

LAS LIMITACIONES Y EXCEPCIONES A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL EQUILIBRIO ENTRE LOS INTERESES ENFRENTADOS EN EL DERECHO ESPAÑOL¹

Por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN: Los artículos 31 a 40 bis de la Ley de Propiedad Intelectual española contemplan las limitaciones y excepciones a los derechos de propiedad intelectual. La interpretación extensiva de estas excepciones puede restringir la protección de la propiedad intelectual. Por ello es importante tener en cuenta la regla de los tres pasos del artículo 40 bis LPI. En este trabajo se examinarán las discusiones que han generado dos de los límites de los derechos de propiedad intelectual en el Derecho español: la copia privada y el préstamo de obras, así como la interpretación que debe recibir la mencionada «regla de los tres pasos».

PALABRAS CLAVE: Propiedad intelectual, limitaciones y excepciones.

TÍTULO: LIMITATIONS AND EXCEPTIONS TO COPYRIGHT AND THE BALANCE BETWEEN OPPOSITE INTERESTS WITHIN THE SPANISH LAW.

ABSTRACT: Limitations and exceptions to copyright in Spanish Law are foreseen on Arts. 31 to 40 bis of the *Spanish Copyright Law*. A wide interpretation of these exceptions could restraint copyright protection. To avoid this result is very important to take into account the three step rule on Art. 40 bis of the *Spanish Copyright Law*. In this article it'll be discussed two of the principal limitations of Copyright in Spanish law: private copy and the lending of protected works, as well as the interpretation of the before mentioned «three step rule».

KEYWORDS: Copyright, limitations and exceptions.

¹ Para esta versión escrita de la conferencia pronunciada en el Congreso de Propiedad Intelectual sobre *El futuro de las excepciones y limitaciones en el entorno digital* se han tenido en cuenta dos sentencias posteriores en el tiempo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 16 de junio y de 30 de junio de 2011, respectivamente.

Hablar de las limitaciones de los derechos de propiedad intelectual es tratar del contenido de la misma. Cuanto mayor sea el número y extensión de esas limitaciones menor será su contenido, el alcance de esos derechos o facultades de explotación que corresponden en exclusiva a los autores y demás titulares originarios respectivamente sobre sus obras y sobre sus prestaciones protegidas por la propiedad intelectual. En el Derecho español esas limitaciones se encuentran básicamente recogidas en los artículos 31 a 40 bis de nuestra Ley de Propiedad Intelectual (LPI) para el derecho de autor, cuya aplicación el artículo 132 extiende a los demás derechos de propiedad intelectual, derechos afines a los derechos de autor. Se trata de *límites* (ese es el término que utiliza la LPI) cuya importancia cuantitativa y cualitativa suscitan una cierta inquietud en quien entienda que el reconocimiento de la propiedad intelectual y de los intereses que la misma protege constituye una prioridad para la defensa de nuestra cultura. Y ello, a pesar de que con ellos se pretende salvaguardar valores e intereses esenciales para el funcionamiento de un estado social y democrático de derecho como es el nuestro, al igual que los correspondientes a los estados miembros de la Unión Europea. Y ello, a pesar de que el disfrute de muchos de esos límites va acompañado del pago de una remuneración o compensación al titular del derecho o facultad correspondiente, transformando el derecho o facultad de exclusiva en una licencia legal. Cabe hablar de límites absolutos o relativos según que los mismos se complementen o no con esa remuneración o compensación.

No se trata de una peculiaridad del Derecho español. Todavía puede ser mayor la inquietud que suscita el número de límites si se echa una mirada al largo elenco de las que admite en sus sucesivos apartados el artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE para todos los estados miembros de la Unión Europea. De ahí la importancia que adquiere como tope absoluto a la proliferación de excepciones y limitaciones a la propiedad intelectual la conocida *regla de los tres pasos* —expresamente recogida al final de ese artículo 5, expresamente incorporada a nuestra LPI, en su art. 40 bis—, que garantiza el carácter excepcional de las limitaciones, la explotación normal de la obra o prestación protegida por su titular, así como los intereses legítimos de este.

Como ya he apuntado, los límites reconocidos por nuestra LPI responden al equilibrio que nuestro legislador quiere alcanzar entre la propiedad intelectual y otros intereses cuya protección se considera prioritaria en determinadas circunstancias frente a aquella; algunos de ellos constitucionalmente reconocidos, incluso como derechos fundamentales y libertades públicas.

La libertad de información justifica los límites relacionados con las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa, así como el *pressclipping* en los términos previstos en el artículo 32.1.II LPI, justifica la difusión de trabajos y exposiciones orales relacionados con la actualidad en los términos del artículo 33, justifica la difusión de obras y prestaciones protegi-

das con ocasión de informaciones de actualidad (art. 35.1 LPI). La libertad de expresión justifica la difusión de obras situadas en espacios públicos (art. 35.2 LPI) y la parodia (art. 39 LPI). La libertad de las comunicaciones justifica las reproducciones transitorias que formen parte de un proceso tecnológico en los términos del artículo 31.1 LPI (transposición del art. 5.1 de la Directiva 2001/29/CE) y las reproducciones efímeras, instrumentales de la comunicación pública diferida (art. 36.3 LPI). La libertad de investigación y su promoción justifica el llamado *derecho de cita* (art. 32.1.I LPI), las reproducciones y la puesta a disposición con fines de investigación en los términos del artículo 37.1 y 3 LPI. La libertad de enseñanza y el derecho a la educación justifica también el *derecho de cita* y la ilustración de la enseñanza (arts. 32.1.I y 2). El derecho de acceso a la cultura justifica los préstamos que realicen las entidades contempladas en el artículo 37.2 LPI (públicas, sin ánimo de lucro o integradas en el sistema educativo español) o la divulgación de obras de autores fallecidos (art. 40 LPI). La seguridad pública y el funcionamiento del estado (procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios, sesiones parlamentarias o de corporaciones públicas, actos oficiales) justifican los límites de los artículos 31 bis.2, 33.2, *in fine*, y 38.

De lo dicho resulta que la determinación concreta del ámbito de aplicación de cada límite, así como, en su caso, de la cuantificación de la remuneración o compensación y cauce de recaudación de la misma, es objeto permanente de tensiones y debates. Cuando esas tensiones carecen de una ordenación adecuada cabe afirmar que nos encontramos con situaciones críticas para la propiedad intelectual. Tal es el diagnóstico que cabe hacer actualmente con respecto al Derecho español sobre tres cuestiones relacionadas con la ordenación de los límites de la propiedad intelectual. A ellas me referiré a continuación.

* * *

Empezaré por la crisis más preocupante, relacionada con el límite de copia privada. A pesar de constituir hoy en día el límite más importante y conflictivo, no lo he mencionado todavía. Se trata del límite en el que aflora de manera más fuerte la tensión entre el respeto de la propiedad intelectual y el derecho de información y de acceso a la cultura. Hasta el punto de que amplios sectores sociales entienden que este último debe predominar totalmente sobre aquella. Como es sabido, la Directiva 2001/29/CE se inclinó por aceptar también con respecto a la reproducción digital esta excepción o limitación de copia privada «siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa» (art. 5.2.b). A la hora de transponer y desarrollar la mencionada Directiva en este límite a nuestro Derecho el Legislador y la Administración españoles han incurrido en una serie de desaciertos, que han contribuido de manera determinante a una situación caótica por lo que a su ordenación se refiere.

Cierto que la mala ordenación de la materia ya venía de antes, y es que nuestra actual LPI ya aceptaba desde un principio (Ley de 1987) el límite de copia

privada, aunque ciertamente contemplaba fundamentalmente (aunque no sólo) la reproducción analógica. Tan es así que la redacción anterior del artículo 31 LPI, en la que ya se recogía el límite de copia privada, podría haber permanecido inalterada. Sin embargo, nuestro legislador optó por modificar esa redacción, transponiendo básicamente el contenido del artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE, pero introduciendo un requisito añadido, exigiendo que la copia privada se haya realizado a partir de obras o (prestaciones protegidas) «a las que [se] haya *accedido legalmente*». Ese requisito añadido ha dado lugar a todo tipo de interpretaciones, que ciertamente han introducido inseguridad jurídica y han repercutido negativamente sobre las controversias que genera la justificación y, consecuentemente, el alcance de la compensación equitativa que regula el artículo 25 LPI como complemento del límite.

Es precisamente en relación con esta compensación equitativa donde la ordenación de la materia se ha revelado más caótica. Lo que ha venido a coincidir con un permanente cuestionamiento de la misma por parte de los productores y de los usuarios de los equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de aquella. El argumento principal contra el sistema establecido por el artículo 25 LPI y su desarrollo por la Orden PRE 1743/2008 (que establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción) es el de rechazar que la compensación se aplique en todo caso prescindiendo totalmente del destino previsible de los equipos, aparatos y, sobre todo, soportes; de manera que se grava igualmente con aquella tanto los que se destinan a copia privada como los destinados a almacenar información no protegida por la propiedad intelectual. La irritación que produce tener que pagar el canon de compensación cuando el destino de equipos, aparatos o soportes no es el de utilizarse para la obtención de copias privadas ha dado lugar a la provocación de pleitos iniciados por usuarios de soportes que reclamaban la devolución de cantidades irrisorias (incluso menos de un euro) correspondientes al canon de compensación aplicado a los mismos. Pleitos manifiestamente encaminados a cuestionar el *fuero*.

Dentro de ese contexto, pero ya con cierta relevancia económica, se produce el primer *revés* importante de nuestro sistema de compensación por copia privada, que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas viene a cuestionar, a partir de la interpretación del artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE. Se trata del conocido caso PADAWAN.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el caso PADAWAN (Sentencia de 21 de octubre de 2010) vino a poner en cuestión nuestra regulación de la compensación equitativa por copia privada (el llamado *canon* de copia privada), al establecer que la misma debe respetar un *justo equilibrio* entre quienes se benefician del mencionado límite de la propiedad

intelectual y quienes resultan perjudicados por su ejercicio. Ello implica que exista una vinculación entre la aplicación de la compensación equitativa y el presumible uso para copias privadas de los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital sometidos a aquella. De ahí que la aplicación indiscriminada de la compensación equitativa por copia privada a cualesquiera equipos, aparatos y soportes de reproducción digital, incluidos los que estén manifiestamente reservados a usos distintos a los correspondientes a la obtención de copias privadas, sea contraria al Derecho comunitario, concretamente a la Directiva 2001/29. Ello quiere decir que la compensación equitativa no puede aplicarse a la comercialización de equipos, aparatos y soportes cuando el destino de los mismos sea su utilización empresarial o por cualquier administración o entidad pública.

Por si esto fuera poco, unos meses después nuestra Audiencia Nacional dictó diversas Sentencias, de fecha 22 de marzo de 2011, en las que se declaraba la nulidad de pleno derecho de la Orden PRE/1743/2008, antes mencionada. La nulidad se basaba en no haber respetado en su tramitación (art. 62.2 LRJPAC) el procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias ejecutivas, al no haberse recabado el dictamen preceptivo del Consejo de Estado (art. 22.2 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado) y al haber omitido las memorias justificativa y económica inherentes a todo reglamento (art. 24.1.a) de la Ley 50/1997, del Gobierno). Ni que decir tiene las consecuencias devastadoras que esa declaración de nulidad está teniendo en la recaudación del canon, a pesar de que el Gobierno haya recurrido ante el Tribunal Supremo las mencionadas Sentencias de la Audiencia Nacional.

Dentro de semejante vorágine quizás se haya reparado menos en la Sentencia de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que viene a poner fin al recurso de apelación correspondiente al caso PADAWAN. Se trata de la Sentencia de 2 de marzo de 2011 [JUR 2011/68191], que lógicamente aplica al caso la interpretación del artículo 25 LPI —esto es de la regulación de la compensación equitativa que en el mismo se establece—, derivada de la Sentencia arriba mencionada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, puesto que fue precisamente esa Audiencia Provincial la que planteó la cuestión prejudicial resuelta por dicha Sentencia del Tribunal de Luxemburgo.

Pues bien, la Sentencia de la Audiencia entiende que la interpretación derivada de la Directiva 2001/29 es la siguiente:

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

- 2.º La demandada lo ha sido porque es titular de una tienda de informática, que consta adquirió y comercializó entre los años 2002 y 2004 soportes informáticos. Es indudable que algunos de estos soportes debieron de ser vendidos a particulares, por tratarse de una tienda abierta al público, pero también consta que se vendieron materiales a empresas y profesionales, respecto de los que no está justificado presumir que vayan a destinar dichos materiales digitales a la copia privada.
- 3.º Consiguientemente, en nuestro caso, la SGAE tendría derecho a aplicar un canon, cuyas tarifas respetaran el justo equilibrio de los intereses afectados, sobre los soportes digitales comercializados a particulares, y no a empresas y profesionales.
- 4.º En el presente procedimiento, no tenemos [la Audiencia] elementos de juicio para concluir que las tarifas aplicadas no respeten el reseñado «justo equilibrio», razón por la cual no nos pronunciamos al respecto.
- 5.º Sin perjuicio de que reconozcamos [la Audiencia] a la SGAE el derecho a reclamar el canon respecto de los soportes digitales destinados a particulares, como no podemos distinguir cuántos de cada clase [CD-R, CD-RW, DVD-R y MP3] lo fueron, no estamos en condiciones de aplicar el canon ni tampoco es posible dejar su determinación a la fase de ejecución, a la vista de lo prescrito en el artículo 219 LEC, pues superaría la mera operación aritmética y requeriría de un pronunciamiento declarativo» (Fundamento de Derecho 17).

Estas consideraciones llevan lógicamente a que la Sentencia estime el recurso de apelación, desestimando así la demanda de la SGAE en la que reclamaba a PADAWAN, S.L. el pago de 16.759,25 euros, correspondientes al canon de las ventas de los mencionados soportes digitales durante el período comprendido entre septiembre de 2002 y septiembre de 2004.

Ni que decir tiene que semejante doctrina pone en grave peligro la compensación por copia privada, al menos si partimos de la estructura que actualmente está prevista para su recaudación en el artículo 25 LPI.

En efecto, teniendo en cuenta la dificultad (imposibilidad en la práctica) de que las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, y concretamente de la compensación por copia privada, puedan probar las ventas que cada establecimiento que comercialice equipos, aparatos y soportes realice a particulares, se llega a la conclusión de que la interpretación propugnada por esta Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona da lugar a una recaudación del canon inoperante. Parece que lo lógico sería que la carga de la prueba recayese sobre los deudores del canon, los cuales podrían acreditar con facilidad, mediante la presentación de las facturas correspondientes, cuando el

comprador de los equipos, aparatos y soportes es una empresa, o una administración o entidad pública. Tal proceder sería perfectamente compatible con el sistema de recaudación previsto por el artículo 25 LPI (apartados 12, 13 y 14): pagado el canon en origen, por fabricantes, importadores o intermediarios, podrían posteriormente obtener su devolución cuando acreditasen en la forma debida (la apuntada u otra) que la venta final se ha producido a los sujetos indicados, es decir, no se ha producido a particulares.

Por otra parte, la interpretación realizada en base a la doctrina del Tribunal de Luxemburgo es manifiestamente *contra legem*. Recordemos que en la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia se incluía un último apartado en el que se preguntaba «si el sistema adoptado por el Estado español de aplicar el canon por copia privada a todos los equipos, aparatos y soportes digitales de forma indiscriminada podía ser contrario a la Directiva 2001/29», a lo que la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo contesta que carece de la competencia para pronunciarse sobre dicho tema (fuera de los supuestos de recurso por incumplimiento), añadiendo que es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, concretamente en este caso de la Audiencia Provincial de Barcelona, apreciar dicha compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho de la Unión, esto es la compatibilidad del artículo 25 LPI con la Directiva 2001/29. Pero ello no quiere decir que, al socaire de lo que se conoce como *interpretación conforme*, pueda proceder a una derogación del artículo 25 LPI. Y eso es lo que resulta de su interpretación del precepto en cuestión. Se olvida de que, tanto en la redacción del artículo 25 LPI vigente en el momento de producirse los hechos objeto del litigio (años 2002-2004) como en la actualmente vigente, una vez incorporada la Directiva 2001/29 a nuestro Ordenamiento por la Ley 23/2006, el artículo 25 delega en el Gobierno la facultad de exceptuar del pago de la compensación los equipos, aparatos y materiales, que no estén destinados a la realización de copias privadas (vid. el art. 25.23 anterior a la Ley 23/2006 y el art. 25.7 y 24 actualmente vigente). Lo que quiere decir que, mientras no exista disposición reglamentaria al respecto, no cabe desconocer la necesaria aplicación del canon a cualesquiera equipos, aparatos y materiales de acuerdo con el artículo 25 LPI.

Pero incluso asumiendo la posibilidad de semejante *interpretación conforme* del artículo 25 LPI, la Sentencia de la Audiencia Provincial llega a un resultado incorrecto. Retomo lo que antes he dicho sobre la carga de la prueba. Es evidente que la SGAE no tiene modo de probar las ventas realizadas a particulares por la demandada. Exigirle semejante prueba resulta pues injustificado, más en las circunstancias del caso, en las que el artículo 25 LPI no deja margen para distinción alguna entre ventas a particulares o ventas a empresas y entidades públicas a efectos de la aplicación del canon. Por otra parte, si, como se dice en el apartado 2.º del Fundamento de Derecho 17 arriba transcrito «también consta que se vendieron materiales a empresas y profesionales», bastaría con deducir del pago del canon reclamado el importe del canon correspondiente a

dichas ventas para obtener un resultado adecuado a la doctrina del Tribunal de Luxemburgo, esto es, al Derecho comunitario. Aún es más, si, como es posible, esa **constancia** de ventas a empresas y profesionales no estuviese suficientemente respaldada con la prueba de las facturas correspondientes, podría haberse optado por realizar un cálculo aproximado de esas ventas a empresas y profesionales. Por discrecional que semejante decisión fuese siempre sería más correcta que la asumida por la Sentencia de la Audiencia.

Finalmente, hay que añadir, que con posterioridad a esta Sentencia de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, una nueva Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera) de 16 de junio de 2011 (Asunto 462/09) ha venido a decir que, de acuerdo con el artículo 5.2.b) y 5 de la Directiva 2001/29, la recaudación efectiva de la compensación equitativa por copia privada constituye una obligación de resultado para los estados miembros, que las autoridades de los mismos deben garantizar, incluidos los Tribunales, que deberán realizar a tal efecto una interpretación adecuada del propio Derecho. No creo que la interpretación de la Audiencia Provincial de Barcelona cumpla con esa obligación de resultado.

Procede recordar una vez más (ya lo he hecho en alguna otra ocasión) que, admitiendo que en general las ventas de equipos, aparatos y soportes a empresas, administraciones y entidades públicas no darán lugar a la realización de copias privadas, sería irreal no admitir incluso en tales casos un porcentaje —ciertamente menor, pero significativo— de utilización para tal fin (de copia privada) de aquellos equipos, aparatos y soportes por el personal al servicio de dichas empresas, administraciones y entidades públicas.

* * *

Paso a hablarles del límite que el artículo 37.2 LPI establece en relación con el préstamo de obras. También en este caso podemos hablar de crisis.

La Directiva 92/100/CEE del Consejo, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, autoriza en su artículo 5 a los estados miembros a establecer excepciones al derecho exclusivo de los titulares de derechos de propiedad intelectual con respecto al préstamo público, siempre que al menos los autores (no, en cambio, los demás titulares) reciban una remuneración por los préstamos correspondientes; remuneración que los estados miembros pueden determinar libremente teniendo en cuenta sus objetivos de promoción cultural.

Dicha excepción o límite de la propiedad intelectual se mantiene tal cual en el artículo 6 de la versión codificada de la mencionada Directiva, aprobada por la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Una cuestión prejudicial planteada sobre la adecuación de la transposición de la Directiva por Bélgica con respecto a la mencionada excepción ha dado lugar a que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo se haya pronunciado recientemente sobre esa remuneración, que, establecida en una disposición de Derecho comunitario, necesita de una interpretación autónoma y uniforme. Lo que no quiere decir que corresponda al Tribunal fijar las modalidades precisas de determinación de la remuneración. Como queda dicho por la propia Directiva, los estados miembros gozan de una amplia libertad para cuantificarla en función de sus objetivos de promoción cultural.

La transposición de la excepción en cuestión queda recogida en los artículos 62 y 63 de la Ley belga de 30 de junio de 1994, sobre el derecho de autor y los derechos afines, y en un Real Decreto de 25 de abril de 2004, cuyo artículo 4, párrafos 1.º a 3.º, establece lo siguiente:

«El importe de las remuneraciones a que se refiere el artículo 62 de la Ley se fijará a tanto alzado a razón de 1 euro por año y por persona mayor de edad inscrita en las instituciones de préstamo a las que se refiere el artículo 2, siempre que dicha persona haya disfrutado al menos de un préstamo durante dicho periodo.

El importe de las remuneraciones a que se refiere el artículo 62 de la Ley se fijará a tanto alzado a razón de 0,5 euro por año y por persona menor de edad inscrita en las instituciones de préstamo a las que se refiere el artículo 2, siempre que dicha persona haya disfrutado al menos de un préstamo durante dicho periodo.

Cuando una persona esté inscrita en más de una institución de préstamo, el importe por la remuneración correspondiente a esa persona será pagado sólo una vez».

Impugnado el Real Decreto por una entidad de gestión de derechos de autor (*Vereinigung von Educatieve en Wetenschappelijke Auteurs-VEWA*), la cuestión prejudicial se plantea por el Tribunal que debe resolver el conflicto (el *Raad van State*) entre la mencionada entidad de gestión y el estado belga. Se trata de resolver si la regulación del Real Decreto antes transcrita es acorde o no con el artículo 5 de la Directiva 92/100 (actual art. 6 de la Directiva 2006/115).

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 30 de junio de 2011 (Asunto 271/10) declara que: «El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 92/100... se opone a una normativa como la controvertida en el litigio principal, por la que se establece un sistema según el cual la remuneración debida a los autores en caso de préstamo público se calcula exclusivamente en función del número de prestatarios inscritos en los establecimientos públicos, sobre la base de una cantidad a tanto alzado fijada por prestatario y por año».

Importa exponer el razonamiento que el Tribunal de Justicia utiliza para llegar a esa conclusión.

Empieza por distinguir entre *compensación equitativa* o *remuneración equitativa* y *remuneración*. La *compensación equitativa* está prevista en el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29, como complemento de la excepción de copia privada. La *remuneración equitativa* está prevista en la propia Directiva 92/100, en relación con la cesión del derecho de alquiler (art. 4) y en relación con la radiodifusión y la comunicación pública de fonogramas. La *remuneración* objeto del conflicto está prevista para la excepción de préstamo público.

Se trata de conceptos distintos, que consecuentemente no pueden tener el mismo significado. Todos ellos tienen como denominador común que su finalidad es la de establecer una indemnización a favor de los autores o los titulares de derechos de propiedad intelectual por la utilización de sus obras o prestaciones sin contar con su autorización, causándoles por ello un perjuicio. Ahora bien, el carácter equitativo de la *compensación equitativa* o de la *remuneración equitativa* «debe analizarse a la luz del valor de utilización de un objeto protegido en los intercambios económicos». En cambio, esa consideración no es aplicable a la *remuneración* que complementa a la excepción de préstamo público, porque «el préstamo carece de carácter económico o comercial directo o indirecto». Así resulta de su definición por la propia Directiva: «puesta a disposición, para su uso [el del objeto prestado], por tiempo limitado **sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto**» (art 1.3). «En consecuencia —añade el párrafo 33 de la Sentencia—, el importe de la **remuneración** será necesariamente menor que el correspondiente a una **remuneración equitativa**». Pero eso no quiere decir que su importe pueda ser puramente simbólico, ya que, de acuerdo con el considerando séptimo de la Directiva, «el esfuerzo creativo y artístico de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes exige unos **ingresos suficientes** que sirvan de base a nuevos trabajos creativos y artísticos y que las inversiones necesarias... son especialmente cuantiosas y aleatorias; que sólo una protección jurídica adecuada de los titulares de derechos permite garantizar eficazmente dichos ingresos y amortizar dichas inversiones».

Puesto que se trata de indemnizar por un perjuicio, el «importe de esta remuneración no puede separarse totalmente de los elementos constitutivos de este perjuicio», y «deberá tener en cuenta la amplitud de esta puesta a disposición». Lo que quiere decir que en cada establecimiento habrá que tener en cuenta el número de obras (copias en soporte material) puestas a disposición del público. También deberá tenerse en cuenta el número de prestatarios inscritos en cada establecimiento. Pues bien, la regulación del Real Decreto belga pondera este segundo aspecto, pero no el primero. Lo que implica que «no tiene suficientemente en cuenta la amplitud del perjuicio sufrido por los autores, ni el principio según el cual estos últimos deben recibir una remuneración que equivalga a un ingreso adecuado».

Pero todavía hay más, según resulta de los párrafos 41 y 42 de la Sentencia. Y es que la previsión del Real Decreto de que una persona sólo sea computada una vez para el cálculo de la remuneración cuando esté inscrita en varios establecimientos, da lugar a que en el 80% de los establecimientos de la comunidad francesa de Bélgica una gran parte de sus lectores no se computen, por estar inscritos en otros establecimientos de préstamo público. Dicho sistema puede así dar lugar a que «numerosos establecimientos se vean eximidos de la obligación de abonar cualquier remuneración». Semejante exención no es conforme con el artículo 5.3 de la Directiva (que permite a los estados miembros eximir a determinadas categorías de establecimientos del pago de la remuneración), puesto que, según la doctrina del propio Tribunal (Sentencia 26.10.2006 —C-36/05—), ello sólo puede aplicarse a «un número limitado de categorías de establecimientos potencialmente obligados al pago de una remuneración».

La doctrina recogida en esta Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es especialmente importante para la regulación establecida por nuestra Ley de Propiedad Intelectual al transponer esta excepción con respecto al préstamo público.

Empecemos por recordar lo conflictiva y tardía que fue esa transposición. Baste con remontarnos al artículo 37.2 LPI (Texto Refundido de 1996, en el que se integran, junto con la Ley de 1987, las cuatro leyes de transposición de las cuatro primeras directivas sobre propiedad intelectual, incluida la Ley 43/1994, que transpuso la Directiva 92/100). Este era su tenor literal:

«Asimismo, los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, no precisarán autorización de los titulares de los derechos **ni les satisfarán remuneración** por los préstamos que realicen».

Parece claro que se trataba de una transposición incorrecta en la medida en que la excepción no se complementaba con la remuneración exigida por la Directiva. No obstante, España pretendió defender, frente al criterio de la Comisión de las Comunidades Europeas, que la transposición era correcta, ya que —se argumentaba— no hacía sino aprovechar la posibilidad que el artículo 5.3 de la Directiva ofrecía a los estados miembros de «eximir a determinadas categorías de establecimientos del pago de la remuneración». De ahí que la Comisión interpusiera ante el Tribunal de Justicia un recurso contra España por incumplimiento de la Directiva. La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera) de 26 de octubre de 2006 (que es precisamente la mencionada en esta Sentencia cuando se refiere a su doctrina sobre la interpretación del artículo 5.3 de la Directiva 92/100) dio la razón a

la Comisión, declarando que España había incumplido «las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 5 de la Directiva 92/100/CEE..., al eximir de la obligación de remunerar a los autores por los préstamos públicos de obras amparadas por derechos de autor los préstamos concedidos por la práctica totalidad, si no la totalidad, de las categorías de establecimientos».

Nuestro legislativo aprovechó la tramitación de la Ley 10/2007, de la lectura, del libro y de las bibliotecas, para introducir en su disposición final primera las modificaciones pertinentes en la LPI para cumplimentar la mencionada Sentencia del Tribunal de Justicia, introduciendo en la excepción relativa al préstamo público el complemento de la remuneración omitida hasta ese momento. Se modificaron los artículos 19, 37 y 132 y se añadió una nueva disposición transitoria a la LPI.

La modificación del artículo 19.4 fue probablemente desacertada e innecesaria, al añadir que en el posible pago por el préstamo de una cantidad para cubrir los gastos de funcionamiento no se podría «incluir total o parcialmente el importe del derecho de remuneración que deba satisfacerse a los titulares de derechos de propiedad intelectual...». Y es que ello suponía imponer la carga económica de esa remuneración a las entidades titulares de los establecimientos que disfrutasen de la excepción, esto es, fundamentalmente Administraciones Públicas titulares de la mayoría de aquellos. Hay que tener en cuenta que en el procedimiento previo al recurso interpuesto por la Comisión ante el Tribunal de Justicia, España invocó, entre otras razones, «la escasez de recursos presupuestarios disponibles». Desgraciadamente hay que suponer que en estos momentos esa escasez presupuestaria es mayor. De ahí lo inoportuno e innecesario de esta modificación del artículo 19.4.

La modificación del artículo 19.4 fue además manifiestamente torpe al suprimir el tercero y último párrafo del mismo, que excluía del concepto de préstamo la puesta a disposición con fines de exposición, de comunicación pública a partir de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, la que se realice para consulta *in situ* (préstamo presencial) y la que se efectúe entre establecimientos accesibles al público. Hay que suponer que se trata de una supresión involuntaria, manifiestamente negligente. Pero el hecho es que en estos momentos nuestra LPI ha dejado de cumplimentar debidamente en este punto la Directiva 92/100, ahora la Directiva 2006/115, ampliando el concepto de préstamo en contra de lo previsto en los considerandos 9 y 10, y en el artículo 2.1.b) de esta última Directiva (considerandos 12 y 13 de aquella).

Pero lo que me interesa ahora es centrarme en lo que se refiere específicamente a la remuneración introducida en el artículo 37.2 y en la disposición transitoria 20.^a LPI (por cierto numerada, también negligentemente, como 19.^a por nuestros legisladores, aunque este error tuvo fácil arreglo mediante la publicación de la pertinente corrección de errores en el BOE de 18.9.2007).

La modificación del artículo 37.2 lo articula en cuatro párrafos. El primero se mantiene idéntico a la redacción anterior, salvo la supresión del inciso final «**ni** les satisfarán remuneración por los préstamos que realicen». En cuanto a los nuevos párrafos, el 2.º y el 3.º dicen lo siguiente:

«Los titulares de estos establecimientos remunerarán a los autores por los préstamos que realicen de sus obras en la cuantía que se determine mediante Real Decreto. La remuneración se hará efectiva a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

Quedan eximidas de la obligación de remuneración los establecimientos de titularidad pública que presten servicio en municipios de menos de 5.000 habitantes, así como las bibliotecas de las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español».

Por lo pronto, cabe albergar dudas con respecto a la conformidad de este párrafo 3.º transcrito con el artículo 6.3 de la Directiva 2006/115 (art. 5.3 de la Directiva 92/100), que permite a los estados miembros eximir a determinados establecimientos del pago de la remuneración, habida cuenta de la amplitud de los establecimientos que se eximen de la misma, así como del criterio cuantitativo relacionado con los habitantes de los municipios y no con el número de prestatarios de cada establecimiento. Como hemos visto, la Sentencia que comentamos considera que este factor debe tenerse en cuenta para fijar el importe de la remuneración.

En cuanto al Real Decreto que prevé el párrafo 2.º transcrito (al que se refiere también el párrafo 4.º del art. 37), la disposición transitoria 20.^a LPI establece que «deberá ser promulgado en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley» (se refiere a la Ley 10/2007), es decir, antes del 24 de junio de 2008. Han transcurrido más de tres años desde la entrada en vigor de la Ley 10/2007 y todavía sigue sin promulgarse el Real Decreto. Mientras tanto, el propio párrafo 1.º de la disposición transitoria 20.^a dice que «la cuantía de la remuneración será de 0,2 euros por cada ejemplar de obra adquirido con destino al préstamo en los establecimientos citados».

Ya he manifestado en otras ocasiones que semejante cuantificación del importe de la remuneración no parece adecuada para permitir a los autores la obtención de esos ingresos suficientes que pretende garantizar la Directiva; parece más cercana de ese importe «puramente simbólico» que rechaza esta Sentencia del Tribunal de Justicia.

Obsérvese que, aunque la Sentencia admite en principio que la remuneración puede «incluso fijarse a tanto alzado» (párrafo 33, *in fine*), posteriormente precisa que en su cuantificación debe tenerse en cuenta la intensidad de la utilización de las obras. Lo que implica ponderar el número de obras puestas

a disposición del público para préstamo, así como el número de potenciales prestatarios. Al margen de la escasa cuantía de ese importe de 0,2 euros por ejemplar de obra, que transforma la remuneración por préstamo público en algo simbólico, cabe apreciar que la misma tampoco responde a las exigencias que establece la Sentencia para su cálculo. Recuérdese que debe tener en cuenta el número de obras y el número de prestatarios potenciales.

La disposición transitoria 20.^a LPI cumplimenta el primer requisito, pero no el segundo, ya que no tiene en cuenta el número de personas que puedan tomar prestadas obras en cada establecimiento. Además, a diferencia de lo que hemos visto en la regulación del Derecho belga (que fija el importe por año), tampoco existe ponderación alguna del factor temporal. Incluso si se entendiese que la opción que admite la Sentencia de un importe a tanto alzado permite omitir ese factor temporal, parece difícil admitir que la misma pudiese valer con una remuneración única de 0,2 euros por obra.

Bueno sería que el Gobierno tuviese en cuenta estas consideraciones de la Sentencia que comento a la hora de aprobar ese Real Decreto que prevé nuestra LPI. Y, sobre todo, bueno sería que lo aprobase ya de una vez.

* * *

Abordo ya el último de los tres temas que quería comentar. Me refiero a la regla de los tres pasos, que queda recogida en el artículo 40 bis LPI como regla de interpretación de los límites o excepciones de la propiedad intelectual contenidos en los artículos 31 a 40 LPI. Es sabido que el mencionado artículo 40 bis se introduce en nuestra LPI por la Ley 5/1998, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9, la Directiva sobre Bases de Datos. En efecto, el artículo 6 de esa Directiva regula las excepciones al derecho de autor sobre las bases de datos, y termina diciendo en su último apartado que, «conforme lo dispuesto en el Convenio de Berna... el presente artículo no podrá interpretarse de manera tal que permita su aplicación de forma que cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho o que vaya en detrimento de la explotación normal de la base de datos». De esta manera el legislador español se anticipó *a su manera* al artículo 5.5 de la Directiva 2001/29, la Directiva de la Sociedad de la Información, que venía a reiterar, ya con carácter general para todas las limitaciones o excepciones de la propiedad intelectual enumeradas en los apartados 1 a 4 del propio artículo, que las mismas deberían respetar en todo caso la regla de los tres pasos.

Importa puntualizar que, con la introducción del artículo 40 bis LPI, lo que, tanto en la Directiva de Bases de Datos como en la Directiva de la Sociedad de la Información, era un mandato dirigido al legislador de cada uno de los estados miembros, pasa a ser un criterio de interpretación de las limitaciones o excepciones a la propiedad intelectual dirigido a los Tribunales. Basta leer lo

dicho al respecto en la Exposición de Motivos de cada una de las dos Directivas a las que me he referido para comprobar que, en efecto, el artículo 6.3 y el artículo 5.5 de una y otra Directiva respectivamente establecen mandatos a los legisladores de los Estados miembros:

«Considerando... que es conveniente dar a los estados miembros la facultad de prever dichas excepciones en casos determinados; que en cualquier caso esta facultad deberá utilizarse conforme a las disposiciones del Convenio de Berna...» (párrafo 35 de la Exposición de Motivos de la Directiva 96/9).

«El establecimiento de dichas excepciones o limitaciones por los estados miembros debe, en particular, reflejar debidamente el creciente impacto económico que pueden tener las mismas a la luz de los avances logrados en la electrónica. Por consiguiente, puede resultar necesario limitar aún más el alcance de determinadas excepciones o limitaciones en lo tocante a ciertas nuevas utilidades de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas por derechos afines a los derechos de autor» (párrafo 44 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2001/29).

La transformación de ese mandato del legislador comunitario a los legisladores de los estados miembros, con respecto a la transposición de las limitaciones o excepciones previstas en ambas Directivas a sus ordenamientos respectivos, en un criterio de interpretación para la aplicación de dichas limitaciones o excepciones por los Tribunales no parece que pueda considerarse como una medida negativa o perturbadora. Es más, puede valorarse de forma positiva la incorporación a nuestra LPI del criterio de que, a la hora de aplicar las limitaciones o excepciones aceptadas expresamente por ella misma, se haga siempre de tal modo que no se perjudique al titular de derechos de acuerdo con la regla de los tres pasos.

Pero una Sentencia de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de septiembre de 2008 [AC 2008, 1773] ha establecido una doctrina manifiestamente errónea y extremadamente peligrosa para la protección de la propiedad intelectual en base a ese artículo 40 bis LPI. Ignorando el tenor literal del mismo, así como la finalidad que persigue —que no es otra sino la de propiciar una interpretación restrictiva de las limitaciones o excepciones de la propiedad intelectual expresamente admitidas por la LPI—, ha venido a entender que dicho precepto permite que los Tribunales admitan nuevas limitaciones o excepciones al margen de aquéllas, siempre y cuando las mismas respeten la regla de los tres pasos. De manera que la regla de los tres pasos del artículo 40 bis LPI vendría a dar entrada en nuestro ordenamiento a la doctrina del *fair use*, propia de los sistemas anglosajones, permitiendo por esa vía ampliar el número de posibles excepciones o limitaciones admitidas por nuestra LPI, que dejaría así de constituir un *numerus clausus*:

«Este precepto [el art. 40 bis LPI], que originariamente pretendía ser un criterio hermenéutico de los límites legales tipificados previamente, puede dar lugar a que, por vía interpretativa, nos cuestionemos los límites de estos derechos más allá de la literalidad de los preceptos que los regulan, positiva y negativamente... Lo que en el ámbito anglosajón es la doctrina del *fair use* debería guiar nuestra interpretación del alcance de la protección de los derechos de propiedad intelectual, que en ningún caso pueden configurarse como derechos absolutos, y sus límites. En última instancia, se trata de trasladar a la esfera de la propiedad intelectual lo que el *ius usus inoqui* ha sido para la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, un límite natural del derecho de propiedad, que opera sobre todo al interpretar el alcance de su protección para evitar extralimitaciones absurdas» (fundamento de derecho cuarto, párrafo 1.º).

Tal es la doctrina que la Sentencia utiliza para rechazar el recurso de apelación interpuesto por el titular de una página web contra GOOGLE por la copia caché que este último realiza de aquella, puesto que con dicha actividad —se argumenta— GOOGLE no sólo no perjudica los intereses de dicho titular, sino que incluso contribuye a la difusión que pretende cualquier sujeto que cuelga obras en la Red sin impedir o restringir el acceso a las mismas.

Desconocimiento este de nuestro sistema —el del Derecho comunitario— de *numerus clausus* de las limitaciones o excepciones a la propiedad intelectual, que se pretende también por algún sector de la doctrina cuando considera que la recepción de la regla de los tres pasos en el artículo 40 bis LPI no debe entenderse como un principio restrictivo sino como un principio de equilibrio con los principios constitucionales que propugnan la difusión de la cultura.

Frente a semejantes interpretaciones del artículo 40 bis importa insistir en que las limitaciones o excepciones de la propiedad intelectual admitidas por nuestra LPI constituyen un *numerus clausus* que no admite ampliación alguna, que la doctrina del *fair use* es ajena a nuestro Derecho y que la regla de los tres pasos sólo puede valer para restringir el alcance de algunos de los supuestos de ese *numerus clausus* cuando el mismo pueda entrar en contradicción con la misma.