

# LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR Y EL CANON DIGITAL

**CARLOS GÓMEZ JIMÉNEZ**

*Inspector de Hacienda del Estado en la  
Dirección General de Tributos*

## **Extracto:**

**EL** objeto del presente trabajo es efectuar un análisis de la eventual acción por responsabilidad del Estado legislador que se podría deducir contra España como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (Sala Tercera), de 21 de octubre de 2010, en el asunto C-467/08 en el procedimiento entre Padawan, SL y Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE). Asimismo, se analiza la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 2011, manifestación de la Resolución jurisdiccional del TJUE de 21 de octubre de 2010.

En este trabajo se analizará la naturaleza jurídica del denominado «canon digital» y cómo su régimen jurídico es alterado por la doctrina dimanante de la sentencia del TJUE, la responsabilidad del Estado legislador así como su eventual aplicación en el caso específico del canon digital a partir de la resolución judicial mencionada.

**Palabras clave:** responsabilidad patrimonial del Estado legislador, canon digital y Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

# STATE RESPONSIBILITY FOR DAMAGES IN CASE OF BREACH OF LAW AND THE FAIR COMPENSATION

**CARLOS GÓMEZ JIMÉNEZ**

*Inspector de Hacienda del Estado en la  
Dirección General de Tributos*

## **Abstract:**

**T**HE purpose of this study is an analysis of possible action for damages against Spain alleging a breach of the European law by national legislation in the judgement of the Court of Justice of European Union (ECJ), (Third Chamber) of 21 October 2010, in Case C-467/08 in the proceedings «PADAWAN, SL» and Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE). It also analyzes the judgement of the Audiencia Provincial de Barcelona of 2 March 2011, demonstration of the judicial decision of the ECJ of 21 October 2010.

In this paper we analyze the legal status of so-called «canon digital» (fair compensation) and how its status is altered by the doctrine arising from that judgement of the ECJ, the responsibility of the state for damages and its possible application in the specific case of «canon digital» under basis of that judgement.

**Keywords:** state responsibility for damages, fair compensation and Court of Justice of European Union.

# Sumario

1. El denominado «canon digital».
  - 1.1. Régimen jurídico.
  - 1.2. Naturaleza jurídica.
2. La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator.
  - 2.1. Introducción.
  - 2.2. La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator en el ámbito del Derecho español.
  - 2.3. La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator en el ámbito del Derecho Comunitario.
3. La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator y su eventual aplicación en el caso del canon digital.
  - 3.1. Introducción.
  - 3.2. La Sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010.
  - 3.3. Consecuencias de la Sentencia de 21 de octubre de 2010.

Bibliografía.

El objeto del presente trabajo es efectuar un análisis de la eventual acción por responsabilidad patrimonial del Estado legislador que se podría deducir contra España como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (Sala Tercera), de 21 de octubre de 2010, en el asunto C-467/08 en el procedimiento entre Padawan, SL y Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE). Asimismo, se analiza la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 2011, manifestación de la resolución jurisdiccional del TJUE de 21 de octubre de 2010.

En este trabajo, he preferido orillar el análisis de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo, en la cual se declara la nulidad de pleno derecho de la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio de 2008, que establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción, por cuanto simplemente declara la ilegalidad de dicha orden reguladora de las cuantías del canon digital, en base a argumentos de carácter procedimental (en su aprobación se obviaron el necesario dictamen del Consejo de Estado así como las memorias económica y justificativa), pero no la propia legalidad del canon digital residenciado en la Ley de Propiedad Intelectual.

En este trabajo se analizará la naturaleza jurídica del denominado «canon digital» y cómo su régimen jurídico es alterado por la doctrina dimanante de la sentencia del TJUE, la responsabilidad del Estado legislador así como su eventual aplicación en el caso específico del canon digital a partir de la resolución judicial mencionada.

## **1. EL DENOMINADO «CANON DIGITAL»**

### **1.1. Régimen jurídico**

El denominado «canon digital», en puridad, «compensación equitativa por copia privada» tal como se denomina legalmente (art. 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en adelante TRLPI), se encuentra regulado, como consecuencia de su armonización en el ámbito europeo por dos normas fundamentales:

- La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, en adelante la Directiva.
- El TRLPI cuya modificación mediante la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, transpuso al Derecho español la Directiva 2001/29/CE.

### 1.1.1. Regulación de la Directiva 2001/29/CE

El artículo 2 de la Directiva establece que:

«Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte:

- a) a los autores, de sus obras;
- b) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones;
- c) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas;
- d) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas;
- e) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que estas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite».

Por otro lado, el artículo 5.2 b) del mismo Cuerpo Legal dispone que:

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

b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6;».

A la vista de la normativa anterior, el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa corresponde a los autores, si bien los Estados miembros pueden establecer excepciones o limitaciones a dicho derecho. En particular, en el caso de las personas físicas para uso privado sin uso comercial siempre que los titulares reciban una compensación equitativa.

En cuanto a los motivos de su regulación el considerando (35) de la exposición de motivos se pronuncia en los siguientes términos:

«35) En determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas. A la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos. Cuando los titulares de los derechos ya hayan recibido una retribución de algún tipo, por ejemplo, como parte de un canon de licencia, puede ocurrir que no haya que efectuar un pago específico o por separado. El nivel de compensación equitativa deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas tecnológicas de protección contempladas en la presente Directiva. Determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago.»

Dichos objetivos concretos de la compensación equitativa deben enmarcarse en los objetivos generales de la Directiva que se establecen en el considerando (9) de la exposición de motivos que determina que:

«9) Toda armonización de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor debe basarse en un elevado nivel de protección, dado que tales derechos son primordiales para la creación intelectual. Su protección contribuye a preservar y desarrollar la creatividad en interés de los autores, los intérpretes, los productores, los consumidores, la cultura, la industria y el público en general. Por lo tanto, la propiedad intelectual ha sido reconocida como una parte integrante del derecho de propiedad.»

Conforme a lo anterior, se puede concluir que la compensación equitativa por copia privada se establece cuando una persona física reproduce de forma privada sin fines comerciales una obra propiedad de un autor para compensarle de los posibles daños que para el autor se puedan derivar de dicha reproducción. Todo ello, claro está, enmarcado en los fines de la propia Directiva que se recogen en el considerando (9). Dichos fines generales los podemos clasificar en dos grandes grupos: fines estrictamente privados, la protección de los derechos del autor y otros afines, y los fines públicos, tales como la protección a los consumidores, la cultura, la industria y el público en general.

### *1.1.2. El Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*

El artículo 25 del TRLPI regula en sus 25 apartados la compensación equitativa por copia privada. Son de especial importancia los apartados 1, 2 y 4 que pasamos a reproducir:

«1. La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una compensación equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en el párra-

fo b) del apartado 4, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaran de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes.

2. Esa compensación se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera de este para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio.

(...)

4. En relación con la obligación legal a que se refiere el apartado 1, serán:

a) Deudores: 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 2.

Los distribuidores, mayoristas y minoristas, sucesivos adquirentes de los mencionados equipos, aparatos y soportes materiales, responderán del pago de la compensación solidariamente con los deudores que se los hubieran suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a estos la compensación y sin perjuicio de lo que se dispone en los apartados 14, 15 y 20.

b) Acreedores: los autores de las obras explotadas públicamente en alguna de las formas mencionadas en el apartado 1, juntamente en sus respectivos casos y modalidades de reproducción, con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas.»

Por otro lado, el artículo 31.2 del TRLPI establece que:

«2. No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99 a), los programas de ordenador.»

A la vista de la normativa reproducida, la ley española reconoce el derecho de los autores a una compensación equitativa en caso de reproducción para usos exclusivamente privados a favor de los autores de las obras. El deudor es el fabricante, en tanto que actúe como distribuidor comercial, y el acreedor, el autor de las obras.

En cuanto a los motivos de su establecimiento, el preámbulo de la Ley 23/2006 determina en el párrafo segundo del apartado I de su preámbulo el objetivo general de transposición de la Directiva al Derecho español.

Al margen de ello, los párrafos sexto y séptimo del apartado II del preámbulo de la Ley 23/2006 señalan respectivamente de forma específica en relación con la compensación equitativa que:

«Otra de las novedades más importantes es la nueva regulación del régimen de copia privada en la que se han intentado mantener los principios ya asentados en nuestro ordenamiento que originan la debida compensación que los fabricantes e importadores de equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para reproducir obras protegidas deben pagar a los autores y demás titulares de derechos de propiedad intelectual.

Esta nueva regulación responde a la necesidad de armonizar los intereses tanto de los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados por la limitación de copia privada, establecida en el artículo 31.2 de la ley, como de los distribuidores de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación por copia privada, y trata de establecer un marco equilibrado que constituya un régimen en beneficio de todos los agentes afectados y adecuado a las nuevas realidades sociales y tecnológicas de la sociedad de la información.»

Asimismo, no hay que perder de vista que la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, establece en el último párrafo de su preámbulo que:

«En definitiva, mediante el conjunto de instituciones analizadas, que suponen una profunda modernización del régimen jurídico de la propiedad intelectual, la presente ley se propone dar adecuada satisfacción a la demanda de nuestra sociedad de otorgar el debido reconocimiento y protección de los derechos de quienes a través de las obras de creación contribuyen tan destacadamente a la formación y desarrollo de la cultura y de la ciencia para beneficio y disfrute de todos los ciudadanos.»

En conclusión, a la vista de lo recogido anteriormente y, en la medida en que la normativa actual del TRLPI es producto de la recepción en Derecho español de la Directiva 2001/29/CE, se puede afirmar que al igual que esta, la regulación de la compensación equitativa por reproducción privada en la normativa española responde a dos tipos de fines, unos eminentemente privados y otros de carácter público.

Así, por un lado, se establece para proteger el derecho a la propiedad intelectual del autor para indemnizarle de los posibles perjuicios que se pudieran derivar de la copia privada. Por otro lado, se positiviza para la protección de fines de carácter colectivo como la protección de la cultura, en el bien entendido de que dicha protección redunde en beneficio de toda la sociedad.

## 1.2. Naturaleza jurídica

Una vez determinado el Derecho positivo aplicable al denominado «canon digital» ya podemos estar en disposición de hacer un análisis de su naturaleza jurídica. En este sentido, dentro de la doctrina se han expuesto básicamente dos grandes teorías acerca de su naturaleza.

Por un lado, están los que consideran que el canon digital es una exacción parafiscal de las que se pueden subsumir en la disposición adicional primera de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en adelante LGT, entre los cuales hay que destacar al profesor FALCÓN Y TELLA. Así, la compensación equitativa por copia privada sería considerada como una exacción parafiscal en la medida en que cumple los tres requisitos que deben cumplir las exacciones parafiscales desde un punto de vista dogmático (coactividad, extrapresupuestariedad y afectación).

Por otro lado, estarían los que evitan su calificación como exacción parafiscal, por ejemplo Guillermo RUIZ ZAPATERO, fundamentando sus afirmaciones básicamente en que el canon se establece no en beneficio de un ente público, sino de alguien privado, en definitiva, del autor de la obra.

Desde nuestro punto de vista, la compensación por copia privada se podría encuadrar dogmáticamente dentro del concepto de exacción parafiscal al cual se refiere la disposición adicional primera de la LGT, puesto que cumple los requisitos exigidos para la consideración conceptual de tal. Veámoslos.

- Coactividad, dicha coactividad es clara al establecerse en virtud de una norma con rango de ley.
- Extrapresupuestariedad, evidentemente este requisito también concurre en la medida en que la compensación por copia privada no aparece recogida en los Presupuestos Generales del Estado.
- Afectación, la propia *ratio legis* expresada de forma explícita por el legislador en el artículo 25.1 del TRLPI está dirigida a la compensación al autor de los eventuales daños que se pudieran derivar como consecuencia de la reproducción de la obra con fines privados.

En cuanto a la crítica hecha desde algunos sectores respecto a su consideración de exacción parafiscal basándose en el hecho de que el canon se percibe por parte de un particular, el autor de la obra a través de las entidades gestoras de los derechos de autor, hay que señalar que lo relevante para su calificación, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional (TC), no es el carácter del perceptor, público o privado, sino los fines de la prestación económica que en todo caso deben ser públicos.

Así, se pronunció el TC en la Sentencia 182/1997, de 28 de octubre, con relación al enjuiciamiento de diversas exacciones parafiscales consistentes en varias contribuciones para la cobertura de contingencias de incapacidad a la Seguridad Social. En concreto, se señala en su fundamento jurídico 15 que:

«Siempre que, al mismo tiempo –debemos precisar aquí–, como se desprende de la propia expresión constitucional (prestaciones «de carácter público», dice el art. 31.3 CE), la prestación, con independencia de la condición pública o privada de quien la percibe, tenga una inequívoca finalidad de interés público.»

Una vez determinado que lo realmente sustancial es el fin público de la obligación y no quien la percibe, debemos analizar si el denominado canon digital posee dicha característica.

En este sentido, a pesar de que expresamente la ley dispone que el canon se establece para compensar al autor de los eventuales perjuicios que le pueden provocar las copias privadas, no es menos cierto que dichos fines eminentemente privados se enmarcan en un contexto regulatorio, una directiva y una ley dimanante de dicha Directiva, con unos objetivos con evidente caracterización pública tal como se ha recogido anteriormente.

Así, en concreto se puede destacar el considerando (9) del preámbulo de la Directiva –*Su protección* (la del derecho de propiedad intelectual) *contribuye a preservar y desarrollar la creatividad en interés de los autores, los intérpretes, los productores, los consumidores, la cultura, la industria y el público en general*– o el último párrafo del preámbulo de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual –*la presente ley se propone dar adecuada satisfacción a la demanda de nuestra sociedad de otorgar el debido reconocimiento y protección de los derechos de quienes a través de las obras de creación contribuyen tan destacadamente a la formación y desarrollo de la cultura y de la ciencia para beneficio y disfrute de todos los ciudadanos*–.

Es decir, lo que subyace en el establecimiento del canon digital no es solo la protección del derecho de la propiedad intelectual, sino valores públicos tales como los derechos de los consumidores (art. 51.2 de la Constitución Española, en adelante CE), la cultura (art. 149.2 CE), la industria (art. 38 CE), la ciencia (art. 44.2 CE) o la educación (art. 27.5 CE). Todos ellos valores cuya protección se encuentra dentro del ámbito de la protección de los poderes públicos.

En conclusión, a la vista de lo expuesto en líneas precedentes, la figura objeto de análisis en el presente trabajo puede ser calificada como exacción parafiscal al revestir los requisitos exigidos para ser considerada como tal, sin que se pueda obstar su percepción por un titular no público, en la medida en que lo relevante para el establecimiento de la misma no es la titularidad pública de su receptor, sino el carácter público de los fines que persigue.

Por tanto, al ser considerada como exacción parafiscal le sería de aplicación, al margen de la regulación del TRLPI, la disposición adicional primera de la LGT que señala que:

«Las exacciones parafiscales participan de la naturaleza de los tributos rigiéndose por esta ley en defecto de normativa específica.»

En consecuencia, en última instancia y en defecto de su normativa específica les resultaría de aplicación la LGT.

## 2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-LEGISLADOR

### 2.1. Introducción

La responsabilidad del Estado-Legislador se produce en aquellos supuestos en que se originan daños económicamente evaluables en el administrado por la actividad legislativa del Estado generando, consecuentemente, una obligación de resarcimiento.

Dentro de este concepto genérico no se incluirían todos los supuestos en principio resarcibles, puesto que hay algunos casos que se incardinarían a través de la institución de la expropiación forzosa cuando concurren alguno de los supuestos legitimadores de la misma, esto es, interés público o utilidad social. Dicha opinión fue ratificada por el TC en las sentencias vertidas en el caso RUMASA donde se consagró que las expropiaciones por ley singular cumplían los *standars* constitucionales.

A la vista de lo anterior, dejando al margen la expropiación en virtud de acto legislativo que queda excluida por la propia letra de la ley española, como veremos a continuación se pueden diferenciar dos grandes ámbitos de responsabilidad del Estado-Legislador en función de dónde se residencia el parámetro de legalidad que sirve de contraste para analizar el acto legislativo en cuestión.

Así, por un lado, estaría la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador cuando el acto legislativo de un órgano del Estado español (también normas con rango de Ley de las Comunidades Autónomas) se contrasta con la CE como parámetro de legalidad. En sentido estricto, se analiza la constitucionalidad de la ley. Por otro lado, estaría la responsabilidad patrimonial originada en la falta de adecuación del acto legislativo del Estado, entendido en los términos anteriores, con el Derecho Comunitario.

## 2.2. La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador en el ámbito del Derecho español

### 2.2.1. Derecho positivo

La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador es una institución jurídica regulada en nuestro Derecho positivo. En este sentido, el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LRJ, establece que:

«3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que estos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.»

Conforme al precepto reproducido, respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado en su vertiente de legislador se puede afirmar que:

- Existe un principio general de reconocimiento.
- La indemnización se establecerá en los términos establecidos en los propios actos legislativos.
- Se deben cumplir una serie de requisitos. Dichos requisitos son los siguientes:

- Que no tengan un carácter expropiatorio.
- Que los ciudadanos no tengan el deber de soportar tales actos.
- Que se establezca en el propio acto legislativo.

En la medida en que dentro del ámbito estrictamente referido al Derecho español el parámetro de legalidad de la ley, valga la redundancia, es la Constitución, y que es el TC el que tiene encomendada la potestad de determinación de la inconstitucionalidad de las leyes, es a partir de las decisiones del TC en este sentido cuando se podrá valorar la existencia de un perjuicio susceptible de generar un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado legislador del artículo 139.3 de la LRJ.

Por lo tanto, este precepto hay que ponerlo en relación con el artículo 40.Uno de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en adelante LOTC, sin cuyo contenido no podemos entender la eventual responsabilidad del Estado legislador, ya que habla de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y su posible relación con el principio de cosa juzgada.

En este sentido, el artículo 40.Uno de la LOTC señala que:

«Uno. Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.»

En resumen, este precepto da carta de naturaleza al principio de cosa juzgada respecto de aquellos procesos que fenecidos con anterioridad a la sentencia de inconstitucionalidad hayan aplicado las propias leyes declaradas inconstitucionales. Estableciendo dos excepciones en relación con las cuales sí se podrán revisar los procesos:

- Que los procesos sean penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento administrativo sancionador.
- Que como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada con rango de ley resulte:
  - O reducción de la pena o de la sanción.
  - O exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

No obstante lo anterior, la letra de la ley fue matizada por el TC en la STC 22/1996 que en el fundamento jurídico 2 realizaba la siguiente afirmación:

«2. Centrándonos, pues, ahora, en la primera de las dos cuestiones a las que, por lo dicho, se ciñe el objeto de este procedimiento de amparo, conviene reproducir el tenor literal del tan repetido

fundamento jurídico 12 de la STC 179/1994, cuya interpretación constituye el verdadero núcleo del litigio. Se dijo entonces que "es preciso determinar cuál es el alcance y efectos que corresponde atribuir (al) (...) fallo y, en tal sentido, debemos establecer que han de considerarse situaciones consolidadas no susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta Sentencia, no solo aquellas situaciones que hayan sido definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 de la LOTC), sino también, por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución), todas aquellas otras que no hubieran sido impugnadas en la fecha de publicación de esta Sentencia, es decir, tanto los pagos ya efectuados de cuotas no recurridas, como las devengadas y aún no pagadas, que no estén pendientes de reclamación o recurso administrativo o judicial interpuestos dentro de plazo antes de dicha fecha, a partir de la cual esta sentencia producirá todos los efectos que le son propios".»

En consecuencia, el TC ampliaba el ámbito del artículo 40.1 de la LOTC en el sentido de que no eran revisables y, en consecuencia, no podían dar lugar a responsabilidad del Estado-Legislador, no solo los supuestos en los cuales concurriera la cosa juzgada sino que tampoco eran revisables, por directa aplicación del artículo 9.3 de la CE, aquellos casos en los que en la fecha de publicación de la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad no se hubiera impugnado la actuación administrativa.

### 2.2.2. *Jurisprudencia*

El proceso interpretativo del Tribunal Supremo (TS) respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador se puede sustanciar en las siguientes ideas capitales.

- El ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador es una cosa y la revisión de los actos en aplicación de leyes declaradas inconstitucionales es otra o, lo que es lo mismo, una cosa es el mantenimiento de los actos en aplicación del principio de cosa juzgada, tal como se ha interpretado de forma laxa por el TC, y otra es la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador. Es decir, que el acto en aplicación de la ley inconstitucional no pueda ser revisado como consecuencia de los efectos *ex nunc* de la sentencia no impide que exista obligación de responsabilidad del Estado-Legislador siempre que se cumpla el resto de los requisitos legalmente exigibles, puesto que la sustantividad de la institución hay que buscarla en la antijuridicidad del daño producido, título legitimador de la imputación de la responsabilidad patrimonial al Estado-Legislador.

Los fundamentos de derecho cuarto y séptimo de la Sentencia del TS de 13 de junio de 2000 se pronuncian en los siguientes términos:

«Ciertamente, el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos –leyes– quedan bajo el imperio de tal Norma Suprema. En los casos donde la ley vulnera la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado-Legislador puede tener, asimismo, su segundo origen en la inconstitucionalidad de la ley.

La determinación del título de imputación para justificar la responsabilidad del Estado legislador por inmisiones legislativas en la esfera patrimonial (que ha vacilado entre las explicaciones que lo fundan en la expropiación, en el ilícito legislativo y en la teoría del sacrificio, respectivamente) ofrece así una especial claridad en el supuesto de ley declarada inconstitucional.

(...)

SÉPTIMO. Esta Sala estima, sin embargo, en la sentencia que sirve de precedente a esta, que la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia, pues la sentencia firme dictada, al no corregir el perjuicio causado por el precepto inconstitucional mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad a la que acudieron otros tribunales, consolidó la actuación administrativa impugnada.

(...))».

- Derivado de la afirmación anterior el Alto Tribunal considera que en la medida en que el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador se encuadra al margen de la eventualidad de la revisión de los actos en aplicación de la ley inconstitucional no debe exigirse al ciudadano dañado por el acto legislativo iniciar y agotar los procedimientos legalmente habilitados por el Derecho para la impugnación de los actos administrativos.

Así, el fundamento de derecho octavo de la sentencia citada con anterioridad establece que:

«Podría sostenerse que las partes recurrentes están obligadas a soportar el perjuicio padecido por no haber en su momento recurrido las autoliquidaciones en vía administrativa. De prosperar esta tesis, el daño causado no sería antijurídico, pues, como expresa hoy el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

Esta Sala, sin embargo, estima que no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que esta es inconstitucional. La ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa. Es solo el tribunal el que tiene facultades para plantear de oficio o a instancia de parte al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la ley relevante para el fallo (art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

La interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar, primero en vía administra-

tiva (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuera menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha ley, para agotar las posibilidades de que el tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad.

Basta este enunciado para advertir lo absurdo de las consecuencias que resultarían de dicha interpretación, cuyo mantenimiento equivale a sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable.»

- En relación con los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, el TS manifestó que en ausencia de determinación en la sentencia del TC de los efectos que la declaración de inconstitucionalidad tiene respecto a los actos en aplicación de la ley declarada inconstitucional, son los tribunales ordinarios los que deben especificar dichos efectos.

En este sentido, son representativos los argumentos esgrimidos en el fundamento de derecho cuarto de la Sentencia del TS de 5 de junio de 2001 que se expresaba en los siguientes términos:

«En nuestra opinión, cuando la propia sentencia del Tribunal Constitucional no contenga pronunciamiento alguno al respecto, corresponde a los jueces y tribunales, ante quienes se suscite tal cuestión, decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad en aplicación de las leyes y los principios generales del derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia, de manera que, a falta de norma legal expresa que lo determine y sin un pronunciamiento concreto en la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, han de ser los jueces y tribunales quienes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la eficacia *ex tunc* o *ex nunc* de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad.»

### 2.3. La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator en el ámbito del Derecho Comunitario

#### 2.3.1. Derecho positivo

El principio de responsabilidad del Estado-Legislator en el ámbito de la Unión Europea ha sido elaborado de una forma eminentemente jurisprudencial, no obstante lo anterior, dicho principio jurisprudencial tiene su punto de arranque en el antiguo artículo 5 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea actual artículo 10 en la versión consolidada de dicho Tratado. Así, este precepto determina que:

«Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.

Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.»

### 2.3.2. *Jurisprudencia*

Tal como se ha señalado con anterioridad, el principio de responsabilidad del Estado por violación del Derecho Comunitario ha sido elaborado fundamentalmente por la doctrina del TJUE al considerarse inherente al sistema de Tratados que constituye el cimiento de su arquitectura institucional.

La doctrina del TJUE se ha ido formando a partir de numerosas sentencias entre las que destacan las Sentencias de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357, apartado 35; de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029, apartado 31, y de 24 de marzo de 2009, Danske Slagterier, C-445/06, Rec. p. I-0000, apartado 19.

El fundamento del reconocimiento a la responsabilidad del Estado respecto a las violaciones del Derecho Comunitario se ha sustentado en los principios de eficacia y primacía del Derecho Comunitario (principios ungidos por el TJUE a través de las Sentencias Simmenthal y Factorame I/Van-Gend en Loos y Costa C. ENEL, respectivamente).

El principio de eficacia está referido al hecho de que la normativa interna no debe hacer imposible o excesivamente difícil la efectividad de los derechos reconocidos por el Derecho Comunitario. En este caso, la doctrina jurisprudencial referida a la responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de una violación del Derecho Comunitario.

Por otro lado, el principio de primacía del Derecho Comunitario se concreta en la prevalencia de dicho corpus jurídico sobre la normativa interna.

Conforme a esta aquilatada jurisprudencia se exigen tres requisitos para que los particulares tengan derecho a indemnización por parte del Estado como consecuencia de la violación que este ha realizado del Derecho Comunitario.

- La norma del Derecho de la Unión Europea debe conferirles un derecho.
- La violación de la norma debe estar suficientemente caracterizada.
- Debe existir una relación de causalidad directa entre la violación y el perjuicio producido.

Al margen de ello, para hacer plenamente eficaz la responsabilidad del Estado-Legislador por violación del Derecho Comunitario, la doctrina del TJUE no se ha quedado simplemente en el aspecto sustantivo de la responsabilidad, sino que ha ido más allá del ámbito estrictamente material de la misma, dadas las exigencias del principio de eficacia, en su perspectiva de instrumento dirigido a asegurar de forma efectiva y eficaz el derecho del perjudicado a ser indemnizado. De tal suerte que también se exige de la normativa interna procesal, no material, que regula el procedimiento para exigir la responsabilidad del Estado-Legislador el cumplimiento de dos principios básicos: el principio de equivalencia y el principio de efectividad (Sentencias de 30 de septiembre de 2003, Köbler,

C-224/01, Rec. p. I-10239, apartado 58, y de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, Rec. p. I-2107, apartado 123).

El principio de equivalencia implica que los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que los que se aplican a reclamaciones semejantes de naturaleza interna.

El principio de efectividad supone que las normas internas de procedimiento no pueden configurarse de forma que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización.

### **3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-LEGISLADOR Y SU EVENTUAL APLICACIÓN EN EL CASO DEL CANON DIGITAL**

#### **3.1. Introducción**

La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador y su eventual aplicación en el caso de la aplicación de la compensación equitativa por copia privada a la que se refiere el artículo 25 del TRLPI (denominada comúnmente como «canon digital») se ha suscitado en relación con la Sentencia del TJUE (Sala Tercera), de 21 de octubre de 2010, en el asunto C-467/08 en el procedimiento entre Padawan, SL y la SGAE.

Estos argumentos han tenido su reflejo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 89/2011, de 2 de marzo de 2011. Recordemos que la propia Audiencia fue la que planteó el procedimiento de cuestión prejudicial que desembocó en la Sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010.

En consecuencia, primero analizaremos el contenido de dicha sentencia y después sus consecuencias, entre las que destaca la doctrina dimanante de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de octubre de 2010. Por último, se estudia la posible acción contra España por responsabilidad del Estado-Legislador.

#### **3.2. La Sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010**

##### *3.2.1. Antecedentes de hecho*

La sentencia se dictó como consecuencia de la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por la Audiencia Provincial de Barcelona. El origen del litigio sustanciado ante la Audiencia Provincial trae causa del pleito entablado entre Padawan, SL y la SGAE, relativo al «canon por copia privada» supuestamente adeudado por Padawan, SL a causa de los CD-R, CD-RW, DVD-R y aparatos de MP3

que esta comercializa. Dicho pleito fue resuelto en primera instancia en el Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Barcelona.

El órgano jurisdiccional remitente plantea que se clarifique por el TJUE la interpretación del concepto de «compensación equitativa», que figura en el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29/CE, y que se abona a los titulares de los derechos de autor en concepto de «excepción de copia privada».

En concreto, las cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de Barcelona son las siguientes:

1. Si el concepto de «compensación equitativa» previsto en el artículo 5.2 b) de la Directiva implica o no una armonización, con independencia de la facultad reconocida a los Estados miembros de escoger los sistemas de retribución que estimen pertinentes para hacer efectivo el derecho a una «compensación equitativa» de los titulares de los derechos de propiedad intelectual afectados por el establecimiento de la excepción de copia privada al derecho de reproducción.
2. Si cualquiera que sea el sistema empleado por cada Estado miembro para determinar la compensación equitativa, este debe respetar un justo equilibrio entre los afectados, por una parte los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados por la excepción de copia privada, acreedores de dicha compensación, y, por otra, los obligados directa o indirectamente al pago; y si este equilibrio viene determinado por la justificación de la compensación equitativa, que es paliar el perjuicio derivado de la excepción de copia privada.
3. Si en los casos en que un Estado miembro opta por un sistema de gravamen o canon sobre los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital, este gravamen (la compensación equitativa por copia privada) debe ir necesariamente ligado, de acuerdo con la finalidad perseguida con el artículo 5.2 b) de la Directiva 2001/29/CE y el contexto de esta norma, al presumible uso de aquellos equipos y materiales para realizar reproducciones beneficiadas por la excepción de copia privada, de tal modo que la aplicación del gravamen estaría justificada cuando presumiblemente los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital vayan a ser destinados a realizar copia privada, y no lo estarían en caso contrario.
4. Si, caso de optar un Estado miembro por un sistema de «canon» por copia privada, es conforme al concepto de «compensación equitativa» la aplicación indiscriminada del referido «canon» a empresas y profesionales que claramente adquieren los aparatos y soportes de reproducción digital para finalidades ajenas a la copia privada.
5. Si el sistema adoptado por el Estado español de aplicar el canon por copia privada a todos los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital de forma indiscriminada podría contrariar la Directiva 2001/29/CE, por cuanto dejaría de existir una adecuada correspondencia entre la compensación equitativa y la limitación del derecho [de reproducción] por copia privada que la justifica, al aplicarse en gran medida a supuestos distintos en los que no existe la limitación de derechos que justifica la compensación económica.

### 3.2.2. Fundamentos de derecho

1. Respecto a la primera cuestión, el Tribunal considera que el concepto «compensación equitativa» del artículo 5.2 b) de la Directiva debe entenderse como un concepto autónomo de Derecho comunitario, ya que no realiza ninguna remisión a los Derechos nacionales de los Estados miembros. Por consiguiente, si bien los Estados miembros pueden en virtud del citado artículo decidir con carácter facultativo sobre el establecimiento de una excepción de copia privada al derecho exclusivo de reproducción del autor, aquellos Estados que utilicen dicha facultad deben regular el abono de una compensación equitativa a favor de los autores perjudicados por la aplicación de dicha excepción.

2. En lo que se refiere a la segunda cuestión, el TJUE señala que la compensación equitativa debe calcularse necesariamente sobre la base del criterio del perjuicio causado a los autores de obras protegidas debido al establecimiento de la excepción de copia privada.

Por consiguiente, las personas afectadas por el «justo equilibrio» son el autor titular del derecho y la persona física que actúa a título particular usuario de las prestaciones protegidas que debe reparar el perjuicio derivado de la reproducción de una obra protegida sin solicitar la autorización previa del titular. No obstante lo anterior, habida cuenta de las dificultades prácticas para identificar a los usuarios privados y atendiendo al hecho de que el perjuicio que puede derivarse de cada utilización privada, considerada individualmente, puede resultar mínimo y, por lo tanto, no dar origen a una obligación de pago, como indica la última frase del trigésimo quinto considerando de la Directiva 2001/29/CE, los Estados miembros tienen la facultad de establecer, al objeto de financiar la compensación equitativa, un «canon por copia privada» que no grava a las personas privadas afectadas, sino a quienes disponen de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y, a este título, de derecho o de hecho, ponen dichos equipos a disposición de personas privadas o les prestan un servicio de reproducción.

Como la actividad de los deudores de dicha financiación consiste en la puesta a disposición de equipos, aparatos y soportes de reproducción a favor de usuarios privados o la prestación a estos de un servicio de reproducción, nada impide que dichos deudores repercutan el importe del canon por copia privada en el precio de puesta a disposición de los equipos, aparatos y soportes de reproducción o en el precio del servicio de reproducción prestado. De este modo, el usuario privado que abona dicho precio es quien soportará, en definitiva, la carga del canon.

Por lo tanto, al asumir los usuarios privados el coste del canon, el mismo cumplirá los requisitos del «justo equilibrio» en los términos del Derecho Comunitario.

3. y 4.

En relación con la cuestión 3, es decir, si existe la necesaria vinculación entre la aplicación del canon y el presumible uso que se vaya a realizar de las reproducciones privadas, el TJUE afirma que existe dicha vinculación. El fundamento sería que solo es compatible, tal como se ha señalado con anterioridad, el canon con el «justo equilibrio» si las reproducciones pueden causar un daño para el titular del derecho a la propiedad intelectual.

Ello nos conduce a plantearnos la cuestión prejudicial 4, si la aplicación indiscriminada del canon, en particular en relación con los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas, es conforme con la Directiva 2001/29/CE. El TJUE determina que la aplicación indiscriminada del canon, incluido el supuesto, citado explícitamente por el órgano jurisdiccional remitente, de que estos sean adquiridos por personas distintas de las personas físicas para fines manifiestamente ajenos a la copia privada, no resulta conforme con el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2001/29/CE citada.

5. Por último, en relación, a si el sistema adoptado por España, consistente en aplicar de forma indiscriminada el canon a todo tipo de equipos, aparatos y materiales de reproducción digital, con independencia del uso que se haga de ellos, es conforme con la Directiva 2001/29/CE, el Tribunal no se pronuncia en la medida en que fuera del recurso por incumplimiento no corresponden al TJUE decidir sobre la compatibilidad de una disposición de Derecho interno con el Derecho Comunitario y hay que recordar que la sentencia objeto de análisis en este trabajo se dictó al socaire de un procedimiento prejudicial.

### 3.2.3. Conclusiones

1. El concepto de «compensación equitativa por copia privada» es un concepto autónomo de Derecho Comunitario.
2. El concepto de «justo equilibrio» que debe respetar la compensación equitativa por copia privada debe calcularse en función del perjuicio generado a los autores. En este sentido, la configuración de la citada compensación se ajusta al principio.
3. Es necesaria una vinculación entre la aplicación del canon en relación con los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y el presumible uso de estos para realizar reproducciones privadas.
4. En consecuencia, la aplicación indiscriminada no resulta conforme con la Directiva 2001/29/CE.
5. El TJUE no se puede pronunciar sobre la compatibilidad de la normativa española reguladora del canon. Ello es competencia de los tribunales nacionales.

## 3.3. Consecuencias de la Sentencia de 21 de octubre de 2010

### 3.3.1. Efectos de la sentencia prejudicial

En principio, a pesar de la gran cantidad de literatura que sobre el tema se ha vertido en un sentido opuesto, es opinión del autor de este trabajo que no hay una consecuencia inmediata sobre los intervinientes, deudores y acreedores del canon digital, ni sobre el Estado español, como consecuencia de la sentencia objeto de análisis. La propia resolución judicial se encarga muy mucho de limitar los propios efectos de su contenido en el párrafo 60 de la misma al señalar, siguiendo la doc-

trina vertida en la Sentencia de 22 de marzo de 1990, Triveneta Zuccheri y otros/Comisión, C-347/87, Rec. p. I-1083, apartado 16, que no compete al TJUE determinar la compatibilidad o no de la normativa nacional, esto es, el artículo 25 del TRLPI, con el Derecho Comunitario encarnado en la Directiva 2001/29/CE, ya que excede el ámbito competencial de la cuestión prejudicial y es propio del recurso por incumplimiento del Derecho Comunitario, sino que compete a los tribunales ordinarios. Por lo tanto, los efectos de la sentencia, como no puede ser de otra forma, deben circunscribirse a los efectos propios de las sentencias que el TJUE dicta en el procedimiento prejudicial.

Estos efectos no se encuentran regulados expresamente, de manera que deben ser obtenidos a partir de la propia regulación de la cuestión prejudicial. En este sentido, hay que partir de lo señalado por el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 234 del TCE) que señala que:

«El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación de los Tratados;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.»

Lógicamente, en la medida en que el juez nacional, en nuestro caso la Audiencia Provincial de Barcelona, planteó la cuestión a efectos de la interpretación del Derecho Comunitario, dicho Tribunal se verá vinculado en su interpretación por el contenido de la sentencia dictada. Sin embargo, la vinculación va a exceder los límites estrictos de la Audiencia y debe ligar a todos los órganos jurisdiccionales, no solo españoles, sino también comunitarios por el principio de uniformidad en la aplicación del Derecho Comunitario. Idea que ha sido también ratificada por la jurisprudencia del TJUE.

En este sentido, dentro de la jurisprudencia del TJUE destaca la sentencia Salumi. De dicha sentencia se extrae que las resoluciones que dicte el TJUE en el procedimiento por cuestión prejudicial vinculan al tribunal remitente y al resto de los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros.

La regla general es que los efectos jurídicos de las sentencias dictadas en el procedimiento de cuestión prejudicial tienen unos efectos *ex tunc*, es decir, afectan a todos los actos que se hayan dictado con anterioridad a la sentencia del Tribunal. Dicha doctrina fue enunciada por primera vez en por el TJCE, en la Sentencia de 27 de marzo de 1980 –asunto Salumi–, que declaró que:

«la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 177, el Tribunal de Justicia da de una regla del Derecho Comunitario, aclara y precisa, cuando es necesario, el significado y alcance de esta regla, tal como debe o habría debido ser comprendido y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. Resulta que la regla así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que falla sobre la demanda de interpretación, siempre que las condiciones que permiten llevar un litigio relativo a la aplicación de la antedicha regla ante las jurisdicciones competentes se encuentren reunidas.»

De una u otra forma, este criterio se ha visto ratificado en otras sentencias posteriores, como las de 10 de julio de 1980 –asunto Ariete, n.º 811/79–, 13 de diciembre de 1983 –asunto Apple and Pear, n.º 222/83–, 5 de octubre de 1988 –asunto Padovani, n.º 210/87–, 14 de diciembre de 1988 –asunto Ventura n.º 269/87–, 6 de julio de 1995 –asunto Soupergaz, n.º C-62/93–, 11 de agosto de 1995 –asunto Roders, n.º C367/93–.

No obstante lo anterior, debemos preguntarnos qué entiende el TJUE por la expresión reiteradamente reproducida en la sentencia Salumi y en la jurisprudencia posterior consistente en «la regla así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que falla sobre la demanda de interpretación, siempre que las condiciones que permiten llevar un litigio relativo a la aplicación de la antedicha regla ante las jurisdicciones competentes se encuentren reunidas». En principio, que la retroactividad no debe entenderse en modo alguno de forma absoluta, es decir, no debe afectar a todas las situaciones que se hayan producido con anterioridad a la sentencia prejudicial.

Por lo tanto, deben quedar a salvo de las consecuencias de la sentencia prejudicial aquellas aplicaciones de la norma cuyos efectos jurídicos han sido agotados porque exista prescripción, caducidad o cosa juzgada material u otras figuras similares determinadas por cada Estado Miembro y ello por la aplicación del principio de seguridad jurídica.

Dicha doctrina fue ratificada por el TJCE en la Sentencia de 15 de diciembre de 1995, asunto Bosman, que declaró:

«141. Con arreglo a reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 177, hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho Comunitario aclara y precisa, cuando es necesario, el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el Juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (véase, en especial, la Sentencia de 2 de febrero de 1988, Blazot, 24/1986, Rec. pg. 379, apartado 27).

142. Solo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario, verse inducido a limitar la posibilidad de cualquier interesado de invocar una disposición que el Tribunal ha interpretado con el fin de cuestionar unas relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Tal limitación únicamente puede admitirse por el Tribunal de Justicia en la misma sentencia que resuelve sobre la interpretación solicitada (véanse, en especial, las sentencias *Blaizot*, antes citada, apartado 28 y *Legros* y otros, antes citada, apartado 30).»

De la doctrina expuesta, se deduce igualmente que este Tribunal está vinculado a la interpretación dada por el TJUE, cuando se trate de resolver una contienda en la que se plantee la misma cuestión que ya se resolvió en un supuesto anterior. Esta doctrina viene siendo aplicada por el Tribunal desde la Sentencia *Da Costa*, de 27 de marzo de 1963. En cuya resolución se decidió sobre una cuestión prejudicial que era idéntica a otra anterior sobre la que ya se había pronunciado: la del caso *Van Gend en Loos*, que había dado lugar a la Sentencia de 5 de febrero de 1963.

Por lo tanto, en lo que se refiere al caso particular que dio lugar al recurso ante la Audiencia Provincial de Barcelona, el juez remitente debe aplicar la doctrina interpretativa de la sentencia. En particular, especial importancia tendrá la aplicación de lo dispuesto respecto a la cuestión prejudicial cuarta, es decir, la afirmación de que la aplicación indiscriminada del canon por copia privada, en particular en relación con equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas, no resulta conforme con la Directiva 2001/29/CE.

Las consecuencias concretas de la interpretación realizada por el TJUE se han reflejado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 89/2011, de 2 de marzo. En este sentido, recuérdese que fue el órgano jurisdiccional que planteó la cuestión prejudicial ante el TJUE.

### 3.3.2. *La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 89/2011, de 2 de marzo*

En efecto, esta resolución jurisdiccional traslada de forma concreta los postulados manifestados en la Sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010, puesto que, como se recordara, si bien la resolución del órgano jurisdiccional comunitario determinaba que la aplicación indiscriminada del canon no resultaba acorde con la Directiva 2001/29/CE, no es menos cierto que obviaba pronunciarse sobre la adecuación de la normativa española respecto al Derecho comunitario por exceder dicho pronunciamiento de los efectos de las sentencias del TJUE dictadas en el ámbito de la prejudicialidad, siendo, por tanto, esta competencia de los tribunales ordinarios.

En concreto, la aplicación indiscriminada del canon es tratada en los fundamentos de derecho 15, 16 y 17 de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo.

Así, la resolución declara sin ambages que la aplicación de «un gravamen indiscriminado de todos los soportes resulta injusto, pues no responde a la justificación originaria de la "compensación equitativa", que es exclusivamente paliar el perjuicio generado por la excepción de copia privada» (párrafo tercero, FD 16).

La propia Sentencia de 2 de marzo de 2011 justifica el canon en la idea de compensación equitativa siguiendo la doctrina del TJUE cuando pueda existir un daño o perjuicio verosímil. La Audiencia Provincial en los párrafos primero y segundo del fundamento de derecho 16 se pronuncia en los siguientes términos:

«16. (...) la justificación del canon viene determinada por la necesidad de compensar de forma equitativa la "copia privada", si bien no es necesario acreditar un uso efectivo de la copia privada en el soporte afectado por el canon, sí que debe ser verosímil que adquirirá este destino, y, en principio, ello solo ocurrirá cuando los adquirentes de estos soportes o materiales sean particulares, y no empresas o, también, profesionales que destinan a esos productos a su actividad profesional (abogados, auditores, ingenieros, arquitectos...).

Basta la mera acreditación de que algunos de los adquirentes de aquellos productos que se quieren gravar fueron empresas públicas o privadas, para advertir que se pretendió aplicar indiscriminadamente, incluso a supuestos en que claramente no iban a ser destinados a copia privada. La interpretación que realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la compensación equitativa y la necesidad de que respete un "justo equilibrio" nos lleva a concluir que el artículo 25 del TRLPI no puede ser interpretado como pretende la actora, gravando "todo tipo de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital, incluido el supuesto (...) de que estos sean adquiridos por personas distintas de las personas físicas para fines manifiestamente ajenos a la copia privada" [STJUE de 21 de octubre de 2010, C-467/08, (53)]. (...), tan solo está justificado el devengo del canon sobre los soportes digitales vendidos o puestos a disposición de particulares, que presumiblemente vayan a ser destinados a un uso privado, y no a una actividad profesional. No tiene sentido repercutir sobre una empresa o un profesional la financiación de la "compensación equitativa" por copia privada, al adquirir soportes digitales para su actividad empresarial o profesional.»

En definitiva, la interpretación hecha por la Audiencia realiza un análisis de comparabilidad centrado sobre la adecuación del sistema español de compensación por copia privada al Derecho Comunitario centrado en la comparación del artículo 25 del TRLPI y la interpretación del TJUE dimanante de la Sentencia de 21 de octubre de 2010.

En concreto, el artículo 25.1 del TRLPI señala que:

«1. La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una compensación equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en el párrafo b) del apartado 4, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaron de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes.»

Esta disposición reproducida se ha contrastado con lo dispuesto en la sentencia objeto de estudio, en particular con lo establecido en el párrafo 53 de la sentencia:

«la aplicación indiscriminada del canon por copia privada en relación con todo tipo de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital, incluido el supuesto, citado explícitamente por el órgano jurisdiccional remitente, de que estos sean adquiridos por personas distintas de las personas físicas para fines manifiestamente ajenos a la copia privada, no resulta conforme con el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2001/29/CE».

Por tanto, el artículo 25 del TRLPI, en particular, el apartado 1 de dicha disposición debe entenderse en el sentido recogido en el párrafo 53 de la sentencia.

En concreto, hay que ponerlo, según la Audiencia, en relación con lo preceptuado con el artículo 25 del TRLPI en lo que se refiere a la mecánica de aplicación de la compensación por copia privada. De tal suerte que para poder aplicar la compensación deben darse dos requisitos básicos para su aplicación, repercusión en factura y retención al cliente:

- Que el cliente sea persona física.
- Que sea para fines relacionados con la copia privada.

En consecuencia, el incumplimiento de cualquiera de los requisitos implicará la exclusión de la compensación por copia privada.

En relación con el requisito de la transmisión del equipo, aparato y soporte de reproducción digital a una persona física, el cumplimiento de dicho requisito es fácil de constatar. Obviamente implica que si el adquirente es persona jurídica no se aplica la compensación, pero si el mismo es persona física, sí que puede aplicarse.

En cuanto al requisito de la adquisición con fines manifiestamente ajenos a la copia privada debe ser entendido de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.2 b) de la Directiva 2001/29/CE que señala que «Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos: [...] b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales». Es decir, la persona física debe adquirir los elementos que devengan la compensación para fines privados que no sean de carácter comercial. En caso contrario, es decir, adquisición con fines comerciales o empresariales no concurre el supuesto de hecho habilitante para la generación del canon.

El problema surge a la hora de delimitar cuándo procede la adquisición con estos fines ajenos a los privados, lo que nos reconduce a un problema de prueba que se relaciona de forma evidente con la constatación del cumplimiento del primer requisito, esto es, la adquisición de los equipos por una persona física o jurídica. Dicho problema no se resuelve de forma clara en la resolución judicial de la Audiencia que habla de que «tan solo está justificado el devengo del canon sobre los soportes digitales vendidos o puestos a disposición de particulares, que presumiblemente vayan a ser destinados a un uso privado, y no a una actividad profesional», es decir, el devengo parte de la presunción de usos privados pero no se aclara quién debe soportar la carga de la prueba.

Desde nuestra óptica, si la adquisición se produce por una persona jurídica, además de no cumplir el primer requisito, con lo cual no se puede aplicar la compensación por copia privada, se puede presumir que hay una adquisición que no es para fines privados. En consecuencia, tampoco se cumpliría el segundo requisito. Por el contrario, si la adquisición se realiza por una persona física, además de constatar que se cumple el primer requisito, se entraría en la necesidad de valorar si se cumple la segunda condición, su adquisición para fines privados no comerciales y es aquí donde aparecen los problemas de prueba, puesto que para la aplicación del canon se debe constatar, en última instancia, si se adquiere con fines privados.

Es aquí donde el operador jurídico debe preguntarse quién tiene la carga de la prueba o de qué presunción se parte. Aquí creemos que la actuación más lógica es partir de la presunción de que toda adquisición realizada por persona física es para fines privados, en principio, generando la aplicación del canon. Será la persona física, por tanto, quien tenga la carga de la prueba de demostrar que está actuando como empresario o profesional, destruyendo dicha presunción y, consecuentemente, excluyendo la aplicación del canon. Todo ello, en la medida en que, en principio, la consideración de persona física no implica per se una conceptualización como empresario o profesional. Lo que sí implica, en principio, toda actuación de cualquier persona física es su actuación como tal con fines privados, salvo que se demuestre que se actúa con unos fines empresariales o comerciales, puesto que si bien toda persona física es per se persona y actúa con privacidad, no toda persona física es empresario o comerciante. Por ello, si una persona física actúa con fines empresariales o profesionales deberá demostrar que la adquisición se realiza en dicho ámbito empresarial o profesional para evitar la aplicación del canon, presumiéndose, en principio lo contrario, que la persona física actúa con fines privados. Ello, en última instancia, nos reconduce al problema de la prueba de que la adquisición se realiza con fines empresariales o profesionales si se quiere evitar el canon.

En resumen, según nuestra lectura conjunta de la Sentencia de 2 de marzo de 2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de la Sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010 así como del artículo 5.1 b) de la Directiva, se puede afirmar que todas aquellas transmisiones gravadas en su momento con el canon efectuadas a favor de personas jurídicas, siempre, o bien a favor de personas físicas que consigan demostrar que se adquirieron para fines comerciales, esto entendido en sentido amplio, no fueron acordes con el Derecho Comunitario. De tal suerte que si los tribunales acogieran esta interpretación se podría concluir que los cánones satisfechos en adquisiciones realizadas por personas jurídicas o bien por personas físicas para fines comerciales han sido satisfechos indebidamente de forma que tendrían derecho a ser reparados por su pago indebido.

### 3.3.3. Eventuales vías para la recuperación de las cantidades satisfechas indebidamente

Para determinar los instrumentos jurídicos utilizables para la recuperación de las cantidades indebidamente satisfechas en concepto de la compensación por copia privada del artículo 25 del TRLPI es vital determinar la extensión de los efectos en el tiempo de la sentencias dictadas por el TJUE en el ámbito del procedimiento por cuestión prejudicial. En este punto, no cabe sino recordar lo ya expuesto con anterioridad en relación con que las sentencias prejudiciales del TJUE tienen unos efectos *ex tunc* matizados por el hecho de que la retroactividad no es absoluta sino relativa, en el

sentido de que no podrá afectar a aquellas situaciones en las que por prescripción, caducidad o efectos de cosa juzgada material no se pueda volver.

En consecuencia, a efectos del caso concreto que nos ocupa, habría que trazar una línea temporal entre los supuestos en los que se haya aplicado indebidamente el canon, con el objetivo de delimitar claramente aquellos supuestos en los que existe derecho a la devolución del canon indebidamente satisfecho.

Por un lado, están aquellos casos en los que se haya pagado indebidamente el canon, pero por prescripción, caducidad o sentencia judicial material no se pueda revisar la indebida aplicación del mismo.

Por otro lado, están los supuestos revisables, que serán la generalidad de los casos, salvo los mencionados con anterioridad de acuerdo con la propia doctrina del TJUE. En dichos supuestos se debe hacer una interpretación de la norma de acuerdo con la doctrina del TJUE, lo que implica, en última instancia, un derecho de devolución por parte de los que hayan satisfecho dichos cánones.

De manera que, una vez determinado la existencia de un derecho a la devolución del canon por parte de los que lo hayan abonado indebidamente, se trata de saber qué vías procedimentales otorga el Derecho para recuperar las cantidades indebidamente satisfechas.

### 3.3.3.1. El procedimiento tributario de devolución de ingresos indebidos

De conformidad con lo expuesto en relación con la naturaleza jurídica del canon si se considera que la compensación equitativa por copia privada es una exacción parafiscal, algún operador jurídico se podría ver tentado, vista la redacción de la disposición adicional primera de la LGT, de acudir al procedimiento regulado en el artículo 221 de la LGT y desarrollado por los artículos 14 al 29 del Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo.

No obstante lo anterior, dicho procedimiento no se puede aplicar dado el contenido del artículo 32.1 de la LGT que señala que:

«1. La Administración tributaria devolverá a los obligados tributarios, a los sujetos infractores o a los sucesores de unos y otros, los ingresos que indebidamente se hubieran realizado en el Tesoro Público con ocasión del cumplimiento de sus obligaciones tributarias o del pago de sanciones, conforme a lo establecido en el artículo 221 de esta ley.»

Por tanto, de conformidad con el precepto reproducido, al efectuarse los ingresos del canon no en el Tesoro Público, sino en las cajas correspondientes de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, no sería aplicable el procedimiento de devolución de ingresos indebidos.

### 3.3.3.2. El procedimiento civil

A la vista de lo expuesto con anterioridad, podemos considerar que la compensación equitativa por copia privada es una exacción parafiscal, si bien su percepción por mandato legal no se realiza por el Tesoro Público, sino por las entidades gestoras de los derechos de propiedad intelectual (art. 25.8 del TRLPI). Por otro lado, el origen del pago de las citadas cantidades lo tiene en la compensación que se debe pagar al titular de los derechos de propiedad intelectual por los eventuales perjuicios que se le pudieran irrogar como consecuencia de la realización de copias privadas por las personas físicas. Tales factores hacen que las reclamaciones de cantidad que tienen su origen en la aplicación del canon digital deban ventilarse ante los juzgados de lo mercantil mediante el correspondiente procedimiento civil. Esta atribución competencial está consagrada legalmente en el artículo 86 ter.dos a) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

El artículo 86 ter.dos a) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, señala que:

«2. Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de:

a) Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.»

De suerte que las reclamaciones de cantidad para la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas en concepto de canon digital se deben ejercitar ante el juzgado competente de lo mercantil a través del correspondiente procedimiento, donde la parte demandante será el deudor que haya satisfecho indebidamente las citadas cantidades y la parte demandada será la entidad gestora de los derechos de propiedad intelectual, es decir, la SGAE. En este aspecto, conviene recordar, como se expuso con anterioridad, que solo podrán ser reclamables aquellas cantidades satisfechas indebidamente en concepto de canon digital que puedan ser revisables según lo expuesto con anterioridad, es decir, entendemos que no se podrá reclamar la devolución de las cantidades pagadas en concepto de canon digital en aquellas situaciones en que por prescripción, caducidad o eficacia de cosa juzgada material no puedan ser objeto de revisión.

### 3.3.3.3. El procedimiento por responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador

En primer lugar, hay que señalar que la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador en este caso debe analizarse en el ámbito del Derecho Comunitario, esto es, considerando como parámetro de legalidad de la norma no la Constitución Española, sino la adecuación de la ley (TRLPI) al Derecho Comunitario, en concreto, a la Directiva 2001/29/CE.

En este sentido, la Sentencia de 21 de octubre de 2010 del TJUE puso de manifiesto que la aplicación indiscriminada del canon digital no es conforme a la normativa comunitaria. Nótese que

lo que la sentencia dice en sus términos estrictos es que «la aplicación indiscriminada del canon por copia privada (...) no resulta conforme con la Directiva 2001/29/CE» (párrafo 59).

Sin embargo, esta sentencia no dice que la normativa española sea no conforme con la normativa comunitaria en este aspecto, la aplicación indiscriminada del canon, sino que toda normativa que consagre la aplicación indiscriminada del canon no será conforme con el Derecho Comunitario concretado en la Directiva 2001/29/CE, evitando el pronunciamiento concreto sobre la normativa española. La propia sentencia aclara este punto de forma explícita al señalar en su párrafo 61 que «es jurisprudencia reiterada que, fuera del recurso por incumplimiento, no corresponde al Tribunal de Justicia decidir sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho de la Unión. Ello es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, después de obtener en su caso del Tribunal de Justicia, por vía de remisión prejudicial, las precisiones necesarias sobre el alcance y la interpretación de ese Derecho». Por tanto, en puridad, esta sentencia no determina que la normativa española no sea acorde de forma explícita con el Derecho Comunitario, ya que esto solo lo puede determinar el juez español. En este caso en base, lógicamente, a la resolución judicial dictada en el procedimiento judicial por el TJUE.

En este sentido, hay que destacar que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 2011 determina en el apartado 1.º del fundamento de derecho 17 que:

«1.º El canon digital, siempre y cuando por sus cuantías respete el justo equilibrio, teniendo en cuenta que el perjuicio a compensar es únicamente el derivado del potencial uso de la copia privada, tan solo puede aplicarse a los soportes digitales destinados a un uso de particulares, respecto de los que cabe presumir un posible destino a la copia privada.»

De lo que se colige que la aplicación indiscriminada del canon de acuerdo con lo previsto por el artículo 25 del TRLPI es incompatible con el Derecho Comunitario. El propio párrafo segundo del fundamento de derecho 16 de la Sentencia de 2 de marzo lo deja meridianamente claro:

«el artículo 25 del TRLPI no puede ser interpretado como pretende la actora, gravando "todo tipo de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital, incluido el supuesto (...) de que estos sean adquiridos por personas distintas de las personas físicas para fines manifiestamente ajenos a la copia privada" [STJUE de 21 de octubre de 2010, C-467/08 (53)].»

De forma que se podría afirmar que ha habido un pago y una percepción indebida de cantidades en concepto de canon digital que deben ser devueltas. Antes, ya hemos visto cómo con carácter general la fórmula para recuperar dichas cantidades es la reclamación de las mismas por parte de los deudores que las hayan satisfecho a la SGAE. El problema surge cuando por prescripción, caducidad o eficacia de cosa juzgada material las situaciones no se pueden revisar a través de la vía ordinaria del proceso civil. En este caso, creemos que surge como eventual medio de recuperación de las cantidades indebidamente satisfechas en concepto de canon la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Respecto a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador lo que primero hay que señalar es que no es una vía subsidiaria ni supletoria de la reclamación ordinaria ínter partes, como ha puesto de manifiesto la Sentencia del TS de 13 de junio de 2000, reproducida de

forma parcial con anterioridad, en la medida en que una cosa es la revisión de los actos en aplicación de la ley y otra la acción de responsabilidad patrimonial, ya que el título legitimador es el daño anti-jurídico producido al administrado independiente de la eventual revisión. No obstante lo anterior, si bien en puridad dogmática la acción por responsabilidad patrimonial del Estado legislador no es subsidiaria o supletoria respecto de la reclamación del particular contra la entidad gestora de los derechos de autor, no es menos cierto que la devolución al deudor de las cantidades percibidas por la entidad gestora cierran el paso a la reclamación contra la Administración, puesto que, amén de poder incurrir en un eventual enriquecimiento injusto si se pagará doblemente al pagador del canon digital, una vez por la entidad gestora de los derechos de autor como devolución de cantidades y otra por la Administración por responsabilidad patrimonial, la devolución al pagador del canon de las cantidades satisfechas en su concepto excluiría el daño o perjuicio en el particular, fundamento último de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En consecuencia, al no haber daño antijurídico difícilmente podría haber responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Desde esta perspectiva, el caso lógico de posible reclamación de responsabilidad patrimonial surgiría cuando satisfecho el canon, por motivos de prescripción, caducidad o cosa juzgada material es inviable la acción civil contra la entidad gestora de los derechos de propiedad intelectual perceptora de la compensación equitativa por copia privada.

## Bibliografía

- CIENFUEGOS MATEO, M. [1995]: «Los efectos jurídicos de las sentencias prejudiciales interpretativas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y su aplicación judicial en los Estados Miembros». *Tesis presentada para obtener el título de Doctor en Derecho, Universidad Pompeu Fabra*.
- FALCON Y TELLA, R. [2006]: «El llamado canon por derechos de autor». *Quincena Fiscal*, octubre 2006.
- HORSTPETER KREPPPEL [2004]: «El planteamiento de la cuestión prejudicial (art. 234 TCE). Los problemas sustantivos y procesales». *Ponencia para el seminario «de las Directivas 2000/43 y 2000/78 a las Leyes 51/03 y 62/03» organizado por «Jueces para la Democracia»*.
- JIMENO BULNES, M. [1996]: «Efectos de las sentencias prejudiciales».
- MARTÍN QUERALT, J. y otros [2002]: *Curso de derecho financiero y tributario*, Tecnos.
- DE MIGUEL CANUTO, E. [2010]: «Devolución de tributos contrarios al Derecho Comunitario». *Tribuna Fiscal*.
- RUIZ ZAPATERO, G.G. [2007]: «Naturaleza y límites constitucionales de la compensación equitativa por copia digital privada establecida en la Ley 23/2006 de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual». *Noticias Jurídicas*.