

LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA DIGITAL EN LA LEY 23/2006, DE 7 DE JULIO

AGUSTÍN GONZÁLEZ

Profesor del Instituto de Empresa. Abogado*

1 · INTRODUCCIÓN

El régimen jurídico de los derechos de propiedad intelectual en España acaba de sufrir una importante reforma como consecuencia de la aprobación de 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»). Esta reforma es el resultado de la incorporación al Derecho español 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 los derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante «la Directiva 2001/29/CE» o «la Directiva»)¹.

Son muchos los temas abordados en la Ley 23/2006 que están cargados de complejidad técnica y no exentos de polémica entre los sectores afectados, pero tal vez ninguno de ellos haya resultado tan conflictivo como la regulación del límite de copia privada y, en particular, la fijación de los términos y condiciones de la compensación equitativa por copia privada digital².

El límite de copia privada nunca ha resultado especialmente pacífico, lo cual no ha impedido la celebración de acuerdos satisfactorios entre las partes afectadas (entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y asociaciones representativas de fabricantes e importadores de equipos, aparatos y soportes sujetos al pago), al mismo tiempo

² Al margen del canon de copia privada digital, los debates más intensos se han producido en torno al reconocimiento a favor de los autores de obras audiovisuales y artistas intérpretes o ejecutantes de derechos de remuneración por la puesta a disposición al público de obras y demás prestaciones protegidas que, sin embargo, no están expresamente contemplados en la Directiva 2001/29/CE; otra cuestión que ha suscitado serias diferencias entre los interesados ha sido la regulación del límite de cita contenida en el art. 32.1 del TRLPI que tiene por objeto aclarar el alcance del límite, de tal forma que se garantice el respeto del derecho de los editores de prensa por la utilización de sus periódicos y revistas cuando se emplean para elaborar «resúmenes de prensa»; en tercer lugar, se ha discutido en profundidad la regulación del límite de ilustración para la enseñanza que afecta al uso de obras protegidas (libros, composiciones musicales, obras audiovisuales, fotografías, etc.) cuando se utilizan para impartir clases; igualmente tiene cabida en este resumen de los temas más polémicos durante la tramitación de la ley el del uso de obras y prestaciones en terminales instalados en bibliotecas públicas y privadas; y, por último, no podemos dejar de mencionar la discusión acerca de la autonomía de las entidades de gestión de artistas intérpretes o ejecutantes a la hora de gestionar el derecho de remuneración equitativa y, antes única, por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales.

* Del Departamento de Comunicación, Salud y Derecho de Propiedad Intelectual de Uría Menéndez (Madrid).

¹ De acuerdo con lo previsto en el art. 13 de la Directiva 2001/29/CE, ésta tendría que haber sido incorporada al derecho español antes del 22 de diciembre de 2002, produciéndose un retraso que ha dado lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (Sala Tercera), de 28 de abril de 2005, en la que se declara el incumplimiento en que ha incurrido el Reino de España por la falta de incorporación de la citada Directiva dentro del plazo concedido.

que reclamaban una regulación más eficaz, de ahí las reformas de los años 1992 y 1994³. Las sucesivas modificaciones legales del canon de copia privada son buena prueba de las tres circunstancias que condicionan la procedencia de su establecimiento y su forma de ejercicio⁴: en primer lugar, la dificultad para encontrar el punto de equilibrio entre todos los intereses en presencia (titulares de derechos, fabricantes e importadores y consumidores), especialmente porque cada uno de esos colectivos sostiene fundadas razones para que se atiendan sus intereses; en segundo lugar, la permanente evolución de la tecnología que ofrece a los titulares mecanismos más eficaces para el control de la explotación de sus obras y prestaciones así como para la gestión de sus derechos, pero que, al mismo tiempo, facilita al público en general la realización de un mayor número de copias de mejor calidad; y, en tercer lugar, la imperiosa necesidad de diferenciar dos fenómenos que nada tienen que ver entre sí, pero que tienden a confundirse, como son piratería y copia privada. Hay que combatir al primero, tipificado como delito⁵, por todos los medios posibles, ya sea con el reforzamiento de la acción policial, la reforma de la legislación, la formación de jueces y fiscales, la educación en el respeto a los derechos de los creadores y la sensibilización de la sociedad en su conjunto; mientras que hay que delimitar con precisión el alcance del segundo, que no deja de ser un acto lícito amparado en una norma legal, eliminando ambigüedades en la ley que sólo conducen a la inseguridad jurídica y al incremento de la litigiosidad en materia de derechos de propiedad intelectual⁶.

³ Ley 20/1992, de 7 de julio, de modificación de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, y Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al derecho español de la Directiva 92/100, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

⁴ Para el estudio de la evolución de la regulación del límite de copia privada pueden consultarse los trabajos de A. Delgado Porras: «La copia Privada en España», *RIDA* 145 (1990), págs. 3-114; «La Ley 20/1992, de 7 de julio, modificativa de varias disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987», *RIDA* 154, págs. 85-133; y «Crónica de España», *RIDA* 170, págs. 151-157. También se ocupa de esta cuestión M.^ª C. Pérez Ontiveros Baquero en los comentarios al art. 31 de la Ley de Propiedad Intelectual, publicados en la obra dirigida por R. Bercovitz «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual», 2.^ª edición, págs. 599-606.

⁵ Art. 270 y 271 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁶ La Orden del Ministerio de Cultura 1079/2005, de 21 de abril (*BOE* n.º 99 de 26 de abril de 2005) dispuso la publicación del

Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 23/2006, se alzaron muchas voces críticas con el reconocimiento del canon de copia privada digital⁷, e incluso con anterioridad, una iniciativa del Grupo Parlamentario Popular en el Senado había propugnado la supresión del canon para equipos, aparatos y soportes digitales⁸. Del mismo modo, no faltaron numerosos partidarios del mantenimiento del canon y su extensión al entorno digital como único remedio, al menos por el momento, para compensar las pérdidas sufridas por los titulares de los derechos como consecuencia de la realización de copias privadas con equipos y soportes digitales⁹.

Pues bien, en las líneas que siguen a continuación nos proponemos hacer una sucinta exposición de las principales novedades introducidas por la Ley 23/2006 en la regulación del límite de copia privada y, en especial, de la compensación equitativa por copia privada digital¹⁰. Para ello, analizaremos en primer lugar la redacción del nuevo apartado segundo del artículo 31 que se corresponde con el artículo 31.2.º del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, para a continuación ocuparnos del procedimiento y de los criterios establecidos en la nueva redacción del artículo 25 del TRLPI, tanto para la determinación de los equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago del canon como para la fijación de su cuantía.

Acuerdo del Consejo de Ministros, de 8 de abril de 2005, por el que se aprueba el Plan integral del Gobierno para la disminución y la eliminación de las actividades vulneradoras de la propiedad intelectual. El Plan concreta medidas de cooperación y de colaboración, preventivas, de sensibilización social, normativas y de formación. Para combatir la piratería se creó por Real Decreto 1228/2005, de 13 de octubre, la Comisión intersectorial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual (*BOE* n.º 258, de 28 de octubre de 2005).

⁷ Para un resumen de estos argumentos véase la página web www.todoscontraelcanon.es.

⁸ La Proposición de Ley fue publicada en el *BOCG* n.º 22 (a) Serie III A, de 10 de marzo de 2005 y proponía la siguiente redacción del apartado 3 del artículo 25 del TRLPI: «3. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a los programas de ordenador, los equipos informáticos, las conexiones a Internet, los soportes en cds y dvds, así como cualquier otro dispositivo informático y sistemas de almacenamiento y/o reproducción digital.»

⁹ Véase la página web www.todosafavordelcanon.es.

¹⁰ Entre la bibliografía que se ocupa de esta materia son de destacar las obras de I. Garrote Fernández-Díez: *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, 2005; R. Sánchez Aristi: «La copia privada digital» *Pe.i* (*Revista de Propiedad Intelectual*), n.º 14, 2003; y F. Carbajo Cascón: «El pulso en torno a la copia privada» *Pe.i*, n.º 16, 2004; y J.J. Marín López: «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», *Pe.i*, n.º 20, 2005.

2 · EL LÍMITE DE COPIA PRIVADA DIGITAL

2.1 · Armonización incompleta del límite

Una de las críticas más frecuentes que se hace a la Directiva 2001/29/CE es la contradicción latente entre su propósito de armonizar las legislaciones sobre derechos de autor y derechos afines de los Estados miembros¹¹ y, al mismo tiempo, el establecimiento de un amplio catálogo de excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos, entre las cuales sólo una tiene carácter obligatorio, dejando a voluntad de los Estados la incorporación o no de las restantes¹². De este modo, al final del proceso de transposición de la Directiva a todas las legislaciones nacionales, como consecuencia del diferente grado de incorporación de unas u otras limitaciones¹³, pero también de la extraña manera en que algunas veces se desfiguran los límites al incorporarlos a las legislaciones locales¹⁴, éstas legislaciones pueden llegar a diferir mucho entre sí en temas cruciales desde el punto de vista de económico, cultural y del desarrollo de la sociedad de la información, hasta el punto de repercutir negativamente en el funcionamiento del mercado interior.

Un buen ejemplo de los efectos no deseados derivados de la falta de armonización de los límites (o al menos de alguno de ellos), lo constituye el límite de copia privada cuyo panorama internacional, siendo indulgentes, sólo se puede calificar como de quebrado o desigual. Así se desprende de la existencia de, por lo menos, tres posiciones diferentes entre los Estados miembros. Un primer bloque lo componen Estados como el Reino Unido e Irlanda, que no reconocen ese límite; otros, en cambio, sólo establecen la obligación de pago del canon para soportes materiales, pero no para los equipos, como en concreto ocurre en Dinamarca y Holanda;

mientras que hay un tercer bloque de Estados miembros, entre los que se encuentran Francia, Alemania y España, donde el canon se aplica a equipos, aparatos y soportes materiales. Teniendo en cuenta las facilidades que hoy en día existen para adquirir productos en Estados miembros diferentes al de residencia del consumidor —gracias fundamentalmente al creciente desarrollo del comercio electrónico—, la consecuencia derivada de esta ausencia de armonización es que la existencia o no de canon en un determinado Estado, puede convertirse en un dato determinante para que los particulares decidan adquirir productos en lugares donde no exista esa obligación de pago. Esta asimetría por la que los fabricantes e importadores españoles se ven obligados a pagar un canon digital (que posteriormente repercuten a los consumidores) en beneficio de titulares de derechos nacionales de Estados donde los fabricantes e importadores (y finalmente los consumidores) no pagan un concepto equivalente a los titulares españoles, no contribuye en modo alguno a la creación del mercado interior.

La opción del legislador español ha sido la de mantener el límite al derecho de reproducción por copia privada, límite que por primera vez se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico con la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, y que a partir de ahora se extiende expresamente a la copia privada digital.

2.2 · Novedades respecto a la regulación anterior

La redacción dada por la Ley 23/2006 al artículo 31.2 del TRLPI mantiene los principales rasgos característicos del límite de copia privada, al mismo tiempo que incorpora tres destacadas novedades.

No hay cambios en lo que se refiere al reconocimiento de un beneficio a los usuarios, en virtud del cual pueden reproducir obras ya divulgadas sin necesidad de autorización del autor para su uso privado, sin perjuicio del pago de la compensación equitativa regulada en el artículo 25 del TRLPI y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa.

Por su parte, las novedades son fruto de la experiencia acumulada durante los años de aplicación de este límite en España, lo que ha permitido identificar y mejorar algunos aspectos técnicos de la redacción como el tan discutido término de «copista», pero también, y sobre todo, son consecuencia del respeto y fidelidad al texto de la Directiva cuyo tenor, a diferencia de lo que tal vez

¹¹ Considerando (7) de la Directiva 2001/29/CE.

¹² El art. 5 de la Directiva 2001/29/CE establece una lista exhaustiva con un total de veintiuna excepciones y limitaciones a los derechos de reproducción, comunicación al público y distribución.

¹³ En lo sucesivo nos referiremos a las excepciones y limitaciones simplemente como «los límites», sin entrar a diferenciar entre unos y otros.

¹⁴ Para comprobar lo retorcido que puede llegar a ser la forma de transponer los límites de la Directiva 2001/29/CE basta con la lectura del apdo. 1 del art. 32 de la Ley 23/2006, en cuyo párrafo segundo, dedicado al límite de reseñas o revistas de prensa, se hace un auténtico ejercicio de prestidigitación jurídica en el que se mezcla, sin ton ni son, límite con derecho de remuneración y derecho exclusivo, probablemente con la loable intención de dejar a todos satisfechos, pero fracasando estrepitosamente en el intento.

suceda con otras disposiciones de la Ley 23/2006, si es respetada por el legislador español en el límite de copia privada. Esas novedades son: (i) la mención de que el beneficio se aplica con independencia de que el soporte sea analógico o digital; (ii) que el usuario acceda legalmente a las obras; y (iii) que se tenga en cuenta la aplicación o no de medidas tecnológicas de protección.

(i) Reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas

Uno de los debates más intensos que se han mantenido en los últimos años acerca del límite de copia privada ha girado en torno a la interpretación de la anterior redacción del artículo 31.2.º del TRLPI. En concreto, se ha discutido si la copia privada en equipos, aparatos y soportes materiales digitales ya estaba contemplada en aquella norma o si, por el contrario, sólo afectaba a productos analógicos.

La cuestión se planteó ante los tribunales de justicia con motivo de las demandas interpuestas por las entidades de gestión, en reclamación del ejercicio de la facultad de control de las operaciones sometidas al pago de la remuneración que les reconoce el apartado 21 del artículo 25 del TRLPI. En esas demandas, las entidades de gestión alegaban que los fabricantes e importadores de soportes CD-R y CD-RW estaban obligados a incluir los datos relativos a esos soportes en las declaraciones-liquidaciones que presentan trimestralmente y pagar el canon correspondiente, dado que son soportes idóneos para la reproducción de obras y prestaciones protegidas. Los fabricantes e importadores demandados se opusieron a las demandas alegando diversas razones, entre las que, a los efectos que ahora nos interesan, destacan, por un lado, el argumento de que el canon de copia privada no era aplicable a soportes digitales como los CD-R y CD-RW, ya que, en su opinión, sólo estaba contemplado para soportes analógicos; por otro lado, que esos soportes permiten la reproducción de datos, informaciones y otros contenidos no protegidos, además de emplearse para actividades ajenas a la copia privada de obras como, por ejemplo, la realización de copias de seguridad de programas de ordenador; y por último, que el principio de idoneidad objetiva es insuficiente para estimar procedente la aplicación del canon a dichos soportes. El resultado de este conflicto se saldó con cinco sentencias de primera instancia,

todas ellas favorables a las entidades de gestión¹⁵, habiendo sido confirmadas dos de ellas por las Audiencias Provinciales que conocieron de los recursos de apelación¹⁶. Ante esta situación y para evitar nuevos procedimientos judiciales, las entidades de gestión y ASIMELEC firmaron un acuerdo en el que se pactaron tanto los soportes digitales sujetos al pago del canon como el importe del mismo¹⁷.

Pues bien, es de observar cómo la nueva redacción del artículo 31.2 del TRLPI se refiere expresamente a la reproducción «en cualquier soporte» de obras ya divulgadas, siguiendo el camino marcado por el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE, en el que se faculta a los Estados miembros para establecer el límite de copia privada «en relación con reproducciones en cualquier soporte». De este modo y de cara al futuro, se despejan definitivamente todas las dudas que pudieran existir acerca del alcance del límite que estamos comentando, ya que indudablemente será aplicable a las reproducciones de obras y demás prestaciones realizadas en equipos soportes digitales, siempre que se cumplan las restantes condiciones establecidas en la ley.

(ii) Quién puede beneficiarse del límite

La nueva redacción del apartado 2 del artículo 31 del TRLPI también mejora, con buen criterio, la forma de referirse a los beneficiarios del límite de copia privada, que sólo son *las personas físicas que para su uso privado realizan las copias*, superando así un debate provocado por

¹⁵ Las sentencias a las que nos referimos son las siguientes: sentencia de 2 de enero de 2002 del Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Barcelona; sentencia de 13 de marzo de 2002 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Esplugues de Llobregat; sentencias de 22 de abril y 20 de junio de 2002 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Cornellá de Llobregat; y sentencia de 7 de mayo de 2002 del Juzgado de Primera Instancia n.º 48 de Barcelona.

¹⁶ Sentencia de 19 de abril de 2004, de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona y sentencia de 31 de julio de 2003 de la Audiencia Provincial de Valencia. La primera de las citadas resoluciones contiene un voto particular en el que se sostienen las razones defendidas por los fabricantes e importadores de soportes digitales.

¹⁷ El Convenio entre las entidades de gestión y ASIMELEC ha sido criticado por diversos colectivos, dando lugar a dos decisiones de archivo por parte del Servicio de Defensa de la Competencia en las que se considera que el acuerdo no atenta contra la normas de la competencia, estando pendiente de resolución por el Tribunal de Defensa de la Competencia la segunda de esas resoluciones.

el empleo del término «copista» en la anterior redacción del precepto. En este punto, la nueva redacción mantiene la fidelidad a la letra del artículo 5.2.b) de la Directiva.

El tenor literal del artículo 31.2.º no era muy afortunado al señalar que «*las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor [...] 2.º Para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 99.a) de esta Ley, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa.*».

Esta redacción dio pie a la discusión acerca de si copista era la persona física que utiliza la copia para sí mismo, o la persona física o jurídica que materialmente realizaba las copias para su posterior entrega al particular que las había encargado. Atendiendo al espíritu y finalidad de la norma el debate tiene poco recorrido, pues es claro que beneficiario del límite sólo puede ser la persona física que hace las copias para su propio uso, y no en cambio las empresas de copistería que hacen fotocopias «para uso privado del copista» (entendiendo por copista al cliente del establecimiento), como tampoco pueden favorecerse del límite la Administración Pública y las empresas públicas o privadas que, para el desarrollo de su actividad, ponen a disposición de sus clientes, colaboradores, empleados y funcionarios los medios técnicos necesarios para realizar copias de los materiales (en su caso, obras y prestaciones) requeridos para el desempeño de su función en el seno de la Administración o la empresa. Cuestión bien diferente a los actos amparados bajo el límite de copia privada es que los empleados o funcionarios, en beneficio propio y al margen de sus deberes para con el empleador, e incluso infringiendo derechos de propiedad intelectual, utilicen los recursos puestos a su disposición para desempeñar su cometido dentro de la empresa, con el fin de fotocopiar libros o descargar de Internet obras musicales o películas durante su jornada de trabajo.

Así pues, con la modificación introducida en la norma se hace aún más evidente que el beneficiario del límite es la persona física que lleva a cabo la reproducción de las obras para su uso privado, dejando fuera del círculo de beneficiarios a las empresas públicas y privadas.

Esas conductas no constituyen actos de copia privada y deben ser perseguidas por otros medios entre los que la vigilancia del empresario ocupa un lugar destacado.

(iii) Obras a las que se haya accedido legalmente

Una de las novedades más importantes que introduce la nueva redacción del apartado 2 del artículo 31 del TRLPI es el requisito de que el beneficiario del límite haya accedido legalmente a las obras de las que obtiene una copia. Es de destacar el hecho de que tal condición no aparece en el artículo 5.2.b) de la Directiva, que sólo se refiere al acceso legal a las obras en el párrafo primero del apartado 4 del artículo 6, al establecer la obligación a cargo de los Estados miembros de tomar las medidas adecuadas para que los beneficiarios de determinados límites, entre los que no se encuentra el de copia privada¹⁸, puedan disfrutar de ellos en el caso de que los titulares voluntariamente no les permitan hacerlo. Al ocuparse de esta cuestión, la Directiva si prevé la necesidad de que el beneficiario tenga acceso legal a las obras, mientras que en el siguiente párrafo segundo del mismo artículo 6.4, dedicado a la copia privada, se omite conscientemente ese requisito que, en cambio, recupera el legislador español para la redacción del artículo 31.2.

Este nuevo requisito del acceso legal a las obras referido a la copia privada parece apuntar hacia las reproducciones que los usuarios realizan desde las páginas web que, sin autorización de los titulares, ponen a disposición del público archivos digitales para su descarga por medios electrónicos. Pero también puede ser de aplicación a las redes P2P de intercambio de archivos digitales en las que se produce la misma situación de ausencia de autorización del titular. De este modo, las copias obtenidas desde esas fuentes ilegales —en el sentido de que no disponen de autorización para llevar a cabo esa forma de explotación de las obras—, no se pueden beneficiar del límite que venimos comentando. Este hecho tiene importantes consecuencias en orden a la calificación jurídica y los medios para la persecución de esas actividades que infringen

¹⁸ Los límites a los que se refiere el párrafo primero del apdo. 4 del art. 6 de la Directiva son el de reproducciones sobre papel («reprografía»), reproducciones efectuadas en bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, grabaciones efímeras de organismos de radiodifusión, reproducciones de radiodifusiones hechas en instituciones sociales, ilustración con fines educativos o de investigación científica, usos realizados en beneficio de personas con minusvalía y los relacionados con fines de seguridad o para el desarrollo de procedimientos administrativos y judiciales.

los derechos de propiedad intelectual al carecer de la licencia oportuna y no están cubiertos por el límite del artículo 31.2. Igualmente será un dato relevante a la hora de determinar el daño causado por la copia privada digital, puesto que los perjuicios ocasionados por las redes P2P o las descargas desde sitios web ilegales no son computables a efectos de la cuantificación de la compensación equitativa.

Con anterioridad a la reforma y aunque la condición del acceso legal no aparecía expresamente recogida en la norma, Rafael Sánchez Arísti ya se pronunciaba a favor de que la copia privada a la que se refiere el límite legal se debía extraer «de un soporte de cuya tenencia o acceso disponga el copista lícitamente»¹⁹, mientras que otros autores como Ignacio Garrote no estimaban que ese requisito fuera necesario, de ahí que para este segundo sector, la descarga de obras desde Internet estuviera dentro del alcance del límite de copia privada²⁰.

La decisión adoptada por el legislador español es coherente con la necesidad de marcar nitidamente las diferencias entre piratería y copia privada, por lo que debemos felicitarnos por la incorporación de esta condición del acceso legal a las obras. El límite de copia privada, al igual que los restantes, tiene que ajustarse a la prueba de los tres pasos que establece el artículo 5.5 de la Directiva y el artículo 40 bis del TRLPI, siendo cuando menos dudoso que los millones de archivos digitales que se descargan diariamente desde sitios web sin disponer de autorización para ello, no lleguen a perjudicar, incluso gravemente, la normal explotación de las obras y demás prestaciones protegidas. Por este motivo, la interpretación del límite de copia privada debe hacerse con carácter restrictivo, de tal forma que no cubra la explotación de obras que se realiza mediante descargas de Internet cuando los sitios web carecen de autorización de los titulares. De esta afirmación no se puede extraer la conclusión de criminalizar a todos los usuarios que descargan archivos digitales de Internet, y ello porque la vía penal está reservada únicamente para los casos más graves en los que está presente un ánimo de lucro en el infractor, y porque

existen otros remedios civiles para corregir esas conductas²¹. Dicho de otro modo, existe un espacio entre la copia privada y los usos no autorizados susceptibles de calificarse como ilícitos penales en el que se sitúan un gran número de los usuarios de Internet; probablemente sean esos usuarios el público objetivo de los nuevos modelos de negocio *on-line* de descargas legales, cuyas necesidades está llamada a satisfacer la industria del entretenimiento.

(iv) Aplicación de medidas tecnológicas de protección

El límite de copia privada tiene un doble origen. Su principal justificación se encuentra en la imposibilidad del ejercicio por los autores del derecho exclusivo de reproducción que les corresponde sobre sus obras cuando los usuarios realizan copias en sus domicilios para uso privado²². Pero también nace como consecuencia de la obligación, a cargo de los titulares de derechos, de respetar la intimidad de las personas físicas, lo que les impide obtener de distribuidores y minoristas la información acerca del nombre de las personas que adquieren equipos y materiales con los que se pueden hacer las copias²³.

²¹ La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 5 de mayo, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003 del Fiscal General del Estado señala (Pág. 99) que: «El principio de intervención mínima que rige en derecho penal debe ser tenido en cuenta para criminalizar tan sólo las conductas que lesionan más gravemente los bienes jurídicos. Es por ello, que en los supuestos en los que en la infracción del derecho exclusivo del titular del derecho de propiedad intelectual, sólo concurre un ánimo de obtener una ventaja de carácter individual o personal, pero no un lucro comercial, la respuesta a la vulneración del derecho debe hacerse desde el ámbito de protección civil». Añadiendo más adelante (Pág. 100) que: «En todo este marco de nuevas tecnologías de la sociedad de la información, debe partirse de la necesidad de coordinar la protección de los derechos de los titulares frente a las conductas vulneradoras, con los derechos de los usuarios de los servicios de la sociedad de la información, sin que resulte posible, ni efectiva, una criminalización generalizada de la sociedad».

²² La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1997 (RJ1997/1557) señala que: «La remuneración compensatoria por copia privada constituye una institución relativamente novedosa a través de la cual se intenta conciliar, de un lado, el interés patrimonial del autor, a quien corresponde el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción; y de otro, la realidad tecnológica actual que pone al alcance de la inmensa mayoría de los ciudadanos, sin posibilidad práctica de un control individualizado, la obtención de copias para su particular uso».

²³ El límite de copia privada fue reconocido por primera vez por la Ley de Propiedad Intelectual alemana de 1965, y trae

¹⁹ R. Sánchez Arísti: «La copia privada digital» *op. cit.*, pág. 13.

²⁰ Garrote Fernández-Díez: *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 119.

Esos inconvenientes están siendo paulatinamente superados por la tecnología y por la aparición de nuevos modelos de negocio como las descargas legales de obras desde Internet. En efecto, la tecnología ha puesto al alcance de los titulares de derechos toda una serie de herramientas para el control de las explotaciones que superan las dificultades que antaño ocasionaba la reproducción doméstica de obras musicales, cinematográficas, literarias, etc. Un buen ejemplo de ello lo constituyen los sistemas anticopia de que están dotados los soportes DVD pregrabados, es decir, los soportes audiovisuales que se venden en el mercado que contienen la fijación de una obra audiovisual²⁴. Esos sistemas impiden que el usuario realice copias de la obra audiovisual en otro DVD virgen, con lo cual se preserva el derecho de reproducción del titular. En estas circunstancias, cuando los titulares utilizan medidas tecnológicas de protección eficaces, desaparece el fundamento del canon de copia privada²⁵, porque de lo contrario podría suceder que el usuario pagara dos veces por el mismo derecho de reproducción (una en concepto de precio del producto o de la licencia y un segundo pago por el canon de copia privada) o que pague un canon para hacer copias que la tecnología le impide obtener. Por ello es por lo que en la actualidad no se puede prescindir del dato de la aplicación de medidas tecnológicas de protección para delimitar el alcance del límite de copia privada.

Así lo entendió el legislador comunitario en el artículo 5.2.b) de la Directiva y lo mismo ha ocurrido con el legislador español cuando ha procedido a modificar el artículo 31.2 del

TRLPI. En ambos preceptos se dice que se deberá tener en cuenta si se aplican o no a las obras o prestación de que se trate medidas tecnológicas de protección.

Las medidas tecnológicas permiten al titular de los derechos recuperar el control sobre la utilización de sus obras, y así ejercer su derecho exclusivo de reproducción sin los inconvenientes del imperfecto mecanismo de la compensación equitativa por copia privada²⁶.

Es importante destacar las consecuencias derivadas del hecho de que, para la determinación de la compensación equitativa, se deban tener en cuenta la aplicación o no aplicación a las obras y prestaciones de medidas tecnológicas de protección. De aplicarse medidas tecnológicas eficaces la consecuencia evidente es que no procede aplicar canon alguno en concepto de copia privada, puesto que la barrera tecnológica impide la realización de copias sin autorización, evitando de este modo que se cause un daño al titular. Por el contrario, si las medidas tecnológicas eficaces están disponibles, pero los titulares deciden no aplicarlas, la consecuencia automática no tiene por qué ser la obligación de pago del canon. En este segundo caso, la cuestión a decidir es si procede el pago de un canon y en qué cuantía cuando, estando disponibles en el mercado medidas tecnológicas de protección eficaces, el titular decide no aplicarlas. La Directiva 2001/29/CE no es del todo clara sobre este particular. Sin embargo, teniendo en cuenta la finalidad y el tenor de la Directiva, es más conforme dar preferencia al criterio de *disponibilidad* de las medidas tecnológicas mencionado en el Considerando 39²⁷

causa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo Federal el 24 de junio de 1955 y 29 de mayo de 1964, en los casos *Grundig Reporter* y *Personalausweise*, respectivamente.

24 La posibilidad de eludir esos sistemas de protección con medios más o menos sofisticados y accesibles al usuario medio provoca un problema de otra índole que se acerca más a la infracción de los derechos de propiedad intelectual que al uso lícito amparado en el límite de copia privada.

25 El Libro Verde Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información COM/95/0382, ya señalaba (Pág. 50) que «[...] se puede admitir que los sistemas de copia privada basados en exacciones sobre los soportes y los aparatos, como contrapartida de la legalización de la copia privada, sigan siendo una respuesta válida en los casos en que la técnica no permita impedir la copia. En cambio, si se crean medios técnicos que limiten o impidan la copia privada, la justificación de la licencia legal que constituye un sistema de remuneración deja de existir».

26 La propia naturaleza de la copia privada en equipos, aparatos y materiales analógicos hace imposible el conocimiento exacto de las obras y prestaciones realmente utilizadas por los particulares, lo que exige recurrir a sistemas de información indirectos (por ejemplo, libros, fonogramas y videogramas vendidos, películas emitidas por televisión, sondeos estadísticos, etc.) para obtener los datos necesarios para la gestión del derecho. Esos sistemas indirectos son menos precisos que los utilizados habitualmente para el ejercicio del derecho de reproducción, ya sea en fonogramas, videogramas o en forma de libro, con los que los titulares están en condiciones de identificar las obras y prestaciones utilizadas y el nombre de sus autores para, a partir de esos datos, asignar a cada titular las cantidades recaudadas por el uso de sus obras y prestaciones.

27 El tenor del Considerando 39 de la Directiva 2001/29/CE es el siguiente: «Al aplicar la excepción o limitación relativa a la copia privada, los estados miembros deben tener en cuenta

de carácter específico para el límite de copia privada, que al criterio del *grado de uso* citado en el Considerando 35 con carácter general para toda clase de límites. De ello se sigue que, si el titular que está en condiciones de dotar de protección a las obras y prestaciones, decide optar por no utilizar las medidas tecnológicas que estén a su disposición y permite que sean copiadas con mayor facilidad, la consecuencia no puede ser otra que la de reducir la cuantificación del daño causado.

3 · LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA Y ÚNICA POR COPIA PRIVADA DIGITAL

El artículo 25 del TRLPI se encarga de regular los términos y condiciones de ejercicio de la compensación equitativa y única que corresponde percibir a los titulares de derechos como consecuencia del daño causado por las copias realizadas al amparo del artículo 31.2. La Ley 23/2006 introduce una serie de cambios en este precepto respecto de su anterior redacción, consistiendo el primero de ellos en la modificación del propio título del artículo 25.

En efecto, la primera modificación que se ha producido en este artículo 25 con ocasión de la incorporación de la Directiva 2001/29/CE al Derecho español ha sido la conversión del antes denominado *derecho de remuneración por copia privada* en la actual *compensación equitativa por copia privada*. Lejos de ser un simple cambio de nomenclatura sin consecuencias de orden práctico para el reconocimiento y ejercicio del canon de copia privada, la modificación es sustancial, porque refuerza la estrecha relación entre la compensación económica y el daño efectivamente causado a los titulares por ese tipo de reproducciones. Que la compensación equitativa no es un derecho de remuneración ya lo puso de manifiesto el comisario para el Mercado Interior, Frits Bolkestein en su respuesta de 26 de marzo de 2002 a la pregunta escrita E-3348/01, al afirmar que:

«Esta Directiva permite a los Estados miembros establecer una excepción al derecho de reproducción para uso privado, a condición de que los titu-

lares de los derechos reciban una compensación equitativa. Otorga a los Estados miembros cierta flexibilidad a la hora de determinar la forma, las modalidades y la cuantía de esa compensación equitativa. Deben tener igualmente en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. La compensación equitativa es un nuevo concepto introducido por la Directiva y no es equivalente a los sistemas de retribución equitativos (“cotizaciones”) a los que el documento no hace ninguna mención explícita.»²⁸

La misma opinión es sostenida por el Consejo de Estado en su dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el TRLPI para incorporar la Directiva 2001/29/CE²⁹, en el que manifiesta que:

La segunda cuestión controvertida es, precisamente, que el anteproyecto de Ley utiliza el término «remuneración equitativa» cuando, en realidad, la Directiva 2001/29/CE habla en el artículo 5.2.b) de «compensación equitativa». Ciertamente, desde el punto de vista jurídico, la noción de «compensación» es distinta del concepto de «remuneración». En efecto, la remuneración es el pago por una contraprestación o adquisición de un derecho, mientras que la compensación es el restablecimiento de un desequilibrio patrimonial objetivamente causado por la conducta de un tercero. Esta distinción ha sido especialmente discutida con ocasión de la aplicación de la Directiva 2001/29/CE, hasta el punto de que el Comisario para el Mercado Interior, respondiendo a la pregunta que le había formulado una europarlamentaria finlandesa, llegó a afirmar que «la compensación equitativa es un nuevo concepto introducido por la Directiva y no es equivalente a los sistemas de retribuciones equitativos (cotizaciones), a los que el documento no hace ninguna mención explícita» (Diario Oficial de las Comunidades Europeas OJ C 172 E/046, de 18 de julio de 2002). En idéntico sentido, el cuestionario remitido por la Comisión Europea al Comité de Contacto —creado por el artículo 12.3 de la Directiva 2001/29/CE e integrado por representantes de todos los Estados miembros—, dice en su pregunta número cinco: «¿La Directiva 29/2001 requiere que los titulares de derechos reciban una compensación equitativa por la copia privada [...]. ¿Cómo se regula en su legislación esta nueva noción introducida por la Directiva? Por ejemplo, si ya

el desarrollo económico y tecnológico, en particular, en lo relativo a la copia privada digital y a los sistemas de retribución, siempre que existan medidas tecnológicas de protección eficaces. Dichas excepciones o limitaciones no deben impedir ni el uso de medidas tecnológicas ni su aplicación en caso de elusión.»

²⁸ DOCE OJ C 172 E/046, de 18 de julio de 2002.

²⁹ Dictamen 187/2005, aprobado el 10 de marzo de 2005.

había un sistema de remuneración en vigor que sea anterior a la Directiva 29/2001, cómo se ha adaptado el mismo tras la entrada en vigor de la Directiva?». Pese a tan claras manifestaciones de la Comisión Europea, el anteproyecto de Ley sometido a consulta ha optado por continuar con el sistema de remuneración equitativa previsto en el artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, que establece un sistema de cánones o cotizaciones fijos, con independencia del daño efectivamente causado, que sería lo propio de un sistema de compensación equitativa. Y ello a pesar de que el considerando 35 de la Directiva 2001/29/CE, señala con claridad que «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», y «un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos», hasta el punto de que «determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago». Por tanto, la terminología utilizada en el anteproyecto de Ley, que habla de «remuneración equitativa», no responde a la orientación de la Directiva 2001/29/CE, que opta por la noción de «compensación equitativa», con las importantes diferencias que esta distinción comporta, en el orden jurídico y económico, a la hora de cuantificar el importe que debe ser abonado a los titulares de los derechos de propiedad intelectual.»

Como consecuencia de estas observaciones, el Gobierno corrigió el Anteproyecto de Ley antes de convertirlo en el Proyecto de Ley remitido al Congreso de los Diputados, modificando el concepto *derecho de remuneración* por el más correcto de *compensación equitativa*³⁰.

Con independencia de esta modificación, el artículo 25 conserva la mayor parte de su prolijo contenido, que, repartido en veinticinco apartados, bien podría haberse aligerado con ocasión de la reforma llevando a un texto reglamentario aquellos apartados que solamente contienen aspectos accesorios referidos a la forma de gestión de la compensación equitativa. En lugar de ello, se ha recurrido a la anómala fórmula de facultar al Gobierno para que

con un reglamento pueda modificar algunos apartados de la Ley, en concreto, los apartados 13 a 21 del artículo 25³¹.

En consecuencia, nada cambia en lo que se refiere a las tres modalidades de reproducción en las que se clasifica la compensación equitativa (la de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones asimiladas, la de fonogramas y la de videogramas), se conservan en lo fundamental las definiciones de acreedores y deudores, y se mantiene la atribución a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual del ejercicio de todo lo relacionado con la compensación, así como las normas de carácter administrativo.

El Considerando 38 de la Directiva 2001/29/CE llama la atención sobre las diferencias entre la copia privada analógica y la copia privada digital, indicando que «debe establecerse entre ellas una distinción en determinados aspectos», lo que en el caso de la Ley 23/2006 se ha traducido en la fijación de un procedimiento diferente para la determinación tanto de los equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago como de la cuantía que, en su caso, proceda pagar a los titulares de derechos a través de sus entidades de gestión.

Además de la novedad que supone el sistema previsto para la copia privada digital, los otros dos extremos más destacados de la nueva redacción del artículo que ahora comentamos son, por un lado, el mantenimiento del principio de idoneidad regulado en el apartado 2 del artículo 25 y los cambios producidos en las excepciones al pago de la compensación previstas en el apartado 7 de ese mismo artículo.

3.1 · Copia privada analógica y copia privada digital

Como ya sucedía en la anterior redacción de la norma, el apartado 5 del artículo 25 se limita a determinar el importe de las cantidades a pagar por los equipos, aparatos y soportes materiales analógicos en función de cada una de las tres modalidades de reproducción. A este respecto, la única observación que cabe hacer es el ajuste que se lleva a cabo de los importes de la compensación en la modalidad de reprografía frente a los contemplados en la Resolución del Ministerio de Educación, Cultura y

³⁰ El Proyecto de Ley fue publicado por el BOCG n.º 44-1, Serie A de 26 de agosto de 2005.

³¹ Dice así el art. 25 en su apdo. 25: «El Gobierno podrá modificar por vía reglamentaria lo establecido en los apartados 13 a 21.»

Deporte, de 19 de noviembre de 2001³², ajuste motivado por la adecuación de los importes a los pactos alcanzados entre las entidades de gestión de reprografía (CEDRO y VEGAP) y ASIMELEC.

Los sistemas aprobados en los años 1992 y 1994³³ no estaban pensados para la copia privada digital, a pesar de lo cual los tribunales que se han pronunciado sobre el particular han extendido las previsiones concebidas para la copia privada analógica a la copia digital. Esa ampliación, hecha al amparo de una interpretación literal del principio de idoneidad, no está exenta de riesgos y requería de una regulación específica que dotara el procedimiento y a las partes interesadas de la imprescindible seguridad jurídica. Ese es precisamente el objetivo perseguido por el apartado 6 del artículo 25, completamente nuevo en nuestro ordenamiento, que está dedicado íntegra y exclusivamente a la copia privada digital.

(i) Competencia y reglas del procedimiento

La competencia para la determinación de los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales sujetos al pago de la compensación, así como su importe, está atribuido por la ley al Ministerio de Cultura y al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. En el apartado 6 del artículo 25 se fijan las cuatro reglas a seguir para aquella determinación, reglas que se ocupan, respectivamente, de la periodicidad e inicio del procedimiento, la negociación entre deudores y acreedores, la aprobación de la orden ministerial conjunta y, finalmente, de los criterios a tener en cuenta por las partes negociadoras y los Ministerios.

La periodicidad del procedimiento es bienal, sin perjuicio de que se pueda reducir por acuerdo de los dos Ministerios y está dividido en dos fases consecutivas que comienzan con la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la resolución por la que se hace público el inicio del proceso³⁴. La primera fase tiene una duración de cuatro meses desde la publicación de la resolución y en ella, las entidades de gestión y las asociaciones que representan mayoritariamente a los fabricantes e importadores

negociarán los equipos, aparatos y soportes materiales digitales sujetos al pago así como, en su caso, la cuantía que los deudores deban abonar por cada uno de ellos.

La previsión de que la negociación comprenda estos dos extremos pone de manifiesto la atenuación del rigor del principio de idoneidad tal y como ha sido interpretado por los tribunales en las sentencias antes indicadas, ya que nada impide que los negociadores o, a falta de acuerdo, los Ministerios en la orden ministerial conjunta que pone fin al proceso, acuerden o decidan, respectivamente, no aplicar canon alguno a productos que, siendo aptos para la reproducción desde un punto de vista estrictamente técnico y objetivo, se considere que no deben estar sujetos a esa carga en atención a su destino o uso final, la aplicación de medidas tecnológicas de protección eficaces, la evolución tecnológica o las condiciones del mercado. Del mismo modo, las partes y los Ministerios pueden acordar o decidir que determinados productos idóneos para la reproducción, sin embargo, no deben pagar ningún canon, por las mismas razones antes indicadas además de la aplicación de la *regla de minimis* a la que más adelante haremos mención.

Finalizada la fase de negociación o en cualquier momento durante su desarrollo, las partes comunicarán a los Ministerios los acuerdos alcanzados o la falta de ellos. Nada impide, pues, que se produzca un acuerdo parcial (ya sea por *modalidades de reproducción* o por determinados equipos y materiales) y que los Ministerios tengan que pronunciarse sobre él, así como sobre los restantes puntos que las partes no llegaran a consensuar. Agotada esa primera fase, los Ministerios disponen de un plazo de tres meses para dictar una orden conjunta en la que decidan los equipos y materiales sujetos al canon y su importe, previa consulta al Consejo de Consumidores y Usuarios y previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda.

Junto con la competencia y el procedimiento, la regla 4.^a del apartado 6 del artículo 25 establece los criterios que las partes y la Administración deben tener en cuenta durante el proceso de negociación. Estos criterios son un compendio de factores cuya procedencia se encuentra principalmente en los Considerandos 35 y 39 de la Directiva 2001/29/CE, a los que se suman otros añadidos por el legislador español.

³² BOE n.º 297, de 12 de diciembre de 2001.

³³ *Ut supra* nota 3.

³⁴ La primera Resolución es de 7 de agosto de 2006 y fue publicada en el BOE n.º 202 de 24 de agosto de 2006.

Los criterios extraídos de la Directiva son, en primer lugar y como criterio rector prioritario, el del perjuicio efectivamente causado a los titulares; en segundo lugar, la previsión de que si el perjuicio causado es mínimo no podrá dar origen a una obligación de pago³⁵; y por último, la disponibilidad y grado de utilización de las medidas técnicas de protección.

En cuanto a criterios adicionales incorporados por la Ley 23/2006, figuran la capacidad de almacenamiento de los equipos y materiales, la calidad y el tiempo de conservación de las reproducciones, y la fijación de importes proporcionados económicamente respecto del precio medio final al público³⁶.

(ii) Disposición Transitoria única

El sistema se completa con la Disposición Transitoria única que determina los equipos y materiales así como el importe a pagar durante el periodo comprendido entre la fecha de entrada en vigor de la Ley 23/2006 y la fecha de la orden conjunta, de manera que no se produzca un vacío durante el periodo de negociación y la posterior aprobación de la orden ministerial. La Disposición Transitoria viene a recoger, básicamente, el contenido de los acuerdos suscritos entre ASIMELEC y las entidades de gestión previos a la aprobación de la nueva normativa,

motivo por el que ha sido duramente criticada. Dar carta de validez a unos pactos particulares, de duración limitada en el tiempo (por cierto, ya superada en el momento de la aprobación de la Ley 23/2006), para elevarlos a la categoría de acuerdos de general aplicación, suscita no pocos problemas que se agravan con la indefinición de los soportes digitales de reproducción sonora, audiovisual y mixta sujetos al pago durante este periodo. Tal indefinición viene provocada por el añadido, en los párrafos d), e) y f) del apartado 1 de la Disposición Transitoria, del término «similar» a continuación de los soportes específicos de audio (como el disco compacto), audiovisual (como el disco versátil) o de reproducción mixta sonora y audiovisual.

Pero ya puestos a crear problemas innecesarios, el apartado 3 de la Disposición Transitoria única dispone que la orden conjunta tendrá efectos retroactivos a contar desde la fecha de entrada en vigor de la Ley 23/2006, de tal forma que los pagos realizados por los deudores durante el periodo transitorio ateniéndose a la Disposición que comentamos no tendrán la consideración de definitivos, ya que estarán sometidos a la decisión final que adopten los Ministerios. En la hipótesis de que la orden conjunta fije una cuantía inferior a la prevista en la Transitoria, las entidades de gestión tendrían que devolver el exceso a los deudores que, a su vez, tendrían que buscar la forma de reintegrarlas a los compradores de sus productos, lo que se antoja extraordinariamente complicado si no directamente inviable. Por el contrario, si la decisión de la orden consistiera en fijar unos importes superiores, las entidades de gestión pretenderían cobrar la diferencia de los deudores, aunque a éstos les resultara materialmente imposible repercutir esas diferencias entre los compradores de sus productos. Una solución salomónica sería que la orden diera por buenas las cantidades pagadas de conformidad con la Disposición Transitoria durante el periodo de su vigencia. Sin embargo, esa fórmula de compromiso se compadece mal con el carácter compensatorio del importe a pagar por los daños causados a los titulares (salvo que los Ministerios dispusieran de información de la que resulte que el importe de los daños causados por la copia privada digital son los indicados en la Transitoria y no otros, en cuyo caso tales cuantías tendrían serias posibilidades de convertirse en definitivas). No obstante, hay razones para dudar de que las canti-

35 Supuestos de aplicación de la regla de *mínimis* son el llamado «*time shifting*» consistente en la grabación de programas de televisión para su visionado a una hora diferente a la de emisión; «portabilidad», es decir, cuando el adquirente de un soporte legal hace una copia para disponer de ella en otro lugar (v.gr. el coche o la segunda vivienda); y la compilación de CDs con una selección de obras musicales extraídas de los fonogramas adquiridos legalmente por el usuario.

36 Esta regla 4.^a tiene un antecedente en el art. 14 del Real Decreto 287/1989, de 21 de marzo, por el que se desarrolla el art. 25 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual (BOE n.º 72 de 25 de marzo de 1989). Este Real Decreto creó la Comisión mixta compuesta por titulares de derechos y fabricantes e importadores, encargada de fijar el importe de la remuneración, las normas para el cobro del derecho, el procedimiento de pago, las exenciones, etc. El art. 14 dispuso que el importe de la remuneración podía consistir «en una cantidad fija o en un porcentaje sobre el precio, o en una combinación de ambas. Para su determinación se podrán tener en cuenta la calidad, las características, la duración, la capacidad de reproducción de los equipos y materiales y cualquier otro que se considere necesario». Obsérvese que, por entonces, nada se decía sobre la aplicación o no aplicación de medidas tecnológicas de protección, lógica consecuencia de un momento en el que sólo existía copia privada analógica, siendo ésta y no otra la actividad objeto de regulación.

dades acordadas por las entidades de gestión y ASIMELEC reflejen los daños causados a los titulares por la copia privada en la actualidad. Así se deduce del hecho de que los acuerdos fueron negociados en una fecha anterior a la aprobación de la Ley 23/2006 que, como hemos visto más arriba, restringe el concepto de copia privada al exigir el acceso legal a las obras y que se tenga en cuenta la aplicación o no de medidas tecnológicas de protección (requisitos hasta entonces inexistentes). Pero también porque parece lógico pensar que las partes de aquellos acuerdos no tuvieron en cuenta los criterios establecidos años más tarde en la regla 4.^a del apartado 6 del artículo 25 para la fijación del canon, salvo que dispusieran de dotes adivinatorias que les iluminaran acerca de cuáles iban a ser esos parámetros de fijación del daño.

Todavía es prematuro aventurar una opinión sobre la eficacia del procedimiento establecido en la Ley para la copia privada digital, por mucho que se intuyan ciertas imperfecciones, como especialmente sucede con la incorporación de aquellos criterios que, no estando previstos en la Directiva 2001/29/CE, tampoco aportan elementos válidos para la determinación del daño causado, o como ocurre también con las dudas antes señaladas que provoca la Disposición Transitoria. En todo caso, la prudencia aconseja dar tiempo a la partes negociadoras y a los Ministerios de Cultura e Industria, Turismo y Comercio para que demuestren si el nuevo procedimiento funciona con las suficientes garantías para todos los afectados. Porque, de lo que no cabe ninguna duda, es de que el procedimiento específico concebido para la copia privada digital es mejor solución que aquella otra que pasaba por forzar los términos de la anterior redacción del artículo 25, prescindir de todas las particularidades de los equipos y materiales digitales y aplicarles la horma fabricada para un supuesto diferente.

3.2 · Principio de idoneidad

Uno de los temas más debatidos durante la tramitación de la Ley 23/2006 ha sido el de la posible matización del principio de idoneidad previsto en el apartado 2 del artículo 25 del TRLPI³⁷.

En línea con las previsiones contenidas en la legislaciones de otros Estados miembros³⁸, el texto del Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno completaba el principio de idoneidad con el del destino de los equipos y materiales. El apartado 2 del artículo 25 del Proyecto de Ley decía lo siguiente:

«2. Esa compensación se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y soportes materiales idóneos y que se utilicen preferentemente para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera de éste para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio.» (el subrayado es nuestro).

Posteriormente, el Pleno del Congreso³⁹ suprimió la frase «y que se utilicen preferentemente», que no volvió a reaparecer en ningún otro momento de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley.

El peligro subyacente en el mantenimiento de un principio de idoneidad sin matices ni consideraciones adicionales o complementarias, es que el canon de copia privada en lugar de desaparecer progresiva y gradualmente para dar paso al desarrollo de nuevos negocios legales de descargas *on-line*, en consonancia con el propósito perseguido por la Directiva (es el llamado proceso de «*phase out*» expresado en la referencia del artículo 5.2.b) y a la aplicación o no de medidas tecnológicas de protec-

Ley 2271987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual («LPI»). El concepto de idoneidad empleado en la Ley no era sinónimo de mera aptitud o capacidad técnica (como lo han interpretado las sentencias citadas en la nota 15), ya que siempre se han tenido en cuenta otros criterios como el destino o uso final de los equipos y materiales, así como otras características. Este hecho explica el listado de excepciones contenido en el apdo. 2 del art. 15 del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo, entre otros, del art. 25 de la LPI, en la redacción dada al mismo por la Ley 20/1992. En ese listado de excepciones (por cierto, todos ellos productos analógicos en consonancia con el estado de la técnica en aquel momento) aparecen equipos y materiales idóneos, en el sentido de capaces o susceptibles técnicamente de reproducir obras y prestaciones protegidas, pero que, como explica el preámbulo del Real Decreto 325/1994, de 25 de febrero, «por razones cualitativas no se utilizan, normalmente, en las reproducciones para uso privado». Recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005 (RJ 2006/309) se ha pronunciado sobre el polémico asunto de las cintas exentas del pago de la remuneración por ser «de paso igual a 12,7 milímetros o media pulgada», declarando que esos soportes analógicos, idóneos para la reproducción para uso privado, están exentos del pago de la remuneración.

³⁸ Tal es el caso, en particular, de Holanda, Bélgica, Italia y Alemania.

³⁹ *BOCG* n.º 44-16 Serie A de 23 de marzo de 2006.

³⁷ El principio de idoneidad fue introducido por la Ley 20/1992, de 7 de julio, que modificó la redacción del art. 25 de la

ción), se extienda a equipos, aparatos y soportes materiales digitales que no están dedicados ni se emplean para hacer copias privadas.

No obstante, el rigor del principio de idoneidad tenía mayor relevancia en el antiguo sistema de copia privada que en el actual, porque en el procedimiento diseñado por la Ley 23/2006 para la fijación de equipos y materiales de reproducción digitales sujetos al pago, nos encontramos primero con la negociación y, mas tarde, con la decisión de los Ministerios, en las que se podrá tener en cuenta no sólo la disponibilidad de las medidas tecnológicas sino también el grado de uso de dichos equipos, aparatos o soportes materiales para la realización de las reproducciones digitales privadas (apartados b) y e) de la regla 4.^a del artículo 25.6), lo que no es sino otra forma de hacer mención al destino al que se dedican los equipos y materiales. En definitiva, se ha desplazado la previsión de que se tenga en cuenta el destino o uso final de los equipos y materiales del apartado 2 del artículo 25 (en la versión del Proyecto de Ley) a la regla 4.^a del apartado 6 de la versión definitiva de la Ley, de tal forma que las consecuencias de orden práctico sean prácticamente las mismas. Y es que el legislador es consciente de que no se puede prescindir por completo del destino de los productos para someterlos al pago del canon, como lo pone de manifiesto el nuevo (y redundante) ⁴⁰ párrafo d) del artículo 25.7, en el que se regula la posibilidad de que el Gobierno, mediante real decreto, establezca nuevas excepciones al pago de la compensación «cuando quede suficientemente acreditado que el destino o uso final de los equipos, aparatos y soportes materiales no sea la reproducción prevista en el artículo 31.2.»

3.3 · Excepciones al pago de la compensación

Las excepciones al pago de la compensación equitativa son objeto de mejoras técnicas y alguna ampliación en la nueva redacción del apartado 7 del artículo 25. Los cambios ahora introducidos dejarán insatisfechos a todos los afectados. A los titulares por juzgarlas excesivas y a los fabricantes e importadores por considerarlas insuficientes al no excluir directamente del pago de la compensación equitativa a los equipos y materiales que, aun-

que residualmente sean aptos para reproducir obras y prestaciones, tienen como principal condición la de su contribución al fomento y el desarrollo de la sociedad de la información.

La primera modificación digna de mención es la reformulación de la excepción para los equipos y materiales adquiridos por quienes cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente autorización de obras y prestaciones en el ejercicio de su actividad. En su anterior redacción sólo se podían beneficiar de la excepción los productores de fonogramas o videogramas y las entidades de radiodifusión, mientras que ahora se extiende a toda clase de empresas y sectores. Esta excepción es coherente con la distinción entre copia privada y copia licenciada o autorizada, como también lo es con el principio de no cobrar dos veces por el mismo concepto. En efecto, si los productores de fonogramas, emisoras de radio y televisiones ya han pagado por hacer copias autorizadas, carece de sentido someterlos al pago de la compensación por copia privada.

Con todo, la excepción más debatida ha sido la que se refiere a los discos duros de ordenador que viene justificada por la voluntad del legislador de excluir del pago a equipos cuya función principal no consiste en la reproducción con fines de copia privada de obras y prestaciones. El párrafo b) del artículo 25.7 dice así:

«7. Quedan exceptuados del pago de la compensación: b) Los discos duros de ordenador en los términos que se definen en la orden ministerial conjunta que se contempla en el anterior apartado 6 sin que en ningún caso pueda extenderse esta exclusión a otros dispositivos de almacenamiento o reproducción.»

Esta norma está llamada a provocar discusiones acerca de su alcance, pero para aclararlo habrá que esperar a conocer la orden conjunta de los Ministerios que es la encargada de definir qué se entiende por «disco duro de ordenador». No obstante la decisión de excluir a los discos duros está en línea con la situación existente en la mayoría de los restantes estados miembros, con la excepción de Grecia.

La ley no acoge la excepción reclamada desde muchos sectores para los equipos y materiales adquiridos por la Administración Pública y las personas jurídicas. El argumento de los partidarios de esta excepción es que toda reproducción de obras y prestaciones realizadas por la Administración y por las personas jurídicas (siempre que no esté ampara-

⁴⁰ El apdo. 24 del art. 25 ya contenía una norma -que se conserva en el nuevo texto- por la cual se faculta al Gobierno para establecer excepciones del pago «atendiendo a la peculiaridad del uso o explotación a que se destinen (los equipos y materiales)».

da en uno de los límites regulados en el TRLPI requiere de la autorización previa de sus titulares, ya que no se trata de un supuesto de copia privada (no son copias llevadas a cabo por una *persona física* como exige el artículo 31.2). Los titulares de los derechos, por su parte, estiman que esta excepción no es procedente y que las ventas de equipos y materiales a las Administraciones y a las personas jurídicas en general deben estar sujetas al pago del canon, no sólo como medida para evitar el fraude sino también porque de lo contrario, dicen los partidarios de esta opción, habría que incrementar el importe del canon para los usuarios que adquieren esos productos.

4 · CONCLUSIÓN

La Ley 23/2006, de 7 de julio, reforma entre otros extremos el límite de copia privada regulado en el apartado 2 del artículo 31 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, así como la compensación equitativa prevista en el artículo 25 de la misma ley. El propósito perseguido con esa modificación es dotar de una regulación específica a la copia privada digital, teniendo para ello en cuenta la evolución de la tecnología, que tan decisiva ha resultado siempre para el impulso y la actualización del régimen jurídico de los derechos de autor y los derechos afines. Era ésta una necesidad sentida por todas las partes interesadas que, además, viene justificada por la insuficiencia de la regulación anterior para dar una respuesta válida y eficaz a las características y particularidades de las formas

de reproducción digitales. La nueva normativa adolece de algunas imperfecciones, especialmente en la delimitación de los equipos, aparatos y soportes materiales sujetos y los exceptuados del pago de la compensación equitativa, así como en las previsiones contenidas en su Disposición Transitoria, pero a pesar de ello mejora sustancialmente el régimen anterior concebido únicamente para la copia privada analógica. En particular, el nuevo texto ofrece a las partes interesadas medios suficientes para que logren acuerdos equilibrados y razonables, a falta de los cuales la intervención del Ministerio de Cultura junto con el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, previa consulta al Consejo de Consumidores y Usuarios e informe del Ministerio de Economía y Hacienda, ofrece todas las garantías para que la decisión final atienda y respete los intereses particulares y generales presentes en esta materia. Mientras tanto, la tecnología, el mercado y los hábitos de los consumidores seguirán evolucionando en un proceso imparable que dará como resultado nuevos modelos de negocio y herramientas de gestión más ágiles y eficaces con las que superar las deficiencias de los modelos basados en tecnologías más imperfectas de las que existen en la actualidad. Cuando esto ocurra, las palabras y los sentimientos que, como nos enseña don Aurelio Menéndez ⁴¹, componen el cuerpo y alma de toda obra, seguirán allí, expresadas por un autor cuyos derechos estarán mejor defendidos con leyes adaptadas a su tiempo, pero sobre todo también con lectores conscientes del valor y el mérito del trabajo de los creadores.

41 Prólogo a la primera edición, en Uría Menéndez, *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1999, Tomo I, pág. 18.