



Roj: **STS 1330/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1330**

Id Cendoj: **28079130052021100094**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **12/04/2021**

Nº de Recurso: **158/2019**

Nº de Resolución: **495/2021**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

REC.ORDINARIO(c/a)/158/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Quinta

Sentencia núm. 495/2021

Fecha de sentencia: 12/04/2021

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 158/2019

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 27/10/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde

Procedencia: MIN. EDUCACION, CULTURA Y DEPORTE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por: MAS Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 158/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 495/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Dª. Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 12 de abril de 2021.



Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo 158/2019 interpuesto por la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES (SGAE), la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y la ASOCIACIÓN DE ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE), contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea, formulada por las entidades recurrentes para ante el Consejo de Ministros, al no haber adoptado el Estado las medidas necesarias para garantizar a los titulares de los derechos de propiedad intelectual la percepción de una compensación equitativa por copia privada por el período de tiempo comprendido entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de julio de 2017.

Las entidades recurrentes han sido representadas por el procurador de los Tribunales don Manuel Díaz Alfonso y asistidas por el letrado don Juan José Marín López.

Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y asistida por la Abogada del Estado doña Pilar Cancer Minchot, en la representación que legalmente ostenta.

La cuantía del recurso fue fijada en 34.520.000 euros.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES (SGAE), la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y la ASOCIACIÓN DE ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) se interpone recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto por las recurrentes (en fecha de 8 de noviembre de 2018) contra la anterior desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea, formulada por las recurrentes para ante el Consejo de Ministros, de fecha de 10 de noviembre de 2017, al no haber adoptado el Estado las medidas necesarias para garantizar a los titulares de los derechos de propiedad intelectual la percepción de una compensación equitativa por copia privada por el período de tiempo comprendido entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de julio de 2017.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de 6 de mayo de 2019, se tuvo por interpuesto el recurso contencioso-administrativo y, admitido a trámite, fue reclamado el expediente administrativo al Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, fin de que en el plazo de veinte días fuere remitido, con los apercibimientos establecidos en el artículo 48 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa (LRJCA).

TERCERO.- Remitido el expediente, por nueva diligencia de ordenación de 8 de julio de 2019, se tuvo por personado y parte al Abogado del Estado y se acordó dar traslado a la parte recurrente al objeto de que, en el plazo de veinte días, procediera a contestar a la demanda; trámite que cumplimento en fecha de 15 de octubre de 2019, solicitando se dictase sentencia por la que: *"Primero. Se declare que los titulares de derechos de propiedad intelectual representados por las demandantes SGAE, AGEDI y AIE no han recibido en los ejercicios 2016 y 2017 (este último en el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de julio de 2017) ninguna cantidad en concepto de compensación equitativa por copia privada tendente a resarcir el perjuicio sufrido por dichos titulares por las copias de sus obras y prestaciones realizadas al amparo del límite legal de copia privada, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración. Segundo. Se declare la responsabilidad patrimonial del Estado español por infracción del Derecho de la Unión Europea, en concreto del artículo 5.2, letra b), de la Directiva 2001/29 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, al no haber adoptado ninguna medida para facilitar la percepción por los titulares de derechos de propiedad intelectual de la compensación equitativa por copia privada correspondiente a los ejercicios 2016 y 2017 (este último en el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de julio de 2017), condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración. Tercero. Se condene al Estado al pago de la cantidad necesaria para resarcir el perjuicio sufrido por los titulares de los derechos de propiedad intelectual en el ejercicio 2016 como consecuencia de las reproducciones realizadas al amparo del límite de copia privada, cantidad que asciende: (i) Con carácter principal: respecto de la modalidad de fonogramas, 22.950.000 € para SGAE, 11.475.000 € para AIE y 11.475.000 € para AGEDI, y, respecto de la modalidad de audiovisual, 17.137.921,20 € para SGAE y 3.880.000 € para AIE.*

(ii) Con carácter subsidiario: respecto de la modalidad de fonogramas, 11.310.357,05€ para SGAE, 5.655.178,52 € para AIE y 5.655.178,52 € para AGEDI, y, respecto de la modalidad de audiovisual, 12.391.828,15 € para SGAE, 2.806.894,30 € para AIE y 138.871,83€ para AGEDI.



(iii) En el hipotético caso de que el tribunal considere que no es posible determinar el importe de la reparación en la sentencia que ponga fin al presente procedimiento, que se remita dicha determinación al periodo de ejecución de sentencia. Cuarto. Se condene al Estado al pago de la cantidad necesaria para resarcir el perjuicio sufrido por los titulares de los derechos de propiedad intelectual en el ejercicio 2017 (desde el 1 de enero al 31 de julio de 2017) como consecuencia de las reproducciones realizadas al amparo del límite de copia privada, cantidad que asciende: (i) Con carácter principal: respecto de la modalidad de fonogramas, 12.180.000 € para SGAE, 6.090.000 € para AIE y 6.090.000 € para AGEDI, y, respecto de la modalidad de audiovisual, 8.280.000 € para SGAE y 1.880.000 € para AIE. (ii) Con carácter subsidiario: respecto de la modalidad de fonogramas, 5.794.331,83 € para SGAE, 2.897.165,92 € para AGEDI y 2.897.165,92 € para AIE, y, respecto de la modalidad de audiovisual, 6.634.516,91 € para SGAE, 1.502.795.795,83 € para AIE y 74.353,22 € para AGEDI. (iii) En el hipotético caso de que el tribunal considere que no es posible determinar el importe de la reparación en la sentencia que ponga fin al presente procedimiento, que se remita dicha determinación al periodo de ejecución de sentencia. Quinto. Se condene a la demandada al pago de las costas procesales".

CUARTO.- Dado traslado para contestación, la abogada del Estado, rechazando los distintos motivos de impugnación formulados en la demanda, mediante escrito presentado en fecha de fecha 13 de noviembre de 2019, contestó a la misma solicitando la desestimación del recurso, con imposición de costas a las recurrentes.

QUINTO.- Por auto de la Sala de 28 de noviembre de 2019 se recibió el pleito a prueba, con el resultado que se refleja en las actuaciones, uniéndose, en consecuencia, la documental aportada y practicándose la pericial acordada.

SEXTO.- Mediante providencia de 5 de febrero de 2020 se concedió a las partes el plazo sucesivo de diez días conforme el artículo 64 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA) para que evacuaran el trámite de conclusiones sucintas, con el resultado que obra en autos.

SÉPTIMO.- Por providencia de 24 de julio de 2020 se señaló para votación y fallo de este recurso el día 13 de octubre de 2021, si bien, con anterioridad (en fecha de 12 de agosto de 2020) fue remitido a la Sala, por el Ministerio de Cultura y Deportes, informe del Consejo de Estado de fecha de 9 de julio de 2020, que fue puesto sucesivamente en conocimiento de las partes al objeto de que, respecto del mismo, pudieran formular alegaciones.

OCTAVO.- No habiendo concluido dicho trámite en la fecha señalada para votación y fallo, por providencia de la citada fecha de 13 de octubre de 2020 fue suspendido el señalamiento previsto para votación y fallo, señalándose, nuevamente, para el día 27 de octubre siguiente, fecha en la que la misma se inició.

NOVENO.- Por auto de fecha 28 de octubre de 2020, se acordó suspender el plazo para dictar sentencia, al objeto de que, como diligencia final, se aportara por las partes certificaciones de los abonos realizados o percibidos, por los conceptos reclamados en autos, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 12/2017, de 3 de julio.

DÉCIMO.- Practicada la anterior diligencia final acordada, y dado traslado a cada parte, de las alegaciones y documentaciones formuladas y aportadas de contrario, al objeto de que pudiera replicar sobre la misma, mediante providencia de 11 de diciembre de 2020 se alzó la suspensión del plazo para dictar sentencia y se dispuso la conclusión de la deliberación en la sesión de la Sala de fecha 9 de marzo de 2021, y que ha continuado hasta la sesión de 6 de abril, fecha en que la misma concluyó, con observancia de las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES (SGAE), la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y la ASOCIACIÓN DE ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA

(AIE) se interpone recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto por las recurrentes (en fecha de 8 de noviembre de 2018) contra la anterior desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea, formulada por las recurrentes para ante el Consejo de Ministros, de fecha de 10 de noviembre de 2017, al no haber adoptado el Estado las medidas necesarias para garantizar a los titulares de los derechos de propiedad intelectual la percepción de una compensación equitativa por copia privada por el período de tiempo comprendido entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de julio de 2017.



Las recurrentes sintetizan sus pretensiones en los siguientes términos:

- a) La reclamación de responsabilidad patrimonial deriva de una infracción del Derecho de la Unión Europea al no haber adoptado, el Estado español, las medidas necesarias para garantizar, a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, la percepción de una compensación equitativa por copia privada durante el período de tiempo comprendido entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de julio de 2017; insistiendo en que, la de autos, es una responsabilidad patrimonial por omisión, no por acción.
- b) Por ello, solicita que se condene al Estado español a reparar el daño causado en las cantidades que especifica en el suplico de la demanda, a concretar en las pruebas periciales a practicar en autos.

Por otra parte, las recurrentes ponen de manifiesto varias consideraciones previas:

- a) La ausencia de respuesta expresa de la Administración demandada que, en ningún momento, ofreció una respuesta a la reclamación formulada; ni a la reclamación, ni al recurso de reposición.
- b) La ausencia en el expediente del dictamen del Consejo de Estado exigido con carácter preceptivo del citado órgano (dictamen que, como se ha expresado, sería remitido a la Sala antes de la votación y fallo del asunto).
- c) La ausencia de pronunciamiento alguno previo de la Sala en relación con el objeto del recurso, sin que ninguna de las sentencias dictadas, a instancia de las recurrentes (o de otras entidades representativas de titulares de derechos de propiedad intelectual), se refiera al período temporal --1 de enero de 2016 a 31 de julio de 2017-- al que el presente recurso se contrae y en el que las entidades recurrentes no vieron garantizado su derecho, reconocido por el Derecho de la Unión Europea, a percibir una compensación equitativa susceptible de reparar el daño causado a los citados titulares de derechos de propiedad intelectual por el límite de copia privada. Y,
- d) Desde una perspectiva conceptual expone el contenido de dos conceptos claves para la resolución del litigio: 1. Considera el denominado "*derecho de reproducción*" como un derecho de carácter patrimonial del que gozan los titulares de los derechos de propiedad intelectual (autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas) --representados por las entidades recurrentes--, que cuenta con la característica de la exclusividad, y que posibilita y permite que su titular pueda prohibir a un tercero la copia o reproducción de su obra. 2. Por su parte, la "*copia privada*" es el límite legalmente establecido al anterior "*derecho de reproducción*" --esto es, de conformidad con terminología del Derecho de la Unión Europea, actúa como una limitación o excepción al "*derecho de reproducción*"--, consistiendo su contenido en que un tercero pueda llevar a cabo una copia o reproducción de la obra protegida sin necesidad de recabar la autorización de su titular.

SEGUNDO.- Para llegar a esta situación debemos dejar constancia, de forma muy sintética, de los precedentes normativos y jurisprudenciales que han incidido en la actual situación, y que resultan necesarios recordar para la adecuada resolución del presente conflicto:

1º. Obviamente, debemos partir --como hemos realizado en nuestras anteriores sentencias-- de la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001 (Directiva 2001/29), 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, mediante la cual, en su artículo 5.2.b) se autorizó a los Estados miembros a establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción "*en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de 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*".

2º. La transposición de la Directiva 2001/29 fue llevada a cabo, en España, mediante la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia) aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, dando una nueva redacción al artículo 25 --así como al 31--, en el que se mantenía, en una detallada regulación, el sistema tradicional de remuneración compensatoria y equitativa prevista en el Derecho español, esto es, mediante pago de un canon a cargo de los fabricantes, distribuidores de equipos, aparatos o soportes de reproducción. Este sistema estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2011.

3º. 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 y el pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, procedió a la modificación del régimen de compensación equitativa por copia privada, pasando del sistema hasta entonces existente --basado en el pago por los intermediarios en el mercado de equipos, aparatos y soportes de reproducción-- al sistema de abono de la compensación con cargo a los Presupuestos Generales de Estado.



Este nuevo sistema entró en vigor el 1 de enero de 2012. En concreto, en su apartado 3 señala que *"la cuantía de la compensación se determinará tomado como base la estimación del perjuicio causado"*.

4º. El desarrollo de esta Disposición Adicional, y de este nuevo sistema, sería llevado a cabo por el 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. Y este Real Decreto, a su vez, se desarrollaría por sucesivas Órdenes anuales del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes para los ejercicios 2012, 2013, 2014 y 2015, mediante las que se establecía el importe de la compensación equitativa anual por copia privada. Estas Órdenes serían: a) Para el año 2012, la Orden ECD/2128/2013, de 14 de noviembre, por la que se determina la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2012 con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y su distribución entre las tres modalidades de reproducción referidas legalmente (BOE 275, 16 de noviembre de 2013). b) Para el año 2013, la Orden ECD/2166/2014, de 14 de noviembre (BOE 281, 20 de noviembre de 2014). c) Para el año 2014, la Orden ECD/2226/2015, de 19 de octubre (BOE 256, 26 de octubre de 2015), y, d) Para el año 2015, la Orden ECD/1649/2016, de 10 de octubre (BOE 247, 12 de octubre de 2016).

5º. El citado Real Decreto 1657/2012, sin embargo, sería anulado por la STS de 10 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4832, RC 34/2013) — Recurso en el que se había planteado cuestión prejudicial para ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a la que luego nos referiremos—; y, a su vez, la respectivas Órdenes anuales del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes de precedente cita (dictadas para fijar el importe de la compensación equitativa que debía ser pagada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado), serían, también, anuladas por sucesivas SSAN de la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional.

6º. Con anterioridad a estas sentencias el nuevo sistema de pago o abono de la compensación por la copia privada, introducido por la citada Disposición Adicional Décima del Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, sería ratificado por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre (por la que se modifica el 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), mediante la que se daría una nueva redacción al artículo 25.1 de la Ley de Propiedad Intelectual. En concreto, en su número 1, párrafo segundo, se señalaba: *"Dicha compensación, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, estará dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaran de percibir por razón del límite legal de copia privada"*. Y, en su número 3, se añadía: *"El procedimiento de determinación de la cuantía de esta compensación, que será calculada sobre la base del criterio del perjuicio causado a los beneficiarios enumerados en el apartado 2 debido al establecimiento del límite de copia privada en los términos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 31, y contará con una consignación anual en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, así como el procedimiento de pago de la compensación, que se realizará a través de las entidades de gestión, se ajustarán a lo reglamentariamente establecido"*.

7º. Pues bien, en el recurso contencioso administrativo seguido ante el Tribunal Supremo contra el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, esta Sala, mediante ATS de 10 de septiembre de 2014, planteó para ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestión prejudicial que dio lugar a la STJUE del de 9 de junio de 2016 (C-470/14, EGEDA, ECLI: EU:C:2016:418) en la que, en síntesis, se decretó que el citado artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29 se oponía a un sistema de compensación de la copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, expresándose la sentencia en los siguientes términos: *"... el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 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. Habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial, no ha lugar a responder a la segunda."*

8º. La anterior STJUE sería el fundamento de las ya citadas STS de 10 de noviembre de 2016 (que anuló el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre), y, a su vez, de las SSAN (que anularon las sucesivas Órdenes del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, encaminadas a fijar el importe de la compensación equitativa que debía ser pagada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado correspondientes a los años 2012, 2013, 2014 y 2015).

9º. A consecuencia de ello se dictaría 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, que entraría en vigor en fecha de 1 de agosto de 2017, sin establecer régimen transitorio alguno. Este Real Decreto Ley daría nueva redacción al citado artículo 25 del anterior Texto Refundido en el que —abandonando el sistema de pago con cargo a los Presupuestos Generales del Estado— se concretaban (número 4.a) como *"Deudores"* de la remuneración equitativa *"los fabricantes en España, en tanto actúen como distribuidores comerciales, así como los adquirentes"*



fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de este, de equipos, aparatos y soportes materiales previstos en el apartado 1".

10º. Por todo ello, desde la STJUE de 9 de junio de 2016, hasta el 1 de agosto de 2017 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio) nuestro país no contó con norma alguna destinada a la regulación de la financiación de la compensación equitativa por copia privada. Además, como consecuencia de la STJUE, el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes no aprobó las Órdenes correspondientes a los años 2016 y 2017, encaminadas —como las cuatro anteriores antes mencionadas— a fijar el importe de la compensación equitativa que debía ser pagada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sistema que había quedado sin efecto por la STJUE de precedente cita.

TERCERO.- La conclusión que sirve de punto de partida para la reclamación formulada por las recurrentes, fue, en consecuencia, que los titulares de derechos de propiedad intelectual no recibieron ninguna compensación equitativa por copia privada durante todo el ejercicio de 2016, así como durante el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de julio de 2017.

Citan las entidades recurrentes como fundamento de su pretensión de responsabilidad patrimonial los artículos 106.2 de la Constitución Española, desarrollado en la actualidad por el artículo 32.1 y 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público (LSP), poniendo de manifiesto los requisitos exigidos por la citada normativa para la viabilidad de las pretensiones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (resultado dañoso, antijuridicidad y nexo causal).

A ello añade la fundamentación derivada del Derecho de la Unión Europea, en el que —según expresa— desde la STJUE de 19 de noviembre de 1991 (Francovich/Italia, C-479/93, ECLI: EU:C:1995:372), quedó establecido el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario; principio, por otra parte, con fundamento en el artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea (principio de cooperación leal), y que ha dado lugar a una construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que se ha puesto de manifiesto que para que pueda prosperar la responsabilidad patrimonial se deberían cumplir los siguientes tres requisitos: "a) que el resultado prescrito por la Directiva comporte una atribución de derechos a favor de los particulares; b) que la violación esté suficientemente caracterizada; y c) que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas".

Señalan, como jurisprudencia representativa de tal exigencia, la contenida en las SSTJUE de 5 de marzo de 1996 (Brasserie du Pêcheur y Factortame, C-46/93 y 48/93) y la STJUE de 29 de julio de 2019 (Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe, C-620/17), y, recuerda que la citada construcción jurisprudencial ha sido asumida por el Derecho interno español a través de la citada LSP (artículo 32.3.b y 5), considerando que los mismos concurren en el supuesto de autos, lo cual justifica de forma pormenorizada:

a) Las recurrentes ponen de manifiesto que el Derecho de la Unión Europea atribuye en favor de los titulares de derechos de propiedad intelectual el derecho a percibir una compensación equitativa por copia privada si el Estado de que se trate ha contemplado en su ordenamiento nacional el límite (o limitación o excepción) de copia privada.

Afirmación que deducen de la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29, citando al respecto la STJUE de 16 de junio de 2011 (Stichting de ThuisKopie, C- 462/09), así como la STJUE de 21 de octubre de 2010 (Padawan, C467/08) y la STJUE de 11 de julio de 2013 (Amazon.com International Sales y otros, C- 521/11) y la ya citada de 9 de junio de 2016 (EGEDA, C-470/14).

b) En segundo lugar señalan que el Derecho español, al no haber garantizado a los titulares de derechos de propiedad intelectual la percepción de una compensación equitativa por copia privada en los ejercicios de 2016 y 2017 (de 1 de enero a 31 de julio de 2017) incurre en una violación del Derecho de la Unión Europea suficientemente caracterizada.

A tal efecto, y de conformidad con la doctrina que citan, ponen de manifiesto que (1) el artículo 5.2, letra b), de la Directiva 2001/29 es claro, preciso e inequívoco al reconocer a los titulares el derecho a percibir una compensación equitativa destinada a paliar los perjuicios padecidos por tales titulares por efectos de las reproducciones realizadas al amparo del límite de copia privada; que (2) el mismo no deja ningún margen de apreciación a las autoridades nacionales en cuanto a la existencia de la mencionada compensación equitativa por copia privada; que (3) la infracción por el Estado español del derecho reconocido a los titulares de derechos de propiedad intelectual no puede ser involuntaria o inadvertida sino que, por el contrario, es totalmente consciente; y que (4) no cabe hablar de la existencia de un error en el Estado español a la hora de interpretar el Derecho de la Unión.



c) Igualmente ponen de manifiesto que el nexo de causalidad entre la infracción suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión, y los daños padecidos por los titulares de derechos de propiedad intelectual, es claro, resultando los daños como consecuencia de la flagrante desatención normativa del Estado español, y de su inactividad, los cuales se han concretado en que los titulares de derechos de propiedad intelectual no han recibido la compensación equitativa por copia privada, a la que tenían derecho, durante los ejercicios de 2016 y 2017.

d) A continuación razonan sobre la inaplicabilidad, al supuesto de autos, del artículo 32.5 de la LSP (exigencia de sentencia firme desestimatoria dictada en recurso en el que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea), por cuanto, según expresa, se trata de un requisito contrario al citado Derecho, de conformidad con la invocada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (citando al respecto la Carta de emplazamiento a España de 14 de junio de 2017) y por ser considerado dicho precepto contrario a los principios de equivalencia y efectividad. Tal emplazamiento, daría lugar al Dictamen motivado de la Comisión Europea emitido en el procedimiento de incumplimiento C-278/20 seguido a instancia de la Comisión contra España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, actualmente en tramitación.

e) Por último, las recurrentes proceden a la valoración del daño, que manifiestan causado, de conformidad con un informe pericial aportado, emitido por la entidad *Compass Lexecam* (en el que se proponen dos sistemas de valoración del daño, uno con carácter principal, y otro con carácter subsidiario, fundado en el informe previamente emitido por la consultora *GfK*), cuantificando su reclamación, con base a los mismos dictámenes, en los términos que se reflejan en el suplico de la demanda tanto para el año 2016, como para el año 2017 (desde el 1 de enero al 31 de julio).

CUARTO.- Frente a las anteriores argumentaciones, la Administración General del Estado se opone a la pretensión deducida por las entidades recurrentes, exponiendo lo siguiente:

a) Que concurre la excepción de cosa juzgada material, pues, si bien se pretende articular el título de imputación de la responsabilidad patrimonial en un comportamiento omisivo del Legislador, la realidad, sin embargo, es que el mismo deriva de la anulación jurisdiccional del sistema de compensación por copia privada (vigente de 2012 a 2016) como consecuencia de su disconformidad con el Derecho de la Unión Europea del Real Decreto Ley 20/2011 y del Real Decreto 1657/2012; y, añade, a continuación, que concurre el efecto positivo de la cosa juzgada (artículo 222.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), y que sobre la pretendida responsabilidad patrimonial ya ha existido pronunciamiento de la Sala, cuya doctrina debe de proyectarse sobre el supuesto de autos. A tal efecto, cita la STS de 19 de abril de 2017 (RCA 2/2014), dictada en relación con el año 2012 y en la que se puso de manifiesto que la infracción del Derecho Europeo (en concreto, el artículo 5.2.b de la Directiva 2001/29) no resultaba "*suficientemente caracterizada*".

b) En segundo lugar, la Abogada del Estado señala que, en el supuesto de autos, no concurren los presupuestos precisos para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial por omisión, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que cita, recordando los tres requisitos precisos señalados por la misma —en términos similares a los expuestos por las recurrentes (norma que confiera derechos a los particulares, infracción suficientemente caracterizada, y relación de causalidad entre la infracción del Derecho de la Unión Europea y el daño ocasionado)— y recordando, también, la regulación y las exigencias establecidas, en el derecho interno español, en el artículo 32.5 de la LSP. En concreto, y analizado el citado precepto, la representación estatal señala: 1. Que no existe declaración de norma alguna contraria al Derecho de la Unión Europea, citando al respecto la STC 120/2010. 2. Que tampoco se ha obtenido sentencia desestimatoria de un recurso en el que se hubiera alegado la citada infracción. 3. Que la Directiva 2001/29 no confiere derechos a los particulares, pues la misma no regula de forma explícita la forma, ni las modalidades de financiación y percepción, ni la cuantía de la compensación equitativa por copia privada, ya que se trata de un derecho de configuración legal. 4. Que el Estado español no ha incumplido el deber jurídico de actuar impuesto por la normativa de la Unión Europea (y, menos aun produciendo una vulneración de tal Derecho suficientemente caracterizada), haciendo referencia al efecto "*ex tunc*" de la inaplicación declarada por el STJUE, dado el carácter interpretativo de la misma, como, por otra parte, deduce de la STC 19/2018, poniendo, en consecuencia, de manifiesto que, como la Directiva no impone a los Estados miembros la obligación de establecer límites a la copia privada, no se puede sostener que el legislador español tuviera el deber jurídico de dictar norma alguna, ni para reestablecerlo ni para compensarlo. Por ello, insiste en que no se incumplió el deber de legislar, y, menos aún, con la gravedad propia de la vulneración suficientemente caracterizada, pues, (a) el vacío normativo no sería imputable al Estado habiéndose dictado la norma en un plazo razonable; y (b), por otra parte, en todo caso, lo cierto es que el incumplimiento no sería manifiesto y grave. c) Que, en todo caso, ninguna cantidad se puede reconocer y abonar como compensación equitativa por copia privada, vía Presupuestos Generales del Estado. d) Por último, la representación estatal formula alegaciones en relación con la cuantificación del perjuicio pretendido por las recurrentes: 1. Por una parte, la representación estatal



analiza los informes emitidos por *Compass Lexecom* y señalando al respecto que, para que se hubiera visto afectado el derecho de reproducción, deberán concurrir una premisas cuales eran (1) que existiera un acceso legítimo a la obra (acceso legal y desde una fuente lícita); (2) que la copia se hubiera realizado con arreglo a la ley (lo que no acontece con las copias realizadas violentando los sistemas anticopia y/o las prohibiciones establecidas); y (3) que, igualmente, deben excluirse las denominadas copias lícitas de internet, las cuales nunca deben considerarse incluidas dentro del concepto de copia privada, por las razones técnicas que expone, haciendo referencia a la incidencia de las medidas tecnológicas (esto es, cuando la obra cuenta con un sistema de protección), así como a las denominadas copias licenciadas (eso es, puestas a disposición del público en internet con arreglo a lo convenido en un contrato o licencia a cambio de remuneración); supuestos en lo que, por las razones que expresa, no se está ante una copia privada, por lo que no pueden ser tomadas en consideración en los informes periciales de referencia. 2. Por otra parte analiza el informe emitido por la consultora *GfK* que, según expresa, realiza un cálculo proyectando hacia el pasado las cuantías resultantes del nuevo sistema de canon en vigor desde julio de 2017, poniendo de manifiesto, por el contrario, que de la base de la que había de partir sería el de los soportes que resultaría gravados en el nuevo sistema, incluyéndose en el informe soportes no gravados.

Por todo ello, solicita la desestimación del recurso.

QUINTO.- Debemos comenzar respondiendo a la primera de las alegaciones que esgrime la representación estatal en relación con la existencia de cosa juzgada material, poniendo de manifiesto que, si bien las entidades recurrentes pretenden articular, como título de imputación de la responsabilidad patrimonial, un comportamiento omisivo del Legislador, la realidad, sin embargo, es que, el expresado título derivaría de la anulación jurisdiccional del sistema de compensación por copia privada (que estuvo vigente de 2012 a 2016), por la disconformidad con el Derecho de la Unión Europea del Real Decreto Ley 20/2011 y del Real Decreto 1657/2012.

Se fundamentaba tal argumentación, del efecto positivo de la cosa juzgada, en el artículo 222.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), al haber existido con anterioridad un pronunciamiento de la Sala, cuya doctrina debe de proyectarse —ahora— sobre el supuesto de autos. A tal efecto cita, la representación estatal, la STS (Sección Cuarta) de 19 de abril de 2017 (RCA 2/2014), dictada en relación con el año 2012, y en la que se puso de manifiesto que la infracción del Derecho Europeo (en concreto, el artículo 5.2.b de la Directiva 2001/29) no resultaba "*suficientemente caracterizada*".

No podemos acoger el citado planteamiento.

Entre otras muchas sentencias de la Sala, podemos citar, como exponente de la doctrina establecida en relación con la cosa juzgada material, la STS 894/2018, de 1 de mayo (ECLI:ES:TS:2018:2002, RC 5059/2016), en la que se deja constancia de pronunciamientos anteriores en el mismo sentido: "*Para resolver el presente recurso conviene recordar, con la sentencia de 22 de junio de 2011-recurso de casación núm. 2233/2007 -, entre otras, lo vertido en la Sentencia de esta Sala de 27 de abril de 2006 , recurso de casación en interés de la ley 13/2005, en que, con cita de sentencias anteriores, plasma la doctrina de este Tribunal acerca del principio de cosa juzgada. "El principio o eficacia de cosa juzgada material -que es a la que se refiere el recurso de casación en interés de ley interpuesto-, se produce, según la jurisprudencia de esta Sala, cuando la cuestión o asunto suscitado en un proceso ha sido definitivamente enjuiciado y resuelto en otro anterior por la resolución judicial en él recaída. Tal manifestación de la cosa juzgada, que consagra el artículo 222 de la LEC/2000 , atiende de manera especial a la seguridad jurídica, evitando que la discusión jurídica se prolongue indefinidamente mediante la iniciación de nuevos procesos sobre lo que ha sido ya definido o determinado por la Jurisdicción, y, al mismo tiempo, que se produzcan resoluciones o sentencias contradictorias. La cosa juzgada material produce una doble vinculación: de una parte, negativa o excluyente, obligando al órgano judicial a declarar inadmisibile el proceso cuando advierte que el objeto de éste coincide o es jurídicamente idéntico a lo resuelto en sentencia firme en un proceso anterior; y, de otra, positiva o prejudicial, por la que, si el segundo proceso es sólo parcialmente idéntico a lo decidido en el primero, la decisión de aquél no podrá, sin embargo, contradecir lo definitivamente resuelto en éste. Dicho en otros términos, el órgano judicial del proceso posterior, en el caso de que formen parte de su "thema decidendi" cuestiones ya decididas en sentencia firme anterior deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola como punto de partida. En su vertiente negativa, la excepción de cosa juzgada tiene su expresa consagración en el artículo 69.3d) LJCA , dando lugar a la declaración de inadmisibilidad del recurso contencioso- administrativo. Y, en una jurisprudencia que por reiterada excusa la cita concreta de los pronunciamientos de esta Sala que la conforman, se ha configurado dicha causa de inadmisión en torno a la comprobación de la identidad de las pretensiones: de la que fue objeto del proceso decidido por sentencia firme y de la que lo es del nuevo proceso en que se hace valer la causa de inadmisión. Así han de contrastarse los tres elementos: a) identidad subjetiva de las partes y de la calidad en que actúan; b) causa de pedir, causa petendi, o fundamento de la pretensión; y c) petitum o conclusión a la que se llega*



según los hechos alegados y su encuadramiento en el supuesto abstracto de la norma jurídica invocada. Ello, sin perjuicio de las peculiaridades que en el proceso contencioso-administrativo derivan del objeto de la pretensión y que hace que sea un específico elemento identificador de la cosa juzgada el acto administrativo (la actuación de la Administración) o la disposición objeto de las pretensiones impugnatorias. O, dicho en otros términos, si en el posterior proceso la res de qua agitur es un acto (actuación) o una disposición diferente del que se enjuició en la resolución firme anterior, ya no puede darse el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, salvo que el acto (actuación) o la disposición objeto del segundo proceso sean meras repeticiones del que se juzgó en el primero. Así esta Sala ha señalado: «la cosa juzgada tiene matices muy específicos en el proceso Contencioso-Administrativo, donde basta que el acto impugnado sea histórica y formalmente distinto que el revisado en el proceso anterior para que deba desecharse la existencia de la cosa juzgada, pues en el segundo proceso se trata de revisar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo nunca examinado antes, sin perjuicio de que entrando en el fondo del asunto, es decir, ya no por razones de cosa juzgada, se haya de llegar a la misma solución antecedente» (STS de 10 de nov. 1982 ; cfr., asimismo, SSTs de 28 de ene. 1985 , 30 oct . y 23 mar. 1987 , 15 de marzo de 1999 , 5 de febrero y 17 de diciembre de 2001 y 23 de septiembre de 2002 , entre otras). Y además, claro está, la apreciación de la excepción de cosa exige que se trate no sólo del mismo acto, disposición o actuación material sino también de la misma pretensión u otra sustancialmente idéntica a la que fue objeto del proceso anterior (STS, Sala 4ª, de 22 mayo). Si en el proceso posterior sobre el mismo acto, disposición o actuación cambian la causa petendi o el petitum de la pretensión examinada y decidida en la resolución judicial firme anterior tampoco operará en su función negativa la cosa juzgada. El efecto prejudicial positivo dependerá de la conexión entre el acto, disposición o actuación juzgados y el acto, disposición o actuación respecto de los que se invoca dicho efecto en el proceso ulterior". Partiendo de la citada doctrina, debemos realizar un contraste entre el supuesto de autos y el que se cita —como similar— por la representación estatal (RCA 2/2014), que fuera resuelto por la STS (Sección Cuarta de esta Sala) de 19 de abril de 2017. En el supuesto decidido por la citada sentencia algunas de las partes allí intervinientes, como recurrentes, coinciden con las tres entidades que ocupan dicha posición procesal, del supuesto de autos, pero, si bien se observa, tanto el objeto del recurso, como el fundamento de la pretensión allí denegada, eran diferentes a la que ahora se nos plantea. Efectivamente, aquella sentencia desestimatoria fue dictada respondiendo a la siguiente pretensión: "Que se declare la nulidad del acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 2013 por ser contrario a derecho y se estime íntegramente la solicitud de responsabilidad patrimonial, condenando al Estado al pago de una indemnización de 120.886.113 de euros más los intereses legales desde el momento de la solicitud de responsabilidad patrimonial presentada el 28 de diciembre de 2012, por los daños y perjuicios causados a las actoras, en el año 2012, por la aprobación de la Disposición adicional décima del Real Decreto-Ley 20/2011 , el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre y la Orden ECD/2128/2013". En respuesta a la citada pretensión, lo que la sentencia puso de manifiesto es que la infracción del Derecho Europeo (en concreto, el artículo 5.2.b de la Directiva 2001/29), que se alegaba por las allí recurrentes —como consecuencia de la aprobación del Real Decreto-Ley 20/2011, del Real Decreto 1657/2012, y de diciembre y la Orden ECD/2128/2013 (para el año 2012)— no resultaba "suficientemente caracterizada". Lo que, en concreto, se planteaba en aquel supuesto era "si la infracción del Derecho de la Unión Europea que aprecia la sentencia EGEDA puede considerarse como suficientemente caracterizada ... siguiendo a la sentencia de 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93 , Brasserie du Pêcheur SA". La STS justificaba y motivaba la ausencia de suficiente caracterización de la infracción en los siguientes términos: "Acentúa la idea de que la infracción no es plena, clara, manifiesta, intencional o inexcusable el hecho de que no hubo una intervención de la Comisión Europea que advirtiese ya de la posibilidad de que el sistema elegido fuese contrario a la Directiva 2001/29/CE ni se llegó a incoar procedimiento de infracción. De esta manera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia a raíz de la duda planteada por esta Sala a lo que cabe añadir que en sus conclusiones el Abogado General se pronunció a favor de la compatibilidad de la norma nacional con el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE . Todo esto confirma que hay un espacio de incertidumbre serio y razonable y además en dónde se aprecia la infracción: en la falta de garantía de que sea el usuario quien asuma la compensación equitativa, no en el modelo elegido por el Real Decreto 20/2011 en cuanto tal".

La pretensión —aquí— tiene un fundamento diferente, pues no se articula como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión Europea, sino que la misma tiene como base la omisión, pasividad o inacción normativa del Estado español una vez declarada, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la vulneración del Derecho de la Unión por la regulación previamente establecida imputando la compensación a los Presupuestos Generales del Estado. Esto es, que aquí se reclama por la falta de la adopción de las medidas normativas necesarias para garantizar, a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, la percepción de una compensación equitativa por copia privada durante el período de tiempo a que la reclamación se refiere. No tiene su fundamento, como en el otro supuesto resuelto en 2019 —y en los que le siguieron por anualidades posteriores—, en lo que el legislador español dispuso —que resultó ser contrario al Derecho de la Unión Europea—, pues la fundamentación es justamente la contraria, al reclamarse —ahora— por lo que el legislador



español, conociendo la contradicción de su normativa con la normativa europea, no hizo; se reclama, pues, no por una actuación normativa positiva —como en el supuesto con el que se compara— sino, se insiste, por la omisión normativa a la que estaba obligado el Legislador español.

El daño cuyo resarcimiento se pretende por las recurrentes se fundamenta en el incumplimiento por el Estado español de su obligación de resultado impuesta por el Derecho de la Unión Europea consistente en garantizar que los titulares de derechos de propiedad intelectual percibieran, durante el período de tiempo a que la reclamación se contrae, la compensación equitativa correspondiente derivada de los perjuicios padecidos por las reproducciones realizadas al amparo de la denominada copia privada.

Ante esta divergencia, y de conformidad con la doctrina que hemos reiterado, debemos rechazar la alegación de cosa juzgada esgrimida por la Abogacía del Estado.

Es cierto que esta misma Sección se ha pronunciado en diversas sentencias —siguiendo la anterior doctrina de la Sección Cuarta— sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, formuladas por diversas entidades de gestión, derivadas de la Orden ECD/2226/2015, de 19 de octubre, por la que se determina la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2014, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y su distribución entre las tres modalidades de reproducción referidas legalmente (en concreto, en las SSTS 1545/2019, de 11 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3621, RCA 147/2018), 1544/2019, de 11 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3622, RCA 114/2018), 1604/2019, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3745, RCA 162/2018), 1619/2019, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3746, RCA 155/2018) y 1616/2019, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3778, RCA 151/2018). E, incluso, también es cierto que, en relación con el ejercicio de 2015 (Orden ECD/1649/2016, de 10 de octubre, por la que se determina la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2015, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y su distribución entre las tres modalidades de reproducción referidas legalmente), la Sala efectuó dos pronunciamientos, cuáles fueron las SSTS 1617/2019, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3779, RCA 125/2018) y la 1664/2019, de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2019:3906, RCA 113/2018). La anterior argumentación es igualmente válida, a los efectos de rechazar la existencia de cosa juzgada derivada de las anteriores sentencias de esta Sección, a lo que debe añadirse, en relación con el citado ejercicio de 2015, que, a mayor abundamiento, esta última Orden no llegó a materializarse debido a la anulación —días después de su publicación— del Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por la citada STS de 10 de noviembre de 2016.

SEXTO.- A continuación, debemos proceder a examinar si, en el supuesto de autos, concurren los presupuestos precisos para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, como consecuencia de la omisión normativa a la que nos hemos referido en el Fundamento Jurídico anterior.

Pues bien, antes del examen de los conocidos requisitos para la viabilidad de la reclamación formulada, debemos responder a la cuestión relativa a si este tipo de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador resulta procedente en supuestos, como el de autos, en el que la reclamación se articula sobre la base de una omisión, pasividad o inacción del Legislador, tal como hemos expuesto en el Fundamento Jurídico anterior.

Nuestra respuesta ha de ser positiva, pues la *"ausencia de regulación concreta"*, esto es, la ausencia de establecimiento de un sistema que hiciera posible y viable el abono de la compensación equitativa correspondiente — derivada de los perjuicios padecidos por las reproducciones realizadas al amparo de la denominada copia privada—, en el periodo de tiempo en que tal carencia se produjo, es sólo imputable al Legislador español

Los argumentos puestos de manifiesto en el informe del Consejo de Estado emitido en el expediente, aunque no resuelto de forma expresa por la Administración demandada, nos resultan suficientemente expresivos y estamos, por ello, obligados a asumirlos; así, con cita de la ya clásica STJUE de 19 de noviembre de 1991 (asunto *Francovich*) la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador procedería —según señala el Consejo de Estado— en los supuestos de *"ausencia de transposición"* de la norma europea, o de *"transposición parcial o insuficiente"*. Por ello, en el dictamen se llega a la conclusión de que *"no es preciso, en ciertos casos, obtener la previa declaración del TJUE sobre incumplimiento del Derecho europeo por un Estado miembro para accionar la 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"*.

Y, situándose en el caso concreto, el dictamen señala que *"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"*.



El dictamen del Consejo de Estado hace, igualmente, referencia al reconocimiento expreso de la obligación normativa que, en el supuesto de autos, afectaba —según el Preámbulo el Real Decreto Ley 12/2017— al Legislador español después de la declaración, por parte del Tribunal Supremo, de la absoluta incompatibilidad entre el sistema de compensación que se aplicaba y en artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE, así como de la imposibilidad de adaptación del sistema de compensación equitativa por copia privada financiado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. *"Ello produce una situación de incumplimiento del Derecho europeo a la que el Estado está obligado a poner fin cuanto antes"*, expresaba el Preámbulo, que continuaba diciendo que, tal situación, *"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"*.

De forma expresiva se señala en el dictamen: *"Resulta palmario que el legislador no ha atendido a las obligaciones indicadas ni a la urgencia demandada por la situación generada -calificada en el preámbulo de "incumplimiento del Derecho europeo"; el legislador español no ha atendido al vacío normativo creado ni ha corregido la correlativa falta de efectiva compensación equitativa"*; sobre este particular el Consejo de Estado concluye: *"Entiende el Consejo de Estado que la Administración del Estado no puede ampararse en la desidia del legislador para inadmitir la reclamación ... pero tampoco para desestimarla arguyendo que no existe norma al respecto, máxime cuando sólo al legislador estatal corresponde aprobar una disposición al efecto, en los claros términos de la jurisprudencia citada"*.

La obligación normativa de los Estados miembros de la Unión Europea en esta materia no puede ofrecer duda, como ya puso de manifiesto la STJUE de 15 de junio de 2011 —antes citada— (C-462/09, *Stichting de ThuisKopie*): *"33 Más concretamente, se desprende del artículo 5, apartado 2, letra b), y del trigésimo quinto considerando de dicha Directiva que, en los Estados miembros que han introducido la excepción de copia privada, los titulares de los derechos deben recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas realizado sin su consentimiento. Además, con arreglo al apartado 5 del mismo artículo, el establecimiento de la excepción de copia privada no puede perjudicar injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho de autor.34 De ello se deriva que, so pena de privarles de todo efecto útil, estas disposiciones imponen al Estado miembro que ha introducido la excepción de copia privada en su Derecho nacional una obligación de resultado, en el sentido de que dicho Estado está obligado a garantizar, en el marco de sus competencias, la percepción efectiva de la compensación equitativa destinada a indemnizar a los autores perjudicados por el perjuicio sufrido, en particular si dicho perjuicio se ha producido en territorio de dicho Estado miembro"*.

Igualmente, en la STJUE de 9 de junio de 2016 (C-470/14, *EGEDA*) se dispuso: *"18 A este respecto, en primer lugar debe señalarse que, con arreglo al tenor del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho exclusivo de reproducción previsto en el artículo 2 de esta Directiva, en el caso de las 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 las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6 de la mencionada Directiva (en lo sucesivo, «excepción de copia privada»)*.

*19 Como se desprende de los considerandos 35 y 38 de la Directiva 2001/29, esta disposición refleja la voluntad del legislador de la Unión Europea 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» (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de octubre de 2010, *Padawan*, C-467/08, EU:C:2010:620, apartado 41).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 ThuisKopie*, 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 conformidad con lo señalado en el dictamen del Consejo de Estado y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de precedente cita, debemos confirmar que, en el supuesto de autos, la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador deriva de su inactividad normativa en relación con



la obligación de resultado de garantizar, en el marco de sus competencias, la percepción efectiva de la compensación equitativa destinada a indemnizar a los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

SÉPTIMO.- Lo expuesto en el Fundamento Jurídico anterior también nos serviría para declarar la improcedencia —en supuestos, como el de autos, de omisión normativa— del requisito, previsto en el artículo 32.5 de la LSP, de que *"el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño"*. Requisito que el precepto extiende a la necesidad de que, en el recurso seguido, *"se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada"*. Pues bien, hemos de estar, en primer lugar, a la interpretación que, en relación con el citado artículo 32 LSP (apartados 4 y 5) hemos realizado en diversas sentencias, recordando en las mismas que, con esta normativa, se trata de garantizar la indemnidad patrimonial, mediante la reparación de las lesiones producidas a los particulares en sus bienes y derechos, por la actividad de la Administración, en este caso la aplicación de actos legislativos, causándole una lesión que no tiene el deber de soportar. La finalidad de la institución se asocia a la reparación de la situación patrimonial del administrado afectada por la actividad administrativa y el fundamento legal viene determinado por la falta de justificación de la lesión en cuanto no existe un título que imponga al interesado el deber de asumir el daño patrimonial. De tal manera que el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, teniendo como presupuesto la existencia de una lesión patrimonial real y actual, responde al elemento fundamental de la antijuridicidad del daño, que viene a configurar la lesión como indemnizable, antijuridicidad que no se refiere a la legalidad o ilegalidad de la conducta del sujeto agente que materialmente la lleva a cabo, sino a esa falta de justificación del daño, es decir, a la inexistencia de una causa legal que legitime la lesión patrimonial del particular e imponga al mismo el deber de soportarla. Pues bien, esta doctrina se encuentra en la inicial STS 1186/2020, de 21 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2917, RC 2820/2019), y, luego, en las que la han seguido: SSTS 1706/2020, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4115, RC 8022/2019), así como 264 y 265/2021, de 25 de enero (ECLI:ES:TS:2021: 817 y 818, RRCCAA 53 y 54/2020), entre otras. En síntesis, tras un detallado análisis jurisprudencial, señalábamos: *"De acuerdo con lo expuesto y respondiendo a la cuestión planteada en el auto de admisión de este recurso, ha de entenderse que los mecanismos que permiten dar por cumplido el requisito estipulado en el artículo 32.4 de la Ley 40/15, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a efectos de instar válidamente la acción de responsabilidad patrimonial prevista en dicho precepto comprenden todas aquellas formas de impugnación que, de una parte, pongan de manifiesto la disconformidad del interesado con el acto administrativo cuestionando la constitucionalidad de la norma aplicada y, de otra, den lugar al control jurisdiccional plasmado en una sentencia firme en la que se valore la constitucionalidad de la norma que después es objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional. Y que entre estas formas de impugnación se encuentra la solicitud de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho por responder a la aplicación de una norma que resulta inconstitucional y el correspondiente recurso jurisdiccional, interpuesto contra la resolución administrativa que desestimó un procedimiento de revisión por nulidad de plenoderecho, promovido contra la actuación que ocasionó el daño, que colma el requisito que fija el artículo 32.4 de la Ley 40/15 "*. Con independencia del resultado del recurso de incumplimiento (C- 278/20) seguido por la Comisión contra España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, debemos estar a la mencionada interpretación, sin necesidad de plantear cuestión prejudicial alguna, y sin necesidad, por otra parte, de proceder a la suspensión de la resolución del presente recurso. Pero, además, en el supuesto de autos, en que hemos aceptado que la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador puede derivar de la inactividad normativa del Legislador, obvio es que, al no haber norma, difícilmente puede exigirse la expresa declaración de la misma como contraria al Derecho de la Unión Europea. Así, además, lo expresa el dictamen del Consejo de Estado al señalar que, de conformidad con la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no resulta posible *"exigirse que en presente caso que se obtenga una declaración de que esa situación de anomia es contraía 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"*. Rechazamos, pues, la necesidad de tal exigencia, ya que, se insiste, la responsabilidad patrimonial deriva de la infracción, por el Reino de España, del Derecho de la Unión Europea; esto es, del incumplimiento normativo dirigido a conseguir la obligación de resultado prevista en el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE, con fundamento en la reiterada jurisprudencia que hemos citado en el Fundamento Jurídico anterior.

OCTAVO.- Continuando con el examen de los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como por el artículo 32 de la LSP, hemos de realizar otras dos afirmaciones:

a) Que la Directiva 2001/29 confiere derechos a los particulares, pues, por aplicación de la misma, las recurrentes y sus asociados, cuentan con el derecho a que el Estado miembro —en esta caso España— regule y establezca, de forma explícita un sistema (esto es, la forma, las modalidades de financiación y percepción,



así como la cuantía) de la compensación equitativa por copia privada, con el que se alcance y consiga su percepción efectiva.

Por tanto, no podemos compartir tampoco la alegación relativa a que la normativa declarada infringida no confiere derecho a los particulares, en cuanto es evidente que de la ausencia —en el supuesto de autos— de adaptación del derecho estatal, al europeo, se derivarían derechos para los particulares, entre ellos a quienes como las recurrentes han formulado reclamación por responsabilidad patrimonial. Conforme decíamos en la STS de 12 de junio de 2003, conferir derechos a los particulares *"no supone otra cosa que el que la vulneración de la norma comunitaria prive al particular del disfrute de ese derecho originándole un perjuicio individualizado y, por tanto, indemnizable"* sin que resulte posible *"confundir la idea de conferir derechos a los particulares con la de tener por objeto conferir derechos"*.

b) Que existe relación de causalidad directa entre el incumplimiento (omisión normativa), llevado a cabo por el Legislador español, de la obligación al mismo impuesta por el Derecho de la Unión Europea (artículo 5.2.b de la Directiva 2001/29/CE) y el daño sufrido por las entidades recurrentes y los asociados a los que representan. Así, en relación con STJUE de 3 de septiembre de 2014, hemos señalado, en las recientes 264 y 265/2021, de 25 de enero (ECLI:ES:TS:2021:817 y 818, RRCCAA 53 y 54/2020), que *"[a]un siendo cierto que en la sentencia no se declara expresamente la incompatibilidad de la norma española con el derecho europeo, ni invalida de forma explícita la norma nacional, la expresa declaración de que sí incumple las obligaciones impuestas por el derecho europeo encierra la declaración de incompatibilidad y de invalidez que la resolución recurrida echa en falta. La relación de causalidad es directa en cuanto el daño de carácter económico que la recurrente invoca deriva de la aplicación de una norma legal contraria al derecho de la Unión Europea"*.

Es decir, que el cumplimiento de estos requisitos no puede ofrecer dudas para la Sala, tal y como —con claridad— se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes citada.

NOVENO.- Especial referencia debemos realizar en relación con el requisito —que se dice incumplido por la representación estatal— de que la infracción de la normativa de la Unión Europea alcance el grado de estar suficientemente caracterizada; si se recuerda, la argumentación estatal hacía referencia al efecto *"ex tunc"* de la inaplicación declarada por el STJUE de 9 de junio de 2016, dado el carácter interpretativo de la misma, como, por otra parte, exponía, se deducía de la STC 19/2018, poniendo de manifiesto que, como la Directiva no impone a los Estados miembros la obligación de establecer límites a la copia privada, no se puede sostener que el legislador español tuviera el deber jurídico de dictar norma alguna, ni para reestablecerlo ni para compensarlo. Por ello, insistía en que no se incumplió el deber de legislar, y, menos aún, con la gravedad propia de la vulneración suficientemente caracterizada, pues, el vacío normativo no sería imputable al Estado al haberse dictado la norma (RDL 12/2017) en un plazo razonable, lo cual, en todo caso, no implicaría que el citado incumplimiento hubiera sido manifiesto y grave.

Entre otras, en la STS 699/2018, de 26 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1578, RC 4759/2016) recordamos que para resolver si en el caso enjuiciado *"la normativa vulnerada merece el calificativo de suficientemente caracterizada o lo que es lo mismo, si debe reputarse la infracción como manifiesta y grave, para su resolución ha de tenerse en cuenta una reiterada jurisprudencia que si bien reconoce que es el órgano jurisdiccional nacional el que debe apreciar la concurrencia de ese requisito, ha venido estableciendo pautas orientativas, entre las que cabe citar las siguientes: a) el grado o nivel de claridad o precisión de la norma vulnerada, b) el mayor o menor margen de apreciación de que disponga el estado miembro respecto a la norma vulnerada, c) el carácter intencionado o involuntario de la infracción o del perjuicio, d) la naturaleza excusable o inexcusable de un eventual error de derecho, e) la hipotética contribución de una institución comunitaria en la comisión de la infracción, y f) el mantenimiento en el tiempo de medidas contrarias al derecho comunitario (SSTJUE de 5 de marzo de 1996, caso Brasserie Du Pêcheur S.A., de 26 de marzo de 1996, caso Dillenkofer, 8 de octubre de 1996, caso British Telecommunications, y las de esta Sala de 12 de junio de 2003 -recurso 46/1998- y 18 de enero de 2016 -recurso 194/2015-, entre otras)"*.

En relación con este requisito relativo a la exigencia de que la violación del Derecho comunitario resulte suficientemente caracterizada, debemos señalar, de conformidad con la jurisprudencia expresada, que es conveniente tener en cuenta las peculiaridades del Derecho europeo, en el que su principal fuente normativa está constituida por normas, las Directivas, que no tiene una aplicación directa en los Estados miembros, porque su vinculación comporta que adopten las medidas normativas internas con la finalidad de alcanzar un determinado resultado impuesto en la norma comunitaria. Es decir, existe un importante margen de discrecionalidad en los Estados para el cumplimiento del Derecho Comunitario, que no puede ignorarse a la hora de imponer la obligación de estos —también de las propias instituciones comunitarias—, de incurrir en responsabilidad por incumplimiento del mandato europeo plasmado en sus normas.



Sobre esa premisa, se ha sistematizado la que constituye una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en relación con el mencionado requisito, en la STJUE de 28 de julio de 2016 (asunto C-168/15), con abundante cita que se remontan a las SSTJUE de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93; de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, C-224/01 y de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04; en la que se declara que, para calificar de suficiente caracterizada la infracción, ha de valorarse el "grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, el hecho de que las actitudes adoptadas por una institución de la Unión hayan podido contribuir a la adopción o al mantenimiento de medidas o prácticas nacionales contrarias al Derecho de la Unión, así como el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero... cuando se ha producido con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia."

Pues bien, en el supuesto de autos no pueden existir dudas en relación con la concurrencia del expresado requisito, y así debemos destacar: a) Que la norma infringida (artículo 5.2.b de la Directiva 2001/29/CE) resulta clara, precisa e inequívoca en cuanto al reconocimiento del derecho a una compensación equitativa con la finalidad de compensar los perjuicios sufridos y derivados de las reproducciones realizadas al amparo del límite de a copia privada. b) Que el citado precepto no deja margen alguno de apreciación a las autoridades nacionales en relación con existencia de la mencionada compensación equitativa, pues, si bien los Estados miembros cuentan con libertad para determinar las personas obligadas al pago de la compensación — e incluso para fijar la forma, modalidades y cuantía— de conformidad con la Directiva citada y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sin embargo, lo que no ofrece duda es que puedan prescindir del establecimiento de la compensación. c) Que la infracción no puede ser considerada consecuencia de un error, o entenderse que la misma fue involuntaria o inadvertida, pues debe ser considerada como, de todo punto, consciente. La reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ya hemos reiterado no deja lugar a duda: SSTJUE de 21 de octubre de 2010 (*Padawan*, C467/08); de 16 de junio de 2011 (*Stichting de Thuiskopie*, C-462/09); de 11 de julio de 2013 (*Amazon.com International Sales y otros*, C-521/11); y de 9 de junio de 2016 (*EGEDA*, C-470/14).

Este fue, por otra parte, el criterio puesto de manifiesto por el Consejo de Estado en su dictamen al señalar que "ha de acudir 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". El dictamen cita expresamente las STJUE de 27 de junio de 2013 (C-457/11 a C- 460/11, *VG WORT*) y de 11 de julio de 2013 (C-521/11, *Amazon c. Austro- Mechana*), que expresamente señala que "el sistema de percepción elegido por el Estado miembro de que se trate no puede sustraerse 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 en su territorio".

Por todo ello, los dictámenes del Consejo de Estado —emitidos para los años 2015, 2016 y la parte afectada del 2017— ponen de manifiesto que "la falta de regulación de un sistema de compensación ... constituye una violación suficientemente caracterizada de la Directiva 2001/29/CE" .

Pues bien, con base en las razones expuestas y, de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como por los dictámenes del Consejo de Estado, debemos reiterar que la infracción, en la que se fundamenta la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, estaba suficientemente caracterizada.

DÉCIMO.- Concurriendo, pues, los requisitos precisos para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, por infracción del Derecho de la Unión Europea, hemos de proceder a la determinación del perjuicio causado, debiendo recordar que no se está ante un supuesto en el que lo procedente sería la fijación de una exacta indemnización, sino ante la necesidad de señalar una compensación equitativa por el motivo expresado.

Debemos, pues, insistir en que, de lo que se trata, en un supuesto como el de autos, es de cuantificar el perjuicio sufrido por las recurrentes como consecuencia de la falta de actuación normativa del Legislador, que provocó la falta de compensación equitativa por el uso de copia privada, en los años por los que se reclama. Así lo pusimos de manifiesto en la STS 1604/2019, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3745, RCA 162/2018) al señalar 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 ... sobre la base de los cánones establecidos por el Real Decreto-Ley 12/17 que no estaban vigentes cuando se publicó la Orden ..."; Y así lo habíamos indicado en la anterior STS



678/2017, de 19 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1590, RCA 1/2014), en la que señalábamos que *"lo que les perjudica es en qué cantidad se concreta la compensación equitativa y eso sin olvidar que lo previsto no es una restitución 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"*. Y así, también, lo pusieron de manifiesto los dictámenes del Consejo de Estado que hacían referencia a 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)"*

Por ello, con la finalidad expresada y examinando —a efectos interpretativos y cuantificadores que ahora nos ocupan— los dos sistemas que han existido, esto es, el anterior (Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre) y el vigente implantado por el Real Decreto Ley 12/2017, de 3 de julio, vamos a seguir el siguiente proceso:

1º. En primer lugar procederemos a la determinación de una cantidad global anual correspondiente, respectivamente, a los años 2015, 2016 y 2017 (del 1 de enero al 31 de julio), al existir una cierta conexión —y evolución— entre las actuaciones correspondientes a estas tres anualidades, y que, en la práctica, ha venido a constituir, una especie de periodo intermedio —o de transición— entre el anulado (de connotación presupuestaria) y el vigente (de compensación de facturas):

A) El sistema de fijación de una cantidad global anual fue el seguido en las cuatro Órdenes Ministeriales dictadas para los años 2012, 2013, 2014 y 2015, por las que, sucesivamente, se determinaba la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente a los expresados ejercicios, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (Orden ECD/2128/2013, de 14 de noviembre; Orden ECD/2166/2014, de 14 de noviembre; Orden ECD/2226/2015, de 19 de octubre; y Orden ECD/1649/2016, de 10 de octubre).

Las citadas Órdenes desarrollaron el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, luego anulado por sentencia del Tribunal Supremo, y que, en su artículo 4 disponía: *"1. La cantidad adecuada para compensar el perjuicio causado a los titulares de los derechos de reproducción por el establecimiento de la excepción de copia privada en los términos previstos en el artículo 31 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, se determinará, dentro de los límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio, mediante Orden del Ministro de Educación, Cultura y Deporte, conforme al procedimiento establecido en el artículo 4.2. La cuantía de la compensación se calculará sobre la base del perjuicio efectivamente causado a los titulares de los derechos de propiedad intelectual como consecuencia de la reproducción por personas físicas, en cualquier soporte, a partir de obras ya divulgadas a las que haya accedido legalmente, ello en los términos previstos en el artículo 31 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual"*.

En este artículo, y en los siguientes, el Real Decreto anulado estableció, una serie de *"criterios objetivos"*, a tener en cuenta para la estimación de este perjuicio, entre los que se citaban la estimación del número de copias realizadas; el impacto de la copia privada sobre la venta de ejemplares de las obras; el precio medio de la unidad de cada modalidad reproducida; el diferente perjuicio del establecimiento del límite de copia privada según, entre otros criterios, el carácter digital o analógico de las reproducciones efectuadas al amparo de la excepción, o la calidad y el tiempo de conservación de las reproducciones; o, en fin, la disponibilidad y aplicación de medidas tecnológicas efectivas a que se refiere el artículo 160.3 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. En el apartado 3 del mismo artículo se contenía la denominada *"regla de mínimos"*, esto es, que no daría lugar a una obligación de compensación aquellas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho de reproducción hubiera sido mínimo.

Lo cierto, sin embargo, es que, pese al establecimiento de tales *"criterios objetivos"* los mismos no se especifican, ni se concretan, ni sirven como instrumento de motivación en ninguna de las cuatro Órdenes que para los sucesivos años desarrollaron el Real Decreto 1657/2012 hasta el momento de su anulación. Si se examinan las citadas Órdenes —anuladas por la Audiencia Nacional— las respectivas cuantías de la compensación equitativa por copia privada —que en las mismas se expresan— para su posterior distribución entre las tres modalidades de reproducción, y para su subsiguiente asignación a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, carecen de referencia alguna a los mencionados criterios, aunque sí se indica en las mismas su *"conformidad ... con las disponibilidades presupuestarias"*. Como vamos a realizar en esta sentencia —para los periodos afectados— las Órdenes se limitan al establecimiento de una cantidad global anual, en los siguientes términos:

a) Para el ejercicio 2012 la cuantía quedó determinada en 8.636.728,09 de euros. b) Para el ejercicio 2013 la cuantía quedó determinada en 5.000.000 de euros. c) Para el ejercicio 2014 la cuantía quedó determinada en 5.000.000 de euros. d) Para el ejercicio 2015 la cuantía quedó determinada en 5.000.000 de euros.

B) Por otra parte, y en segundo lugar, el actual sistema de valoración de la compensación equitativa —desde el 1 de agosto de 2017— se contempla en la vigente redacción del artículo 25.5.a) del texto refundido de la Ley de propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, según la redacción dada



al mismo por el Real Decreto Ley 12/2017, de 3 de julio, que, tras el cambio de sistema, y sin vinculación con los Presupuestos Generales del Estado, señaló: *"La determinación de la cuantía de la compensación equitativa se calculará sobre la base del perjuicio causado a los sujetos acreedores como consecuencia de las reproducciones realizadas al amparo del límite al derecho de reproducción previsto en el artículo 31, apartados 2 y 3"*.

El mismo apartado 5.a) relaciona —como hiciera el anterior Real Decreto de 2012— una serie de *"criterios objetivos"* para poder determinar el perjuicio causado a los sujetos acreedores (intensidad de uso de los equipos; capacidad de almacenamiento; impacto del límite legal de copia privada; precio de la unidad de cada modalidad; carácter digital o analógico; disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas; cuantía en otros Estados miembros). En el apartado 5.b) se establece la denominada regla de mínimos: *"No darán origen a una obligación de compensación aquellas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho de reproducción haya sido mínimo, que se determinarán mediante real decreto"*.

Por su parte, en el apartado 5.c) se señalan los supuestos en los que las reproducciones no tendrán la consideración de coipa privada, y en el 5.d) se dispone que no estarán sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada *"[l]os equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción concebidos manifiestamente para uso profesional y que no se hayan puesto de derecho o de hecho a disposición de usuarios privados para la realización de copias privadas"*. A su vez, en el apartado 7, del mismo artículo 25, se relacionan las adquisiciones de equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción que quedan exceptuados del pago de compensación (entidades que integran el sector público; personas jurídicas o físicas que actúan como consumidores finales; quienes cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la reproducción; o, en fin, las personas físicas en régimen de viajeros).

Por último, debe destacarse la habilitación reglamentaria contenida en el apartado 9 del mismo artículo 25, en la redacción concernida: *"La compensación equitativa se hará efectiva a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual conforme al procedimiento que se determine a tal efecto por real decreto, debiendo las mismas garantizar a los deudores y a los responsables solidarios una comunicación unificada de la facturación que a estos les corresponda abonar"*.

Si se observa, desaparece —a partir del 1 de agosto de 2017— la asignación global anual establecida mediante Orden ministerial (vigente de 2012 a 2016) pasando a un sistema que es descrito como de *"comunicación unificada de la facturación"*. Es decir, se pasa a un sistema de compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado a un sistema de gravamen sobre equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción (conocido como sistema EAS). Nos encontramos, pues, tratando de realizar el cálculo de la compensación equitativa —que hemos reconocido a los asociados de las entidades de gestión de los derechos de la propiedad intelectual— en una situación de tránsito, evolutiva y coyuntural entre dos sistemas diferentes, con las dificultades que ello conlleva, aunque los criterios, de uno y otro sistema, guardan un cierto paralelismo, como hemos expresado.

C) El desarrollo reglamentario previsto en el citado artículo 25.9 fue llevado a cabo por el Real Decreto 1398/2018, de 23 de noviembre, por el que se desarrolla el artículo 25 del 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.

Por lo que aquí interesa, debemos destacar tres preceptos, que también nos van a servir para la cuantificación equitativa que pretendemos realizar:

a) El artículo 3.f), que contiene la definición de las denominadas *"Modalidades de reproducción"*, entendiéndose por tales *"cada una de las tres modalidades de reproducción de obras divulgadas que se mencionan en el artículo 25.1 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual :1.º Reproducción de libros o publicaciones asimiladas a libros. 2.º Reproducción de fonogramas o de otros soportes sonoros.3.º Reproducción de videogramas o de otros soportes visuales o audiovisuales"*.

b) El artículo 4, que regula la *"Distribución de la compensación en cada modalidad de reproducción según la categoría del acreedor"*, en los siguientes términos: *"1. La distribución de la compensación en cada modalidad de reproducción según la categoría del sujeto acreedor, se realizará de la siguiente manera:a) En la modalidad de fonogramas y demás soportes sonoros, el 40 por ciento para los autores, el 30 por ciento para los artistas intérpretes o ejecutantes y el 30 por ciento para los productores.b) En la modalidad de videogramas y demás soportes visuales o audiovisuales, un tercio para los autores, un tercio para los artistas intérpretes o ejecutantes y un tercio para los productores.c) En la modalidad de libros y publicaciones asimiladas, el 55 por ciento para los autores y el 45 por ciento para los editores.2. Conforme a los porcentajes de distribución previstos en el apartado anterior, las entidades de gestión concurrentes en la gestión de derechos de una misma categoría de acreedores de una misma modalidad de reproducción, determinarán de mutuo acuerdo los porcentajes o sistema de reparto correspondientes a cada una de ellas"*.



c) Por último, debemos dejar constancia del contenido del artículo 15, dedicado a la obligación de "Realización de actividades de asistencia y fomento por parte de las entidades de gestión". Obligación que se concreta en los siguientes términos: "1. Las entidades de gestión, directamente o por medio de otras entidades deberán, según lo establecido en el artículo 178 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual :a) Promover actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus miembros.

b) Atender actividades de formación y promoción de autores y artistas intérpretes o ejecutantes. 2. Las entidades de gestión deberán dedicar a las dos modalidades de actividades a que se refiere el apartado anterior, por partes iguales, el veinte por ciento del importe de la compensación".

2º. En segundo término, y de conformidad con lo anteriores precedentes normativos, procederemos a la distribución, entre las tres modalidades de reproducción, legalmente referidas, de la expresada cantidad global para cada ejercicio, de conformidad con unos determinados porcentajes.

A) Este fue el criterio seguido en las citadas Órdenes anuales de precedente cita, en las que, respectivamente, se establecieron los siguientes porcentajes:

a) Para el ejercicio 2012, los porcentajes fueron: - Libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros: 40,79 por 100. - Fonogramas: 34,43 por 100. - Videogramas: 24,78 por 100.

b) Para el ejercicio 2013, los porcentajes fueron: - Libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros: 28,98903781 por 100. - Fonogramas: 33,64911824 por 100. - Videogramas: 37,36184394 por 100.

c) Para el ejercicio 2014, los porcentajes fueron - Libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros: 22,61181079 por 100. - Fonogramas: 30,93660486 por 100. - Videogramas: 46,45158435 por 100.

d) Para el ejercicio 2015, los porcentajes fueron:

- Libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros: 25,22106 por 100. - Fonogramas: 29,48699 por 100. - Videogramas: 45,29196 por 100.

3º. Establecido el porcentaje correspondiente para cada una de las tres modalidades de reproducción, habremos de proceder, en tercer lugar, a la distribución interna entre las diversas clases o categorías de asociados. A estos efectos, debemos tomar en consideración, y examinar, lo establecido en el citado artículo 4 —que ya hemos reproducido—, que regula la "Distribución de la compensación en cada modalidad de reproducción según la categoría del acreedor".

4º. Por último, para proceder a la distribución, del porcentaje correspondiente, en aquellos supuestos de concurrencia de diversas entidades de gestión, en una misma categoría de acreedores, de una misma modalidad de reproducción, habrá de procederse mediante el mutuo acuerdo entre tales entidades, conforme a lo establecido en el artículo 4.2 del Real Decreto 1398/2018, que es un sistema similar al previsto, en la normativa anterior, como puede comprobarse en los apartados Segundos.3 de las Órdenes para 2012, 2013, 2014 y 2015.

DÉCIMO PRIMERO.- Pues bien, de conformidad con las anteriores reglas, debemos proceder a la determinación de la compensación equitativa por copia privada, en relación con los años 2015, 2016 y 2017 (desde 1º de enero a 31 de julio):

1º. La **cantidad global total** que establecemos para cada uno de estos años será la siguiente: a) Para el año 2015, **20.000.000** de euros. b) Para el año 2016, **22.500.000** de euros, c) Para el año 2017 (desde el 1 de enero a 31 de julio), **14.520.548** de euros.

Para alcanzar tales cantidades hemos analizado:

1. Las cantidades establecidas en las Órdenes Ministeriales de precedente cita para los años 2012, 2013, 2014 y 2015, en desarrollo del sistema establecido en el Real Decreto 1657/2012, sujeto, como hemos expresado, a las "disponibilidades presupuestarias"; límite presupuestario que, como es sabido, dejó de estar en vigor tras la anulación del citado Real Decreto por la STS de 11 de noviembre de 2016. 2. El informe emitido, a instancia de las entidades de gestión, por la entidad *Compass Lexecom* (sobre la base de los cánones establecidos en el Real Decreto Ley 12/2017). 3. El informe emitido, igualmente a instancia de las entidades de gestión, por la consultora *GfK* (sobre la base de la misma normativa de 2017, que —debemos recordar— no estaba en vigor en los tres ejercicios que nos ocupan). 4. Lo manifestado por los dictámenes del Consejo de Estado: "... lo que procede en este caso es ... 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". 5. El Informe emitido por el Experto independiente MAZZARS, aportado por la Administración (Subdirección General de Propiedad Intelectual). 6. Los importes de las cuantías recaudadas en concepto de compensación equitativa por copia privada desde la vigencia del Real Decreto Ley 12/2017 (esto es, desde el



1 de agosto al 31 de diciembre de 2017, y durante 2018 y 2019). 7. Las certificaciones emitidas por algunas de las entidades de gestión de las cantidades percibidas desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 12/2017, hasta el 30 de junio de 2020. 8. Los informes ejecutivos de la denominada Ventanilla Única Digital (organismo que gestiona el sistema implantado por el citado Real Decreto Ley) correspondientes a los ejercicios 2017, 2018 y 2019. 9. La ausencia —en el sistema actual— de limitación presupuestaria, por cuanto el sistema instaurado es el de "comunicación unificada de la facturación".

10. La denominada regla de mínimos, que, en determinados supuestos excluye la compensación. 11. La existencia de supuestos exceptuados, por la normativa citada, de compensación en función de la naturaleza pública —o de otras características o circunstancias— de los adquirentes de los equipos, aparatos y soportes de reproducción. 12. El montante del 20% que el artículo 178 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual obliga a dedicar a las actividades de promoción de actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus miembros, así como de formación y promoción de autores y artistas intérpretes o ejecutantes.

Todos los anteriores datos o elementos —y atendiendo a la situación transitoria y evolutiva a que los períodos reclamados responden— han sido tomados en consideración por la Sala, han sido comparados y contrastados, y nos han conducido a cifrar en las cantidades expresadas, para cada año, el importe de la compensación equitativa por copia privada.

2º. Los **porcentajes de distribución entre las tres modalidades de reproducción** serán los siguientes: a) Para la modalidad de reproducción de libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros: el **25 %**. b) Para la modalidad de reproducción de fonogramas: el **30 %**. c) Para la modalidad de reproducción de videogramas: el **45 %**.

Para la fijación de estos porcentajes tomamos en consideración la evolución puesta de manifiesto en las Órdenes Ministeriales dictadas para los años 2012, 2013, 2014 y 2015, con especial atención a esta última, por cuanto es la más cercana en el tiempo.

3º. Para la distribución, dentro de cada una de las anteriores tres modalidades, entre las distintas categorías o clases de acreedores a la compensación, habremos de seguir lo establecido en el artículo 4 del citado Real Decreto 1398/2018, de 23 de noviembre, si bien con una pequeña variación en relación la modalidad de los fonogramas y demás soportes sonoros.

De esta forma: a) En la modalidad de reproducción de libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros, la distribución será del 55 % para los autores y el 45 % para los editores. b) En la modalidad de reproducción de fonogramas y demás soportes sonoros, la distribución será del 50 % para los autores, el 25 % para los artistas intérpretes o ejecutantes y el 25 % para los productores. Y, c) En la modalidad de reproducción de videogramas y demás soportes visuales o audiovisuales la distribución será de un tercio para los autores, un tercio para los artistas intérpretes o ejecutantes y un tercio para los productores.

La variación expresada respecto de modalidad de reproducción de fonogramas y demás soportes sonoros (que en el Real Decreto 1398/2018 era del 40/30/30 %), viene determinada por la STS 1227/2020, de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2988, RC 36/2019), que procedió a la anulación del expresado porcentaje.

4º. La distribución, del porcentaje correspondiente, en aquellos supuestos de concurrencia de diversas entidades de gestión, en una misma categoría de acreedores, de una misma modalidad de reproducción, habrá de procederse mediante el mutuo acuerdo entre tales entidades.

5º. Cualquier discrepancia entre las partes, o la falta de acuerdo entre las entidades de gestión, será resuelto por la Sala en ejecución de sentencia, de conformidad con las anteriores bases, sin que resulte de aplicación el sistema arbitral previsto en el artículo 4.3 del Real Decreto 1398/2018.

DÉCIMO SEGUNDO.- La estimación del presente recurso contencioso administrativo no debe conllevar, en el supuesto de autos, la imposición de las costas a la parte recurrida, de conformidad con el artículo 139.1 LRJCA, al apreciar la Sala la existencia de dudas tanto de hecho como de derecho con entidad suficiente para fundamentar tal decisión, tal y como se deduce de la simple lectura de la sentencia.

VISTOS los preceptos y jurisprudencia citados, así como los de pertinente aplicación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1º. Estimar el recurso contencioso administrativo 158/2019 interpuesto por la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES (SGAE), la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y la ASOCIACIÓN DE ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE), contra la desestimación



presunta, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea, formulada por las entidades recurrentes, por la ausencia de percepción de una compensación equitativa por copia privada por el período de tiempo comprendido entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de julio de 2017.

2º. Anular y dejar sin efecto dicho acuerdo presunto impugnado por su disconformidad con el Ordenamiento jurídico.

3º. Condenar a la Administración demandada al pago de la cantidad resultante de la aplicación de las bases establecidas en la sentencia, con los intereses correspondientes desde la fecha de la reclamación.

4º.- No imponer las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ