 de octubre de 2017, y ha reiterado en las dictadas en 2019 (Sentencias de 11 de noviembre de 2019, recurso 147/2018, recurrentes CEDRO y VEGAP; de 11 de noviembre de 2019, recurso 11/2018, recurrentes EGEDA, VEGAP y DAMA; 19 de noviembre de

2019, recurso 162/2018, recurrentes AIE y AGEDI; 20 de noviembre de 2019, recurso 155/2018, recurrente SGAE; 20 de noviembre de 2019, recurso 151/2018, recurrente AISGE; 20 de noviembre de 2019, recurso 125/2018, recurrente DAMA; y 3 de diciembre de 2019, recurso 113/2018, recurrentes EGEDA y VEGAP), la conformidad a Derecho de los Acuerdos del Consejo de Ministros de 19 de enero de 2018, desestimatorios de las reclamaciones de las entidades de gestión sobre las que se emitieron los dictámenes números 482/2017 a 488/2017, por considerar que no concurre el requisito de la violación suficientemente caracterizada en el sistema instaurado por el Real Decreto- ley 20/2011 y desarrollado por el Real Decreto 1657/2012 y las respectivas órdenes ministeriales.

También rechaza la Sala Tercera del Tribunal Supremo el planteamiento de cuestión prejudicial en cuanto al régimen establecido en el artículo 32 de la Ley 40/2015, al entender que no hay quiebra de los principios de efectividad y eficacia en el distinto tratamiento dado a las reclamaciones fundadas en la vulneración de Derecho de la Unión Europea y las fundadas en la declaración de inconstitucionalidad de una ley, así como rechaza el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, atendiendo a lo declarado por la STC 19/2018, de 22 de febrero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado, entre otros, frente al artículo 1.2 de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual (artículo 25), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, que supuso la derogación de la normativa anterior, incluida la disposición adicional décima del Real Decreto-Ley 20/2011.

IV. Por consiguiente, tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Supremo son coincidentes en cuanto a la inexistencia de dicha vulneración suficientemente caracterizada, y han entendido, y en buena lógica seguirán entendiendo, que cualquier reclamación de responsabilidad sustentada en dicha argumentación habrá de ser desestimada, por las razones reiteradamente expuestas.

Distinta valoración, sin embargo, ha de merecer la pretensión esgrimida en el presente caso por las reclamantes, relativa a que el legislador no ha procedido a regular conforme a las exigencias que le impone el Derecho de la Unión Europea la compensación equitativa prevista en la Directiva 2001/29/CE, sin que el régimen instaurado por 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 concreto, se procedió a dar nueva redacción al artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) para sustituir el sistema de compensación presupuestaria por otro basado en el pago de un importe a satisfacer por los fabricantes y distribuidores de equipos, aparatos y soportes de reproducción), contuviese previsión alguna al respecto, de manera que

los titulares de ese derecho no han percibido la meritada compensación en el ejercicio 2017 (en concreto, hasta el 1 de agosto de 2017, fecha de entrada en vigor del modelo instaurado por el citado Real Decreto-ley 12/2017).

Es decir, que, según las reclamantes, los titulares del derecho no han sido debidamente compensados en forma equitativa como impone el Derecho de la Unión Europea, ausencia de reparación que imputan al Estado legislador.

Así planteada la pretensión, es preciso analizar si existe sustento suficiente para que prospere, debiendo atender, en primer lugar, al régimen de dicho derecho a la compensación equitativa.

V. España, como muchos Estados miembros de la Unión Europea, implantó hace décadas el denominado límite de copia privada, en concreto a través del artículo 25 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual.

El artículo 5.2.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, permite a los Estados miembros de la Unión Europea establecer, como límite al derecho de reproducción (por el que solo el titular del derecho de autor o derecho afín puede autorizar o prohibir la reproducción de la obra), el caso de las copias en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado. No obstante, la Directiva obliga, a los Estados miembros que implanten este límite, a establecer una vía para que los titulares de esos derechos de reproducción reciban a cambio una compensación equitativa (exposición de motivos, apartado III, 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).

Con idéntica claridad lo expresa el preámbulo del citado Real Decreto-ley 12/2017, cuando afirma lo siguiente:

"... los recientes pronunciamientos judiciales europeos y nacionales interpretando la Directiva 2001/29/CE han dejado sin vigencia la actual regulación de la compensación equitativa por copia privada. Sin embargo, el reconocimiento del límite al derecho de reproducción por copia privada permanece en vigor. En la medida que, como se indicó anteriormente, la Directiva 2001/29/CE exige el reconocimiento de una compensación equitativa cuando se reconozca el referido límite, resulta obligado, para cumplir con el Derecho de la UE, proceder a la regulación urgente de un nuevo sistema que resulte conforme con la jurisprudencia europea y nacional.

II

En términos generales, se sustituye el actual modelo de compensación equitativa financiado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado por un modelo basado en el pago de un importe a satisfacer por los fabricantes y distribuidores de equipos, aparatos y soportes de reproducción. Se trata de un sistema, con vocación de permanencia, que responde de manera equilibrada a las necesidades de los consumidores y de los diferentes sectores implicados, incluidos los titulares de derechos de propiedad intelectual, y que prevé una compensación equitativa que cumple tanto con el derecho europeo como con el nacional".

Resulta evidente, como no podía ser de otra manera, que el legislador español afirma que la sustitución de un sistema basado en la compensación con cargo a presupuestos por otro en el que la compensación será satisfecha por los fabricantes y distribuidores, en los términos que contempla el artículo 25 de la LPI, no altera la vigencia del límite al derecho de reproducción por copia privada ni del derecho a la compensación equitativa del que son titulares, ante todo, los autores de las obras determinadas legalmente, explotadas públicamente en alguna de las formas previstas en la norma, y conjuntamente y, en los casos y modalidades de reproducción en que corresponda, 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 (artículo 25.3 de la LPI). Ese límite y el correlativo derecho son un *præius* a la concreta plasmación normativa del modo en que ha de llevarse a cabo la compensación equitativa.

O, como declaraba el TJUE en la citada Sentencia de 9 de junio de 2016, caso EGEDA, C-470/14:

"20 De ello se deduce que, cuando los Estados miembros deciden aplicar en su Derecho interno la excepción de copia privada prevista por la mencionada disposición, están obligados, en particular, a regular el abono de una "compensación equitativa" a favor de los titulares de los derechos (véanse, en este sentido, las Sentencias de 21 de octubre de 2010, Padawan, C-467/08, EU:C:2010:620, apartado 30, y de 5 de marzo de 2015, Copydan Båndkopi, C-463/12, EU:C:2015:144, apartado 19).

21 Por otro lado, el Tribunal de Justicia ya ha puesto de manifiesto que, a menos que se admita privar al artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 de su efecto útil, debe considerarse que esta disposición impone a los Estados miembros que aplican la excepción de copia privada una obligación de resultado, en el sentido de que están obligados a garantizar, en el marco de sus competencias, la percepción efectiva de la compensación equitativa destinada a

indemnizar a los titulares de los derechos (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de junio de 2011, *Stichting de Thuis kopie*, C-462/09, EU:C:2011:397, apartado 34, y de 11 de julio de 2013, *Amazon.com International Sales* y otros, C-521/11, EU:C:2013:515, apartado 57)".

De ello se deduce:

- En primer lugar, que los Estados miembros pueden decidir aplicar o no en su Derecho interno el límite o la excepción por copia privada.

- En segundo lugar, que si los Estados miembros deciden aplicar ese límite o excepción, entonces asumen la obligación de regular el abono de una compensación equitativa a favor de los titulares de los derechos.

- Y, en tercer lugar, que los Estados miembros asumen una obligación de resultado, consistente en que han de establecer los mecanismos adecuados para que dichos titulares de derechos perciban efectivamente dicha compensación equitativa.

Por consiguiente, a juicio del Consejo de Estado, es una obligación asumida por el legislador español la de regular ese derecho a la compensación equitativa por copia privada de manera conforme con la Directiva 2001/29/CE y la jurisprudencia que la ha interpretado, lo que implica, de conformidad con lo expuesto, que los titulares de obras protegidas han de ser efectivamente resarcidos -compensados de forma equitativa- por el perjuicio causado debido al establecimiento de la excepción de copia privada.

Existe, por tanto, con arreglo al Derecho de la Unión Europea y a nuestro Derecho interno, un derecho del que son titulares principalmente los autores, junto a otros sujetos en los casos establecidos legalmente, por el perjuicio derivado de la copia privada no autorizada de sus obras protegidas. Ese derecho, una vez incorporado a la legislación interna de un Estado miembro, como es el caso de España, ha de ser regulado de forma que garantice a sus titulares la percepción efectiva de la compensación equitativa por el perjuicio padecido.

No es jurídicamente admisible que, aun cuando se trate de un derecho de configuración legal, dicho derecho a la compensación equitativa quede vacío de contenido. No basta con su reconocimiento normativo y nominativo. Su regulación en nuestro ordenamiento interno obliga al legislador a articular una compensación equitativa en el modo determinado por el Derecho y la jurisprudencia europeos, que sea efectivamente percibida por sus titulares.

Como declarase la STJUE de 21 de octubre de 2010, caso *Padawan*, C-478/10:

"39 (...) dicha compensación equitativa tiene por objeto recompensar a los autores "adecuadamente" por el uso que, sin su autorización, se haya hecho de sus obras protegidas. Para determinar la cuantía de dicha compensación, debe tenerse en cuenta, como "criterio útil", el "posible daño" que el acto de reproducción en cuestión haya causado al autor, teniendo en cuenta, no obstante, que un "perjuicio [...] mínimo" puede no dar origen a una obligación de pago. Por lo tanto, la excepción de copia privada debe poder implicar un sistema "para compensar a los titulares de los derechos por los perjuicios sufridos".

40 De dichas disposiciones se desprende que el concepto y la cuantía de la compensación equitativa están vinculados al perjuicio causado al autor mediante la reproducción para uso privado, no autorizada, de su obra protegida. Desde esta perspectiva, la compensación equitativa debe considerarse la contrapartida del perjuicio sufrido por el autor.

41 Además, los términos "recompensarles" y "compensar" que figuran en los considerandos trigésimo quinto y trigésimo octavo de la Directiva 2001/29 reflejan la voluntad del legislador de la Unión de establecer un determinado sistema de compensación, cuya aplicación se origina por la existencia, en detrimento de los titulares de derechos, de un perjuicio que genera, en principio, la obligación de "recompensarles" o "compensarles".

42 De ello se deduce que la compensación equitativa debe calcularse necesariamente sobre la base del criterio del perjuicio causado a los autores de obras protegidas debido al establecimiento de la excepción de copia privada".

En definitiva, no cabe duda de que en el Derecho interno existe dicho derecho y que este, a su vez, impone la obligación de resultado consistente en la percepción efectiva de una compensación por el perjuicio padecido que ha de ser "equitativa".

Procede ahora valorar si la situación generada entre el 1 de enero y el 31 de julio de 2017 reviste los caracteres exigidos para generar un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por vulneración del Derecho de la Unión Europea, lo que obliga a acudir a lo previsto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

VI. La Ley 40/2015 establece un régimen de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en sus artículos 32 y siguientes; en lo que aquí interesa, el artículo 32.5 establece:

"5. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier

instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes: a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares. b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado. c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares".

Por consiguiente, el legislador erige en requisito ineludible para que proceda la indemnización a título de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho europeo que el particular que considera que ha sufrido un perjuicio que no tiene el deber jurídico de soportar haya obtenido en cualquier instancia "una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada". Además, han de concurrir los indicados requisitos, y ello porque, aun cuando se obtenga la meritada sentencia firme desestimatoria y posteriormente recaiga un pronunciamiento del TJUE que aprecie la contravención por el Derecho interno de una disposición del Derecho europeo, es posible que no concurren los indicados requisitos (como este mismo Consejo ha entendido en los reiterados dictámenes de los expedientes números 482/2017 a 488/2017).

Ahora bien, a diferencia de la propuesta de resolución, el Consejo de Estado no considera que dicho requisito de la obtención de sentencia firme desestimatoria por el interesado sea un requisito de procedibilidad de la reclamación de responsabilidad patrimonial y, por ello, que en su ausencia proceda la inadmisión de la solicitud o reclamación formulada.

Y ello, por cuanto en materia de procedimiento administrativo en general, y de responsabilidad patrimonial en particular, rige un principio antiformalista que, unido a la aplicación del principio pro actione, impide trasladar a este ámbito las reglas y los rigores propios del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. A lo que se añade que la posibilidad de inadmitir las solicitudes o los recursos de los administrados está tasada en la propia legislación administrativa, sin que proceda su extensión a supuestos no previstos, hurtando de ese modo a aquellos un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión deducida. En particular, la Ley 39/2015 regula la inadmisión de manera específica en materia de revisión de oficio (artículo 106.3) y de recursos administrativos (artículos 116, 119.1 y 126), estableciendo, además, el deber de motivación de "los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos y procedimientos de arbitraje

y los que declaren su inadmisión" (artículo 35.1.b). De manera adicional, cabe reparar en la regla del artículo 88 que, en relación con la resolución que ponga fin al procedimiento, dispone que "en ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá acordarse la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, sin perjuicio del derecho de petición previsto por el artículo 29 de la Constitución" (apartado 5).

Esta regla, a juicio del Consejo de Estado, no es aplicable al presente caso, ya que el derecho de compensación equitativa por copia privada cuenta con expreso reconocimiento en el ordenamiento, al igual que el de ser indemnizado a título de responsabilidad patrimonial, si concurren los requisitos establecidos para ello; tampoco cabría acudir a la consideración de que la reclamación formulada carece de fundamento de forma manifiesta, ya que descansa en la apreciación o no de un concepto jurídico indeterminado ("violación suficientemente caracterizada del Derecho europeo") cuyos contornos dificultan efectuar dicha calificación de forma apriorística.

Por todo ello, este Consejo entiende que no procede inadmitir la reclamación formulada, sino examinar si concurren los requisitos que establece el ordenamiento de cara a resolver si procede estimarla o desestimarla.

VII. Llegados a este punto, debe analizarse el contenido del primer párrafo del artículo 32.5 de la Ley 40/2015, a la vista de las peculiaridades del presente caso.

Como se ha indicado, este precepto establece lo siguiente:

"Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada".

Se aprecia que el legislador exige, para que prospere una eventual reclamación de esta clase, que la lesión sea consecuencia de "la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea".

Pues bien, esta exigencia no puede considerarse omnicomprendiva de los casos en los que puede apreciarse causada una lesión por el legislador nacional, pues esta también puede proceder, en hipótesis, de la ausencia de transposición (Sentencia de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich); también, al menos en hipótesis, una

transposición parcial e insuficiente puede generar una lesión a los ciudadanos, que será indemnizable de concurrir los requisitos decantados por la jurisprudencia europea (y ahora recogidos en el citado artículo 32.5 de la Ley 40/2015).

Tal acontece en el presente caso.

No es razonable exigir, en el supuesto ahora examinado, a las entidades de gestión (en representación de quienes tienen derecho a la compensación equitativa) que obtengan una declaración de "contravención del Derecho de la Unión Europea" por una norma interna, pues lo que sucede es que, para parte del ejercicio 2017, no existe esa norma reguladora del derecho a la compensación equitativa, y ello es así por la sola responsabilidad del legislador nacional, que ha tenido tiempo holgado para dictarla.

A este respecto, cabe recordar que el Tribunal de Justicia ha expresado con nitidez en la Sentencia de 8 de octubre de 1996, caso Dillenkofer, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94, lo siguiente:

"26 Por consiguiente, cuando, como en el asunto Francovich, un Estado miembro, infringiendo el párrafo tercero del apartado 189 del Tratado, no adopta ninguna de las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una Directiva dentro del plazo señalado por ésta, dicho Estado miembro vulnera, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus competencias.

(...)

28 En particular, no se puede supeditar la reparación del daño a la exigencia de que el Tribunal de Justicia haya declarado previamente la existencia de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable al Estado (véase la sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortame, apartados 94 a 96) ni a la existencia de un acto intencional o negligencia del órgano estatal al que sea imputable (véanse los apartados 75 a 80 de la misma sentencia)".

En suma, no es preciso, en ciertos casos, obtener la previa declaración del TJUE sobre incumplimiento del Derecho europeo por un Estado miembro para accionar por responsabilidad patrimonial del Estado legislador, máxime en aquellos casos en que no se haya adoptado una medida de adaptación del Derecho nacional a una directiva para alcanzar el resultado prescrito en ella.

VIII. Resulta evidente que el Reino de España tiene (viene teniendo desde hace años) la obligación de regular el derecho a la compensación equitativa y de garantizar su percepción efectiva, que solo al legislador corresponde articular normativamente.

El incumplimiento en que se ha incurrido para el referido período del ejercicio 2017 con respecto a la regulación del derecho a la compensación equitativa supone que, para ese período, no ha habido una transposición efectiva de la Directiva 2001/29/CE, sin que ninguna de las disposiciones aprobadas tras la Sentencia EGEDA haya colmado esa situación de anomia y de correlativo abandono del derecho de los titulares de derechos de propiedad intelectual sujetos al sistema de copia privada a obtener una compensación equitativa.

Ha de traerse de nuevo a colación que, como señalara el preámbulo del ya citado Real Decreto-ley 12/2017, al final de su apartado I:

"En la medida [en] que, como se indicó anteriormente, la Directiva 2001/29/CE exige el reconocimiento de una compensación equitativa cuando se reconozca el referido límite, resulta obligado, para cumplir con el Derecho de la UE, proceder a la regulación urgente de un nuevo sistema que resulte conforme con la jurisprudencia europea y nacional".

O como indica a continuación ese mismo preámbulo:

"Como antes se ha señalado, el hecho de que la normativa que regulaba la compensación equitativa por copia privada haya perdido su vigencia por los recientes pronunciamientos judiciales europeos y nacionales, pero no así el reconocimiento legal del límite al derecho de reproducción por copia privada, debido a la declaración de absoluta incompatibilidad efectuada por el Tribunal Supremo entre el sistema de compensación que se aplicaba y el artículo 5.2.b) de la referida Directiva 2001/29/CE, y la imposibilidad de adaptación del sistema de compensación equitativa por copia privada financiado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, provoca que los titulares de derechos de propiedad intelectual no dispongan en la actualidad de ningún sistema que les permita compensar el perjuicio por los derechos dejados de percibir como consecuencia del reconocimiento del límite de copia privada en nuestro ordenamiento jurídico.

Ello produce una situación de incumplimiento del Derecho europeo a la que el Estado está obligado a poner fin cuanto antes, tratándose de una circunstancia que exige una acción legislativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes (SSTC 6 y 111/83), lo que justifica la adopción de las medidas que incorpora este real decreto- ley, concurriendo, de este modo, la circunstancia de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución Española para la utilización de dicha figura normativa".

Resulta palmario que el legislador nacional no ha atendido a las obligaciones indicadas ni a la urgencia demandada por la situación generada -calificada por el propio preámbulo de "incumplimiento del

Derecho europeo"-; el legislador nacional no ha atendido al vacío normativo creado ni ha corregido la correlativa falta de efectiva compensación equitativa para los ejercicios indicados.

Entiende el Consejo de Estado que la Administración del Estado no puede ampararse en la desidia del legislador para inadmitir la reclamación, por las razones ya expuestas, pero tampoco para desestimarla arguyendo que no existe norma al respecto, máxime cuando solo al legislador estatal corresponde aprobar una disposición al efecto, en los claros términos de la jurisprudencia citada.

IX. En el presente caso, la pretensión que formulan las reclamantes descansa en la ausencia de regulación concreta de un sistema que articule la compensación equitativa entre el 1 de enero y el 31 de julio de 2017, lapso carente de regulación en nuestro ordenamiento, por las razones suficientemente expuestas.

Debe, pues, analizarse si esta falta de regulación constituye una violación suficientemente caracterizada, pues es obvio que la Directiva 2001/29/CE confiere un derecho a los particulares.

Esa falta de regulación puede considerarse:

- bien una falta de transposición, porque la anulación del sistema de compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado ha determinado la ausencia de norma de transposición en el período indicado,

- bien una transposición incorrecta de la Directiva 2001/29/CE, porque persistiendo el Real Decreto-ley 20/2011 y la Ley 21/2014 como normas legales reguladoras del indicado sistema de compensación presupuestaria, pervivieron hasta el Real Decreto-ley 12/2017 sin que este ni las normas posteriormente dictadas en 2018 y 2019, modificativas todas ellas del artículo 25 de la LPI, que regula el sistema de compensación equitativa por copia privada, hayan proporcionado una solución normativa a la falta de compensación del indicado ejercicio 2017, en el período indicado.

Con independencia de una u otra perspectiva, la falta de regulación solo es imputable al legislador, sin que, a juicio del Consejo de Estado, y de conformidad con la jurisprudencia de Luxemburgo citada, pueda exigirse en el presente caso que se obtenga una declaración de que esa situación de anomia es contraria al Derecho de la Unión Europea, siendo evidente que la falta de regulación supone, primero, el incumplimiento por el Reino de España de las obligaciones impuestas por la Directiva 2001/29/CE y, segundo, la privación de facto del derecho a la compensación equitativa.

En cuanto el Estado, desde la anulación del sistema de compensación presupuestaria, no ha procedido a articular el sistema de satisfacción de la compensación equitativa exigida por el artículo

5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE, concurre una "violación suficientemente caracterizada". Invocan a este respecto las reclamantes la existencia de "un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia" (Sentencia Tomášová, de 28 de julio de 2016, asunto C-168/15), que ha declarado la referida obligación de los Estados miembros (Sentencia EGEDA, párrafos 19 a 21) (aun cuando dicha sentencia está referida a un supuesto de desconocimiento de la jurisprudencia por órgano judicial interno).

Entiende el Consejo de Estado que ha de acudirse a la jurisprudencia que ha declarado con rotundidad que es un deber de los Estados que establecen un sistema de copia privada garantizar que la compensación con la que ha de retribuirse a los titulares de derechos de propiedad intelectual, por las vulneraciones de sus derechos, ha de ser equitativa.

En concreto, las Sentencias del TJUE de 27 de junio de 2013, caso VG WORT, asuntos acumulados C-457/11 a C-460/11, y de 11 de julio de 2013, Amazon contra Austro-Mechana, asunto C-521/11, no dejan lugar a dudas cuando afirman que "el hecho de que un Estado miembro no haya garantizado la correcta aplicación de la excepción de copia privada no implica en absoluto la eliminación de la compensación equitativa debida a los titulares de los derechos, quienes, por otra parte, pueden sufrir un perjuicio adicional, precisamente por razón de tal omisión de dicho Estado miembro" (VG WORT, apartado 54), y que "el sistema de percepción elegido por el Estado miembro de que se trate no puede sustraerle de la obligación de resultado consistente en garantizar a los titulares del derecho de reproducción exclusivo afectados el pago efectivo de una compensación equitativa como indemnización del perjuicio producido en su territorio" (Amazon contra Austro-Mechana, apartado 60).

Entiende, en definitiva, el Consejo de Estado que la falta de regulación de un sistema de compensación para los meses de enero a julio de 2017 constituye una violación suficientemente caracterizada de la Directiva 2001/29/CE (también lo constituye la falta de regulación para los ejercicios 2015 y 2016, pero estos períodos no son objeto de consideración en el presente dictamen, aunque sí lo han sido en los dictámenes de los expedientes números 1.063/2019 a 1.066/2019).

Además, concurren los otros requisitos exigidos por la jurisprudencia y el artículo 32 de la Ley 40/2015; esto es, que la norma (Directiva 2001/29/CE) ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares y que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares, pues estos tienen derecho a que el Estado regule el sistema de compensación, garantizando que sea equitativa y su percepción efectiva.

Por todo ello, entiende el Consejo de Estado que procede estimar parcialmente la reclamación formulada.

X. Finalmente, y por lo que se refiere a la cuantía de la reparación a la que tienen derecho los titulares de los derechos de autor afectados por el límite de copia privada, como ya indicara el Consejo de Estado, ha de tenerse en cuenta, como declaró el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de abril de 2017, que "lo previsto no es una restitutio in integrum, una indemnización, sino una compensación que debe procurarse equitativa, tomando como base el perjuicio causado y que mantenga el justo equilibrio de los intereses concernidos".

En términos similares, la STS de 19 de noviembre de 2019 (rec. 162/2018) declara que "la compensación equitativa no tiene por objeto la "restitutio in integrum" de unos perjuicios que son imposibles de cuantificar (como lo demuestra la horquilla en la que se mueven, con base a tres dictámenes periciales, sus pretensiones resarcitorias: entre 39.099.540 euros, (Informe de Compass Lexecon); 76.464.141 euros, calculados por GfK (el doble que el anterior) sobre la base de los cánones establecidos por el Real Decreto- Ley 12/17 que no estaban vigentes cuando se publicó la Orden; y los 12.866.170,02 (menos de la mitad que el primer importe), que se calculan sobre la base del informe de KPMG, y que dicen -no acreditan- fue el acogido por la Administración en el expediente de elaboración de la Orden). Tal disparidad de resultados y de métodos pone de manifiesto la imposibilidad de establecer un importe cierto de los perjuicios, lo que llevó siempre al Legislador a establecer un sistema de "compensación equitativa" (distinto de una indemnización de perjuicios ciertos), calculada bien, sobre la base del llamado "canon digital" a cargo de los fabricantes e importadores de equipos o aparatos de reproducción, con posibilidad de repercutirlo en el usuario final de la copia privada (sistema tradicional), o, por cualquier otro que garantice que su financiación correrá, siempre y en todo caso, a cargo de las personas físicas usuarias de la copias privadas, motivo por el que se declaró contrario al Derecho de la Unión el sistema de financiación con cargo a los presupuestos Generales del Estado".

A juicio del Consejo de Estado, lo que procede en este caso es, como ya dijera en dictámenes anteriores, atender al sistema instaurado en el artículo 25 de la LPI desde el Real Decreto-ley 12/2017, de manera que la cuantía de la compensación se fije atendiendo a los parámetros establecidos en la LPI y que, a fecha de la emisión del presente dictamen, no han generado litigiosidad entre el Estado y las entidades de gestión colectiva.

A la vista de ese régimen jurídico puede proceder a fijarse la cuantía debida por el ejercicio 2017 (para el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de julio de 2017), en el que se aprecia la existencia de la indicada vulneración suficientemente caracterizada por el

legislador español de las obligaciones que le impone el reiterado Derecho de la Unión Europea.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

1.º. Que procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador formulada por las entidades EGEDA, DAMA, VEGAP y AISGE, en los términos expuestos en el presente dictamen.

2.º. Que, a fin de proceder a la fijación de la compensación equitativa debida por parte del ejercicio 2017 (entre el 1 de enero y el 31 de julio de 2017), ha de atenderse a los criterios del artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 12/2017, en los términos indicados en la consideración X del presente dictamen".

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 9 de julio de 2020

LA SECRETARIA GENERAL,

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. MNISTRO DE CULTURA Y DEPORTE.