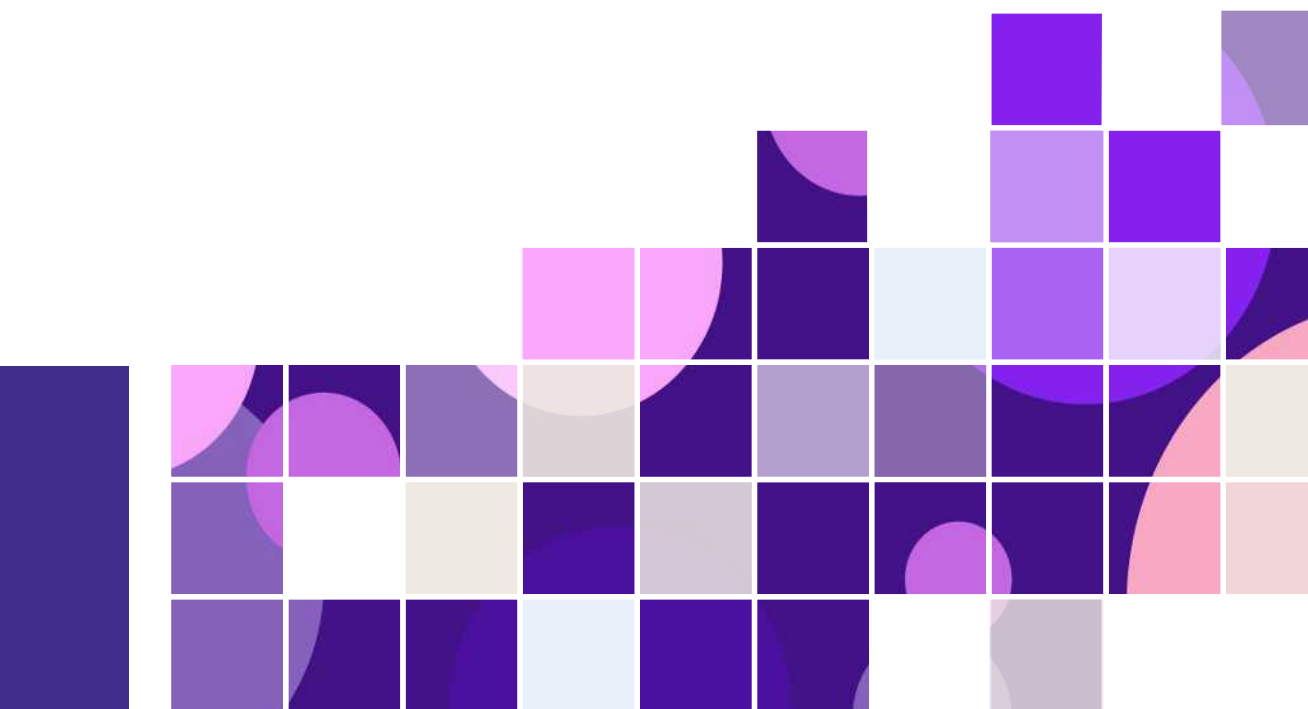


TEMAS

El canon digital por copia privada

Juan Calvo Vérguez



III LA LEY

El canon digital por copia privada

Juan Calvo Vérguez

© Juan Calvo Vérguez, 2023
© LA LEY Soluciones Legales, S.A.

LA LEY Soluciones Legales, S.A.

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es

<https://www.laley.es>

Primera edición: Marzo 2023

Depósito Legal: M-4753-2023

ISBN versión impresa: 978-84-19446-26-8

ISBN versión electrónica: 978-84-19446-27-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: LA LEY Soluciones Legales, S.A.

Printed in Spain

© **LA LEY Soluciones Legales, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, LA LEY Soluciones Legales, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, LA LEY SOLUCIONES LEGALES se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **LA LEY Soluciones Legales, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

En resumen el TJUE adopta una interpretación del concepto de «fonograma» que excluye la parte sonora de una grabación audiovisual, estimando a tal efecto que las grabaciones sonoras dentro de una grabación audiovisual no generan derechos de autor separados y que, en consecuencia, no se ha de abonar la remuneración equitativa y única legalmente establecida por dicho concepto, de manera que dicho pago no podrá ser exigido por las entidades de gestión.

Se ha de excluir así del concepto de «fonograma» la fijación de sonidos incorporada en una obra audiovisual de manera que, a pesar de que un fonograma incorporado en una obra audiovisual pierda su condición en la medida en que forme parte de tal obra, los derechos sobre ese fonograma permanecen intactos en caso de que se utilice de forma separada de la obra en cuestión. Tal y como concluyó el TJUE los usuarios (como las entidades de radiodifusión) que comunican públicamente grabaciones de obras audiovisuales en las que se hayan incorporado (sincronizado) fonogramas o reproducciones de fonogramas no tienen obligación de pagar la remuneración equitativa y única que se contempla en beneficio de los productores fonográficos y de los artistas intérpretes o ejecutantes. Las grabaciones sonoras dentro de una grabación audiovisual no generan derechos de autor separados, no requiriéndose abonar la remuneración equitativa y única legalmente establecida por este concepto y no pudiendo su pago ser exigido por las entidades de gestión.

Al objeto de incorporar estas canciones en obras cinematográficas, el productor de estas últimas habrá de llegar a acuerdos contractuales adecuados, a cambio de una remuneración, con los titulares de los fonogramas. Pero de cara a garantizar la continuidad del trabajo creativo y artístico de productores y artistas intérpretes o ejecutantes no se requiere, a juicio del Tribunal, que el derecho de simple remuneración por la comunicación pública de fonogramas se interprete en el sentido indicado, siendo suficiente con alcanzar dicho objetivo a través de la negociación individual cuando el fonograma se sincroniza en la obra en cuestión.

Por su parte la Sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2022 (As. C-433/20) se encargaría de precisar que los Estados miembros pueden establecer un canon por copia privada a cargo del productor o del importador de los servidores mediante los cuales se ofrecen los servicios de computación en la nube a personas privadas, siendo en consecuencia de aplicación la excepción de copia privada a las copias de obras en un servidor en el que el proveedor pone a disposición de un usuario un servicio de almacenamiento en la nube.

Nuevamente mediante esta última Sentencia el TJUE volvía a interpretar el alcance de la Directiva 2001/29/CE sobre la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información. En el presente caso la cuestión prejudicial planteada se elevó con motivo de un litigio entre una sociedad de gestión de derechos de autor y un proveedor de servicios de almacenamiento en la nube sobre la remuneración debida por este último bajo derechos de autor por la prestación de este servicio. Concretamente la entidad de gestión colectiva de derechos de autor en cuestión que ejercía los derechos de compensación legales adeudados en virtud de la excepción de copia privada presentó una demanda ante el *Handelsgericht Wien* (Tribunal de lo Mercantil de Viena) por la que solicitaba el pago de dicha compensación dirigida contra un proveedor de servicios de almacenamiento en la nube (*cloud*). Dicho Tribunal desestimó la demanda argumentando que el citado proveedor no vendía soportes de grabación a sus clientes, sino que les prestaba un servicio de almacenamiento en línea. A resultas de lo anterior el *Oberlandesgericht Wien* o Tribunal Superior Regional de Viena, encargado de conocer del recurso de apelación, procedió a preguntar al TJUE si el almacenamiento de contenidos en el marco de la computación en la nube está comprendido en el ámbito de aplicación de la excepción de copia privada prevista en el art. 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 el cual, como es sabido, establece que los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el art. 2 de dicha Directiva 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.⁽²⁾

Pues bien, de acuerdo con lo declarado por el TJUE en este nuevo pronunciamiento la excepción de copia privada se aplica a las copias de obras en un servidor en el que el proveedor de un servicio de computación en la nube pone

(2) Concretamente las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior Regional de Viena al TJUE se concretaban en las siguientes: ¿Debe interpretarse la expresión «en cualquier soporte» del artículo 5.2.b) de la Directiva anterior, en el sentido de que incluye también los servidores pertenecientes a terceros que proporcionan a sus clientes, personas físicas, un espacio de almacenamiento para uso privado (sin fines directa o indirectamente comerciales), y que estos clientes utilizan para efectuar reproducciones mediante almacenamiento («computación en la nube»)? Y, siendo la respuesta a dicha cuestión afirmativa, ¿debe interpretarse dicha disposición legal en el sentido de que se aplica a una normativa nacional en virtud de la cual el autor tiene derecho a percibir una compensación equitativa, si por la naturaleza de una obra es previsible que esta sea reproducida para uso personal o privado mediante su fijación en un soporte de grabación adecuado para tal reproducción y puesto en circulación con fines comerciales en el territorio nacional, utilizando para ello el método de almacenamiento en la nube?

un espacio de almacenamiento a disposición de un usuario. Ahora bien los Estados miembros no tienen la obligación de someter a los proveedores de servicios de almacenamiento en la nube al pago de una compensación equitativa por dicha excepción, siempre que se prevea de otra manera el pago de una compensación equitativa en favor de los titulares de derechos.⁽³⁾

Tal y como recuerda de entrada el Tribunal la Directiva 2001/29 prevé que la excepción de copia privada se aplica a las reproducciones efectuadas en cualquier soporte. Por lo que respecta en particular a la aplicabilidad de esa excepción a las copias de obras en la nube y, más precisamente, respecto al alcance del concepto de «reproducción», el Tribunal de Justicia precisa que la realización de una copia de seguridad de una obra en un espacio de almacenamiento en la nube constituye una reproducción de dicha obra, consistiendo la carga (*upload*) de una obra en la nube en almacenar una copia de esta. En efecto, la carga (*upload*) efectuada desde un terminal conectado de un usuario de una obra en un espacio de almacenamiento en la nube puesto a disposición de dicho usuario en el marco de un servicio de computación en la nube implica la realización de una reproducción de dicha obra, ya que ese servicio consiste, en particular, en almacenar en la nube una copia de la misma. No obstante también pueden realizarse otras reproducciones de esta obra, especialmente cuando el usuario accede, mediante un terminal conectado, a la nube para descargar (*download*) en dicho terminal una obra previamente cargada en la nube. De ello se deduce que la realización de una copia de seguridad de una obra en un espacio de almacenamiento puesto a disposición de un usuario en el marco de un servicio de computación en la nube constituye una reproducción de dicha obra en el sentido que establece el citado art. 5.2 b) de la Directiva 2001/29.

En relación con el alcance que se ha de otorgar al término «cualquier soporte» afirma el TJUE que los mismos se refieren al conjunto de los soportes en los que una obra protegida puede ser reproducida, incluidos los servidores utilizados en el marco de la computación en la nube. Y, a este respecto, no resulta determinante que el servidor pertenezca a un tercero. Así, la excepción de copia privada puede aplicarse igualmente a reproducciones efectuadas por una persona física mediante un dispositivo perteneciente a un tercero. De este modo, si bien la realización de una copia de seguridad de una obra en un espacio de almace-

(3) Acerca del alcance del presente pronunciamiento véase, con carácter general, DE BLAS JAVA-LOYAS, J. R., «La condicionada no sujeción a canon por copia privada de los servicios de almacenamiento en la nube (a propósito de la STJUE de 24 de marzo de 2022)», *Diario La Ley*, núm. 10.039, Sección Tribuna, 29 de Marzo de 2022 (consultado en www.laleydigital.com).

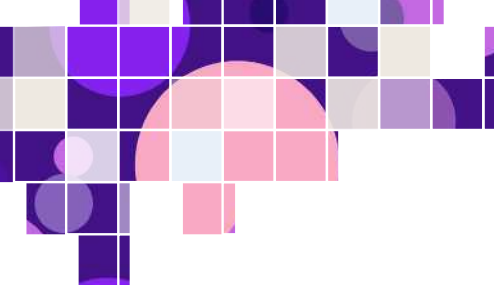
miento en la nube constituye una reproducción de dicha obra, implicando la carga de la misma en la nube implica que se esté realizando una copia de ésta, también tendrá lugar su reproducción cuando el usuario acceda, mediante un terminal conectado, a la nube para descargar en dicho terminal una obra previamente cargada en la nube.⁽⁴⁾

Advierte además a este respecto el Tribunal que uno de los objetivos de la Directiva 2001/29 consiste en evitar que la protección de los derechos de autor en la Unión quede desfasada y obsoleta en virtud del desarrollo tecnológico. Y dicho objetivo se vería socavado si las excepciones y limitaciones a la protección de los derechos de autor se interpretaran de manera que excluyeran los medios digitales y los servicios de computación en la nube. Así pues el concepto de «cualquier soporte» comprende un servidor en el que el proveedor de un servicio de computación en la nube pone espacio de almacenamiento a disposición de un usuario. De hecho, tal y como afirma el TJUE en la presente Sentencia *«Cualquier comunicación que resulte de compartir una obra por el usuario de un servicio de almacenamiento en la nube constituye un acto de explotación distinto del acto de reproducción contemplado en el artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29, que puede estar comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, si se cumplen los requisitos para la aplicación de esta disposición»*.⁽⁵⁾

Por lo que respecta a la cuestión relativa al sometimiento de los proveedores de servicios de almacenamiento en la nube al pago de una compen-

(4) Con carácter previo el Abogado General Sr. Hogan había puesto de relieve en sus Conclusiones presentadas el 23 de septiembre de 2021 que la citada expresión «reproducciones en cualquier soporte» quedaba comprendida aquella reproducción basada en servicios de computación en la nube proporcionados por un tercero, en tanto en cuanto la interpretación de la expresión referida comprende algo más que las realizadas en soportes o sustratos físicos, analógicos o digitales, debiendo alcanzar soportes o sustratos con un mayor grado de intangibilidad, tal y como sucede con el almacenamiento en la nube puesto a disposición por un proveedor de servicios de Internet. Estimó además por aquel entonces el Abogado General que los dispositivos o los servicios de reproducción podrían ser proporcionados por un tercero, obteniéndose así la premisa fáctica necesaria para que las personas físicas puedan obtener copias privadas.

(5) Ya en las Conclusiones del Abogado General Sr. Hogan se había recordado a este respecto que, con carácter general, los Estados miembros no pueden establecer modalidades de compensación equitativa que introduzcan una desigualdad de trato injustificada entre las diferentes categorías de operadores económicos que comercialicen bienes comparables contemplados por la excepción relativa a la copia para uso privado o entre las diferentes categorías de usuarios de prestaciones protegidas. Y, en este sentido, la reproducción de contenidos protegidos por derechos de autor en la nube no habría de implicar la compensación por gravamen directo, en la medida en que la posibilidad de que los usuarios personas físicas ya hubieran pagado un canon al adquirir dispositivos, soportes o equipos que permitiesen el almacenamiento y reproducción de contenidos protegidos por derechos de autor en la nube conduciría a un canon adicional.



Se examina el encaje y aplicación de la denominada compensación equitativa por copia privada (el comúnmente denominado canon digital). Su adecuación al ordenamiento comunitario se ha discutido ampliamente a la luz de las sucesivas regulaciones normativas que se han producido en nuestro ordenamiento interno durante los últimos diez años. Y ello, al margen de los distintos vaivenes jurisprudenciales que se han venido produciendo, con especial atención a las recientes Sentencias del TJUE y del TS. Nos hallamos ante una materia que, con carácter general, interesa al conjunto de sujetos, entidades y usuarios que operan en el ámbito de la sociedad de la información.

La presente monografía analiza, desde una perspectiva multidisciplinar, la evolución jurídica experimentada por la compensación equitativa por copia privada y su adecuación con el ordenamiento comunitario a la luz de las sucesivas regulaciones normativas acaecidas, tomando como punto de referencia la contenida en la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, y, a nivel comunitario, en la Directiva (UE) 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado único, así como la reciente doctrina jurisprudencial elaborada por nuestros tribunales y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asimismo, se analiza el alcance de la actual regulación relativa al régimen jurídico de las sociedades de gestión de derechos de autor y la aplicación de otras figuras conexas con el citado canon.

ISBN: 978-84-18446-26-8



3652461845



ER-0280/2005



GA-20050100