



Roj: **STS 1590/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1590**

Id Cendoj: **28079130042017100164**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **19/04/2017**

Nº de Recurso: **1/2014**

Nº de Resolución: **678/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Cuarta

Sentencia núm. 678/2017

Fecha de sentencia: 19/04/2017

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a) Número del procedimiento: 1/2014 Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria Fecha de Votación y Fallo: 04/04/2017 Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez Procedencia: CONSEJO MINISTROS Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez Transcrito por: RSG Nota:

Resumen

Responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Real Decreto-ley 20/2011. Régimen de compensación equitativa por copia privada. Infracción de la Directiva 2001/29/CE por el Real Decreto 1657/2012. Legitimación ad causam y litispendencia. Desestimación por falta de relación de causalidad.

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 1/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMOSala de lo Contencioso-Administrativo Sección CuartaSentencia núm. 678/2017

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis María Díez Picazo Giménez, presidente

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D^a. Celsa Pico Lorenzo D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 19 de abril de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo registrado bajo el número **1/2014** interpuesto por la procuradora doña Susana Téllez Andrea en representación de **ARTISTAS INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AISGE), ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES (AIE), ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS AUDIOVISUALES (AGEDI), DERECHOS DE AUTOR DE MEDIOS AUDIOVISUALES (DAMA), ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA), SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE), y VISUAL ENTIDAD DE GESTIÓN DE ARTISTAS PLÁSTICOS (VEGAP)**, con asistencia del letrado don José Antonio Suárez Lozano, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 2013, recaído en el expediente de reclamación de indemnización por



responsabilidad patrimonial de la Administración Pública nº 10/2013, tramitado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Ha sido parte demandada la Administración del Estado, representada y defendida por el abogado del Estado. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Susana Téllez Andrea en representación de las entidades reseñadas en el encabezamiento interpuso el 3 de enero de 2014 ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 2013, recaído en el expediente de reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública nº 10/2013, tramitado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

SEGUNDO.- Presentado, admitido a trámite el presente recurso jurisdiccional y anunciado en los Diarios Oficiales, se reclamó el expediente administrativo y recibido, se confirió traslado del mismo a la demandante para que en el plazo legal formulase demanda, lo que hizo el 29 de mayo de 2014.

TERCERO.- La parte demandante basa su demanda, en esencia, en los siguientes razonamientos:

1º Expone la evolución normativa del régimen de compensación por copia privada, antes y después de promulgarse el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (en adelante, Real Decreto-ley 20/2011), con referencia a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de octubre de 2010, C.467/08, en el caso (en adelante, sentencia Pawadan), cuyo contenido glosa.

2º Destaca el cambio producido a partir del Real Decreto-ley 20/2011, desarrollado por el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los presupuestos generales del Estado (en adelante, Real Decreto 1657/2012) en cuanto que de un sistema de compensación mediante canon se pasa a un sistema en el que tal compensación es con cargo a los presupuestos generales del Estado hasta el límite de las disponibilidades presupuestarias.

3º En desarrollo del Real Decreto 1657/2012 se dictó para el ejercicio 2012 la Orden ECD/2128/2013, de 14 de noviembre, por la que se determina la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2012 con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y su distribución entre las tres modalidades de reproducción referidas legalmente (en adelante, Orden ECD/2128/2013).

4º La Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, por la que se 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, fijaba unas cantidades con arreglo al sistema de compensación por canon, muy superiores a las previstas en la Orden ECD/2128/2013.

5º Expone las razones por las que considera que el Real Decreto-ley 20/2011 es contrario a la constitución por haberse dictado sin concurrir circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad y expone seguidamente los requisitos de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en particular por infracción del Derecho de la Unión Europea pues entiendo que infringe el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante, la Directiva 2001/29/CE).

6º Por último, expone los criterios seguidos para la cuantificación del daño por el que reclama.

CUARTO.- Según lo expuesto anteriormente es pretensión de la actora:

1º Que se declare la nulidad del acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 2013 por ser contrario a derecho y se estime íntegramente la solicitud de responsabilidad patrimonial, condenando al Estado al pago de una indemnización de 120.886.113 de euros más los intereses legales desde el momento de la solicitud de responsabilidad patrimonial presentada el 28 de diciembre de 2012, por los daños y perjuicios causados a las actoras, en el año 2012, por la aprobación de la Disposición adicional décima del Real Decreto-Ley 20/2011, el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre y la Orden ECD/2128/2013.

2º Mediante primer Orosí solicitó el planteamiento ante el Tribunal Constitucional de una cuestión de inconstitucionalidad sobre el ajuste a los artículos 86.1, 31.1 y 2, 103.1 de la Disposición adicional décima del Real Decreto-Ley 20/2011.

3º Mediante segundo Orosí solicitó el planteamiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de una cuestión de interpretación prejudicial en el que se le pregunte acerca de si un sistema de financiación del pago de la compensación equitativa por copia privada como el establecido por la Disposición adicional décima



del Real Decreto-Ley 20/2011 resulta conforme el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE; con el principio de libre circulación de mercancías establecido en el artículo 28 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y (artículo 107.1 del citado Tratado).

4º Mediante tercer Otrosí solicitó el recibimiento del pleito a prueba expresando los puntos de hecho sobre los que habría de versar y proponiendo los medios de prueba.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 9 de junio de 2014 se acordó conferir al abogado del Estado el plazo de veinte días para contestar a la demanda, y dentro de dicho plazo planteó como alegaciones previas la falta de legitimación *ad causam* de las demandantes y la litispendencia, por existir otros procedimientos seguidos ante esta Sala contra el Real Decreto 1657/2011 y ante la Audiencia Nacional contra la Orden ECD/2128/2013 en los que se pretende también el resarcimiento.

SEXTO.- Desestimadas las alegaciones previas por auto de 28 de octubre de 2014, se presentó la contestación a la demanda dentro del plazo restante que tenía para hacerlo, lo que efectuó el 5 de diciembre de 2014 en el que interesó, en esencia, que se inadmita o en su defecto, se desestime el recurso contencioso-administrativo por no concurrir los elementos propios de

la responsabilidad patrimonial del Estado legislador con imposición de costas a la recurrente; además se opuso al planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad y de prejudicialidad solicitadas por la recurrente. También por Otrosí se opuso a la admisión de los medios de prueba pedidos de contrario y que relaciona e interesó el recibimiento del pleito a prueba señalando al efecto los puntos de hecho sobre los que habría de versar y solicitó la suspensión de la tramitación del presente recurso hasta que se resolvieran los que señala, seguidos ante esta Sala y Sección y en la Audiencia Nacional, respectivamente.

SÉPTIMO.- Por auto de 8 de enero de 2015 se acordó recibir el pleito a prueba con el resultado que consta en las actuaciones y no estimándose necesaria la celebración de vista pública, por providencia de 10 de abril de 2015 se concedió a las partes el plazo sucesivo de diez días conforme el artículo 64 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) para que evacuaran el trámite de conclusiones sucintas, con el resultado que consta en autos.

OCTAVO.- Por diligencia de ordenación de 21 de abril de 2015 se concedió a las partes el plazo de diez días para que alegaran sobre la suspensión del recurso, interesada por el abogado del Estado, hasta que se resolviera el recurso de inconstitucionalidad 681/2015 interpuesto contra el artículo 1.2 de la Ley 21/2014 por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (en adelante, Ley de Propiedad Intelectual), con el resultado que consta en autos.

NOVENO.- Mediante providencia de 3 de junio de 2015 se suspendió el curso de los autos hasta que se resolviera la cuestión prejudicial planteada por esta Sala ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el recurso contencioso-administrativo 34/2013. Resuelta la cuestión anterior, se dio traslado a las partes para que alegaran lo que a su derecho conviniera, con el resultado que consta en autos.

DÉCIMO.- Mediante providencia de 3 de febrero de 2017 se designó Magistrado ponente y se señaló para votación y fallo de este recurso el día 4 de abril de 2017, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las demandantes son entidades de gestión de las previstas en el Título IV del Libro Tercero del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual cuyo objeto es gestionar, en nombre propio o ajeno, los derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual. Pretenden que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado legislador para reparar el daño causado por la disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011.

SEGUNDO.- Como es sabido esa disposición cambió el sistema de compensación equitativa por copia privada de la que son acreedores los titulares del derecho de autor. Con el anterior a tal norma, también denominado de canon, la financiación de la compensación equitativa corría a cargo de los fabricantes e importadores de equipos o aparatos de reproducción, con posibilidad de repercutirlo en el usuario final de la copia privada; la novedad del Real Decreto-ley 20/2011 consiste en que esa financiación recae en los presupuestos generales del Estado, luego sobre todos los contribuyentes.

TERCERO.- Conforme a lo expuesto en el Antecedente de Hecho Tercero de esta sentencia, las demandantes basan su reclamación fundamentalmente en que la disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011 es contraria al artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE; también sostienen la inconstitucionalidad de tal norma. En cuanto a lo primero invocan la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea deducible



de la ya citada sentencia Pawadan, de las sentencias de 16 de junio de 2011, Stichting de Thuiskopie, C-462/09, de 11 de julio de 2013 y Amazon.com International Sales y otros, C-521/11. A estas se añade ya la de 9 de junio de 2016, C-470/14, EGEDA y otros (en adelante, sentencia EGEDA).

CUARTO.- Comenzando por las causas de inadmisibilidad planteadas por la Abogacía del Estado, la primera que se invoca es la falta de legitimación *ad causam* de las demandantes [artículo 69.b) de la LJCA], lo que se rechaza. En efecto, en este punto se mantiene lo ya resuelto en este procedimiento en el auto de 28 de octubre de 2014 en sede de alegaciones previas. Así al no cuestionarse la legitimación *ad processum* por la razón obvia de que se impugna una resolución del Consejo de Ministros desestimatoria de su reclamación, la falta de legitimación *ad causam* se integra sobre la base o bien de razones de fondo o bien se confunde con la segunda causa de inadmisibilidad litispendencia que sí tiene más entidad.

QUINTO.- La litispendencia se basa en que la disposición adicional décima del Real Decreto-Ley 20/2011 fue desarrollada por el Real Decreto 1657/2012 que prevé que la cantidad adecuada para compensar el perjuicio causado a los titulares de los derechos de reproducción se fijará anualmente por orden ministerial dentro de los límites presupuestarios, por lo que se dictó para el ejercicio 2012 la Orden ECD/2128/2013. Pues bien, ambas normas reglamentarias han dado lugar a los siguientes procedimientos:

1º Ante esta Sala se impugnó el Real Decreto 1657/2012 en el recurso contencioso-administrativo 32/2014, que se declaró inadmisibile por sentencia de 11 de abril de 2014 por falta de legitimación de la Asociación de Usuarios de la Comunicación allí demandante.

2º Además el Real Decreto 1657/2012 se ha impugnado en los recursos contencioso-administrativos 33, 34, 36, 37 y 38/2013, en los que se plantea que es contrario a la Constitución y al Derecho de la Unión Europea. Ha sido en el 34/2013 en el que esta Sala planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo que se acordó suspender el trámite de los recursos contencioso-administrativos 33, 36, 37 y 38/2013, más el presente.

3º El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó así la sentencia EGEDA cuyo contenido luego se expondrá y una vez recibida esta Sala dictó en el recurso 34/2013 la sentencia de 10 de junio de 2016, que declara la nulidad del Real Decreto 1657/2012 e inaplica el Real Decreto-ley 20/2011 por razón del principio de primacía del Derecho de la Unión.

4º Dictada esa sentencia se acordó levantar la suspensión de los procedimientos pendientes, tras oírse a las partes sobre la incidencia de esa sentencia. Todos esos procedimientos, junto con el presente, se han señalado conjuntamente para el mismo día (cf. Antecedente de Hecho Décimo de esta sentencia) y en esos otros procedimientos se ha declarado la pérdida de objeto del pleito una vez que el Real Decreto 1657/2012 ya había sido declarado nulo.

5º Junto con estos recursos jurisdiccionales directos contra el Real Decreto 1657/2012, se han promovido ante la Audiencia Nacional los recursos contencioso-administrativo 18 y 23/2014 en los que se han impugnado directamente la Orden ECD/2128/2013 referida al ejercicio 2012.

SEXTO.- Ante este panorama procesal y al amparo del artículo 69.d) de la LJCA, la Abogacía del Estado invoca la excepción de litispendencia por razón de los recursos directos seguidos tanto ante esta Sala como ante la Audiencia Nacional. El enjuiciamiento de tal causa de inadmisibilidad exige precisar lo siguiente:

1º Que la litispendencia comparte exigencias con la excepción de cosa juzgada precisamente porque con la primera pretende evitar lo segundo y con ambas se pretende evitar el dictado de sentencias contradictorias. De esta forma para que concurra se exige una triple identidad: subjetiva o de partes y de la calidad en que actúan; de la causa de pedir o fundamento de la pretensión y de pretensiones, lo que se identifica atendiendo a los hechos alegados y su encuadramiento en el supuesto abstracto de la norma jurídica invocada. Es decir, mismos sujetos, mismo objeto y mismas pretensiones.

2º La jurisprudencia de esta Sala recuerda que el régimen general regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, presenta modulaciones en este orden jurisdiccional. La más relevante - que rompe esa triple identidad - es la que afecta al presupuesto del proceso, esto es, que el acto, actuación o disposición atacada no sean coincidentes, precisamente porque las pretensiones objeto del proceso se hacen valer en relación a esos presupuestos.

SÉPTIMO.- En cuanto al elemento subjetivo las entidades de gestión ahora demandantes son la mayoría de las que han promovido los recursos reseñados en el anterior Fundamento de Derecho Quinto y la parte demandada es siempre la Administración General del Estado. Ahora bien, las diferencias derivadas de lo peculiar del contencioso-administrativo son obvias pues aun siendo demandada esa Administración lo impugnado son disposiciones dictadas por órganos distintos, - el Consejo de Ministros o el Ministerio de Educación, Cultura y



Deporte -, o por haber dictado el Consejo de Ministros el acto aquí impugnado, la resolución de 18 de octubre ahora atacada.

OCTAVO.- La diferencia de ese presupuesto procesal - qué se impugna - implica que en los recursos directos contra el Real Decreto 1657/2012 se ventila su legalidad en abstracto, en concreto si su regulación infringe la Constitución o el Derecho de la Unión Europea por lo que no se advierte litispendencia con los recursos directos promovidos ante esta Sala en los que sólo se ejerce una pretensión de anulación. Caso distinto son los recursos contra la Orden ECD/2128/2013, impugnada por tener como cobertura una norma ilícita y como pretensión de plena jurisdicción, el cálculo de la compensación equitativa, lo que explica que la Abogacía del Estado alegue litispendencia y que pueda incurrirse en pluspetición, esto es, que se pretenda una duplicidad de resarcimientos.

NOVENO.- Así las cosas se rechaza esta causa de inadmisibilidad por las siguientes razones:

1º En el caso de autos lo que se ventila es si una norma con rango formal de ley - el Real Decreto-ley 20/2011 - es causa de un sacrificio patrimonial causante de daño en el que concurren los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y la cuantificación del daño se basa en la diferencia entre la cantidad fijada para el ejercicio 2012 por la Orden ECD/2128/2013 - 8.636.728,09 de euros - y la resultante de la Orden PRE/1743/2008, que respondía al criterio de canon antes citado; también se basa en la prueba pericial aportada con la demanda.

2º En los procedimientos seguidos ante la Audiencia Nacional contra la Orden ECD/2128/2013 sólo se tiene constancia de la demanda del recurso 23/2014 promovido por AGEDI y la SGAE, en el que se reclaman 54 millones de euros por reproducciones de audio y video, pero se ignoran los detalles del otro procedimiento, el 18/2013, aparte de que el recurso 23/2014 no se ha promovido por todas las aquí demandantes.

3º En definitiva, se trata de pleitos en los que se plantean unas pretensiones indemnizatorias con evidente diferencia en el fundamento, y sin plena coincidencia en cuanto a la pretensión indemnizatoria; además y en todo caso, la Sala opta por entrar en el fondo para un enjuiciamiento plenario de lo litigioso pues, de darse, la situación de litispendencia sólo se daría en la hipótesis final de un pronunciamiento favorable.

DÉCIMO.- Entrando en el fondo, como se ha dicho la reclamación de responsabilidad del Estado legislador se basa ante todo en que la disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011 es contraria al Derecho de la Unión Europea. En este punto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE se resume en la sentencia EGEDA, referida ya al sistema de retribución previsto en nuestro ordenamiento a raíz del planteamiento de la cuestión prejudicial antes citada. Esta jurisprudencia se resume así:

1º La introducción de un sistema de compensación equitativa es condición exigible a los Estados miembros que decidan aplicar la llamada excepción de copia privada del artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE. De aplicarse, su regulación constituye para los Estados una obligación de resultado.

2º La compensación equitativa es un concepto autónomo del Derecho de la Unión, y debe interpretarse por igual en todos los Estados, si bien tienen libertad para determinar quiénes deben abonar esa compensación y para fijar su forma, modalidades y cuantías. Esa amplia facultad es lo que permite que, como en España, corra con cargo a los presupuestos generales del Estado abandonando el anterior sistema de canon.

3º La financiación podrá, por tanto, ser con cargo a un sistema de canon o con cargo a los presupuestos generales del Estado, pero sea un sistema u otro los titulares de las obras perjudicados por su reproducción no autorizada deben tener garantizada la percepción efectiva de esa compensación equitativa que responda al sistema que diseña la Directiva 2001/29/CE según la interpretación que hace el tribunal.

4º Por razón del alto grado de protección de la propiedad intelectual, la cuantía de la compensación equitativa deberá determinarse teniendo en cuenta el daño que el acto de reproducción ha causado al titular de los derechos afectados. Es acreedor el titular de la obra o presentación que es objeto de copia no autorizada e incumbe financiar la compensación a los usuarios privados, personas físicas, que hacen tal reproducción para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales.

5º Para que esos beneficiarios de la copia privada cumplan con el deber de financiar no es necesario que hagan de modo efectivo una copia privada, bastando la mera puesta a su disposición de aparatos o soportes de reproducción. Esto es así porque frente al derecho de los titulares de las obras protegidas que se reproducen y acreedores de la compensación equitativa, la excepción de copia privada atribuye un beneficio exclusivo a las personas físicas que o bien realizan una copia o tienen capacidad para hacerla.

6º La dificultad de poner en práctica este régimen de financiación es lo que explica que el sistema de compensación equitativa hubiese respondido a un sistema de canon previo, con cargo a los titulares de esos



equipos, aparatos y soportes, lo que no impide que el importe del canon se repercuta a los usuarios privados finales, ya sea en el precio de la puesta a disposición de esos equipos, aparatos o soportes o en el precio por servicio prestado.

7º De esta manera frente al acreedor de la compensación equitativa, puede haber un deudor directo - el titular de los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital - o un deudor indirecto, efectivo o final: la persona física usuario privado y destinatario final de la copia. Entiende así el tribunal que esta forma de compensación satisface el principio de justo equilibrio que debe haber entre los titulares de los derechos perjudicados y los usuarios.

8º La sentencia EGEDA concluyó que el sistema de la disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011 y del Real Decreto 1657/2012 es incompatible con la Directiva 2001/29/CE, pero con un importante matiz: no porque la compensación equitativa se financie con cargo a los presupuestos generales del Estado, sino porque la partida presupuestaria destinada a tal fin no se nutre de un tributo finalista, luego no garantiza que la financiación recaiga en los usuarios privados de las copias y no sobre todos los contribuyentes, de ahí que, por ejemplo, no discrimine entre usuarios de copias privadas según que sean personas físicas o jurídicas.

UNDÉCIMO.- Dicho lo que antecede y como es sabido, el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión exige que la norma europea atribuya derechos a los particulares reclamantes, que la violación de la normativa europea esté suficientemente caracterizada y en todo caso, los requisitos comunes deducibles del artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común: relación de causalidad entre la infracción y el daño y que éste sea directo, efectivo, económicamente evaluable y real.

DUODÉCIMO.- No se discute que la normativa cuestionada atribuye un derecho a los particulares, lo que se concreta en la compensación equitativa a favor de los titulares del derecho de propiedad perjudicados por las copias privadas no autorizadas, lo que alcanza a las entidades de gestión. Lo relevante es si la infracción del Derecho de la Unión Europea que aprecia la sentencia EGEDA puede considerarse como suficientemente caracterizada y en este punto siguiendo a la sentencia de 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Brasserie du Pêcheur SA, cabe decir:

1º Que como es sabido, desde la lógica del instituto de la responsabilidad patrimonial, en este caso del legislador, lo que se ventila es el requisito de la antijuridicidad del daño. No basta una incompatibilidad entre la norma nacional y la comunitaria, sino que sea de una especial intensidad fruto de una interpretación que vaya más allá de lo discutible, de forma que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño causado por la norma infractora.

2º Para apreciar tal requisito e integrar dicho concepto jurídico indeterminado hay que acudir a su vez, a otros conceptos también indeterminados: que la violación sea de tal grado o entidad que resulte clara, manifiestamente grave, intencional o inexcusable, para lo que se baraja entre otros aspectos, la complejidad de las situaciones reguladas, las dificultades de aplicación o de interpretación de la norma infringida y, en especial, el margen de apreciación de que dispone el autor del acto controvertido, la conducta de las instituciones comunitarias y de los Estados, el mantenimiento de la norma pese a la existencia de precedentes jurisprudenciales o pese a la incoación de un procedimiento por incumplimiento.

DECIMOTERCERO.- Aplicando esas exigencias al caso la Sala concluye que no concurre una infracción suficientemente caracterizada por las siguientes razones:

1º Tal y como se ha expuesto en el anterior Fundamento de Derecho Décimo, la sentencia EGEDA no considera que el sistema instaurado por el Real Decreto- ley 20/2011, imputando la carga de la financiación de la compensación equitativa a los presupuestos generales del Estado, sea por sí mismo contrario al Derecho de la Unión Europea: lo que hace que tal sistema lo contraríe es que no garantiza que la carga de la financiación de tal compensación equitativa recaiga tan sólo en los usuarios de las copias privadas.

2º La consecuencia es que la infracción se advierte no en el aspecto que legitima la reclamación de las demandantes - una menor retribución, luego un daño patrimonial resarcible - sino en la falta de determinación de quien sea deudor final de la compensación.

3º Añádase que, como señala la sentencia EGEDA, hasta que esta Sala no planteó la cuestión prejudicial no se había planteado una duda por razón de un sistema análogo al español, si bien - lo resalta el Abogado General en sus conclusiones - otros Estados miembros también retribuyen la compensación con cargo a los presupuestos generales. Por tanto, en la sentencia EGEDA el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo que acomodar su jurisprudencia dictada a propósito de regulaciones basadas en el sistema de canon al sistema de imputación a los presupuestos al ser la primera vez que se planteaba.



4º Acentúa la idea de que la infracción no es plena, clara, manifiesta, intencional o inexcusable el hecho de que no hubo una intervención de la Comisión Europea que advirtiese ya de la posibilidad de que el sistema elegido fuese contrario a la Directiva 2001/29/CE ni se llegó a incoar procedimiento de infracción. De esta manera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia a raíz de la duda planteada por esta Sala a lo que cabe añadir que en sus conclusiones el Abogado General se pronunció a favor de la compatibilidad de la norma nacional con el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE. Todo esto confirma que hay un espacio de incertidumbre serio y razonable y además en dónde se aprecia la infracción: en la falta de garantía de que sea el usuario quien asuma la compensación equitativa, no en el modelo elegido por el Real Decreto 20/2011 en cuanto tal.

5º Por otra parte también fue objeto de la cuestión prejudicial planteada por esta Sala si, aun dando por válido ese modelo, lo que sería contrario al Derecho de la Unión Europea es que la cantidad en que consista la compensación equitativa quede sujeta al límite presupuestario. Sin embargo sobre tal cuestión no entró la sentencia EGEDAN por considerarlo innecesario, luego no hay un pronunciamiento al respecto, pero sí entendió el Abogado General que en ese aspecto se infringe el Derecho de la Unión Europea.

6º Sin embargo que se prevea esa limitación es una cuestión ya enjuiciable no a propósito del Real Decreto-ley 20/2011, que nada prevé al respecto, sino del Real Decreto 1657/2012, de ahí que la duda se planteara respecto de tal norma.

DECIMOCUARTO.- Rechazada la responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión, queda determinar si la pretensión resarcitoria puede basarse en que el Real Decreto-ley 20/2011 sea contrario a la Constitución lo que tiene dos consecuencias. O que la Sala plantee una cuestión de inconstitucionalidad o, como interesa la Abogacía del Estado, que se suspenda el trámite hasta que el Tribunal Constitucional resuelva el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley 21/2014, de 4 de noviembre - que ha modificado el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual- y contra la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015. En tal recurso se plantea la constitucionalidad del criterio de que sean los presupuestos los que soporten la compensación equitativa - Ley 21/2014 - y que sea hasta en límite presupuestario - Ley 36/2014 -.

DECIMOQUINTO.- Respecto del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se rechaza hacerlo por razón de haberse introducido el nuevo sistema de compensación equitativa mediante una norma de urgencia, un real decreto-ley. A estos efectos basta remitirse al auto de 10 de septiembre de 2014 dictado en el recurso 34/2013 planteando la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues en él se expusieron las razones por las que la Sala no tenía dudas de constitucionalidad por infracción del artículo 86.1 de la Constitución, lo que se reiteró en la sentencia de 10 de junio de 2016 (cf. Fundamento de Derecho Cuarto).

DECIMOSEXTO.- A lo anterior añaden las demandantes la infracción del artículo 31.1 en relación con los artículos 31.2 y 103.1 de la Constitución, lo que coincide con el motivo por el que se ha recurrido la Ley 21/2014 ya citada. Tanto en la demanda presentada en autos como en la del recurso de inconstitucionalidad lo que se plantea es que de tales preceptos se deduciría la inconstitucionalidad del cambio de sistema de compensación equitativa haciendo recaer sobre el Estado y, por tanto, sobre todos los contribuyentes, un régimen de financiación que venía basado en una relación jurídico privada y difusa, entre los titulares de los derechos protegidos por la excepción de copia privada y los deudores directos y de éstos con los indirectos, tal y como se describió en el Fundamento de Derecho Décimo.

DECIMOSÉPTIMO.- La Sala no juzga pertinente plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ni tampoco suspender este procedimiento y esperar a la resolución del recurso de inconstitucionalidad. Para ambos casos se aplican las mismas razones, unas razones que, dicho sea de paso, habrían sido aplicables al alegato de que la responsabilidad patrimonial nace por infracción del Derecho de la Unión Europea de no haberse rechazado por no advertir una infracción suficientemente caracterizada de ese ordenamiento, razones que son las siguientes:

1º Hay que recordar que lo que se juzga en autos no es la nulidad de unas normas reglamentarias por razón de la inconstitucionalidad de la ley que les sirve de cobertura. Lo que las demandantes han ejercitado es una acción de resarcimiento económico basado en que una norma con rango formal de ley, que cambia el sistema de compensación equitativa, les ha causado un daño resarcible por razón de la merma en la cuantía destinada a la financiación por compensación equitativa.

2º En lo sustantivo ese daño no deriva del Real Decreto-ley 20/2011, norma que se limita a introducir el cambio de sistema, luego esa norma por sí misma no supone ni prevé el cercenamiento de unos derechos económicos reconocidos y anteriores.



3º La consecuencia es que en no es preciso indagar si hay un sistema constitucionalizado de compensación equitativa o si el elegido violenta los preceptos invocados: basta estar a que en lo procedimental, por razón de la pretensión de resarcimiento ejercitada y su fundamento, el fallo de esta sentencia no depende de un juicio sobre la constitucionalidad de la disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011 norma que, en sí, no restringe derecho patrimonial alguno, lo que también afecta al elemento causal exigible en toda reclamación por responsabilidad patrimonial.

4º Sí podría tener relevancia la cuantificación de lo destinado a compensación equitativa, lo que empezaría a plantearse en el Real Decreto 1657/2012 - ya nulo - que regulaba el procedimiento y los criterios objetivos para la determinación de la cuantía anual de la compensación, el procedimiento de liquidación y que el pago que se acordará dentro de los límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio por orden ministerial (artículo 3).

5º Con más intensidad se plantea tal aspecto en las órdenes ministeriales que concretan para cada ejercicio la cuantía de la compensación equitativa, distribución por modalidad de reproducción y, en su caso, los criterios de asignación entre entidades gestoras. A su vez estas órdenes están vinculadas a la respectiva ley de presupuestos generales que fijan la cantidad global destinada a la financiación de la compensación equitativa.

6º De esta manera, en puridad y desde el punto de vista de su interés legitimador, a las demandantes no les afecta que la compensación sea con cargo a los presupuestos, ni - en teoría - que esté limitada a lo presupuestado, siendo cosa distinta la cuantía prevista; es más, tampoco que tal compensación recaiga sobre todos los contribuyentes y no sobre los usuarios de copias privadas: lo que les perjudica es en qué cantidad se concreta la compensación equitativa y eso sin olvidar que lo previsto no es una *restitutio in integrum*, una indemnización, sino una compensación que debe procurarse equitativa, tomando como base el perjuicio causado y que mantenga el justo equilibrio de los intereses concernidos.

7º Como se ha dicho, lo que justificaría su reclamación sería que una norma con rango de ley cercenase derechos patrimoniales reconocidos y que esto no se deduce del Real Decreto-ley 20/2011 queda en evidencia al recurrirse ante el Tribunal Constitucional la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 por infracción del artículo 33 de la Constitución, es decir, por la menor compensación equitativa.

8º Llevada esta idea al caso de autos y respecto de la cuantía reclamada, la parte demandante compara la compensación que se venía percibiendo con arreglo al sistema de canon con la resultante de la leyes de presupuestos de los ejercicios 2012 y 2013, a las que se refiere la Orden ECD/2128/2013, leyes distintas del Real Decreto-ley 20/2011, luego de sus previsiones no depende el fallo de esta sentencia.

DECIMOCTAVO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se hace imposición de costas a la parte demandante por rechazarse todas sus pretensiones. Y, al amparo del artículo 139.3 de la LJCA las costas procesales, por todos los conceptos, no podrán exceder de 1000 euros por cada una de las demandantes.

FALLO

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

PRIMERO.- Que se rechazan las causas de inadmisibilidad alegadas por la Abogacía del Estado.

SEGUNDO.- Que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de las entidades **ARTISTAS INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA, ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS AUDIOVISUALES, DERECHOS DE AUTOR DE MEDIOS AUDIOVISUALES, ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES, SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES, y VISUAL ENTIDAD DE GESTIÓN DE ARTISTAS PLÁSTICOS** contra la resolución reseñada en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia, debemos declarar y declaramos que es conforme a Derecho, confirmándola.

TERCERO.- Se hace imposición de las costas en la forma expuesta en el último Fundamento de Derecho de esta Sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.