

LA ORDEN MINISTERIAL DE 18 DE JUNIO DE 2008: NUEVO LISTADO DE EQUIPOS Y SOPORTES DIGITALES SUJETOS AL PAGO DEL CANON DE COPIA PRIVADA Y SU CUANTÍA

Introducción

Con quince meses de retraso con respecto al plazo establecido en la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril («TRLPI»), se ha aprobado la Orden Ministerial 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 (la «Orden Ministerial» o la «Orden»). La Orden Ministerial da respuesta a una cuestión ciertamente polémica y, visto su contenido, podemos adelantar que no apaciguará los ánimos de los sectores implicados.

El objetivo de este Foro de Actualidad es describir someramente el contenido de la Orden Ministerial y destacar aquellas disposiciones que pueden resultar más controvertidas en un futuro que se adivina, si no incierto, sí al menos cargado de recursos contencioso-administrativos si atendemos a las manifestaciones de algunos de los afectados por la regulación contenida en la Orden.

Para cumplir con el objetivo que nos hemos propuesto, nos ocuparemos (i) en primer lugar del singular preámbulo de la Orden Ministerial; (ii) abordaremos a continuación las disposiciones que componen el núcleo central de la Orden; (iii) para concluir con una breve referencia a la disposición final relativa a la entrada en vigor de la norma, que resuelve con cierta dosis de pragmatismo lo que de otra forma podría haberse convertido en un maremagno de reclamaciones.

El preámbulo de la Orden Ministerial

Las disposiciones de la Orden Ministerial van precedidas de un preámbulo dividido en tres apartados en el que se hacen una serie de consideraciones de sumo interés para la correcta interpretación de la norma.

Comienza el preámbulo con una suerte de innecesario relato histórico de los antecedentes de la copia privada en España, como queriendo justificar que ese límite a los derechos de propiedad intelectual y

la compensación económica que conlleva no han surgido de la mano de las nuevas tecnologías, sino que se trata de una materia que ya fue objeto de regulación en algunos países europeos en la década de los sesenta del siglo XX, cuando solamente se empleaban tecnologías analógicas que hoy se nos antojan muy rudimentarias. Sin embargo, creemos que más interesante que esa relato histórico son los tres aspectos a los que nos referimos en los siguientes apartados.

Copias privadas en el ámbito doméstico

Más allá de lugares comunes y dejando al margen principios inspiradores del sistema de copia privada sobre los que no existe discrepancia alguna, el primero de los aspectos en los que merece detenerse es el énfasis que pone la Orden en justificar el límite de copia privada. En concreto, a tenor de la Orden dicha justificación se encuentra en *«la irrupción de las tecnologías digitales y su proliferación en el ámbito doméstico, que permite disfrutar de unas copias de una calidad equivalente a las originales»*.

El interés que tiene esa explicación está en la luz que la mención al «ámbito doméstico» puede arrojar en el debate acerca de la procedencia o improcedencia de aplicar el canon de copia privada a los equipos, aparatos y soportes digitales que se destinan al ejercicio profesional en el seno de las empresas. Por cierto, que buena prueba de la intensidad y trascendencia de la discusión en relación con esta cuestión es el reciente auto de 15 de septiembre de 2008 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), en el que se plantean una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la tercera de las cuales persigue precisamente que se despejen las dudas acerca de si un equipo de reproducción digital vendido a una empresa debe estar sujeto al pago de la compensación equitativa por copia privada.

Necesidad de la reforma para aprobar un procedimiento específico para determinar los equipos, aparatos y soportes sujetos al canon y la cuantía de dicho canon

El preámbulo de la Orden recuerda que hasta la aprobación de la Ley 23/2006, de 7 de julio, no existía un procedimiento específico para determinar los equipos y soportes digitales sujetos al pago del canon y su cuantía. Este hecho, por otro lado obvio, es relevante cuando se pone en relación con las reclamaciones de pago del canon que se han producido con respecto a equipos digitales con anteriori-

dad a la Ley 23/2006. En nuestra opinión, la razón por la que no existía un procedimiento específico para determinar la cuantía de la copia digital hasta la promulgación de la Ley 23/2006 es porque hasta ese momento, sencillamente, la única copia privada sujeta al canon era la copia privada analógica, única a la que se refería tanto la disposición adicional primera de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, como el propio artículo 25 del TRLPI.

El apartado segundo del preámbulo también contiene una serie de manifestaciones destacadas acerca de la copia privada en general y sobre el listado de equipos y soportes digitales en particular. Tras mencionar el carácter abierto de los criterios previstos en la regla 4ª del artículo 25.6 del TRLPI, recuerda la necesidad de estimar el daño causado por las copias privadas, que se establece en una horquilla de entre 34.800.000 euros y 37.200.000 euros para la modalidad de libros y publicaciones asimiladas, y de entre 75.400.000 euros y 80.600.000 euros para las modalidades de reproducción de fonogramas y reproducción audiovisual, cantidades, dice la Orden, que las entidades de gestión *«deben recaudar efectivamente»*. Este carácter de mínimo y máximo garantizados que se atribuye a la estimación del daño causado es una novedad en el panorama europeo y no deja de resultar sorprendente, pues bien puede suceder que las ventas de equipos y soportes de un determinado año queden por debajo del importe mínimo o que, por el contrario, se exceda el importe superior de las horquillas consignadas en la Orden, circunstancias éstas que provocarían que el daño causado por la copia privada no respondiese a las cuantías fijadas en la Orden. En este sentido, el considerando 35 de la Directiva 2001/29/CE y la nueva redacción dada a la letra a) del artículo 25.6, regla 4ª, por la Ley 23/2006 son fieles exponentes de la necesidad de atenerse al perjuicio efectivamente causado por las reproducciones de obras y demás prestaciones protegidas hechas para uso privado, principio que no parece respetado con la fijación de unas cantidades mínimas y máximas con independencia de la cuantía real del daño. En esta misma línea, la Orden contempla un sistema de revisión de la cuantía global del daño en los ejercicios futuros, pero no se indica el mecanismo de revisión, aspecto muy relevante pues podrían, por ejemplo, darse agravios comparativos entre los consumidores y usuarios si el daño causado en un año determinado intenta recuperarse o debe rebajarse en ejercicios posteriores.

Del tercer apartado del preámbulo destaca la justificación que se ofrece (*«evitar las dificultades prácticas*

de una retroacción»; *«dotar al sistema de la máxima seguridad jurídica»*; *«criterios de prudencia»*) sobre la fecha de entrada en vigor del nuevo listado y las nuevas cuantías del canon (en un sentido distinto del establecido en la disposición transitoria única de la Ley 23/2006). A esta cuestión nos referiremos con más detalle más adelante. Asimismo, destaca el significativo reconocimiento que se hace de que en el nuevo listado de equipos y soportes se encuentran algunos equipos digitales que hasta ahora no estaban sujetos a la obligación de pago del canon y la intención de crear un grupo de trabajo para luchar contra el fraude en el cumplimiento de esta obligación.

Listado de equipos, importe del canon y su distribución entre las modalidades de copia privada

Listado de equipos, importe de la compensación equitativa

La primera disposición del núcleo central de la Orden Ministerial se dedica a enumerar los equipos, aparatos y soportes que están sujetos al pago del canon, así como el importe de dicho canon para cada uno de esos equipos, aparatos y soportes. En concreto, la Orden Ministerial distingue las siguientes ocho categorías de equipos o soportes sujetos al pago del canon:

- (i) equipos o aparatos digitales de reproducción de libros y publicaciones reglamentariamente asimiladas a los libros;
- (ii) equipos o aparatos digitales de reproducción de videogramas, fonogramas y libros y publicaciones reglamentariamente asimiladas a los libros;
- (iii) discos compactos, ya sean regrabables o no;
- (iv) discos versátiles, ya sean regrabables o no;
- (v) memorias USB u otras tarjetas de memoria integradas en otros dispositivos;
- (vi) discos duros, integrados o no en un equipo, que sean idóneos para la reproducción de videogramas y fonogramas, entendiéndose por tales todos los discos duros que no consistan en *«un dispositivo de almacenamiento magnético de un ordenador en el que se aloja el sistema operativo de dicho ordenador, al cual está conectado con carácter permanente, de forma que éste solo y exclusivamente pueda servir de disco maestro o del sistema en el sentido de que su conexión solo le permite adoptar esa funcionalidad y no la de disco esclavo»* y siempre con la exención temporal de los discos duros integrados en descodificadores de televi-

sión por los que no habrá que abonar el canon durante el primer año de vigencia de la Orden Ministerial;

(vii) dispositivos reproductores de fonogramas, videogramas o de otros contenidos sonoros, visuales o audiovisuales en formato comprimido; y

(viii) teléfonos móviles con funcionalidad de reproducción de fonogramas en formato comprimido.

El importe del canon para cada una de las ocho categorías indicadas se fija por unidad y varía desde los 0,17 euros que se exigen por cada CD regrabable, hasta los 227 euros que deben pagarse por cada aparato con capacidad para realizar 70 o más fotocopias por minuto.

Son varios los comentarios que merece esta regulación. En primer lugar, hay que destacar que, como hemos anticipado al analizar el preámbulo de la Orden, algunos de los equipos o aparatos mencionados en la Orden no figuraban en la anterior lista de equipos y soportes sujetos al canon que se contenía en la disposición transitoria única de la Ley 26/2003. En concreto, no figuraban en la anterior enumeración, pero sí en la de la Orden Ministerial, los dispositivos USB y otras tarjetas de memoria integradas en otros dispositivos, ni los teléfonos móviles. Además, en algunos casos se ha modificado la cuantía prevista en la disposición transitoria de la Ley 26/2003. Es el caso del canon aplicable a equipos o aparatos digitales de reproducción de libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros, que se establece en atención a la mayor o menor velocidad de copia, y que se ha reducido en algún caso y se ha incrementado en algún otro sin mayores explicaciones.

En segundo lugar, se pueden plantear legítimas dudas en relación con el método empleado para determinar el importe del canon para cada equipo, aparato o soporte, dudas que no quedan despejadas con la explicación que a este respecto ofrece el preámbulo de la Orden. En concreto, el preámbulo indica que el criterio seguido para fijar el importe del canon consiste en combinar dos estimaciones: (i) la estimación del perjuicio anual que causa la copia privada por cada modalidad de reproducción (a saber, reproducción de libros, reproducción de fonogramas u otros soportes sonoros y reproducción visual o audiovisual); y (ii) la estimación de las ventas anuales de los equipos, aparatos y soportes que causan ese perjuicio, y ello, según dice el preámbulo de la Orden, con independencia de que

finalmente la estimación de las ventas difiera de la cifra de ventas efectivamente realizadas. En otras palabras, se asigna una parte del perjuicio global causado por la copia privada a cada uno de los equipos, soportes o aparatos que se estima que se venderán. El criterio es sin duda cuestionable y, de hecho, la propia Comisión Europea se pregunta acerca de su razonabilidad en el marco de la segunda ronda de comentarios sobre la compensación equitativa por copia privada que se ha puesto en marcha para mejorar la regulación sobre esta materia. Si a lo anterior se añade el hecho de que se ha facilitado muy escasa información acerca de las concretas cifras manejadas para determinar las estimaciones a las que nos hemos referido unas líneas más arriba, se entienden mejor las críticas que varios interesados han manifestado ya acerca de la regulación de la Orden Ministerial.

Distribución de las cantidades entre las distintas modalidades de copia privada

Una vez fijados los importes del canon, la Orden establece los porcentajes para el reparto de las cantidades recaudadas entre las distintas categorías de acreedores, esto es, de titulares del derecho de compensación equitativa por copia privada.

Sin detenernos en los concretos porcentajes que se establecen en la Orden, conviene destacar que de nuevo la información que se ha facilitado acerca del método para la determinación de esos porcentajes ha sido tremendamente escasa, lo que llama la atención más si cabe cuando comprobamos que algunos de esos porcentajes son realmente curiosos, como el que atribuye a la reproducción de libros y asimilados un 1,1% de lo recaudado por grabadoras de discos compactos, grabadoras que, no hace falta decirlo, no pueden reproducir libros.

Un segundo comentario a los porcentajes fijados en la Orden es la posibilidad de que dichos porcentajes sean modificados si así lo acuerdan unánimemente las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. Se está permitiendo, por tanto, que la autonomía privada de estas entidades desplace y sustituya a una regla de carácter general, lo cual no deja de suscitar también algunas dudas.

Entrada en vigor de la Orden

La disposición transitoria única de la Ley 23/2006 estableció que hasta que se aprobara la Orden Ministerial, los equipos, aparatos y soportes sujetos al canon y los importes del propio canon eran los que resultaban de la citada disposición transitoria

única. Añadía, además, la disposición transitoria que cuando se aprobara la Orden Ministerial, ésta produciría efectos retroactivamente desde la fecha de entrada en vigor de la Ley 23/2006. Sin embargo, la Orden Ministerial no ha seguido el planteamiento de la Ley, puesto que, en lugar de establecer la retroactividad de la Orden, ha dispuesto que ésta entró en vigor a partir del día siguiente a su publicación (esto es, el día 20 de junio de 2008). Anticipábamos unas líneas más arriba que probablemente la razón por la que finalmente no se ha dado eficacia retroactiva a la Orden es de carácter eminentemente práctico, por la inseguridad que tal eficacia retroactiva podría provocar en el sector toda vez que, como ya hemos explicado, la Orden introduce cambios con respecto a la Ley (por ejemplo, en las cantidades a pagar por determinados equipos) con lo que resultaría prácticamente imposible aplicar ahora (retroactivamente) unas reglas (por ejemplo, unas cantidades) diferentes de las que ya se aplicaron y pagaron en su día en virtud de lo establecido en la Ley. En cualquier caso, no deja de ser llamativa esta corrección de orden práctico que la Orden introduce con respecto a la previsión legal, y que no es más que una nueva muestra de las muchas críticas que se pueden plantear a la nueva regulación de la copia privada en nuestro país.

RAFAEL IZQUIERDO JIMÉNEZ (*)

LAS FUSIONES TRANSFRONTERIZAS EN EL PROYECTO DE LEY SOBRE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

Se ha publicado recientemente en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el proyecto de ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, el «Proyecto de Ley»), así como las primeras enmiendas a su articulado. En particular, el capítulo II del título II del Proyecto de Ley transpone en España la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (en adelante, la «Directiva»), que debería haber sido transpuesta a más tardar el 15 de diciembre de 2007.

La falta de transposición de la Directiva no ha impedido que en el pasado las sociedades españolas hayan participado en fusiones y otros procesos de integración con sociedades extranjeras, comunitarias y de países no miembros de la Unión Europea, al amparo de la regla contenida en el párrafo segundo del artículo 9.11 del Código Civil, que dispone que «en la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales». Esta regla, cuya interpretación plantea diversos problemas, implicaba en la práctica que tuvieran que considerarse conjuntamente las legislaciones de las distintas jurisdicciones involucradas, lo que planteaba en muchas ocasiones problemas de coordinación que dificultaban o impedían este tipo de operaciones. En el ámbito de la Unión Europea, la armonización del procedimiento y efectos de la fusión operada por la tercera directiva de sociedades (la Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas) había reducido en gran medida estos problemas de coordinación, pero no los había eliminado del todo. De hecho, las legislaciones de algunos países comunitarios impedían este tipo de operaciones o, al menos, algunas modalidades de fusión transfronteriza (por ejemplo, algunos países únicamente admitían las fusiones transfronterizas por absorción si las sociedades absorbentes eran nacionales). Éste es el contexto en el que se enmarcan la Directiva y el Proyecto de Ley.

Características generales del Proyecto de Ley

El Proyecto de Ley tiene por objeto establecer un sistema uniforme aplicable a los distintos tipos de sociedades mercantiles y a los distintos tipos de modificaciones estructurales a los que éstas pueden enfrentarse: transformación, fusión, escisión y segregación, cesión global de activo y pasivo y, por último, el traslado internacional del domicilio social. Además, el Proyecto de Ley transpone otras disposiciones comunitarias en materia societaria, introduciendo modificaciones en la Ley de sociedades anónimas y la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, y abre la puerta a la refundición de la normativa societaria española en una única «Ley de Sociedades de Capital», que el Gobierno debería aprobar en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Las normas relativas a las fusiones entre sociedades mercantiles se recogen en el título II del Proyecto de Ley, que se divide a su vez en dos capítulos: por un

(*) Del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)