

## EL TRIBUNAL SUPREMO ANULA LA DISTRIBUCIÓN DE LA COMPENSACIÓN POR COPIA PRIVADA EN LA MODALIDAD DE FONOGRAMAS Y DEMÁS SOPORTES SONOROS

En su reciente Sentencia núm. 1227/2020, de 30 de septiembre, el Tribunal Supremo (Sala Tercera) anula la distribución de la compensación equitativa por copia privada entre, respectivamente, autores (40%), artistas intérpretes o ejecutantes (30%) y productores (30%) prevista en el artículo 4.1.a) del 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 en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada ("**RD 1398/2018**" y "**LPI**", respectivamente).

### CONTEXTO EN EL QUE SE ENMARCA LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2020

Si, en el marco de la LPI, tuviera que escogerse la materia que más quebraderos de cabeza ha venido causando al legislador español durante décadas, muy probablemente al frente de la lista estaría, con una amplia ventaja, la regulación del límite de la copia privada (artículo 31.2 LPI) y la compensación equitativa que se anuda a la misma a favor de los titulares de derechos de propiedad intelectual (artículo 25 LPI).

En este sentido, la compensación equitativa por copia privada ha tenido durante todos estos años una tortuosa andadura fruto de revisiones normativas permanentes<sup>1</sup> y de los distintos pronunciamientos de los Tribunales, tanto nacionales<sup>2</sup>, como de la Unión Europea (casos Padawan y

#### Aspectos clave:

- La distribución de la compensación por copia privada en la modalidad de fonogramas y demás soportes sonoros entre autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores (40%-30%-30%) prevista en el RD 1398/2018 queda anulada.
- La anulación se debe a motivos formales: infracción de las reglas de elaboración de los reglamentos.
- Como consecuencia de la anulación, vuelve a ser de aplicación la distribución 50%-25%-25% prevista en la norma previamente vigente.
- No existe impedimento formal para que el Gobierno apruebe nuevamente una distribución 40%-30%-30%, sin efectos retroactivos.
- Habrá que esperar a ver si, en el marco de las entidades de gestión, se establece un mecanismo para facilitar el reajuste de los importes que se hayan podido percibir de más y de menos en aplicación de los porcentajes declarados nulos.
- Los perjudicados por el eventual reajuste de importes podrían reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado en el plazo de un año.

<sup>1</sup> Por citar sólo algunos ejemplos, podemos mencionar la Orden Ministerial PRE/1743/2008, de 18 de junio de 2008 y el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre.

<sup>2</sup> Sería el caso, por ejemplo, de las Sentencias de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2011 o de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) nº 89/2011, de 2 de marzo de 2011 (Padawan).

Egeda<sup>3</sup>), en la que pasó, incluso, a estar financiada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado<sup>4</sup>.

En este contexto de permanente revisión, la compensación equitativa por copia privada es una vieja conocida de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. No en vano, con anterioridad a la reciente Sentencia de 30 de septiembre de 2020, la Sala Tercera del Tribunal Supremo tuvo ocasión de declarar nulo, a resultas de la doctrina "Padawan" del TJUE, el Real Decreto 1657/2012, que regulaba el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado<sup>5</sup>.

Tras aquel primer capítulo, cuatro años más tarde, la Sala Tercera del Tribunal Supremo y la compensación equitativa por copia privada han vuelto a verse las caras de nuevo. En esta ocasión, la Sala Tercera, mediante su reciente Sentencia de 30 de septiembre de 2020, ha anulado la distribución 40%-30%-30% de la compensación equitativa por copia privada entre, respectivamente, autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores para la modalidad de fonogramas y demás soportes sonoros.

No es este, sin embargo, el capítulo final en la historia de la compensación equitativa por copia privada ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Actualmente se están tramitando los recursos contencioso-administrativos que AMETIC y otras entidades de gestión han interpuesto contra el RD 1398/2018, por lo que cabe esperar que, en un futuro relativamente cercano, nuevos episodios pasarán a engrosar la "infortunada" historia de la compensación equitativa por copia privada en España.

## **FUNDAMENTO DE LA ANULACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO: CAMBIO DE CRITERIO "EN EL ÚLTIMO MINUTO" SIN CONTAR CON EL PARECER DE LAS ENTIDADES PREVIAMENTE CONSULTADAS**

### **La primera versión del proyecto de reglamento preveía los porcentajes de distribución 50%-25%-25%**

La primera versión del proyecto de reglamento que culminó en el RD 1398/2018 preveía unos porcentajes de distribución de la compensación por copia privada en la modalidad de fonogramas y demás soportes sonoros entre autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores de, respectivamente, 50%-25%-25%<sup>6</sup>.

Esta primera versión fue objeto del trámite de audiencia e información pública, en el que varias entidades formularon alegaciones. Asimismo, contó con el informe favorable del Consejo de Consumidores y Usuarios y de la Sección

---

<sup>3</sup> Respectivamente, Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("**TJUE**") de 21 de octubre de 2010 (C-467/08) y 9 de junio de 2016 (C-470/14).

<sup>4</sup> *Vid.* la Disposición Adicional 10ª 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.

<sup>5</sup> *Vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) nº 2394/2016, de 10 de noviembre, que estimó (parcialmente) los recursos contencioso-administrativos interpuestos por Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA) y Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP).

<sup>6</sup> Los citados porcentajes son coincidentes con los previstos en los precedentes normativos: Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, y Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre.

Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual. En este segundo caso, el informe tenía carácter preceptivo, conforme al artículo 25.4 de la LPI.

### **Los porcentajes de distribución 40%-30%-30% se introdujeron al final de la tramitación del proyecto de reglamento**

Tras el trámite de audiencia e información pública y la emisión de informe preceptivo por la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, la Administración decidió modificar los porcentajes de distribución de la compensación por copia privada en la modalidad de fonogramas y demás soportes sonoros, pasando de 50%-25%-25% del texto original a 40%-30%-30%.

Esta última distribución no había sido propuesta por ninguna de las entidades que formularon alegaciones en el trámite de audiencia e información pública. De hecho, las entidades que mostraron su disconformidad con los porcentajes 50%-25%-25% propusieron una distribución a partes iguales, por tercios, entre autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores.

A pesar de ello, el nuevo texto del proyecto de reglamento no volvió a someterse al trámite de audiencia e información pública ni al de emisión de informes por el Consejo de Consumidores y Usuarios y la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual. Solo fue informado, en sentido favorable, por varios Ministerios y por el Consejo de Estado, y posteriormente aprobado en forma de Real Decreto.

### **La jurisprudencia del Tribunal Supremo no exige reiniciar los trámites de elaboración de la norma cada vez que se modifique su redacción, salvo cuando el cambio sea sustancial**

En su Sentencia de 30 de septiembre de 2020, el Tribunal Supremo recuerda su jurisprudencia conforme a la cual *"la regla general es que no es exigible reiniciar una y otra vez los trámites de audiencia, información o recabar informes a medida que en ese proceso de elaboración [de un reglamento] va cambiándose el proyecto que se gesta"*.

Sin embargo, dicha regla general tiene una excepción: aquellos casos en los que *"en una nueva versión del proyecto se introducen cambios sustanciales, que afectan a los aspectos nucleares de lo proyectado"*<sup>7</sup>.

### **La modificación de los porcentajes de distribución de la compensación por copia privada tiene carácter sustancial**

A juicio del Tribunal Supremo, la modificación de los porcentajes de distribución de la compensación por copia privada constituye precisamente un cambio sustancial de la redacción del proyecto de reglamento, sobre el que no pudo alegar ninguna entidad participante en el trámite de audiencia e información pública, puesto que la modificación se produjo con posterioridad a su intervención.

<sup>7</sup> Vid. al respecto las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2013 (recurso nº 589/2011), 21 de febrero de 2014 (recurso nº 954/2012), 19 de mayo de 2015 (recursos nº 534/2012 y nº 626/2012) y 17 de julio de 2018 (recurso nº 400/2017).

Resulta especialmente relevante, en opinión del Tribunal Supremo, el trámite de informe preceptivo de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual. Conforme al artículo 25.4.2º de la LPI, su intervención respecto del texto de propuesta normativa debía tener lugar "*con carácter previo a su aprobación*", de lo que se infiere que "*debió informar el texto en su versión final*".

### **Conclusión de la falta de sometimiento de la nueva redacción del proyecto de reglamento a los trámites preceptivos: nulidad de pleno derecho**

El Tribunal Supremo concluye que la modificación de los porcentajes de distribución de la compensación equitativa por copia privada a 40%-30%-30% debió someterse nuevamente al trámite de audiencia e información pública y al de emisión de informe preceptivo por la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, todo ello a fin de conocer el parecer de las distintas entidades que previamente habían formulado alegaciones o emitido informes a la versión original del texto.

Al no haberse hecho así, se infringieron las reglas procedimentales aplicables a la elaboración de los reglamentos, lo que constituye un motivo de nulidad de pleno derecho que conduce a la anulación del artículo 4.1.a) del RD 1398/2018.

### **¿Y AHORA QUÉ?**

#### **Porcentajes actualmente aplicables a la distribución de la compensación por copia privada**

La anulación de los porcentajes previstos en el artículo 4.1.a) del RD 1398/2018 conlleva la aplicación de los porcentajes previamente vigentes, previstos en el artículo 36.a) del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre: 50%-25%-25%<sup>8</sup>.

#### **Eventual futura modificación de los porcentajes de distribución, sin efectos retroactivos**

Como se ha señalado, la anulación de los porcentajes previstos en el artículo 4.1.a) del RD 1398/2018 se debe a motivos puramente formales.

Así pues, nada impide a la Administración tramitar una nueva propuesta de reglamento en la que, siguiendo todos los trámites procedimentales preceptivos, se acaben aprobando nuevamente los porcentajes 40%-30%-30% ahora anulados.

En cualquier caso, el futuro reglamento que pueda aprobarse no deberá tener efectos retroactivos, puesto que ello atentaría contra el principio de seguridad jurídica, en los términos desarrollados por la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Téngase en cuenta que el Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, recuperó su vigencia tras la anulación, mediante Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 10 de noviembre de 2016, del Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, que lo había derogado.

<sup>9</sup> *Vid.* la clásica Sentencia del Tribunal Constitucional nº 126/1987, de 16 de julio, cuya doctrina ha sido reiterada en resoluciones sucesivas, entre las que cabe destacar las Sentencias nº 116/2009, de 18 de mayo; nº 176/2011, de 8 de noviembre; o nº 121/2016, de 23 de junio.

## **Eventual reajuste de los importes que se hayan podido distribuir durante la vigencia del artículo 4.1.a) del RD 1398/2018**

Aunque el Tribunal Supremo no se haya pronunciado sobre ello (por no habérselo solicitado la parte recurrente), la anulación del artículo 4.1.a) del RD 1398/2018 podrá dar lugar a un eventual reajuste de los importes que se hayan podido percibir de más y de menos en aplicación de los porcentajes 40%-30%-30% previstos en la norma declarada nula.

Habrá que esperar a ver si, en el marco de las entidades de gestión, se establece algún mecanismo para facilitar dicho reajuste, el cual deberá producirse, en nuestra opinión, dentro del plazo legal de prescripción de cinco años.

## **Eventual reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de los porcentajes de distribución declarados nulos de pleno derecho**

El eventual reajuste de los importes que se hayan podido percibir de más y de menos en aplicación del artículo 4.1.a) del RD 1398/2018 puede dar lugar a una considerable conflictividad entre los distintos colectivos afectados. Unos estarán habilitados para reclamar los importes que dejaron de percibir y otros podrán verse obligados a devolver el exceso que percibieron indebidamente.

En estas circunstancias, habrá que valorar la posibilidad de formular acciones de responsabilidad patrimonial frente a la Administración General del Estado por parte de aquellos colectivos que se hayan visto perjudicados por la aplicación de la norma reglamentaria declarada nula de pleno derecho.

En este caso, el derecho a reclamar prescribirá en el plazo legal de un año.

## CONTACTOS



**José Luis Zamarro**  
Socio

**T** +34 915907547  
**E** joseluis.zamarro  
@cliffordchance.com



**Josep Montefusco**  
Socio

**T** +34 933442225  
**E** josep.montefusco  
@cliffordchance.com



**Jaime Almenar**  
Socio

**T** +34 915904148  
**E** jaime.almenar  
@cliffordchance.com



**Marc Casas**  
Abogado

**T** +x34 915909491  
**E** marc.casas  
@cliffordchance.com



**Juan Cuerva de Cañas**  
Abogado

**T** +34 933442279  
**E** juan.cuerva  
@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

[www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110,  
28046 Madrid, Spain

© Clifford Chance 2020

Clifford Chance, S.L.P.U.

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcelona • Beijing •  
Brussels • Bucharest • Casablanca • Dubai •  
Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul •  
London • Luxembourg • Madrid • Milan •  
Moscow • Munich • Newcastle • New York •  
Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo •  
Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney •  
Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

Clifford Chance has a co-operation agreement  
with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm  
in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship  
with Redcliffe Partners in Ukraine.