

ESTUDIO DE LOS CRITERIOS DEL ARTÍCULO 25.6.4º LPI Y SU APLICACIÓN A LA ORDEN MINISTERIAL PRE/1743/2008, DE 18 DE JUNIO

por Sebastián LÓPEZ MAZA
Profesor Ayudante de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN: La compensación equitativa del artículo 25 LPI es un mecanismo previsto por el legislador para mitigar el perjuicio que se causa a los titulares de derechos como consecuencia del límite de copia privada. Su extensión al entorno digital ha provocado numerosos debates y problemas, en la medida en que es difícil establecer, con eficacia y rigor, una lista con los equipos y soportes que quedarán gravados por el canon, así como su cuantía. En un intento de ayudar a esa tarea y evitar un desequilibrio entre los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual y los usuarios, se previeron desde la Ley 23/2006, de reforma de la LPI, una serie de criterios. Así, a la hora de fijar ese listado, se deben tener en cuenta, entre otras cosas, la capacidad de almacenamiento, la aplicación de medidas tecnológicas, el grado de uso del equipo o soporte, el perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos o la proporcionalidad con el precio final del producto. La Orden Ministerial PRE/1743/2008, de 18 de junio, tenía la tarea de elaborar ese listado, algo que ha hecho eludiendo en gran medida la aplicación de los criterios señalados.

PALABRAS CLAVE: Compensación equitativa, entorno digital, límite de copia privada, equipos y soportes sujetos al canon, criterio de la idoneidad, tarifas.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EXCURSUS SOBRE LA COPIA PRIVADA Y CARACTERÍSTICAS DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA. III. LA EVOLUCIÓN DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA EN EL ENTORNO DIGITAL. 1. LA SITUACIÓN ANTES DEL ACUERDO ENTRE ASIMELEC Y LAS ENTIDADES DE GESTIÓN. 2. EL ACUERDO ENTRE ASIMELEC Y LAS ENTIDADES DE GESTIÓN. 3. LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA DE LA LEY 23/2006, DE 7 DE JULIO. 4. LA ORDEN MINISTERIAL PRE/1743/2008, DE 18 DE JUNIO. IV. ORIGEN Y CARACTERÍSTICAS DE LOS CRITERIOS DEL ARTÍCULO 25.6.4º LPI. 1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN. 2. CARACTERÍSTICAS

DE LOS CRITERIOS DEL ARTÍCULO 25.6.4º LPI. V. ESTUDIO DE LOS CRITERIOS EN PARTICULAR Y SU APLICACIÓN A LA ORDEN MINISTERIAL PRE/1743/2008. 1. EL PERJUICIO EFECTIVAMENTE CAUSADO A LOS TITULARES DE DERECHOS POR LA COPIA PRIVADA. 2. EL GRADO DE USO DE LOS EQUIPOS Y SOPORTES. 3. LA CAPACIDAD DE ALMACENAMIENTO. 4. LA CALIDAD DE LAS REPRODUCCIONES. 5. LA DISPONIBILIDAD, GRADO DE APLICACIÓN Y EFECTIVIDAD DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS. 6. EL TIEMPO DE CONSERVACIÓN DE LAS REPRODUCCIONES. 7. EL IMPORTE DE LA COMPENSACIÓN DEBE SER PROPORCIONADO RESPECTO DEL PRECIO MEDIO FINAL. 8. OTROS CRITERIOS NO REFLEJADOS EN LA LPI PERO SÍ EN LA DDASI. 1. *Las circunstancias del caso concreto*. 2. *La proporcionalidad entre la cuantía del daño y el daño potencial*. 3. *La doble remuneración*. VI. CONSIDERACIONES FINALES. VII. BIBLIOGRAFÍA. VIII. ANEXO: LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA EN EUROPA.

TITLE: STUDY OF THE CRITERIA IN ARTICLE 25.6.4º OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW AND ITS APLICATION IN THE MINISTERIAL ORDER PRE/1743/2008, JUNE 18TH.

ABSTRACT: Fair compensation in article 25 LPI is a mechanism provided by the rulemaker to reduce the harm caused to rightholders as a result of the limit of private copying. Its extension to the digital environment has led to numerous debates and problems, to the extent that it is difficult to establish, in an efficient and thorough way, a list of equipment and media that are subjected to the compensation, as well as its amount. In an attempt to assist this task and avoid an imbalance between the interests of holders of intellectual property rights and the users, it was provided from the Law 23/2006 for the reform of the LPI, a number of criteria. Thus, to determine the list should be taken into account, among other things, the storage capacity, application of technological measures, the degree of use of equipment or media, the actually harm caused to rightholders or the proportionality with the final product price. The Ministerial Order PRE/1743/2008, June 18th, had the task of developing such a list, something that has made circumventing the application of the criteria largely.

KEY WORDS: Fair compensation, digital environment, the limit for private copying, equipment and media subjected to the compensation, criterion of suitability, rates.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. EXCURSUS ABOUT PRIVATE COPYING AND CHARACTERISTICS OF THE FAIR COMPENSATION. III. EVOLUTION OF THE FAIR COMPENSATION IN

THE DIGITAL ENVIRONMENT. 1. THE SITUATION BEFORE THE AGREEMENT BETWEEN ASIMELEC AND THE MANAGEMENT ENTITIES. 2. THE AGREEMENT BETWEEN ASIMELEC AND THE MANAGEMENT ENTITIES. 3. THE UNIQUE AND TRANSITIONAL DISPOSITION OF LAW 23/2006, JULY 7TH. 4. THE MINISTERIAL ORDER PRE/1743/2008, JUNE 18TH. IV. ORIGIN AND FEATURES OF THE CRITERIA OF ARTICLE 25.6.4º LPI. 1. ORIGIN AND EVOLUTION. 2. FEATURES OF THE CRITERIA OF ARTICLE 25.6.4º LPI. V. ANALYSIS OF THE CRITERIA IN PARTICULAR AND ITS APPLICATION TO THE MINISTERIAL ORDER PRE/1743/2008. 1. THE ACTUALLY HARM CAUSED TO RIGHTHOLDERS FOR PRIVATE COPYING. 2. THE EXTENT OF THE USE OF EQUIPMENTS AND MEDIA. 3. STORAGE CAPACITY. 4. THE QUALITY OF THE COPIES. 5. AVAILABILITY, DEGREE OF IMPLEMENTATION AND EFFECTIVENESS OF TECHNOLOGICAL MEASURES. 6. THE SHELF LIFE OF THE COPIES. 7. THE AMOUNT OF THE COMPENSATION MUST BE PROVIDED ON THE FINAL AVERAGE PRICE. 8. OTHER CRITERIA NOT REFLECTED IN THE LPI BUT IN THE DDASI. 1. *The circumstances of each case.* 2. *The proportionality between the amount of harm and potential harm.* 3. *The double remuneration.* VI. FINAL CONSIDERATIONS. VII. BIBLIOGRAPHY. VIII. ANNEX: FAIR COMPENSATION FOR PRIVATE COPYING IN EUROPE.

I. INTRODUCCIÓN

Son muchos los ríos de tinta que han corrido, sobre todo en la prensa y en revistas especializadas en informática, como consecuencia del establecimiento de la compensación equitativa por copia privada (art. 25 LPI) y, más concretamente, a raíz de la tan atrasada Orden Ministerial PRE/1743/2008, de 18 de junio, que fija la relación de equipos, aparatos y soportes materiales digitales sujetos al pago de la misma, así como las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción. Hablar del denominado por la prensa «canon digital» es algo que desespera a muchos y aplauden otros¹. Como ya se sabe, la compensación equitativa constituye un mecanismo que trata de asegurar una cantidad de dinero a los titulares de derechos por los ingresos que dejan de percibir como consecuencia del límite de copia privada. Al estar ante copias que no se pueden controlar debido a las imposibilidades de mercado, se hace necesario, e incluso obligatorio, pues de no ser así se infringiría la regla de los tres pasos (art. 40bis LPI), reconocer ese derecho de compensación. Así, copia privada y compensación equitativa van indisolublemente unidas. El problema está en que los usuarios piensan que,

¹ La compensación equitativa por copia privada no es un «canon» en sentido tributario. Sin embargo, la prensa ha acuñado este término para designarla. Aquí, para abreviar, utilizaré los términos «canon digital» para referirme a la compensación.

como pagan el canon al comprar un equipo o soporte sujeto al mismo, pueden hacer las copias de cualquier manera, vulnerando, en una gran cantidad de ocasiones, los derechos de propiedad intelectual. Conviene dejar claro, desde este momento, que el derecho del artículo 25 LPI únicamente trata de compensar por las pérdidas que ocasionan las copias que reúnan los requisitos del artículo 31.2 LPI, no las pérdidas por piratería². Aunque, en la práctica, a la vista de las tarifas, es eso lo que se trata de recuperar: el dinero perdido como consecuencia del «top manta» y las descargas a través de los programas P2P. Pagan quienes legalmente se hacen copias por quienes las elaboran de manera ilegal («justos por pecadores»). Es decir, se paga por la posible comisión futura de una infracción, que en algunos casos sí se realizará, pero que en otros no. Sea como fuere, está claro que se trata de una cuestión polémica y que es difícil encontrar una solución que satisfaga a todas las partes implicadas.

La tarea de elaborar un listado de equipos y soportes sujetos al canon es dura y compleja. Cuando de lo que se trata es de regular algo relacionado con la tecnología, ésta, a veces, va más deprisa que la mano o la mente del legislador; de tal forma que cuando entra en vigor una norma que regula un determinado aspecto, al poco tiempo se ha quedado obsoleta. En un intento de mitigar esto y con el objeto de convertir la compensación equitativa en un mecanismo que responda, precisamente, a ese carácter equitativo que debe tener, se han previsto una serie de criterios que deben tenerse en cuenta. Estos criterios no son nuevos en nuestro ordenamiento. No se trata de una novedad incorporada con la Ley 23/2006 de reforma de la LPI, sino que ya antes, incluso a la hora de regular esta cuestión en el entorno analógico, se empezaron a gestar. El artículo 25.6.4º LPI los recoge en un listado que no constituye un *numerus clausus* («deberán tener en cuenta, entre otros, los siguientes criterios»), sino que pueden tenerse en cuenta otros distintos. Se incluyen, concretamente: el perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos como consecuencia de la copia privada; el grado de uso de los equipos y soportes para la realización de tales reproducciones; la capacidad de almacenamiento de los equipos y soportes; la calidad de las reproducciones; la disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas; el tiempo de conservación de las reproducciones; y la proporcionalidad económica entre el canon y el precio medio final al público de los dispositivos gravados. Es complicado hacer una interpretación de estos criterios y elaborar un listado conforme a todos ellos, sin olvidar ninguno.

Volviendo a la Orden Ministerial señalada, ésta fue aprobada conjuntamente por el Ministerio de Educación y el Ministerio de Industria, Turismo y Comer-

² TORRES, M., «La copia para uso personal de textos antes y después de la digitalización», en Internet: <http://www.cedro.org/Files/Boletin26FORO.pdf>; ANTEQUERA PARILLI, R., «Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor: los “usos honrados”, el “fair use” y el “ius usus innocui”». El supuesto de abuso del derecho a la no divulgación de la obra. Los límites al derecho de autor y la sociedad de la información», en *Los límites del derecho de autor*, coord. C. Rogel Vide, Reus, Madrid, 2006, p. 16.

cio, al no llegar a un acuerdo las partes interesadas. A la hora de elaborar esa lista de equipos y soportes gravados, y a la hora de fijar la cuantía, se debieron tener en cuenta los criterios enumerados en el artículo 25.6.4º LPI, y que ya la misma DDASI enunciaba (Considerando 35), si bien no de una manera total. La cuestión es: ¿está dicha lista elaborada y las cuantías establecidas de acuerdo con esos criterios? La respuesta es clara y contundente: no. Y la respuesta debe ser negativa por varios motivos. En primer lugar, si uno echa un vistazo rápido a la OM, la primera cuestión que surge es: ¿quién y en base a qué se han establecido las tarifas que allí se señalan?, ¿por qué esas y no otras? En segundo lugar, un análisis más atento, nos lleva a extraer las siguientes conclusiones: a) no aparecen todos los soportes ni todos los equipos idóneos para almacenar o realizar copias privadas (por ejemplo, los soportes *Blu-ray-R*); b) se grava con la misma cuantía los soportes específicos y los soportes Data, que son aquellos que permiten almacenar no sólo contenidos protegidos por la propiedad intelectual, sino también otro tipo de contenidos; c) no se tiene en cuenta la distinta capacidad de almacenamiento que pueden tener los soportes y equipos, pues todos ellos están sujetos a la misma cuantía con independencia de su capacidad; d) los discos duros de ordenador quedan exentos del canon; e) los teléfonos móviles con funcionalidad de reproducción de fonogramas en formato comprimido están sujetos, pero se olvidan de los teléfonos con función de reproducción de vídeos en formato comprimido; f) el establecimiento de unas cantidades máximas y mínimas que se deben alcanzar en concepto de compensación, siendo necesaria la revisión de las tarifas en caso de no llegar a ellas o de excederlas; g) se grava con el mismo canon las grabadoras de discos específicos (Audio o Vídeo) y las grabadoras de discos mixtos; h) no se dice nada en relación a los casos en que se apliquen medidas tecnológicas que restrinjan el número de copias a realizar (no se prevé ningún tipo de descuento); i) las tarifas no se han adecuado a ese test de proporcionalidad económica con el precio medio final, sino que, en muchos casos, el canon va a constituir un porcentaje bastante elevado de ese precio... Al hilo del estudio de cada uno de los criterios, se irá haciendo referencia a su aplicación en la Orden.

Esta norma, repito, responde más bien a un intento de paliar el ascenso de la piratería y los perjuicios que ocasiona, que al objetivo que debe tener la compensación. Esto es así porque: a) con carácter general, no se han tenido en cuenta los criterios o sólo en una medida muy ínfima; b) como posteriormente se verá, si atendemos a las cantidades máximas y mínimas establecidas en el apartado tercero de la Orden y las comparamos con la recaudación de las entidades de gestión, existe una considerable diferencia. De ahí que parezca más bien que se trata de compensar las pérdidas sufridas por la piratería y no los perjuicios ocasionados como consecuencia de las copias privadas legales.

El sistema de compensación no es exclusivo del ordenamiento español. En otros países de nuestro entorno se ha planteado también la necesidad de elaborar una lista con los bienes sujetos a la compensación. La DDASI, tan «armoniza-

dora» en algunos aspectos, ha olvidado lo relativo a este tema. Simplemente se limita a establecer que los Estados miembros que reconozcan el límite de copia privada deberán prever una compensación equitativa para los titulares de derechos (Considerandos 35, 38 y 39 DDASI), y apunta tres o cuatro criterios que ayudan a su fijación. Pero no ha asumido la carga de elaborar el listado y las correspondientes tarifas, algo que habría sido deseable. De ahí que exista una gran diversidad al respecto: en unos Estados las cuantías son incluso más altas que las españolas, mientras que en otros son más bajas; hay países que gravan únicamente los soportes y no los equipos que permiten realizar copias privadas, mientras que otros gravan tanto los equipos como los soportes; en determinados Estados no existe el límite de copia privada y, en consecuencia, no prevén la compensación; algunos países cuentan con un listado detallado de soportes y equipos en función de la capacidad de almacenamiento y son gravados en consecuencia; en unos países la compensación consiste en una cantidad fija y única, mientras que en otros consistirá en un porcentaje sobre el precio de venta.

Antes de entrar a estudiar detalladamente cada criterio en particular, es necesario resaltar unas notas sobre el límite de copia privada, pues únicamente cuando se cumplan los requisitos del artículo 31.2 LPI surgirá la obligación de pagar la compensación. Además, considero necesario señalar cuál ha sido la evolución del canon en el entorno digital en nuestro ordenamiento: qué cuantías se han ido fijando, qué normas las han regulado, y qué soportes y equipos han ido gravándose. Todo ello nos va a dar una idea de cara al tema central sobre el que versa este artículo.

II. EXCURSUS SOBRE LA COPIA PRIVADA Y CARACTERÍSTICAS DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA

La copia privada constituye un límite al derecho de reproducción, que plantea numerosos problemas en la práctica y que es objeto en la actualidad de todo tipo de debates sobre su oportunidad. Respecto a su fundamento, hay que resaltar que está ligado a la evolución de la técnica. Así, si bien en un principio estuvo justificado por la ausencia de perjuicio económico, pues las copias se hacían a mano o mecanografiadas, hoy en día, con la tecnología digital y el desarrollo de Internet, no cabe decir lo mismo. Estos fenómenos han llevado a justificar la copia privada en las imperfecciones de mercado, es decir, en la imposibilidad de los titulares de derechos de licenciar las copias que los usuarios hacen, al ser los costes transaccionales difíciles de afrontar³. Otro argumento

³ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ distingue entre «imperfección de mercado» e «imposibilidad de control». Señala que «imperfección de mercado» es un concepto económico que hace referencia a un balance de costes. Es decir, se refiere a aquellas situaciones en las que el coste transaccional es superior al beneficio obtenido. Sin embargo, «imposibilidad de control» es un concepto más

que se utiliza es la defensa de derechos fundamentales, y, en concreto, el derecho a la intimidad⁴.

¿Cuándo puede ser considerada una copia como privada y enmarcable dentro del artículo 31.2 LPI? La copia privada será digital cuando quede plasmada en un soporte digital, sea tangible (CD, DVD) o intangible (disco duro de ordenador), siempre que se cumplan los requisitos legales, que son los que se exponen a continuación. En primer lugar, la obra o prestación objeto de copia privada tiene que haber sido divulgada previamente, en el sentido del artículo 4 LPI («divulgación» como toda expresión de la obra que, con el consentimiento del autor, la haga accesible al público por primera vez en cualquier forma). En segundo lugar, la copia ha de destinarse a un uso privado del copista, uso que no sólo abarca el propio de éste, sino que se extiende también a su círculo familiar y de amigos⁵. De aquí deriva el requisito de la no utilización colectiva, es decir, la copia no puede ser utilizada por un conjunto indeterminado de personas. En tercer lugar, el copista ha de ser una persona física, por lo que las personas jurídicas no pueden acogerse al límite. En cuarto lugar, copista es la persona que tiene los medios para realizar la copia y los utiliza para ello, así como aquel que se sirve de los medios que le presta un amigo o familiar, sin

jurídico e implica que los titulares de derechos no pueden, en la práctica, supervisar, ni por sí mismos ni por medio del aparato coercitivo del Estado, a cada usuario individualmente considerado cuando actúa en la intimidad de su hogar. Vid. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2005, p. 174. En el mismo sentido, CARBAJO CASCÓN, F., «El pulso en torno a la copia privada», en *Revista pe.i.*, núm. 16, enero-abril 2004, pp. 53-54; BONDÍA ROMÁN, F., «La ley como fuente de las obligaciones y el derecho de remuneración por copia privada reprográfica», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, VV.AA., Civitas, 2003, p. 3632.

⁴ Así también RIBERA BLANES, B., *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 328-329; SÁNCHEZ ARISTI, R., «La copia privada digital», en *Revista pe.i.*, núm. 14, mayo-agosto 2003, p. 14. Este último autor aboga por encontrar otras claves que sirvan para fundamentar el límite de copia privada, claves como la propiedad privada y la libertad personal de los destinatarios de los diversos actos de explotación de las obras y prestaciones. Esos destinatarios deben poder ejercer esos derechos en relación con los soportes tangibles o intangibles que adquieran o a los que accedan lícitamente. Una segunda clave viene dada por la necesidad de prohibir pretensiones abusivas de control por parte de los titulares de derechos. De acuerdo con la doctrina del abuso del derecho, puede resultar un ejercicio antisocial de los derechos de propiedad intelectual que el titular de los mismos pretenda impedir a otros sujetos la realización de actos que a él no perjudican y en cambio a ellos pueden beneficiar (*ius usus innocui*). Vid. SÁNCHEZ ARISTI, R., *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, p. 506. En contra de este planteamiento, CARBAJO CASCÓN, F., «El pulso en torno a la copia privada»... *op. cit.*, p. 31.

Igualmente, GONZÁLEZ DE ALAIZA considera que el límite de copia privada tiene su fundamento en razones distintas de la mera imposibilidad de control, mencionando concretamente la promoción del acceso de los ciudadanos a la cultura o la protección de la esfera privada. Vid. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., «Napster: "copias robadas", responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet», en *Revista pe.i.*, núm. 6, septiembre-diciembre 2000, p. 68.

⁵ MARÍN LÓPEZ, J. J., «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», *Revista pe.i.*, núm. 20, mayo-agosto 2005, p. 21; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, VV.AA., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 47.

ánimo de lucro, para realizarla⁶. Quedan fuera los establecimientos abiertos al público dedicados a esta actividad y las empresas que pongan a disposición del público los medios de reproducción (art. 10.1 RD 1434/1992). En quinto lugar, se ha de tener un acceso legal a la obra o prestación que va a ser objeto de copia, entendido como acceso autorizado por el titular de los derechos, como haber accedido sin haber vulnerado los derechos de propiedad intelectual⁷. Este requisito se ha incluido con ocasión de la reforma por la Ley 23/2006 y ha sido uno de los más discutidos por la doctrina. A través de esta condición, se excluyen como supuestos de copia privada la realizada a partir de un ejemplar adquirido en el «top manta» y las descargas a través de las redes P2P. En sexto lugar, la copia no puede ser objeto de utilización lucrativa, interpretada ésta como la obtención de una ganancia económica derivada de su explotación comercial, y no como cualquier ventaja, utilidad o beneficio (de seguir esta última interpretación, el límite de copia privada quedaría prácticamente inaplicable, pues de todas las copias se puede extraer algún tipo de ventaja o beneficio). Finalmente, no cabe aplicar el límite a los programas de ordenador ni a las bases de datos electrónicas.

El prever el límite de copia privada lleva necesariamente aparejado el establecimiento de un sistema de compensación. Así se deriva del artículo 5.2.b) DDA-SI y de sus Considerandos 35 y 36, y así se ha producido en nuestro artículo 25 LPI. Por lo que a las características de la compensación equitativa se refiere, resulta especialmente significativa la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1997, nos ofrece las notas características de esta compensación⁸: «Se trata [...] de una obligación de naturaleza jurídico-civil, dirigida a compensar, anualmente, los derechos de Propiedad Intelectual, de naturaleza jurídico-privada por tanto, dejados de percibir por razón de la reproducción para uso privado del copista que la Ley permite sin autorización del autor (artículo 31.2.º), es decir, a compensar una ganancia dejada de obtener, de la que son acreedores los autores de obras publicadas en forma de libros o publicaciones asimiladas a éstos, de fonogramas, videogramas o en cualquier otro soporte sonoro, visual o audiovisual, y, en sus respectivos casos, los editores, los productores de

⁶ En el mismo sentido, CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «Vulneración de los derechos de autor en la creación jurídica: obras protegidas, citas y fotocopias», en *RCDI*, núm. 663, enero 2001, p. 71. En contra, BONDÍA ROMÁN, F., «Artículo 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dirs. M. Rodríguez Tapia y F. Bondía Román, Civitas, Madrid, 1997, p. 168; SÁNCHEZ ARISTI, R., *La propiedad intelectual sobre las obras musicales...* op. cit., pp. 424-425; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual...* op. cit., p. 45; DELGADO PORRAS, A., «La “copia privada” en España», en *RIDA*, núm. 145, julio de 1990, pp. 37-40; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Artículo 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 1997, p. 604. Según estos autores, no se puede considerar copista a quien realiza materialmente la copia pero sirviéndose de los medios de reproducción ofrecidos por otro, sea o no familiar o amigo, y tenga o no ánimo de lucro.

⁷ Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y MARÍN LÓPEZ, J. J., «Dictamen sobre el límite de copia privada y las redes de intercambio *peer to peer*», en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 20, 2007, p. 383.

⁸ RJ 1997/1558.

fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas». A la misma conclusión se llega si acudimos al Título II del RD 1434/1992, que tiene por rúbrica «Obligación legal de remuneración compensatoria por copia privada». Se trata de una obligación pecuniaria de origen legal, definida en la Ley en cuanto a los sujetos (acreedores y deudores) como en cuanto a la cuantía y objetos sobre los que recae⁹. Surge un derecho de crédito a favor de los acreedores cuando se dan las condiciones establecidas en el artículo 25 LPI¹⁰.

Otras características predicables del sistema de compensación por copia privada son: a) se trata de un derecho de gestión colectiva obligatoria, es decir, sólo podrá hacerse efectiva a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual (art. 25.8 LPI); b) se articula en torno a las tres modalidades de reproducción relativas a los tipos de obras o prestaciones que pueden ser objeto de copia privada: libros y publicaciones asimiladas, fonogramas y demás soportes sonoros, y obras audiovisuales y soportes visuales o audiovisuales.

La compensación, además, debe ser equitativa. La equidad implica que se ha de pagar la compensación cuando se produzca efectivamente el hecho generador de la obligación de pago, cual es, hacer una copia privada, y no gravar la mera posibilidad de copiado. En este último caso no cabe hablar de equidad. La noción de compensación equitativa está intrínsecamente ligada a la noción de daño, en nuestro caso, el daño sufrido por los titulares de derechos como consecuencia de la copia privada¹¹. Pero, como digo, nuestra LPI se basa en la potencialidad del uso, no en el uso efectivo¹². Lo determinante es la possibili-

⁹ Así también, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2007, p. 452; CARBAJO CASCÓN, F., «La “larga marcha” de la compensación equitativa por copia privada. A propósito de la sentencia (Sala 1.ª) del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005»... *op. cit.*, p. 24; VALLÉS RODRÍGUEZ, M., «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 1997, p. 537.

¹⁰ RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., «Artículo 25», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirs. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Edersa, Madrid, 1994, p. 471. Además, así se deriva también del Título II del RD 1434/1992, que desarrolla el artículo 25, que tiene como rúbrica «Obligación legal de remuneración compensatoria por copia privada».

¹¹ Así también, HUGENHOLTZ, P. B., GUIBAULT, L., y GEFFEN, S. v., *The Future of Levies in a Digital Environment*, Institute for Information Law, Ámsterdam, 2003, p. 36. Señalan que, conforme al Considerando 35 DDASI, los Estados miembros tienen la obligación de establecer una compensación sólo si la probabilidad de dicho daño puede determinarse razonablemente. En el mismo sentido, *vid.* SERRANO GÓMEZ, E., *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 185.

¹² En este sentido se manifestó el Tribunal de Milán, en su sentencia de 12 de junio de 2007, resolvió un caso donde se enfrentaban SIAE, una entidad de gestión italiana, y *Computer Support Italcad*¹². La primera reclamaba el pago de la compensación equitativa por copia privada por la venta de soportes vírgenes, a lo responde la demandada oponiendo varias cuestiones de incompatibilidad entre la Ley italiana y la normativa comunitaria, así como varias excepciones de inconstitucionalidad. En concreto, afirma lo siguiente: la falta de referencia a la necesidad de tener en cuenta la existencia de medidas tecnológicas a la hora de fijar la compensación; la falta de previ-

dad de que sea destinado a la copia, aunque esto último no pueda ser objeto de constatación efectiva. Se utiliza el principio de la idoneidad objetiva, que implica gravar todo aquello que sea idóneo para almacenar o realizar copias privadas, independientemente de si se hacen o no¹³.

La relación conflictiva entre el principio de la idoneidad objetiva y el de equidad se ve claramente cuando se trata su aplicación en los soportes Data (y lo mismo cabría decir de las memorias USB y otros dispositivos que aparecen gravados en la OM). El sometimiento de este tipo de soportes a la compensación ha sido una cuestión controvertida y polémica ya incluso antes del Acuerdo entre ASIMELEC y las entidades de gestión¹⁴. Está claro que los discos Data son soportes idóneos para almacenar contenidos protegidos por la propiedad intelectual. Pero no es menos cierto que en ellos se pueden grabar también contenidos que no están protegidos o que no deberían quedar sujetos al canon. De ahí que surgiera, y siga en pie, la lucha entre las asociaciones de usuarios y grupos de internautas y las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual¹⁵. Las primeras, contrarias a esta medida, manejan los siguientes argumentos: a) en los soportes Data no se almacenan únicamente contenidos protegidos por la propiedad intelectual; b) el dinero recaudado producirá ingresos desmesurados para las entidades de gestión, del cual sólo una mínima parte llegará a los titulares de derechos; c) no tiene sentido pagar el canon cuando las obras y prestaciones están protegidas con medidas tecnológicas que impi-

sión de un régimen distinto para la copia privada analógica y digital, atendiendo a la diversa incidencia en la explotación de contenidos; y la falta de exención del pago de la compensación respecto de soportes y equipos no destinados a la reproducción de contenidos protegidos. Sin embargo, el Tribunal de Milán niega las dos primeras alegaciones, entendiendo que el artículo 71septies, introducido por Decreto legislativo 68/2003 para transponer la DDASI, prevé tanto la debida consideración de las medidas tecnológicas para la determinación de la compensación, como la distinta incidencia de la copia privada digital respecto de la analógica. En cuanto a la tercera cuestión, el Tribunal considera que la Ley de Derecho de Autor trata de aplicar la compensación con base en la potencialidad del uso de los equipos y soportes y no en el uso efectivo.

¹³ El principio de la idoneidad objetiva se tratará con más detalle al estudiar el criterio relativo al grado de uso de los equipos y soportes.

¹⁴ Los soportes Data se gravan también en Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Holanda, Portugal, Austria, Suiza. Fuera de la UE, cabe destacar Canadá. En este último país, curiosamente, sólo están sujetos al canon los soportes Audio (CD-R/RW Audio y Data), pero no los soportes Vídeo (DVD-R/RW Vídeo y Data).

¹⁵ Algunas sentencias que declaran la idoneidad de los soportes «CD Data» para realizar copias privadas de música y, por tanto, incluíbles dentro del artículo 25 LPI: la sentencia del JPI núm. 22 de Barcelona, de 2 de enero de 2002 (AC 2002/23), que es la que resuelve el caso «Traxdata»; la sentencia de la Sección 7ª de la AP de Valencia, de 31 de julio de 2003 (JUR 2005/96289), sobre el caso «Verbatim»; las de la Sección 15ª de la AP de Barcelona, de 19 de abril de 2004 (JUR 2004/221805) y de 20 de julio de 2005 (JUR 2006/45859); y la del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona, de 8 de marzo de 2007 (Westlaw. JUR 2007/290835). Prácticamente casi todos los litigios planteados con supuestos de hecho similares al anterior se han resuelto en favor de los titulares de derechos. *Vid.* también MENGUAL GOMIS, O., «El derecho de remuneración compensatoria por copia privada y los CD-R Data. Sentencia 529/2003, de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, de 31 de julio de 2003», en *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 4, 2004, p. 154.

den el copiado de las mismas. Frente a estos argumentos, se alzan las entidades de gestión con los siguientes: 1) la mayor parte de estos soportes son empleados, en la práctica, para copiar contenidos protegidos; 2) el precio para los soportes Data suele ser inferior al canon acordado para los soportes específicos (aunque esto no se refleja en la OM); 3) aun en el caso de generalizarse la comercialización de CDs y DVDs dotados de medidas anticopia, éstas no son eficaces al 100%, pudiendo vulnerarse fácilmente por los usuarios. La Ley 23/2006 tenía en cuenta esto y establecía un canon menor para los soportes de reproducción mixta, pero la OM, como veremos, ha prescindido de esta distinción y grava con la misma cantidad tanto los soportes específicos (Audio y Vídeo) como los soportes Data.

Pero el hecho de que un mismo soporte sirva para almacenar todo tipo de contenidos, protegidos o no por la propiedad intelectual, no es un argumento para eximirle del canon¹⁶. Es decir, podríamos comprar una memoria USB y no usarla, y eso no exoneraría de pagarlo. O usarla para grabar contenidos que no están protegidos por la propiedad intelectual o que, estándolo, no deberían estar sujetos al canon. Así, podríamos encontrarnos los siguientes contenidos que pueden ser almacenados en soportes digitales y cuya copia privada no debería dar lugar al pago de la compensación:

- a) Obras y prestaciones respecto de las cuales no se ha accedido de forma legal: los soportes que las almacenen deberían quedar fuera de la compensación al no cumplirse los requisitos previstos en el artículo 31.2 LPI.
- b) Los contenidos generados y almacenados por el propio usuario y que son fruto de su actividad, ya sea persona física o persona jurídica, pública o privada (una fotografía, una presentación, la contabilidad, un escrito de demanda, un capítulo de un libro que está escribiendo, una melodía que ha inventado, los documentos necesarios para presentarlos ante un concurso público).
- c) Las ideas y la información.
- d) Contenidos que constituyen exclusiones del artículo 13 LPI: sentencias de cualquier órgano judicial, leyes o reglamentos.

¹⁶ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., «La copia privada de grabaciones sonoras y audiovisuales», en *El derecho de autor ante los desafíos de un mundo cambiante*, Homenaje a la profesora Delia Lipszyc, Palestra, Lima, 2006, p. 454. A este respecto destaca el Fundamento de Derecho 4º de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, de 8 de noviembre de 2005 (JUR 2006/42819), según el cual: «el sistema opera sobre un único tratamiento posible porque descarta invadir derechos de los usuarios, como el de su intimidad, incompatible con la posibilidad de obligarles a declarar o de permitir la comprobación de qué empleo se hace de ellos en cada domicilio o despacho particulares. De ahí que se sustente sobre la aptitud del mecanismo o material para realizar con él la copia, con independencia del uso que finalmente se le acabe dando. Lo determinante es la posibilidad de que sea destinado a la copia, aunque esto último no pueda ser objeto de efectiva constatación».

- e) Los actos celebrados ante los órganos judiciales (por ejemplo, las vistas) grabados en un disco no constituyen copias privadas, por lo que los soportes deberían estar excluidos del canon¹⁷. Hay que recordar que los juicios han de grabarse en un soporte audiovisual, conforme a los artículos 147 y 187 LEC¹⁸.
- f) Obras y prestaciones objeto de propiedad intelectual, cuyo titular de derechos ha autorizado expresamente la realización de copias por medio de una licencia *Creative Commons* o cláusula *copyleft*¹⁹. En este caso, la imposición de la

¹⁷ Se han planteado varios casos ante los tribunales en relación a los discos utilizados para grabar actos judiciales. Los que menciono a continuación se han resuelto a favor de devolver la cantidad cobrada en concepto de compensación por copia privada, por constituir un cobro de lo indebido: sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Alcalá de Henares, de 15 de junio de 2005 (AC 2005/1031); sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria, de 19 de octubre de 2006 (Westlaw. JUR 2007/13756); sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, de 19 de octubre de 2006. En palabras de éste: «Siendo la finalidad de la reproducción servir al proceso no cabe recargarla con el canon cuestionado. No resulta lógico imponer al servicio del ejercicio de la potestad jurisdiccional otras cargas que las prevenidas en las leyes procesales y fiscales y resulta contrario a lo dispuesto en los artículos 217.1 y 2 de la LEC, imponer cánones establecidos por agrupaciones de propiedades privadas». Se llega a señalar que esto podría incidir en la tutela judicial efectiva.

Otra sentencia es de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga, de 19 de septiembre de 2006 (AC 2006/1569). En el FD 4º, entiende que existe una presunción *iuris tantum* de que cuando se compra un disco virgen, se va a proceder a la reproducción de un contenido protegido por la propiedad intelectual, pero dicha presunción puede ser destruida si se declara probado que la compra obedeció a otra causa que excluiría en sí misma la aplicación del canon.

GONZÁLEZ DE ALAIZA critica estas sentencias donde se recupera el importe del canon tras demostrar que no se ha empleado el soporte para la realización de copias privadas. Señala: «[...] si cada CD virgen que se utiliza para realizar una copia privada debería pagar un euro en concepto de remuneración compensatoria, pero solamente el 70% de los CDs vírgenes se destinan a esta finalidad, se impondrá un canon de 0,70 céntimos sobre todos los CDs vírgenes. Naturalmente, el 30% de los usuarios que emplean el CD virgen en usos distintos a la copia privada de obras protegidas están pagando 0,70 céntimos de más, pero es que el 70% de los usuarios están pagando 0,30 céntimos de menos». Según él, la devolución del canon sólo tendría sentido en un sistema en el que todos los CDs pagasen un euro y los usuarios que demostrasen haberlos destinado a fines distintos a la copia privada pudiesen recuperar el total de ese importe. Vid. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008, pp. 326-327.

¹⁸ Según el artículo 147 LEC: «Las actuaciones orales en vistas y comparencias se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. La grabación se efectuará bajo la fe del Secretario Judicial, a quien corresponderá la custodia de las cintas, discos o dispositivos en los que la grabación se hubiere efectuado. Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales». Y el artículo 187 LEC indica: «(1) El desarrollo de la vista se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o, si no fuere posible, sólo del sonido, conforme a lo dispuesto en el artículo 147 de esta Ley. En estos casos, si el tribunal lo considera oportuno, se unirá a los autos, en el plazo más breve posible, una transcripción escrita de lo que hubiera quedado registrado en los soportes correspondientes. Las partes podrán en todo caso, solicitar a su costa una copia de los soportes en que hubiera quedado grabada la vista. (2) Si los medios de registro a que se refiere el apartado anterior no pudieran utilizarse por cualquier causa, la vista se documentará por medio de acta realizada por el Secretario Judicial».

¹⁹ Las cláusulas *copyleft* son aquellas que permiten un mayor control de los creadores sobre sus obras, investigaciones y proyectos, y una remuneración compensatoria más razonable por su trabajo, y, al mismo tiempo, también permiten a los usuarios finales un mejor acceso y disfrute de

compensación limita el derecho de estos autores, pues puede ocurrir que éstos pongan sus obras a disposición del público gratuitamente, renunciando a sus derechos económicos, y no puedan hacerlo aunque esa sea su voluntad²⁰.

- g) Los programas de ordenador y las bases de datos electrónicas, que no pueden ser objeto de copia privada pero que únicamente pueden ser almacenados en soportes informáticos, soportes que están gravados igualmente por la compensación.
- h) Las obras y prestaciones descargadas a través de servicios legales *on line* que autorizan la realización de un determinado número de copias. Aquí no habría una reproducción para uso privado, sino una copia autorizada, pues lo característico de los límites es la falta de necesidad de solicitar la autorización del titular de derechos para ejercitarlos. Sólo las copias privadas que cumplan los requisitos legales y no estén autorizadas por los titulares de derechos deberán llevar asociado el canon, no el resto. Sin embargo, se suelen plantear supuestos de doble retribución sobre el mismo acto: se paga por el derecho a hacer la copia al obtener la licencia y por el canon sobre el soporte en que se almacena el contenido²¹.
- i) Obras que han pasado al dominio público. Respecto de este tipo de obras se han extinguido los derechos patrimoniales.

También cabe almacenar obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual a las cuales se ha accedido legalmente y que cumplen el resto de requi-

los contenidos protegidos bajo unos términos no restrictivos. Con las cláusulas *copyleft*, el titular autoriza, por medio de una licencia pública general, la transformación o modificación de su obra, obligando al responsable de la obra modificada a poner la misma a disposición del público con las mismas condiciones, esto es, permitiendo el libre acceso y su transformación.

²⁰ El artículo 25.1 LPI configura la compensación equitativa por copia privada como un derecho irrenunciable para los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes.

²¹ Las asociaciones de usuarios de Internet vienen denunciando el abuso que supone para los consumidores de música *on line* el canon por copia privada que deben abonar al adquirir los CD-R en los que posteriormente almacenan contenidos descargados de sitios legales de Internet. El abuso se produce al existir un doble pago por el mismo concepto: el canon se paga al comprar el CD virgen y, además, por las cantidades que los servicios *on line* de descargas cobran en los ficheros que son aptos para su grabación a CD (la reproducción para uso privado ya se ha tenido en cuenta en los términos de la licencia).

Esa cantidad, a juicio de GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, no es por la descarga en sí del fichero con contenido protegido, sino porque los ficheros informáticos constituyen auténticos soportes y, en la medida en que permitan aplicaciones audiovisuales o sonoras, entrarán dentro de la definición legal de «soporte visual, sonoro o audiovisual» que señala el artículo 25 LPI, por lo que se podrían incluir en la lista de soportes gravados por dicho canon. Se asimilarían así a los soportes digitales tangibles (CD-R, DVD-R...). Vid. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El derecho de autor en Internet. La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*, Comares, Granada, 2003, p. 468. En este sentido también, DESURMONT, T., «La transposition en France de la Directive 2001/29/CE, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information», en *RIDA*, núm. 210, 2006, p. 174.

sitos del límite de copia privada. En este caso, los soportes que permitan almacenarlas sí que deberán estar gravados con el canon. Es únicamente a ellas a las que se refiere el artículo 25 LPI. Sin embargo, se cobra un canon con independencia del tipo de contenidos que posteriormente se vaya a reproducir o almacenar en él. Por eso muchos lo califican como tasa indiscriminada, pues han de pagarla todos los que almacenen los contenidos que acabo de señalar²².

La utilización exclusiva del criterio de la idoneidad objetiva contribuye a hacer imposible el equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y los de los usuarios. Se grava la mera posibilidad de almacenar una determinada obra o prestación en el futuro. Implica la recaudación del canon sobre bienes de naturaleza digital por el simple hecho de serlo²³. Se hace equivalente la idoneidad al derecho de cobro. La mera adquisición de los equipos y soportes digitales por los consumidores implica el derecho a cobrar el canon, se cumpla o no el hecho legal que da lugar a su origen. De esta manera, en lugar de fomentar que el canon desaparezca progresivamente para dar paso al desarrollo de nuevos negocios *on line*, lo que hará es extenderlo a equipos y soportes digitales que no se emplean para hacer copias privadas. En realidad, la idoneidad o no la determina no el soporte, sino la persona que utiliza el equipo o el soporte en cuestión. Además, el artículo 25.7.d) LPI señala que el Gobierno podrá establecer excepciones al pago de la compensación cuando quede suficientemente acreditado que el destino o uso final de los equipos o soportes no es la reproducción para uso privado. Sin embargo, el Gobierno no ha hecho uso de esta habilitación. Esto es una manifestación de que la verdadera razón de la imposición del canon es el destino o uso final de los equipos y soportes.

Para remediar este problema sería necesario cobrar el canon no en el momento en que se adquiere el soporte, sino en el momento en que se decide qué es lo que se va a almacenar en él, lo cual resulta imposible, máxime si tenemos en cuenta los soportes regrabables, donde no se puede demostrar a ciencia cierta cuál será su destino final²⁴. Para poder aplicar el canon a ese uso efectivo,

²² El Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés aprovechó el proceso legislativo de la Ley de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, para formular una enmienda en la que propone eliminar el canon digital. Se alega que estamos ante un gravamen injusto. Igualmente, se insta al Gobierno a buscar fórmulas alternativas al canon para proteger los derechos de propiedad intelectual. Dicha propuesta ha sido apoyada por todos los grupos parlamentarios del Senado, salvo el PSOE, para quien esta Ley no constituye el marco adecuado para tal eliminación. En su momento, el Senado aprobó la desaparición del canon digital, aunque esto no se ha reflejado en el texto final de la Ley aprobado en el Congreso. *Vid.* Enmienda núm. 39, BOCG Senado, de 4 de diciembre de 2007, núm. 135(e), p. 50.

²³ HART ya advirtió del peligro de utilizar exclusivamente el criterio de idoneidad: la extensión del canon a casi todos los soportes y equipos digitales. *Vid.* HART, M., «The Copyright in the Information Society Directive: an Overview», en *E.I.P.R.*, 2002, p. 60. Este criterio se estudiará con más detalle con ocasión del segundo de los criterios del artículo 25.6.4º LPI.

²⁴ Para la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en cambio, esto no es totalmente cierto. Así lo pone de manifiesto en el Auto de 15 de septiembre de 2008 (Westlaw. JUR 2008/320654). Según ella, cabe distinguir dos situaciones:

sería necesario hacer costosas encuestas a los usuarios para que dieran explicaciones sobre el destino que van a darle a los soportes que adquieren, lo que incrementarían los gastos de las entidades de gestión, que tendrían que hacer un seguimiento de cada una de las transacciones, y disminuirían los incentivos para los titulares de derechos. Y, además, un sistema de este tipo seguramente vulneraría el derecho a la intimidad de aquéllos, al obligarles al declarar o permitir la comprobación de qué uso se hace de los equipos o soportes en cada domicilio²⁵.

En este sentido, resulta muy significativa la respuesta dada por el Comisario de Mercado Interior de la Unión Europea, el Sr. McCreevey, en la sesión del Parlamento Europeo del 19 de septiembre de 2007²⁶. Informa que la Comisión examinó en 2006 los distintos sistemas de compensación y constató que los cánones aplicados a determinados soportes o equipos no siempre se calculaban sobre la base de comportamientos observados en los consumidores, es decir, atendiendo al uso efectivo que los consumidores hacen de esos soportes o equipos para realizar copias privadas. En concreto, en el caso español, afirma que *«se gravan con cánones muchos productos [lápices USB, CDs y DVDs vírgenes] que pueden utilizarse para realizar copias privadas, pero que sirven también para otros fines por completo ajenos a la excepción prevista en la Directiva»*. Y concluye que, de acuerdo con el análisis realizado por la Comisión, *«sólo deben gravarse con cánones los soportes y equipos que puedan utilizarse, y que efectivamente se utilicen en medida apreciable, para hacer copias destinadas a uso privado. La Comisión considera asimismo que los equipos utilizados con fines co-*

- 1) La venta directa al consumidor; que permite presumir que, probablemente, será utilizada para realizar copias privadas de contenidos protegidos por la propiedad intelectual, aunque no necesariamente tengan que serlo en todo caso. Aquí sí que tendría justificación el canon. Lo normal es que sean utilizadas para hacer copias privadas y la excepción es que se usen con otro destino.
- 2) La venta a entidades públicas, empresas o despachos profesionales, donde cabría presumir que serán empleados, en la mayoría de los casos, para un uso distinto, como puede ser el almacenamiento de información generada por ellas mismas. Al contrario que en el supuesto anterior, lo normal es que no se usen para confeccionar reproducciones para uso privado y lo extraño es que sí se utilicen con ese fin.

Así, cabría discriminar y gravar sólo las ventas realizadas para ser utilizadas por los consumidores, pero no por entidades públicas, empresas o despachos profesionales, lo que puede fácilmente observarse del análisis de la contabilidad. Sin embargo, la Audiencia, en la primera de las situaciones no distingue todos y cada uno de los supuestos que acabamos de ver y que no deberían quedar gravados. Sería una buena opción para empezar, pero no resultaría plenamente satisfactoria.

²⁵ Así se expresó la sentencia de la Sección 28ª de la AP de Madrid, de 8 de febrero de 2007 (AC 2007/1023) y del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, de 8 de noviembre de 2005 (Westlaw. JUR 2006/42819).

²⁶ Se trataba de una respuesta dada a la pregunta formulada, el día 5 de junio de 2007, por el Parlamentario Europeo D. Raúl Romeva i Rueda ante la Comisión, sobre si la aplicación indiscriminada del canon era o no acorde con la DDASI. *Vid.* texto en Internet: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2007-2864+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES>. La respuesta ofrecida por el Sr. Creevey se puede encontrar también en Internet: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2007-2864&language=ES>.

merciales (por ejemplo en empresas o en Administraciones Públicas) no deberían gravarse con cánones, pues ello supone ir claramente más allá de la necesaria compensación por actos autorizados (es decir, copia privada) con arreglo a lo dispuesto en la Directiva».

Esta cuestión ha llegado ante el TJCE (Asunto C-467/08). El Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona dictó sentencia el 14 de junio de 2008, resolviendo un caso en el que SGAE interpuso demanda contra la compañía PADAWAN, S. L., que comercializaba CD-R/RW, DVD-R y reproductores MP3. La actora reclamaba la compensación equitativa por copia privada que correspondía a los soportes y dispositivos comercializados. PADAWAN, por su parte, alegó que la aplicación del canon de forma indiscriminada y sin distinguir la finalidad a la que van destinados contradice la DDASI. El Juzgado estimó íntegramente la demanda, condenando a la compañía demandada al pago de 16.759,25 euros.

La sentencia se recurre en apelación, donde la Sección 15^a de la Audiencia plantea, en Auto de 15 de septiembre de 2008²⁷, una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en los momentos de redactar estas líneas aún no resuelta, sobre cómo debe interpretarse la compensación equitativa por copia privada. Lo que plantea la Audiencia Provincial al TJCE es lo siguiente:

- Si la «compensación equitativa», prevista en el artículo 5.2.b) DDASI, es o no un concepto armonizable, con independencia de la facultad reconocida a los Estados miembros de escoger los sistemas de retribución que estimen pertinentes para hacer efectivo el derecho a una «compensación equitativa» de los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados por el límite de copia privada.
- Si cualquiera que sea el sistema empleado por cada Estado miembro para determinar la compensación equitativa, éste debe respetar un justo equilibrio entre los afectados (titulares de derechos afectados por el límite y los obligados directa o indirectamente al pago), y si ese equilibrio viene determinado por la justificación de la compensación equitativa, que es paliar el perjuicio derivado del límite.
- Si en los casos en que un Estado miembro opta por un sistema de gravamen o canon sobre los equipos y soportes de reproducción digital, este gravamen debe ir necesariamente ligado, de acuerdo con la finalidad perseguida con el artículo 5.2.b) DDASI, al presumible uso de aquellos equipos y soportes para realizar reproducciones para uso privado. La aplicación del canon estaría justificada cuando presumiblemente los equipos y soportes vayan a ser destinados a realizar copia privada, y no en caso contrario.

²⁷ Westlaw. JUR 2008/320654.

- Si, caso de optar un Estado miembro por un sistema de compensación por copia privada, es conforme a dicho sistema su aplicación indiscriminada a empresas y profesionales que adquieren los equipos y soportes de reproducción digital para finalidades ajenas a la copia privada.
- Si el sistema de compensación adoptado por España, aplicado indiscriminadamente a todos los equipos y soportes de reproducción digital, podría contrariar la DDASI, por cuanto dejaría de existir una adecuada correspondencia entre la compensación equitativa y el límite de copia privada que la justifica.

El problema de la extensión del canon a soportes que permiten el almacenamiento tanto de contenidos protegidos por la propiedad intelectual, como de contenidos no protegidos, es de difícil solución. Lo correcto pasa por mantener el canon en este tipo de soportes, si bien debería ser más reducido que respecto de los soportes específicos que permiten almacenar únicamente obras y prestaciones protegidas. La posibilidad de que un equipo o soporte no sea utilizado en ese sentido deberá servir no para excluirlo del canon, sino para modular el importe del mismo. Mientras no exista un modelo alternativo eficaz que permita determinar el destino final de cada uno de los soportes, conciliando así los intereses de ambas partes (titulares de derechos y usuarios), este sistema es el único posible. Ante la imposibilidad de demostrar qué soportes vendidos se usarán para la copia privada y cuáles no, se ha de acudir, por tanto, al criterio de la idoneidad, atemperado por la regla del grado del uso.

Por último, antes de acabar este apartado, conviene tener presente que sólo cuando se cumplen todos los requisitos del artículo 31.2 LPI, podemos hablar de copia privada y, por tanto, estaremos eximidos de solicitar el consentimiento de los titulares de derechos, si bien habrá que pagar la compensación correspondiente. En consecuencia, la compensación no puede ser utilizada para resarcir a los titulares de derechos por las pérdidas que provoca la piratería, pues se trata de compensar las copias autorizadas por la Ley cuando se cumplen los requisitos del artículo 31.2 LPI²⁸. Tampoco sirve para compensar por las copias que incumplen el requisito de la no utilización colectiva o del acceso legal (como pueden ser, por ejemplo, las descargas realizadas a través de los programas *peer to peer*). La compensación tiene como finalidad compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejan de percibir por razón de la reproducción para uso privado. Se trata de otorgarles a los titulares de derechos una compensación económica por la reproducción que se hace de sus obras sin su consentimiento, dado que la Ley les ha imposibilitado el ejercicio normal de su derecho exclusivo, al constituir un límite al derecho de reproduc-

²⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., en *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual... op. cit.*, p. 139; TORRES, M., «La copia para uso personal de textos antes y después de la digitalización»... *op. cit.*

ción²⁹. En definitiva, sólo las copias que cumplen los requisitos del artículo 31.2 LPI pueden dar lugar a la compensación.

Esto lleva a plantearnos, brevemente, cuál es la relación entre el límite de copia privada y la compensación equitativa por copia privada. De todos los requisitos exigidos por el artículo 31.2 LPI, el artículo 25 LPI únicamente exige expresamente para el nacimiento de la compensación equitativa el que se produzca una copia para uso privado y que la obra copiada se haya divulgado previamente, pero no dice nada sobre el acceso legal, entre otros condicionantes. ¿Significa eso que el artículo 25 LPI abarca algo más que la copia privada o ambos preceptos están estrechamente relacionados? Esto no ha estado tan claro siempre. Los Proyectos de LPI de 1985 y 1986 recogían ya la remuneración en el artículo 25 LPI y la copia privada en el 31.2º LPI, aunque no se establecía ninguna relación expresa entre ellos³⁰. El 25 no hacía referencia al 31.2º LPI ni viceversa. En el RD 287/1989, de 21 de marzo, por el que se desarrolló el artículo 25, aparecen relacionados por primera vez. Posteriormente, la Ley 20/1992, de 7 de julio, que modificó el artículo 25 LPI, incluye, por primera vez, un enlace expreso con el artículo 31.2º LPI³¹. Sin embargo, no había ninguna referencia en el artículo 31.2º LPI al artículo 25. Esta Ley marcó el rumbo que seguirían las sucesivas reformas.

La Ley 43/1994, de 30 de diciembre, por la que se incorporaba al ordenamiento español la Directiva 92/100/CEE, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines, modificó sustancialmente el artículo 25 a través de su Disposición Adicional segunda³², si bien el artículo 31.2º LPI mantenía su redacción anterior³³.

²⁹ La compensación equitativa por copia privada también se recoge en otros ordenamientos europeos. Algunos de ellos son el alemán (parágrafo 54 UrhG), el francés (arts. L. 311-1 a 311-8 CPI) o el italiano (art. 3 de la Ley núm. 93, de 5 de febrero de 1992).

³⁰ Señalaba el artículo 25.1 LPI: «Los autores de obras publicadas en forma de libro, fonograma o en cualquier otro soporte sonoro o visual, juntamente con los editores o productores de dichas obras y con los artistas, intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones se hallen fijadas en las mismas, tendrán derecho a participar en una remuneración compensatoria por las reproducciones de tales obras, efectuadas exclusivamente para uso personal por medio de aparatos técnicos no tipográficos».

³¹ Establecía: «La reproducción, exclusivamente para uso privado, conforme a lo autorizado en el apartado 2º del artículo 31 de esta Ley, y por medio de aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras publicadas en forma de libros o publicaciones que, a estos efectos, se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o en cualquier otro soporte sonoro, visual o audiovisual, originará una remuneración dirigida a compensar, anualmente, los derechos de propiedad intelectual dejados de percibir por razón de la expresada reproducción».

³² Quedó redactado así: «La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, conforme a lo autorizado en el apartado 2 del artículo 31 de la Ley, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras explotadas públicamente en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una remuneración equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en la letra b) del apartado 4 del presente artículo, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaren de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes».

³³ Que es la siguiente: «Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos: [...] 2º Para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa».

El Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, cambió el tenor del artículo 31.2º LPI³⁴. A través de esa modificación, se dejó constancia de que la compensación era aplicable únicamente a aquellas copias privadas que reunieran los requisitos del artículo 31.2º LPI y que se correspondieran, además, con alguno de los tipos de copiado que el artículo 25 contemplaba (reproducción en forma de libros o publicaciones asimiladas, fonogramas y videogramas). Finalmente, la Ley 23/2006 modificó ambos artículos. En el artículo 25.1 LPI se suprime la expresión «*conforme a lo autorizado en el apartado 2 del artículo 31 de esta Ley*». Y en el artículo 31.2 LPI se añade «*sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25*»³⁵.

Así, cabría plantear dos posibilidades. Una primera en la que se separaran los dos ámbitos en los que se mueven los artículos 31.2 y 25.1 LPI: la copia privada se referiría al límite al derecho exclusivo de reproducción y se movería en el plano de la legalidad o ilegalidad de los actos de explotación, mientras que el artículo 25.1 LPI se encontraría en el campo de la compensación equitativa. El primero sería más reducido, mientras que el segundo sería más amplio, pues alcanzaría no sólo las copias para uso privado propiamente dichas que cumplen los requisitos del artículo 31.2 LPI, sino cualesquiera otras, legales o no, que no reunieran la totalidad de tales requisitos. Esta opción sería defendida probablemente por las entidades de gestión. De esta manera, podríamos hablar de dos tipos de copias: a) la copia para uso privado que cumple todos los requisitos del artículo 31.2 y que, por ello, opera como límite del derecho de autor; b) la copia privada que no cumple la totalidad de los requisitos, que infringe por ello el derecho de reproducción, pero cuyas consecuencias patrimoniales se reducen mediante la compensación equitativa del artículo 25. El argumento fundamental que se maneja es que, de no entenderlo así, no habría tenido sentido la supresión en el artículo 25.1 LPI del inciso «*conforme a lo autorizado en el apartado 2 del artículo 31 de esta Ley*». Además, de esta forma los titulares de derechos se aseguran una compensación por las copias masivas realizadas a través de las redes *peer to peer* o las ventas ilegalmente a través del «top manta».

La segunda posibilidad, sin duda la correcta, es considerar que los artículos 25.1 y 31.2 LPI van unidos indisolublemente, es decir, que la compensación equitativa sólo se genera cuando estamos ante copias que cumplen todos los requisitos del límite, y no en otros casos. Son muchos los argumentos: 1) la rúbrica del artículo 25 LPI habla ya del límite del artículo 31.2 LPI («*compensación equi-*

³⁴ Señalaba: «*Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos: [...] 2º 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*».

³⁵ Esta fue la redacción final que se les dio a los preceptos, si bien no fue así durante todo el trámite legislativo que dio lugar a la Ley 23/2006. *Vid.*, sobre todo, las Enmiendas núms. 72 y 73, ambas del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado, en el BOCG Senado, Serie II, núm. 53(c), 21 de abril de 2006.

tativa por copia privada»); 2) éste último precepto señala que las copias realizadas en las condiciones en él establecidas no necesitan autorización del autor «sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25»; 3) la letra d) del artículo 25.7 LPI señala que el Gobierno podrá establecer otras excepciones al pago de la compensación, cuando quede suficientemente acreditado que el destino o uso final de los equipos y soportes materiales no es la reproducción del artículo 31.2 LPI, de donde se deduce que sólo generarán el pago de la compensación los soportes y materiales idóneos para realizar copias privadas, y no de otro tipo; 4) el artículo 10 RD 1434/1992 enumera una serie de supuestos que no generan la obligación de pagar la compensación porque esas copias no tienen la consideración de reproducciones para uso privado del copista, al incumplir alguno de los requisitos del 31.2 LPI, por lo que necesitarán el consentimiento de los titulares de derechos para su realización; 5) de seguir la primera posibilidad antes señalada, las copias realizadas en establecimientos abiertos al público, que incumplen varios requisitos del límite, serían copia privadas y originarían el cobro del canon, algo que no ocurre. En conclusión, existe una fuerte vinculación entre la compensación equitativa del artículo 25 y el límite de copia privada. Las copias que no cumplan con los requisitos del artículo 31.2 LPI tendrán que ser autorizadas y su realización de forma irregular dará lugar no al pago de la compensación, sino al pago de una indemnización. Así, la desaparición del canon conllevaría la desaparición de la copia privada. La única alternativa a que no exista ninguna forma de compensación, pasa por dejar de reconocer la copia privada como límite, necesitando la autorización del titular de los derechos si se quiere reproducir una obra o prestación ajena³⁶.

III. LA EVOLUCIÓN DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA EN EL ENTORNO DIGITAL

Todas las copias privadas realizadas de forma masiva y con una alta calidad debido a la llegada de los nuevos medios de reproducción digital, provocan numerosas pérdidas y perjuicios a los titulares de derechos. Las posibilidades que ofrece la tecnología digital exigían una adaptación de la compensación. De ahí que, al poco tiempo de surgir la digitalización y el desarrollo de Internet, se viera la necesidad de extender la compensación equitativa de los equipos y soportes analógicos a los equipos y soportes digitales³⁷. A través de este mecanis-

³⁶ RIBERA BLANES, B., «El canon digital», en *Diario La Ley*, núm. 6933, Sección Tribunal, 25 de abril de 2008, ref. D-130, editorial La Ley, 16068/2008.

³⁷ La compensación equitativa por copia privada ya existía en nuestro país desde 1987, si bien se aplicaba únicamente a los equipos y soportes analógicos. Otros países de la Unión la incluyeron mucho antes y otros mucho después: Francia y Portugal en 1985, Italia en 1992, Grecia en 1993, Alemania en 1964. Para un estudio sobre la historia la compensación equitativa por copia privada en Alemania, *vid.* GAITA, K., y CHRISTIE, A. F., «Principle or Compromise? Understanding the Original Thinking Behind Statutory Licence and Levy Schemes for Private Copying», en *Intellectual Property Quarterly*, núm. 4, 2004, pp. 422-447. En Suecia, el primer sistema fue introducido en 1982; a primeros de los años 90 fue abolido y posteriormente fue reintroducido en el año 1999.

mo, se trata de aminorar los efectos negativos de este límite y compensar los ingresos dejados de percibir como consecuencia de este tipo de copias, gravando los distintos soportes (tales como los CD-R/RW o los DVD-R/RW³⁸) y materiales que sean idóneos para hacer copias privadas, almacenarlas o realizar ambas funciones simultáneamente³⁹. La aplicación del límite de copia privada en el entorno digital exigía que todos estos instrumentos fueran gravados.

La compensación equitativa no ha sido siempre la misma, sino que ha ido evolucionando con arreglo al desarrollo tecnológico, y ha ido cubriendo nuevos soportes y equipos paulatinamente. Todo empezó con el acuerdo entre ASIMELEC (Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones) y cinco entidades de gestión y continuó con la Disposición Transitoria única de la Ley 23/2006, de 7 de julio, y la Orden Ministerial PRE/1743/2008, de 18 de junio. Aunque incluso antes del Acuerdo podíamos ver «retazos» del canon en el ámbito digital.

1. LA SITUACIÓN ANTES DEL ACUERDO ENTRE ASIMELEC Y LAS ENTIDADES DE GESTIÓN

De la redacción del artículo 25 LPI anterior a la reforma de la Ley 23/2006, y, en consecuencia, anterior al Acuerdo entre ASIMELEC y las entidades de gestión, ya se podía derivar la extensión de la compensación al entorno digital. El apartado segundo decía literalmente: «*Esa remuneración se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar dicha reproducción [...]»*, lo que servía de argumento para gravar los aparatos y

³⁸ Los CD-R y DVD-R son soportes que permiten almacenar en ellos fonogramas o grabaciones audiovisuales, pero una vez grabados, no se pueden borrar y fijarlos de nuevo. Sin embargo, los CD-RW y DVD-RW sí permiten la grabación de contenidos varias veces, pudiendo borrarlos y volverlos a grabar.

³⁹ Sentencias que declaran la idoneidad de los CD-R/RW y los DVD-R/RW como soportes generadores del pago de la compensación: sentencia de la Sección 4ª de la AP de La Coruña, de 5 de mayo de 2008 (AC 2008/1113); sentencia de la Sección 28ª de la AP de Madrid, de 31 de julio de 2007 (Westlaw. JUR 2007/326079); sentencia de la Sección 1ª de la AP de Pontevedra, de 4 de mayo de 2007 (Westlaw. JUR 2007/279988); sentencia de la Sección 6ª de la AP de Málaga, de 20 de febrero de 2007 (Westlaw. JUR 2007/174961); sentencia de la Sección 4ª de la AP de Murcia, de 22 de febrero de 2007 (AC 2007/1381); sentencia de la Sección 5ª de la AP de Málaga, de 19 de septiembre de 2006 (AC 2006/1569); sentencia de la Sección 1ª de la AP de Tarragona, de 3 de julio de 2006 (AC 2007/519); sentencia de la Sección 8ª de la AP de Alicante, de 30 de noviembre de 2005 (Westlaw. JUR 2006/97137); sentencia de la Sección 7ª de la AP de Valencia, de 31 de julio de 2005 (Westlaw. JUR 2005/96289); sentencia de la Sección 15ª de la AP de Barcelona, de 20 de julio de 2005 (Westlaw. JUR 2006/45859); sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, de 14 de junio de 2007 (AC 2007/1617); sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cádiz, de 28 de mayo de 2007 (AC 2007/1618); sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 16 de marzo de 2007 (AC 2007/521); sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona, de 8 de marzo de 2007 (Westlaw. JUR 2007/290835) y de 10 de enero de 2007 (AC 2007/1625); sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, de 8 de noviembre de 2005 (Westlaw. JUR 2006/42819); sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Barcelona, de 2 de enero de 2002 (AC 2007/1984).

soportes digitales que permitían el almacenamiento de obras y prestaciones, y la realización de copias privadas⁴⁰.

Las tarifas establecidas en ese régimen no diferenciaban entre en el entorno analógico y el digital. Aunque en ningún sitio se decía que fueran para el entorno analógico exclusivamente. En concreto, se gravaba lo siguiente (art. 16 RD 1434/1992):

DESCRIPCIÓN	CANON (por unidad de grabación)
Equipos o aparatos de reproducción de fonogramas	100 Pts. (0,60 €)
Equipos o aparatos de reproducción de videogramas	1.100 Pts. (6,61 €)

DESCRIPCIÓN	CANON (por hora de grabación)	CANON (por minuto de grabación)
Materiales de reproducción sonora	30 Pts. (0,18 €)	0,50 Pts. (0,005 €)
Materiales de reproducción visual o audiovisual	50 Pts. (0,30 €)	0,833 Pts. (0,00833 €)

La amplitud con que la Ley utiliza los términos «equipos», «aparatos», «materiales» y «soportes», y la definición que de ellos establece el artículo 15.1.a) y b) del RD 1434/1992, permitiría incluir fácilmente los equipos y soportes digitales⁴¹. Así, dentro de los equipos de reproducción de fonogramas y videogramas podrían encuadrarse los aparatos que permiten la elaboración de copias privadas. Y dentro de los materiales de reproducción sonora, visual o audiovisual, los soportes materiales para su almacenamiento (CD-R/RW, DVD-R/RW...).

⁴⁰ En este sentido también, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El derecho de autor en Internet... op. cit.*, pp. 471-474.

⁴¹ Señala el artículo 15.1.a) y b) RD 1434/1992: «A los efectos de la aplicación de la remuneración compensatoria se entenderá: a) Por «equipos o aparatos»: el conjunto, interconectado y articulado, de elementos físicos que permitan la reproducción. b) Por «materiales»: los elementos físicos utilizables como soporte conjunto de la correspondiente reproducción». Los redactores del Real Decreto fueron previsores ante la posible evolución y desarrollo de las técnicas de reproducción de obras y prestaciones protegidas.

2. EL ACUERDO ENTRE ASIMELEC Y LAS ENTIDADES DE GESTIÓN

En un primer momento, los soportes digitales (CD-R/RW Audio y Data, DVD-R/RW Vídeo y Data) fueron gravados expresamente a raíz de un acuerdo firmado entre ASIMELEC y cinco entidades de gestión (SGAE, AISGE, EGEDA, AIE y DAMA)⁴². Los constantes procesos judiciales en los que dichas entidades reclamaban a los fabricantes de soportes digitales unas cantidades por los soportes «Data» y las elevadas tasas que imponían los jueces, llevaron a la firma de este acuerdo el 30 de julio de 2003⁴³. A partir del mismo, el canon, que tradicionalmente se aplicaba únicamente a las cintas vírgenes de audio y vídeo, comienza a cobrarse también en los soportes digitales, si bien, a la hora de determinar la compensación, no se distinguió entre CD-R o DVD-R y los CD-RW o DVD-RW.

Si bien se establecieron tres fórmulas para calcular la compensación⁴⁴, en la medida en que algunos de sus parámetros dependían de la realización de estudios técnicos y de mercado, las partes acordaron determinar la compensación a aplicar a los materiales y soportes en las cuantías que se señalan a continuación, para el período que iba desde la entrada en vigor del Acuerdo (1 de septiembre de 2003) hasta que finalizara su eficacia el 31 de diciembre de 2005. Dichas cantidades se prorrogarían por períodos semestrales sucesivos si, al llegar la fecha anterior, no se habían aprobado, por el órgano competente, unas tarifas específicas para los materiales y soportes objeto del Acuerdo, sin perjuicio de la obligación que se previó de conseguir un nuevo acuerdo que sustituyera al que se encontrara vigente en cada momento. Las cantidades señaladas eran las siguientes:

⁴² Sociedad General de Autores y Editores; Artistas e Intérpretes Sociedad de Gestión; Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales; Sociedad de Artistas, Intérpretes o Ejecutantes; y Derechos de Autor de Obras Audiovisuales, Entidad de Gestión.

⁴³ La extensión del canon al entorno digital en otros países de nuestro entorno se ha realizado también a partir de procedimientos judiciales donde las entidades de gestión presionaban para que así fuera. Por ejemplo, en Bélgica, en noviembre de 1997, la entidad de gestión belga *Auvibel* emprendió acciones contra *Hewlett Packard*, sobre la base de que la comercialización por ésta de grabadoras de CDs sin pagar la compensación establecida constituía una infracción de derechos de propiedad intelectual, tal como aparece en el artículo 55 de la Ley belga. El Tribunal de Primera Instancia de Bruselas desestimó la demanda, al entender que las personas físicas o jurídicas que adquirirían estos dispositivos y los correspondientes soportes digitales los utilizaban principalmente por razones profesionales, como el almacenamiento de datos, y que la copia privada de obras protegidas sólo ocurría de forma marginal (ref. 97/6126/A).

⁴⁴ Una para los materiales y soportes específicos de reproducción sonora: tarifa audio * coeficiente de comprensión * coeficiente de durabilidad. Otra para los materiales y soportes específicos de reproducción visual o audiovisual: tarifa vídeo * coeficiente de comprensión * coeficiente de durabilidad. Y una tercera para los materiales y soportes digitales polivalentes de reproducción sonora y/o visual o audiovisual: [(tarifa audio * hábito de grabación audio) * coeficiente de comprensión * coeficiente de durabilidad] + [(tarifa vídeo * hábito de grabación vídeo) * coeficiente de comprensión * coeficiente de durabilidad].

	AUDIO	VÍDEO	DATA	
	CD-R/RW	DVD-R/RW	CD-R/RW	DVD-R/RW
Ejercicio 2003	0,30 €	0,70 €	0,13 €	0,30 €
Ejercicio 2004	0,30 €	0,70 €	0,13 €	0,30 €
Ejercicio 2005	0,35 €	0,70 €	0,16 €	Acuerdo

La compensación, fijada ya por disco, quedaría como sigue:

	AUDIO	VÍDEO	DATA	
	CD-R/RW 80 minutos	DVD-R/RW 120 minutos	CD-R/RW 700 MB	DVD-R/RW 4,7 GB
Ejercicio 2003	0,40 €	1,40 €	0,17 €	0,60 €
Ejercicio 2004	0,40 €	1,40 €	0,17 €	0,60 €
Ejercicio 2005	0,47 €	1,40 €	0,22 €	Acuerdo

El resultado de la negociación supuso una rebaja bastante considerable respecto a lo que el usuario tendría que pagar si se aplicaran las sentencias donde se resolvían los conflictos de reclamación de estas cantidades. Como se puede observar, se distingue entre los soportes Audio y Vídeo, por un lado, y los soportes «Data», por otro, cobrándose menos por éstos últimos, pues en ellos se puede almacenar tanto contenidos protegidos por la propiedad intelectual como contenidos no protegidos. Además, el canon fijado en el Acuerdo era por hora de grabación, no por disco. Respecto de los DVD-R/RW Data, las partes acordaron fijarla, para el ejercicio 2005, en función de los resultados de un estudio de mercado de estos soportes.

Por aquel entonces, muchos países europeos ya gravaban estos soportes con el canon, si bien las cantidades eran bien diferentes de las españolas, como muestra el siguiente cuadro:

	AUDIO	VÍDEO	DATA	
	CD-R/RW	DVD-R/RW	CD-R/RW	DVD-R/RW
Francia	0,45 €	1,25 €	0,26 €	1,58 € por disco
Alemania	0,06 €	0,08 €	0,07 €	0,08 €
Italia	0,23 €	0,29 €	0,23 €	0,87 € por disco

En Portugal no estaba definido aún el canon para los soportes digitales.

3. LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA DE LA LEY 23/2006, DE 7 DE JULIO

A través de la Disposición Transitoria única de la Ley 23/2006, de 7 de julio, se estableció un régimen transitorio, válido hasta que se aprobó la Orden Ministerial que fija la lista de soportes y dispositivos gravados por el canon⁴⁵. De no haberse previsto este régimen, los nuevos soportes digitales y los nuevos sistemas de reproducción habrían quedado exentos de la compensación hasta que se hubiera aprobado la Orden.

En la lista que aparece en la DT única se distinguen las tres modalidades de reproducción previstas en el artículo 25.1 LPI: libros y publicaciones asimiladas, fonogramas y grabaciones audiovisuales. Y, dentro de cada modalidad, se diferencia entre los aparatos o sistemas de reproducción y los soportes materiales (es el llamado «modelo mixto»)⁴⁶.

Respecto a la primera, la DT única se refiere únicamente a los equipos o aparatos de reproducción digital, dejando fuera los soportes materiales de reproducción mixta (CD-R/RW Data y el DVD-R/RW Data), a pesar de que son idóneos para almacenar todo tipo de contenidos en formato digital⁴⁷. Si bien es cierto que estos soportes no almacenan únicamente libros o publicaciones asimiladas, sino también fonogramas y grabaciones audiovisuales, o incluso contenidos que no son objeto de la propiedad intelectual, ello debería afectar a la cuantía del canon y reducirla razonablemente, y no utilizarlo como excusa para negar la compensación en estos casos. Otros soportes que no fueron gravados fueron los llamados «pendrive» o memorias USB, a pesar de ser idóneos para almacenar copias privadas⁴⁸.

⁴⁵ El régimen es más provisional que transitorio. El apartado tercero de la DT única de esa Ley señala que la primera Orden Ministerial que fije la lista de equipos y soportes digitales sujetos a la compensación por copia privada «tendrá efectos a contar desde la entrada en vigor de esta Ley». De esta manera, el régimen previsto en el primer apartado no era un régimen transitorio, en el sentido de que las situaciones nacidas antes de la Orden Ministerial se fueran a regular por ese régimen de la Ley una vez aprobada la Orden, sino que se regulaban por ésta, que, en teoría, iba a disponer una retroactividad máxima.

⁴⁶ Se aplica este modelo también en Francia, Alemania, Bélgica, Portugal e Italia. En cambio, otros países, como Holanda, aplican la compensación únicamente a los soportes materiales, pero no a los equipos.

⁴⁷ Estamos ante una exclusión injustificada, sobre todo si tenemos en cuenta la definición de «libro» contenida en el artículo 2.a) de la Ley 10/2007, del Libro, la Lectura y las Bibliotecas: «obra científica, artística, literaria o de cualquier otra índole que constituye una publicación unitaria en uno o varios volúmenes y que puede aparecer impresa o en cualquier otro soporte susceptible de lectura». Se incluyen expresamente los libros electrónicos (*e-books*) y los que se publiquen o difundan por Internet o en otro soporte que pueda aparecer en el futuro.

⁴⁸ Es criticable la propuesta de CARBAJO CASCÓN, que defiende el establecimiento del canon por medio de una cláusula general que se refiera a cualquier soporte óptico, electrónico o magnético, conocido o que se invente en el futuro, pues puede haber dispositivos que no sean idóneos para hacer copias privadas. Según este autor, todos los soportes y aparatos reproductores deberían incluirse en el pago de la compensación. Vid. CARBAJO CASCÓN, F., *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*, Colex, Madrid, 2002, p. 134.

Por otro lado, dentro de la lista de equipos de reproducción de libros y publicaciones asimiladas en formato electrónico, devengan la compensación los siguientes:

DESCRIPCIÓN		CANON (por unidad)
Escáneres o equipos monofunción que permitan la digitalización de documentos		9 €
Equipos multifuncionales de sobremesa con pantalla de exposición cuyo peso no supere los 17 kilos y la capacidad de copia no sea superior a 29 copias por minuto, capaces de realizar, al menos, dos de las siguientes funciones: copia, impresión, fax o escáner		15 €
Equipos o aparatos con capacidad de copia	Hasta 9 copias por minuto	15 €
	Desde 10 hasta 29 copias por minuto	121,71 €
	Desde 30 hasta 49 copias por minuto	162,27 €
	Desde 50 copias por minuto en adelante	200,13 €

Respecto a la segunda y tercera modalidad de reproducción, se gravaron los equipos o aparatos digitales de reproducción de fonogramas (0,60 €) y los equipos o aparatos digitales de reproducción de videogramas (6,61 €). Sin embargo, se trataba de una previsión bastante vaga y que podía llevar a error, pues permitía que aparatos que no sirven para almacenar ni para realizar copias privadas, estuvieran gravados (por ejemplo, un mero reproductor de CDs o DVDs). Se debió haber distinguido los siguientes dispositivos:

- Los que tienen únicamente una función de visualización o audición (ej. reproductor de CDs o DVDs sin capacidad de grabación, los *Discman*...). Este tipo de equipos no deberían estar sujetos al canon porque no permiten la realización de copias privadas ni almacenarlas.
- Los que tienen capacidad potencial de almacenamiento pero no tengan incidencia real en la confección de copias privadas (ej. los ordenadores para coches, las cámaras de fotos digitales, las cámaras de vídeo digitales). También deberían estar excluidos por la misma razón que los anteriores.
- Los que tienen simplemente una función de almacenamiento (ej. los reproductores mp3 y mp4, los teléfonos móviles con capacidad de almacenamiento de ficheros mp3 o mp4). Se asimilan a los soportes materiales (CDs o DVDs). Si bien no estaban incluidos en esta lista de la Ley 23/2006, sí debieron haberse incluido, al permitir almacenar las copias privadas realizadas.

- Los que tienen la doble función de grabación y reproducción (ej. las grabadoras de DVDs con disco duro de almacenamiento) y los que sólo tienen la función de grabación (ej. las grabadoras de CDs o DVDs, las grabadoras de archivos mp3...). Estos equipos son los que aparecen en la DT única y quedan sujetos a la compensación equitativa. Además, están gravados con independencia de si permiten grabar únicamente CDs, sólo DVDs o ambos, y de si son de sobremesa o si van incluidos en un equipo musical o en un ordenador⁴⁹.

Y en cuanto a los soportes que aparecen en la lista, encontramos los siguientes:

DESCRIPCIÓN		CANON (por hora de grabación)	CANON (por minuto de grabación)
CD-R/RW Audio		0,35 €	0,006 €
DVD-R/RW Vídeo		0,70 €	0,011667 €
Data	CD-R/RW	0,16 €	0,002667 €
	DVD-R/RW	0,30 €	0,011667 €

Todas estas cantidades procedían ya de la Proposición de Ley para la modificación de la LPI, de 3 de junio de 2005. Como se puede observar, las cantidades relativas a los CD-R/RW Audio y Data suben ligeramente respecto del Acuerdo entre ASIMELEC y las entidades de gestión, mientras que las relativas a los DVD-R/RW Vídeo y Data se mantienen iguales. Además, se establece la compensación tanto por hora de grabación, como por minuto de grabación. En este último caso, se establece una tarifa idéntica tanto si el DVD-R/RW es un soporte «Data» como si no lo es.

Finalmente, otros equipos que sirven para confeccionar y almacenar copias privadas digitales en las tres modalidades no fueron gravados (por ejemplo, los aparatos que incluyan un disco duro o tarjeta de memoria con capacidad de almacenamiento, los asistentes personales digitales o PDAs...), algo que resultó extraño si tenemos en cuenta que la Ley pretendía adaptar la compensación al entorno digital. No se entiende muy bien el por qué de estas exclusiones⁵⁰. En cualquier caso, estos equipos han sido gravados posteriormente con la Orden Ministerial.

⁴⁹ Algunos países europeos, como Bélgica, Alemania o Italia, distinguen entre grabadoras internas y grabadoras externas, sujetándolas a distintas tarifas.

⁵⁰ A favor de su inclusión en la lista se mostraron: GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la legislación de propiedad intelectual...* op. cit., p. 160; CARBAJO CASCÓN, F., «El pulso en torno a la copia privada»... op. cit., p. 33; SÁNCHEZ ARISTI, R., «La copia privada digital»... op. cit., p. 23.

4. LA ORDEN MINISTERIAL PRE/1743/2008, DE 18 DE JUNIO

Como he señalado, el régimen de la DT única de la Ley 23/2006 era un régimen que estaría vigente hasta que se aprobase la Orden Ministerial que fijara los equipos y soportes gravados por la compensación⁵¹. Estas tarifas establecidas en la Orden, según su Disposición final única, se aplicarán hasta el 31 de diciembre de 2009, aunque su vigencia se prorrogará si, llegado el momento, no se ha aprobado la nueva Orden donde queden fijadas otras compensaciones.

El artículo 25.6 LPI se refiere al proceso de elaboración de esa lista, que derivaría en la Orden Ministerial PRE/1743/2008, de 18 de junio, aprobada conjuntamente entre el Ministerio de Cultura y el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. La fijación de las tarifas puede hacerse de muchas formas: 1) directamente a través de una Ley o reglamento; 2) mediante una comisión mediadora arbitral; 3) a través de las entidades de gestión; 4) por la autoridad judicial; 5) por acuerdo contractual entre los acreedores y los deudores. El Considerando 35 DDASI hace referencia expresa a esta última forma de fijarla. Sin embargo, ello no debe llevar a entender que se impiden los restantes métodos de fijación⁵². En España, si bien las asociaciones representativas de los deudores (ASIMELEC y AETIC⁵³) y los representantes de los acreedores (SGAE, CEDRO, AGEDI, AIE, VEGAP, EGEDA, AISGE y DAMA) debían acordar una propuesta para remitirla a los ministerios, donde se incluyera la relación de equipos y soportes gravados, la falta de acuerdo entre ellos hizo que fueran los Ministerios quienes asumieran la obligación de su elaboración⁵⁴.

⁵¹ La OM contradice, en este sentido, a la DT única de la Ley 23/2006, pues no se aplica retroactivamente, que era lo previsto por esta Ley.

⁵² MARÍN LÓPEZ, J. J., «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección»... *op. cit.*, p. 26.

⁵³ Asociación de Empresas de Electrónica, Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones de España.

⁵⁴ En países como Italia, Portugal o Suiza, al igual que en España, es el legislador quien determina la cuantía. En el caso de Francia, Austria y Holanda, se fijan a través de negociaciones con las partes interesadas.

En Bélgica, es el Gobierno el encargado de fijar los equipos y soportes sujetos al canon y de determinar las tarifas. Actualmente, esta cuestión está sometida a negociaciones. Desde la Ley belga de 22 de mayo de 2005, que transpone la DDASI, *Auvibel*, la entidad de gestión belga encargada de la recaudación del canon, está a la espera de que se promulgue un Real Decreto que ejecute las disposiciones allí contenidas. La razón de esta demora es que se están realizando varios estudios de mercado sobre los dispositivos y los soportes que deben estar sujetos al canon.

En Francia, las tarifas son establecidas por una comisión administrativa específica, compuesta por 24 miembros: 12 representantes de organizaciones de titulares de derechos, 6 de fabricantes e importadores, y 6 de organizaciones de consumidores. Un presidente, con un poder de voto específico, representa al Estado y al interés general.

En Alemania, en relación a la compensación por copia privada, la última revisión del UrhG se produjo con la Ley de 1 de enero de 2008. Hasta el 31 de diciembre de 2007, el canon era fijado por el legislador. Sin embargo, ese sistema legal, establecido en 1985, fue derogado. De acuerdo con una regulación provisional, las tarifas anteriores eran aplicables hasta la conclusión de nuevos acuerdos con las asociaciones que representan a la industria de contenidos, pero no debía prorro-

En la Orden se pueden distinguir las siguientes categorías: equipos de reproducción de libros y publicaciones asimiladas; equipos de reproducción de fonogramas y videogramas; equipos de reproducción de fonogramas, videogramas y de libros y publicaciones asimiladas; soportes específicos para almacenar fonogramas y videogramas; soportes para almacenar tanto fonogramas y videogramas como libros y publicaciones asimiladas.

Respecto de la modalidad de reproducción de libros y publicaciones asimiladas, la cuestión queda como sigue en la Orden Ministerial:

Las diferencias respecto del régimen anterior son las siguientes. En primer lugar, se diferencian los equipos multifuncionales, según sean de inyección de tinta o láser, pagando más éstos últimos. Desciende la tarifa anterior respecto de este tipo de sistemas. En segundo lugar, dichos equipos multifuncionales no se gravan por la capacidad de copia como antes (sólo se gravaban los que hacían hasta 29 copias por minuto), sino que ahora se hace más hincapié en el peso: si no supera los 17 kilos, quedarán gravados con esa tarifa, pero si lo superan, serán considerados «equipos o aparatos con capacidad de copia» y serán gravados en función del número de copias por minuto que permitan. En

garse más allá del 1 de enero de 2010. Desde el 1 de enero de 2008, ZPÜ, la entidad de gestión alemana, tiene que negociar con las asociaciones de fabricantes e importadores antes de establecer nuevas tarifas. Las negociaciones están aún en proceso.

En Italia, las tarifas se fijarán por Decreto del Ministerio de Cultura, después de haber oído al Comité de Derecho de Autor, conforme al artículo 190, y a las asociaciones más representativas de fabricantes de dispositivos y medios. Se deberá tener en cuenta la aplicación o no de medidas tecnológicas (art. 102quarter) y el diferente impacto de la copia digital y la copia analógica. El Decreto deberá revisarse cada tres años. Actualmente, la compensación está regulada en el Decreto Legislativo núm. 68, de 9 de abril de 2003. En Italia, el Ministro Nacional de Patrimonio y Cultura fijó las cantidades a través de decreto, después de haber escuchado los consejos de un Comité formado por expertos en derecho de autor y por representantes de la industria de la cultura.

En Holanda, una de las modificaciones del régimen sobre la copia privada tiene que ver con la manera en que se fijan y determinan las tarifas de la compensación. Hasta ahora, esos dos aspectos eran determinados únicamente por la entidad de gestión *SONT* (*Stichting Onderhandelingen Thuiskopievergoeding*), de acuerdo con el artículo 16.e) de la Ley de Derecho de Autor de 1912. Aunque *SONT* es aún la entidad designada en esta área, el Gobierno quería también tener la facultad de especificar las reglas y condiciones para la determinación de la forma y las tarifas de la compensación. Las tarifas son establecidas dentro de un cuerpo de negociación en el cual tanto los titulares de derechos como la industria están igualmente representados. Las tarifas están basadas en un estudio de mercado independiente que se hace anualmente sobre los usos que los consumidores hacen de soportes y equipos. Durante el año 2007 hubo encuentros informales entre el Ministro de Justicia, los titulares de derechos y la industria implicados en la compensación por copia privada. Estas reuniones tenían como objetivo aconsejar al Ministerio de Justicia en 2008 sobre la renovación del sistema vigente entonces. Sin embargo, dicho sistema sigue congelado, a la espera de que el Ministro tome alguna decisión pronto en base a esos consejos.

Finalmente, en Portugal las tarifas de la compensación por copia privada se encuentran establecidas en la Ley 62/1998, modificada por la Ley 50/2004, de 24 de agosto (arts. 81 y 82). La recaudación se hace a través de la entidad de gestión *AGECOP*. Las tarifas únicamente pueden ser establecidas por Ley aprobada por el Parlamento.

DESCRIPCIÓN		CANON (por unidad)
Equipos multifuncionales de sobremesa, de inyección de tinta, con pantalla de exposición, cuyo peso no supere los 17 kilos, capaces de realizar, al menos, dos de las siguientes funciones: copia, impresión, fax o escáner (si supera dicho peso, será considerado como «equipo o aparato con capacidad de copia»)		7,95 €
Equipos multifuncionales láser de sobremesa, con pantalla de exposición, cuyo peso no supere los 17 kilos, capaces de realizar, al menos, dos de las siguientes funciones: copia, impresión, fax o escáner (si supera dicho peso, será considerado como «equipo o aparato con capacidad de copia»)		10 €
Escáneres o equipos monofunción que permitan la digitalización de documentos		9 €
Equipos o aparatos con capacidad de copia	Hasta 9 copias por minuto	13 €
	Desde 10 hasta 29 copias por minuto	127,70 €
	Desde 30 hasta 49 copias por minuto	169 €
	Desde 50 hasta 69 copias por minuto	197 €
	De 70 o más copias por minuto	227 €

tercer lugar, descendiendo el canon de los equipos capaces de hacer hasta 9 copias por minuto, pero aumenta en el resto de casos, y en una cuantía considerable. Y, finalmente, respecto de los equipos o aparatos con capacidad de copia, se modifica el acotamiento de las copias por minuto: se gravan los equipos que permitan desde 50 hasta 69 copias por minuto y, por otro lado, los que permitan 70 o más copias.

En cuanto a la modalidad de reproducción de fonogramas y videogramas, se gravan los dispositivos reproductores de fonogramas, videogramas y de otros contenidos sonoros, visuales o audiovisuales en formato comprimido (mp3 y mp4), con un canon de 3,15 € por unidad. Con la Orden, al contrario de lo que sucedía en el régimen «provisional», no se distingue entre los equipos reproductores de fonogramas y los equipos reproductores de videogramas, pagándose ahora la misma cantidad por unos y por otros. Además, se mantiene el problema que ya señalé: la Orden grava no sólo los dispositivos aptos para realizar copias privadas, sino también cualquier tipo de dispositivo que permita disfrutar de las mismas, siendo lo correcto aplicar el canon sólo respecto de dispositivos que permi-

DESCRIPCIÓN	CANON (por unidad)
Grabadora de discos compactos específicos	0,60 €
Grabadora de discos compactos mixtos	0,60 €
Grabadora de discos versátiles específicos	3,40 €
Grabadora de discos versátiles mixtos o de discos compactos y versátiles	3,40 €

tan realizar o almacenar copias privadas⁵⁵. El tenor literal de la Orden nos llevaría a gravar, entonces, un reproductor normal de CDs o DVDs⁵⁶. Es más, de incluirlos, no se sabría por qué la Orden incluye los equipos de reproducción de fonogramas y videogramas y deja fuera los equipos de reproducción de libros y publicaciones asimiladas (como *e-books*), que también permiten la visualización, la audición e incluso, en algunos casos, el almacenamiento de contenidos protegidos. Una interpretación correcta debería llevar a excluir los meros reproductores de CDs y DVDs, para así ser más acordes con el criterio de la idoneidad objetiva. En cualquier caso, la Orden debería haber sido más precisa en este sentido.

Por otro lado, se incluye una lista de equipos de grabación de fonogramas, videogramas y de libros y publicaciones asimiladas, que quedan gravados del siguiente modo:

En cierta medida, y a diferencia del régimen anterior, se aclara que las grabadoras de CDs y DVDs quedan gravadas con la compensación, al ser aptas para realizar copias privadas. Añadiendo otra diferencia, se señala que los equipos de reproducción de libros y publicaciones asimiladas también quedarán sujetos al canon. Además, cabe señalar que las grabadoras tanto de soportes Data como de soportes específicos, tienen establecida la misma compensación. Hay que tener presente también que se gravan por unidad de grabación, y no por aparato, pues podría ocurrir que un mismo aparato grabador de DVDs tuviera dos pletinas con dicha función y, en ese caso, quedarían gravadas las dos y no el aparato grabador en su conjunto.

Continuando con la Orden, ésta se refiere también a una serie de equipos que funcionarían como soportes para almacenar fonogramas y videogramas. En concreto, los siguientes:

⁵⁵ En Grecia se gravan los dispositivos de grabación, sin especificar más. En Suiza no están gravadas las grabadoras de CDs y DVDs normales, sino sólo cuando cuenten con disco duro; tampoco los teléfonos móviles que cuenten con función de reproducción de fonogramas en formato comprimido.

⁵⁶ Aquí «reproducción» se refiere a los equipos que permiten la audición o visualización de contenidos protegidos y los que permiten su almacenamiento, y no los que permiten su grabación, que quedarán gravados en otra categoría.

DESCRIPCIÓN	CANON (por unidad)
Discos duros integrados o no en un equipo, idóneos para la reproducción de videogramas y fonogramas ⁵⁷	12
Discos duros que estén integrados en equipos descodificadores de señales de televisión digital ⁵⁸	12 €
Teléfonos móviles con funcionalidad de reproducción de fonogramas en formato comprimido ⁵⁹	1,10 €

Dos novedades importantes que incluye la Orden son, en primer lugar, la inclusión en la lista de equipos gravados de los discos duros, salvo los discos duros de ordenador, que quedan excluidos expresamente por el artículo 25.7.b) LPI. Se incorpora, a este respecto, una definición de dichos dispositivos para despejar las posibles dudas que pudieran surgir y siguiendo el mandato de dicho precepto. Y, en segundo lugar, se incorporan también al listado los teléfonos móviles que permitan reproducir fonogramas. La cuestión es: ¿por qué los teléfonos móviles que permitan reproducir fonogramas sí y los que permitan reproducir videogramas no? Hoy en día, la tecnología permite reproducir y almacenar vídeos en los teléfonos, por lo que no se entiende muy bien por qué se excluyen.

Finalmente, quedan gravados los soportes para almacenar fonogramas, videogramas y libros y publicaciones asimiladas (discos, memorias USB y otras tarjetas de memoria):

Las diferencias con el régimen de la DT única de la Ley 23/2006 son claras. Una, ahora se gravan los soportes por unidad, y no por hora de grabación. Dos, se distingue entre los soportes regrabables y los no regrabables, y no entre los

⁵⁷ Estos discos duros son todos aquellos que no estén afectados por la definición que establece la Orden Ministerial de los mismos. El apartado primero.2 de la Orden establece dicho concepto: «Conforme el párrafo b) del apartado 7 del artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual y a los efectos en él previstos se entiende por «disco duro de ordenador» el dispositivo de almacenamiento magnético de un ordenador en el que se aloja el sistema operativo de dicho ordenador, al cual está conectado con carácter permanente, de forma que éste solo y exclusivamente pueda servir de disco maestro o del sistema en el sentido de que su conexión sólo le permite adoptar esa funcionalidad y no la de disco esclavo».

⁵⁸ Quedan excluidos del pago durante el primer año de vigencia de la Orden. También están sujetos al canon en Alemania, Francia y Bélgica.

⁵⁹ La gran mayoría de Estados miembros no aplican el canon a los teléfonos móviles. Quedan gravados también en Francia, donde, en mayo de 2008, se introdujeron nuevas tarifas sobre los teléfonos móviles con función de reproducción de fonogramas. Estos teléfonos deben cumplir los siguientes requisitos: a) tener una memoria de, al menos, 128 MB; b) tener *software* específico para los archivos musicales y botones específicos para la función de reproductor musical; c) restitución del contenido de audio o vídeo. Las tarifas varían desde 1€ a 10€ por teléfono, y de 5€ a 50€ por los discos duros insertados en los teléfonos multimedia. La nueva regulación es temporal, pues las nuevas tarifas se introducirán a lo largo del 2009.

DESCRIPCIÓN	CANON (por unidad)
Discos compactos no regrabables	0,17 €
Discos compactos regrabables	0,22 €
Discos versátiles no regrabables	0,44 €
Discos versátiles regrabables	0,60 €
Memorias USB y otras tarjetas de memoria no integradas en otros dispositivos	0,30 €

soportes específicos Audio o Vídeo y los Data, como hacía la DT. Tres, las tarifas disminuyen. Cuatro, se incorporan las memorias USB y otras tarjetas de memoria, que sirven para almacenar contenidos protegidos.

En general, y respecto de otros países de nuestro entorno, España tiene unas tarifas que están muy por encima de las establecidas en Alemania, pero muy por debajo de las aplicadas en Francia⁶⁰.

En conclusión, y como se puede ver, la Orden contiene una regulación mucho más minuciosa y detallada que la recogida en la DT única, si bien siguen sin resolverse algunas cuestiones que, de *lege ferenda*, sería oportuno que se vieran reguladas. En cualquier caso, la LPI prevé que dicha lista sea revisada, también de forma conjunta, cada dos años, si bien es cierto que esa periodicidad bienal puede reducirse en función de la evolución tecnológica y las condiciones del mercado (art. 25.6 LPI). El objetivo de esta medida es poder incluir así las novedades que vayan surgiendo como consecuencia del desarrollo tecnológico.

IV. ORIGEN Y CARACTERÍSTICAS DE LOS CRITERIOS DEL ARTÍCULO 25.6.4º LPI

El apartado 4º del artículo 25.6 LPI establece una serie de criterios que las partes negociadoras y los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, debieron tener en cuenta a la hora de aprobar la Orden Ministerial conjunta y que deben aplicar igualmente cuando se produzca la revisión de la misma. Estos criterios no son nuevos, sino que ya se fueron gestando desde hace unos años.

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN

Al tratarse de criterios aplicables a la hora de determinar la compensación en el ámbito digital, éstos ya se previeron en el primer escalón hacia la «digitali-

⁶⁰ Para conocer las tarifas aplicables en otros países europeos, *vid.* Anexo.

zación» del canon: la DDASI. El Considerando 35 contenía algunos parámetros para determinar la forma, las modalidades y la cuantía de la compensación. En concreto: las circunstancias de cada caso concreto, el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de derechos, si los titulares de derechos han recibido una retribución de algún tipo como parte de un canon de licencia, y el grado de utilización de medidas tecnológicas⁶¹. Se añade, además, que si el perjuicio causado al titular del derecho es mínimo, dicha situación no puede dar origen a una obligación de pago.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento el antecedente lo encontramos mucho antes que en la DDASI: el artículo 14 del Real Decreto 287/1989, de 21 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 25 de la Ley 22/1987, de 11 de septiembre, de Propiedad Intelectual. Esta norma creó una Comisión mixta compuesta por titulares de derechos y fabricantes e importadores, encargada de fijar, entre otras cosas, el importe de la entonces llamada «remuneración», las normas para el cobro del derecho, el procedimiento de pago y las exenciones. Ese precepto disponía 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. Además, *«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»*. Ya se apuntaron aquí criterios importantes a utilizar a la hora de fijar el canon, si bien en el entorno analógico: la calidad y duración de las reproducciones, las características de los equipos y soportes, la capacidad de reproducción... Se trataba de una lista abierta de criterios, como prueba el último inciso *«cualquier otro que se considere necesario»*.

Posteriormente, y entretanto se transponía la Directiva a nuestro ordenamiento, el Acuerdo entre ASIMELEC y las entidades de gestión incluyó algunos de ellos. Ambas partes mantuvieron negociaciones en orden a establecer y fijar los criterios para la determinación de la compensación equitativa por copia privada aplicable a determinados materiales y soportes digitales que permiten dicho tipo de reproducción. Entre dichos criterios, las partes tomaron en consideración los siguientes: los hábitos de grabación de obras y prestaciones; la incidencia de esos hábitos en el mercado profesional y doméstico; actuaciones y producciones objeto de remuneración por copia privada; la durabilidad de los materiales y soportes objeto del Acuerdo; y la especial incidencia que para la capacidad de grabación de dichos materiales y soportes tienen los sistemas de compresión de datos. En este primer momento, ya se vio la necesidad de tener

⁶¹ La sentencia de la Sección 1ª de la AP de Tarragona, de 3 de julio de 2006 (AC 2007/519), y de la Sección 15ª de la AP de Barcelona, de 20 de julio de 2005 (Westlaw. JUR 2006/45859), ya señalaron la importancia de los criterios apuntados en la DDASI y de la necesidad de aplicarlos a la hora de fijar las tarifas respecto de los soportes y equipos gravados. En la sentencia de la AP de Barcelona destaca el voto particular emitido por el Excmo. Magistrado D. Jordi Lluís Forgas Folch, que es quien se hace eco de las reglas del Considerando 35 DDASI.

en cuenta una serie de datos objetivos y estadísticos con el fin de que la determinación de la compensación no fuera algo arbitrario, sino que se ajustara lo más posible al verdadero perjuicio que se causa a los titulares de derecho.

En el camino hacia la Ley 23/2006, el Anteproyecto de Ley, de 21 de junio de 2005, preveía ya un artículo 25.6.4º LPI con los siguientes criterios: a) el perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos por las reproducciones para uso privado, teniendo en cuenta que si el perjuicio causado es mínimo, no podrá dar origen a una obligación de pago; b) el grado de uso de dichos equipos, aparatos o soportes materiales para la realización de las reproducciones a que se refiere el apartado primero de este artículo; c) la capacidad de almacenamiento de los equipos, aparatos o soportes materiales; d) la calidad de las reproducciones; e) la disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas; y f) la vida útil de los equipos, aparatos o soportes materiales⁶². Se amplía la lista de criterios y así se mantiene en el Proyecto de Ley de 26 de agosto de 2005⁶³.

En el trámite de enmiendas en el Congreso, se propusieron otras reglas a tener en cuenta a la hora de elaborar la lista de equipos y soportes, si bien desaparecieron del texto final⁶⁴. Cabe destacar los siguientes:

- El desarrollo de la sociedad de la información (Enmienda núm. 48, del Grupo GIU-IV-ICV). La justificación que se dio era que se trataba de un criterio necesario a la hora de establecer el canon, para no limitar derechos de los ciudadanos a través de importes excesivos.
- La promoción y la tutela del acceso a la cultura y la información (Enmiendas núm. 49, del Grupo GIU-IV-ICV, y 125, del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana)⁶⁵. Este criterio buscaría respetar los derechos constitucionalmente reconocidos y evitar la imposición de un canon excesivamente elevado, algo que iría en detrimento de este fomento.

Otros criterios, en cambio, fueron sustituidos. Por ejemplo, en la Enmienda 65, del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, se proponía la sustitución del criterio relativo a la vida útil de los equipos, aparatos o soportes materiales,

⁶² Este criterio lo han propuesto también SERRANO GÓMEZ, E., «El derecho de remuneración compensatoria por copia privada», en *La protección de la Propiedad Intelectual*, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. 12, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 189-190, y ROGEL VIDE, C., «La copia privada de obras literarias y su régimen jurídico», en *Nuevos estudios sobre propiedad intelectual*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 108. Proponen el pago de una cantidad única que cubra toda la vida previsible del equipo.

⁶³ BOCG, Congreso, 26 de agosto de 2005, núm. 44-1.

⁶⁴ BOGC, Congreso, 30 de noviembre de 2005, núm. 44-10.

⁶⁵ Criterio propuesto igualmente por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés, en su Enmienda núm. 37, una vez que el texto pasó al Senado. *Vid.* BOCG, Senado, 21 de abril de 2006, núm. 53(c).

por el del tiempo de conservación de las reproducciones, que se ha mantenido en la redacción final. La mayor o menor durabilidad y el estado de la reproducción serán factores importantes en la mayor o menor realización de copias privadas.

El Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) propuso, en la Enmienda 81, la supresión, dentro del primer criterio, de la condición de «*si el perjuicio causado al titular es mínimo, no podrá dar origen a una obligación de pago*». Lo razona en que no existe una aplicación del principio de equidad con esto, pues, en realidad, para que existiera un tratamiento equitativo debería decirse que si el perjuicio causado al titular es mínimo, la compensación también será mínima, en lugar de inexistente.

En la Enmienda núm. 106, del Grupo Parlamentario Popular, se proponía, como criterio a tener en cuenta, el hecho de que cuando los titulares de derechos ya hayan recibido una retribución de algún tipo, tal como la contraprestación económica fijada en una licencia, no haya que efectuar un pago específico o por separado. Con esto, quizá, se trataba de evitar la doble retribución que podría originarse al pagar, por un lado, lo establecido en la licencia, y, por otro, la compensación. Este criterio aparecía en el Considerando 35 DDASI, pero no se incluyó finalmente, quizá porque resultaba innecesario, pues de las copias que son autorizadas y que no están sujetas al régimen de la copia privada, no puede surgir el derecho a la compensación, pues, como señalé, ésta precisamente se reconoce para compensar las cantidades dejadas de percibir como consecuencia del límite. Siendo copias licenciadas y por las que se ha pagado un precio, no generarán la compensación equitativa.

En el texto remitido por el Congreso al Senado, los criterios eran idénticos a los que se aprobarán en el texto final, si bien no estaba incluido aún el que hoy ocupa la letra g) (proporcionalidad respecto del precio final)⁶⁶. A su paso por el Senado, se propusieron una serie de enmiendas interesantes⁶⁷.

En la Enmienda núm. 20, el Grupo Parlamentario de Senadores de Coalición Canaria proponía la modificación del texto de la letra c) por el siguiente enunciado: «*La capacidad máxima de almacenamiento de los soportes materiales habida cuenta del índice de compresión que permiten los equipos*». A juicio de este Grupo, los índices de compresión que permiten los equipos constituyen elementos determinantes del impacto económico que tiene la copia privada digital, que es uno de los elementos recogidos en el Considerando 38 DDASI y que hay que tener en cuenta para su adecuación⁶⁸.

⁶⁶ BOCG, Senado, 29 de marzo de 2006, núm. 53(a).

⁶⁷ BOCG, Senado, 21 de abril de 2006, núm. 53(c).

⁶⁸ El Considerando 38 DDASI se refiere a la necesidad de que los Estados miembros, a la hora de regular el límite de copia privada, tengan debidamente en cuenta, respecto a su aplicación, las di-

Ese mismo Grupo Parlamentario, en la Enmienda núm. 21, previeron la adición del siguiente apartado: «*El importe de la compensación se incrementará anualmente en todo caso de acuerdo con las variaciones que experimente el índice de precios al consumo*». Este criterio no quedó reflejado en el texto final.

Ambas enmiendas fueron también propuestas por don Eduardo Cuenca Cañizares, del Grupo Parlamentario Mixto (Enmienda núm. 61). En relación al primer criterio relativo al perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos, no entiende el Senador por qué motivo cualquier clase de perjuicio que se produzca a los titulares debe quedar sin compensar. Es más, la remuneración es una condición para que sea admisible. Además, en el Proyecto de Ley no se establece ningún criterio que permita medir el perjuicio.

El Grupo Parlamentario Socialista, en la Enmienda núm. 74, añadió el criterio de la letra g) del artículo 25.6.4º LPI: «*Los importes correspondientes de la compensación aplicables a los distintos tipos de equipos y aparatos deberán ser proporcionados económicamente respecto del precio medio final al público de los mismos*». Se trata con ello de asegurar que la compensación se mantendrá dentro de unos márgenes razonables desde el punto de vista económico.

En el texto aprobado por el Senado, el artículo 25.6.4º LPI contenía ocho criterios. Además de los remitidos por el Congreso, se añadieron el propuesto por el Grupo Parlamentario Socialista, en la letra h), y el relativo a la necesidad de fomentar el acceso y difusión de la cultura y la información, en la letra g)⁶⁹. En la aprobación definitiva por el Congreso, se elimina la letra g) anterior y se mantiene el criterio propuesto por el Grupo Parlamentario Socialista (antigua letra h)⁷⁰.

Así, en el texto final del artículo 25.6.4º LPI, quedan incluidos los siguientes criterios a tener en cuenta a la hora de elaborar y modificar la lista de equipos y soportes sujetos a la compensación equitativa: a) el perjuicio efectivamente causado al titular de los derechos; b) el grado de uso de los equipos y sopor-

ferencias existentes en el entorno analógico y en el entorno digital, pues en éste último la reproducción para uso privado tiene un mayor impacto económico para los titulares de derechos. Señala lo siguiente: «*Debe facultarse a los Estados miembros para que establezcan una excepción o limitación al derecho de reproducción en relación con determinados tipos de reproducción de material sonoro, visual y audiovisual para uso privado, mediante una compensación equitativa. Ello puede suponer la introducción o el mantenimiento de los sistemas de retribución para compensar a los titulares de los derechos por los perjuicios sufridos. Aunque las diferencias existentes entre tales sistemas de retribución afecten al funcionamiento del mercado interior, en lo que respecta a la reproducción privada analógica, dichas diferencias no deben tener efectos significativos en el desarrollo de la sociedad de la información. La copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico. Por consiguiente, deben tenerse debidamente en cuenta las diferencias entre la copia privada digital y la analógica, y debe establecerse entre ellas una distinción en determinados aspectos*».

⁶⁹ BOCG, Senado, 31 de mayo de 2006, núm. 53(e).

⁷⁰ BOCG, Congreso, 3 de julio de 2006, núm. 44-22.

tes para elaborar copias privadas; c) la capacidad de almacenamiento; d) la calidad de las reproducciones; e) la disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas; f) el tiempo de conservación de las reproducciones; g) la proporcionalidad entre el canon y el precio medio final que paga el público por los equipos y soportes.

En Alemania, por citar un país vecino donde expresamente se prevé esta cuestión, a la hora de fijar las cuantías, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios (§ 54 UrhG): a) la utilización real de los dispositivos y soportes para la copia privada; b) la capacidad de los dispositivos y soportes; c) si los soportes son grabables o regrabables; d) el canon no puede perjudicar a los fabricantes; e) la compensación debe ser económicamente apropiada al precio del producto.

2. CARACTERÍSTICAS DE LOS CRITERIOS DEL ARTÍCULO 25.6.4º LPI

Los criterios del artículo 25.6.4º LPI gozan de una serie de características que conviene tener presentes a la hora de aplicarlos. En primer lugar, se trata de criterios obligatorios, tal como se deduce del tenor literal del precepto («[...] *deberán tener en cuenta* [...]»). Las partes implicadas, dentro del proceso de negociación, y, en todo caso, los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio debieron aplicarlos a la hora de hacer la Orden Ministerial y deberán utilizarlos igualmente a la hora de modificarla. Además, se han de usar todos respecto de cada equipo o soporte gravado. El orden a la hora de aplicarlos es indiferente, pero se deben usar los siete que allí aparecen.

En segundo lugar, se trata de principios orientativos, lo que significa que cabe tener en cuenta otros distintos. Estamos ante una lista abierta de criterios (el precepto señala que «[...] *deberán tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes criterios* [...]»). Las partes implicadas deben tener en cuenta los que aparecen en el artículo 25.6.4º LPI, pero pueden acoger otros distintos que puedan influir en la determinación de los equipos o soportes sujetos al canon o en el establecimiento de la cuantía. Otros principios a tener en cuenta podrían ser los que se plantearon en el proceso legislativo que dio lugar a la Ley 23/2006: el acceso a la cultura, el fomento de la sociedad de la información... Ahora bien, no cabe aplicar criterios o tal cantidad de criterios que desvirtúen, de alguna manera, el fin de la compensación equitativa, que es, como es sabido, compensar debidamente los ingresos dejados de percibir por los titulares de derechos como consecuencia de las copias privadas que hacen los usuarios de las obras y prestaciones.

En tercer lugar, aunque el artículo del que venimos hablando parece referirse sólo a la primera orden ministerial («[...] *a los efectos de aprobación de la orden conjunta a que se refiere la regla anterior* [...]»), nada impide que se deban tener en cuenta, igualmente, cuando se revisen cada dos años las futuras listas

de equipos y soportes gravados. A la hora de revisar las sucesivas órdenes ministeriales, estos criterios son aplicables también, pues puede ocurrir que un nuevo equipo o soporte surgido deba quedar sujeto al canon o al contrario, que un equipo o soporte que está gravado deba quedar excluido del listado porque apenas se utiliza para realizar copias privadas y, por tanto, se causa un perjuicio nulo o mínimo para los titulares de derechos.

Cabría pensar que lo anterior podría entrar en conflicto con la facultad que se otorga al Gobierno, en el artículo 25.7.d) LPI, de establecer, mediante real decreto, excepciones al pago de la compensación cuando quede acreditado suficientemente que el destino o uso final de los equipos y soportes no va a ser la reproducción para uso privado. O incluso con la posibilidad prevista igualmente para el Gobierno en el artículo 25.24 LPI, de determinar reglamentariamente los tipos de reproducciones que no deben considerarse para uso privado a los efectos del pago de la compensación, y los equipos y soportes exceptuados del pago de la misma atendiendo a la peculiaridad del uso o explotación a que se destinen. Sin embargo, tal conflicto no llegaría a plantearse, pues mientras que estos dos preceptos se refieren a supuestos que no constituyen copias privadas o a aparatos o soportes que no son idóneos para realizarlas o almacenarlas, los criterios del artículo 25.6.4º LPI aluden a casos de reproducciones que sí constituyen copias privadas y a equipos y soportes que sí cumplen ese principio de idoneidad objetiva, pero que deben quedar excluidos⁷¹. Los criterios sirven para ajustar el canon a las características de cada equipo o soporte que sirve para realizar o almacenar reproducciones para uso privado, no para determinar lo que es copia privada y lo que no.

En cuarto lugar, el listado de criterios se tiene que aplicar tanto a la hora de establecer lo que está gravado por la compensación, como a la hora de establecer las cuantías. Siguiendo el principio de idoneidad objetiva y atendiendo a estos criterios, se deberán determinar los equipos que permiten la elaboración de copias privadas y los soportes que sirven para almacenarlas. Además, una vez que tenemos ese listado de equipos y soportes, se han de usar los principios para determinar la cuantía del canon para cada uno de ellos, atendiendo a sus características y al impacto que provocan respecto a la explotación de obras y prestaciones.

⁷¹ El TS, en su sentencia de 3 de septiembre de 2008, señaló que la autorización concedida al Gobierno a través del anterior artículo 25.10 LPI (actual apartado 24) no sólo le obliga a atender a las peculiaridades técnicas de los equipos a la hora de establecer reglamentariamente las excepciones, sino también «a las exigencias que pueden derivarse de la evolución tecnológica y del mercado en el sector». Estas reglas se formulan como criterios técnicos y de discrecionalidad en la apreciación de la evolución tecnológica y del mercado, y por ello deben ser interpretadas literalmente, siempre que no estén en contradicción con los criterios fijados por la ley. *Vid.* la base de datos del CENDOJ: <http://www.poderjudicial.es>, y el *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, Marg. núm. 2008/4641. Se trataba de un caso que enfrentó a JVC España, S.A. y varias entidades de gestión, donde se reclamaba el abono de la compensación equitativa por copia privada, por la comercialización de soportes de vídeo de paso igual o superior a 12,7 mm.

En quinto lugar, el fin de estos criterios es que se tengan debidamente en cuenta las diferencias entre el entorno analógico y el digital, el desarrollo de los avances tecnológicos y el impacto económico que produce la copia a que se refiere el artículo 31.2 LPI en ese último ambiente. También las diferencias que puedan existir dentro del propio entorno digital (por ejemplo, no se puede gravar de la misma manera un CD-R, cuya capacidad de almacenamiento es de 700 MB, que una memoria USB con capacidad de almacenamiento de 2 GB).

Además, estos criterios, y en particular el relativo al perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos por la copia privada, deberían tenerse en cuenta no sólo por el legislador a la hora de establecer la cuantía de la compensación, sino también por las entidades de gestión para que, a la hora de hacer el reparto, garanticen su percepción únicamente a aquellos titulares de derechos que realmente hayan sufrido perjuicios como consecuencia del límite. Es decir, tendrían un doble uso: 1) externo, referido a la fijación del canon a abonar por los deudores; 2) interno, relativo a la distribución del mismo entre los titulares. El apartado segundo de la Orden se ocupa de los porcentajes de reparto de la compensación entre los distintos titulares de las tres modalidades de reproducción (libros, sonido y visual o audiovisual), en función del perjuicio que sufran los titulares de derechos (los titulares de derechos sobre obras musicales y audiovisuales recibirán más, al preverse que se hagan más copias privadas de este tipo de copias).

Finalmente, la última regla que aparece en el artículo 25.6.4º LPI (proporcionalidad del canon respecto del precio medio final que paga el público por el equipo o soporte) parece aludir al famoso equilibrio de intereses de los titulares de derechos en obtener el máximo rendimiento económico posible por la explotación de sus obras y prestaciones, y de los beneficiarios del límite de copia privada en el acceso a las mismas. El importe de la compensación no puede ser tan alto o tan bajo que altere ese equilibrio en beneficio de unos y en perjuicio de otros.

V. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS EN PARTICULAR Y SU APLICACIÓN A LA ORDEN MINISTERIAL PRE/1743/2008

Tras varios meses de retraso, la Orden Ministerial que fija la lista de equipos y soportes sujetos a la compensación por copia privada fue aprobada el 18 de junio de 2008. La elaboración de ese listado se supone que obedece a la aplicación de los criterios contenidos en el artículo 25.6.4º LPI, que son: a) el perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos por las copias privadas; b) el grado de uso de los equipos y soportes; c) su capacidad de almacenamiento; d) la calidad de las reproducciones; e) la disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas; f) el tiempo de conservación de las reproducciones; g) la proporcionalidad entre el canon y el precio medio final. A la vista del listado, ¿se cumplen todos estos criterios?

1. EL PERJUICIO EFECTIVAMENTE CAUSADO A LOS TITULARES DE DERECHOS POR LA COPIA PRIVADA

Se trata de un criterio a través del cual se ha de analizar el daño efectivo, real, que se causa a los titulares de derechos a través del límite de la copia privada. El Considerando 35 DDASI ya lo preveía, si bien hace referencia al posible daño causado a los titulares de derechos. Así también el Considerando 38 DDASI, cuando señala que los sistemas de retribución deben permitir «*compensar a los titulares de los derechos por los perjuicios sufridos*». En la DDASI se habla de daño potencial, y no de daño efectivo como nuestra LPI. Esto significa que no es preciso demostrar que ha existido un daño real, sino que basta con que sea hipotético o razonable⁷². Sin embargo, la compensación ha de ser proporcional al daño sufrido y, en ningún caso, la compensación puede ser simbólica o inexistente, pues en ese caso iría en contra de la regla de los tres pasos (art. 40bis LPI).

Este criterio implica varias cosas. Primero, como ya se indicó, que el artículo 25 LPI no sirve para justificar las copias piratas. Segundo, que ha de fijarse la compensación teniendo en cuenta el diferente impacto económico que produce la copia privada en el entorno analógico y en el entorno digital, mayor en éste último⁷³. La copia privada digital puede propagarse mucho más, tener un mayor impacto económico y causar un mayor perjuicio a los titulares de derechos, por lo que deberán tenerse debidamente en cuenta las diferencias. Algunas de ellas son: a) en el entorno analógico, el titular de derechos no tiene ninguna posibilidad de conocer de forma cierta el número de copias privadas que se llevan a cabo, pues dicha información no se refleja en ningún dispositivo, algo que sí cabe en el entorno digital a través de los distintos dispositivos tecnológicos de control del acceso; b) en el entorno analógico no cabe realizar un número ilimitado de reproducciones, pues las sucesivas copias van perdiendo calidad y contenidos, mientras que en el entorno digital existe una gran facilidad para realizar copias, en un gran número, en poco tiempo y sin que la calidad se vea deteriorada por las sucesivas copias. En la LPI, la distinción entre la copia privada analógica y la copia privada digital no se ha producido en el artículo 31.2 LPI, pues habla de «*reproducciones en cualquier soporte*», lo que otorga un tratamiento conjunto con los mismos requisitos para ambos regímenes, sino en el artículo 25. A la hora de regular la compensación por copia privada

⁷² En el mismo sentido, HUGENHOLTZ, GUIBAULT y GEFFEN. *Vid.* HUGENHOLTZ, P. B.; GUIBAULT, L.; GEFFEN S., *The Future of Levies in a Digital Environment...* op. cit., p. 36. En contra, KÉRÉVER, que entiende que la indemnización sólo cabe si hay perjuicio efectivo a los titulares de derechos. *Vid.* KÉRÉVER, A., «European Directive on the Harmonization of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society», en *Copyright Bulletin*, vol. XXXV, núm. 1, 2001, p. 13.

⁷³ Así aparece expresamente en el Preámbulo de la Ley 23/2006 cuando se dice: «*la reforma del régimen de copia privada introduce las debidas diferencias entre en entorno analógico y el digital, ya que la copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico*».

sí se tienen en cuenta las diferencias y se prevé un régimen diferente para una y otra. Dichas diferencias también han sido consideradas a la hora de fijar la lista de equipos y soportes gravados: a través de la LPI en el caso de la copia privada analógica, y mediante la Orden Ministerial en el supuesto de la copia privada digital.

Una novedad que ha introducido la Orden Ministerial, atendiendo a este primer criterio, ha sido la inclusión de unas cantidades máximas y mínimas de dinero que se pretenden recaudar en concepto de compensación por copia privada, y que funcionan como límites a partir de los cuales la Orden debe ser revisada para corregir las posibles desviaciones, transcurrido el primer año de aplicación (se pretende computar lo recaudado entre el 1 de julio de 2008 y el 30 de junio de 2009). Se trata de una previsión que ninguna otra ley europea ha incluido en su ordenamiento. El fin es claro: garantizar que la recaudación del canon se ajusta a la cuantificación del perjuicio estimado. El apartado tercero establece los niveles máximos y mínimos para las modalidades de reproducción: a) para el caso de reproducciones de obras divulgadas en forma de libros y publicaciones asimiladas, la horquilla oscila entre los 37.200.000 y los 34.800.000 euros; b) para el caso de reproducciones de fonogramas u otros soportes sonoros y de reproducción visual o audiovisual, el máximo se sitúa en los 80.600.000 euros y el mínimo en 75.400.000 euros. Se considera que se realizarán más copias privadas en el sector musical y audiovisual, que en el sector literario. El mayor perjuicio vendrá de ese primer tipo de reproducciones. Pues bien, el canon establecido para cada soporte o equipo será revisado con el objeto de que las cantidades devengadas se sitúen dentro de esos límites⁷⁴. Así, si la cantidad recaudada en cada una de las modalidades no alcanza el mínimo previsto, tendrán que revisarse al alza. Y si la cantidad de recaudada en cada una de las modalidades supera el umbral máximo, se revisarán a la baja. Sin embargo, no se señala si la revisión se realizará respecto del canon de todos los equipos y soportes de la modalidad que no llegue o se pase del límite, o si bien únicamente se elevará o se reducirá el importe del canon del soporte o equipo específico que no alcance o supere las ventas esperadas. En este sentido era más esclarecedor el Borrador de la Orden, de 17 de diciembre de 2007, donde se decía que la revisión al alza se refería tan solo a las tarifas de aquellos aparatos o soportes cuyas ventas no alcanzaran las previsiones recogidas en el Anexo, y que la revisión a la baja hacía referencia únicamente a las tarifas de los equipos y soportes cuyas ventas superaran dichas previsiones. Ese Anexo establecía las unidades estimadas que se esperaba vender de cada soporte o equipo, así como los ingresos que se iban a obtener:

⁷⁴ En ese apartado tercero se indica que el procedimiento de revisión se ajustará a las reglas contenidas en el artículo 25.6 LPI, con lo que a la hora de realizar esos ajustes, deberán tenerse en cuenta los criterios que estamos viendo.

CATEGORÍA		CANON	UNIDADES	INGRESOS
Libros y publicaciones asimiladas	Equipo multifunción de inyección de tinta	7,95 €	1.932.797	15.365.736,15 €
	Equipo multifunción láser	10 €	213.852	2.138.520 €
	Escáner	9 €	112.485	1.012.365 €
	Copiadoras hasta 9 cpm	13 €	2.000	26.000 €
	Copiadoras 10-29 cpm	127,70 €	78.700	10.049.990 €
	Copiadoras 30-49 cpm	169 €	26.500	4.478.500 €
	Copiadoras 50-69 cpm	197 €	3.500	689.500 €
	Copiadoras 70 o más cpm	227 €	1.700	385.900 €
Fonogramas y grabaciones audiovisuales	Grabadora de CD	0,60 €	1.500.000	900.000 €
	Grabadora de DVD	3,40 €	520.000	1.768.000 €
	Grabadora mixta	3,40 €	2.080.000	7.072.000 €
	Discos duros no excluidos	12 €	27.000	324.000 €
	Grabadora de TV	12 €	33.000	396.000 €
	Teléfono móvil	1,50 €	5.100.000	7.650.000 €
	MP3	3,15 €	2.370.865	7.468.225 €
	MP4	3,15 €	79.135	249.275 €
Soportes	CD-R	0,17 €	114.500.000	19.465.000 €
	CD-RW	0,22 €	6.500.000	1.430.000 €
	DVD-R	0,44 €	57.000.000	25.080.000 €
	DVD-RW	0,60 €	5.000.000	3.000.000 €
	Memorias USB	0,30 €	4.000.000	1.200.000 €

De esta manera, se establecía el número estimado de unidades que se iban a vender de cada soporte o equipo, y la remuneración que se iba a recaudar por cada uno. Había, por tanto, un doble límite: el límite máximo y mínimo para cada modalidad de reproducción, y el límite relativo a cada soporte o aparato en particular. Si las ventas de uno de estos bienes no llegaban a lo previsto, se debía revisar su canon para aumentarlo y llegar así al límite general mínimo. Y viceversa: si las ventas superaban lo previsto en este Anexo para cada bien, se reducía el canon correspondiente. El sistema del Borrador permite individualizar el equipo o soporte concreto que causa más o menos perjuicio, y revisar su canon para aumentarlo o reducirlo. Mientras que el sistema establecido en la Orden Ministerial no individualiza, no distingue los soportes y equipos concretos, por lo que de tener que revisar al alza o a la baja las tarifas, se realizará sobre todos los equipos y soportes que caigan dentro de la modalidad de reproducción de que se trate.

En cualquier caso, el establecimiento de estos máximos y mínimos supondría más problemas que los que trata de resolver. ¿Por qué se ha determinado que sean esas las cantidades máximas y mínimas y no otras? ¿Qué ocurre si no se llega al mínimo y se ha de aumentar el canon? Porque aquí tendríamos otro límite, que es el último criterio del artículo 25.6.4º LPI: el importe del canon no puede ser desproporcionado en relación con el precio medio final que paga el público por esos equipos y soportes. Además, una eventual subida de la compensación únicamente tendría efectos perjudiciales para ambas partes: a) para los titulares de derechos, que seguramente verían reducidas las ventas de sus obras y prestaciones y aumentadas las copias que no se ajustan a los parámetros del artículo 31.2 LPI, como medida de protesta de los consumidores, dejando, por tanto, de cobrar canon por esas reproducciones; b) para los usuarios, en la medida en que se obstaculizaría el acceso a los contenidos protegidos. Yendo aún más lejos: el establecimiento de máximos y mínimos no respondería al criterio del perjuicio efectivamente causado, pues si las ventas de equipos y soportes quedan por debajo del importe mínimo o se excede el importe máximo consignados en la Orden, ya no se está pagando por el daño efectivamente causado. El hacer estimaciones de las ventas que se producirán de esos elementos no refleja el perjuicio que sufrirán los titulares ni puede usarse como criterio indicativo de las pérdidas que les ocasiona, pues puede ocurrir que se vendan muchos equipos y soportes, y que apenas se utilicen para realizar o almacenar copias privadas, y viceversa. No existe una relación directa entre las ventas de estos equipos y soportes y las copias privadas que se realizarán⁷⁵. Así, la compensación se fija sobre una hipótesis de utilización con independencia de que luego se lleve a cabo efectivamente la reproducción para uso privado.

Habría que esperar, con todo lo que ello conlleva, a que se produjera la revisión de las cantidades para saber si se ajustan o no al daño efectivo. Pero, como

⁷⁵ En este sentido también, SERRANO GÓMEZ, E., «El derecho de remuneración compensatoria por copia privada»... *op. cit.*, pp. 102-103.

	2008	2007	2006
SGAE	16.013.796 €	20.478.000 €	20.985.000 €
AISGE	7.207.444 €	8.539.152 €	9.014.817 €
DAMA	98.143 €	128.891 €	136.774 €
EGEDA	11.500.000 €	8.600.000 €	12.000.000 €
AIE	6.300.000 €	6.836.000 €	6.824.000 €
VEGAP	4.798.139 €	3.528.936 €	1.871.428 €
AGEDI		4.604.000 €	5.522.000 €
CEDRO	37.880.000 €	43.904.882 €	41.120.000 €
TOTAL	83.797.522 € ⁷⁷	96.619.864 €	97.474.019 €

digo, esas cantidades son realmente arbitrarias, ya que no responden en verdad al dinero recaudado por las entidades de gestión en concepto de copia privada, sino que lo superan con creces. Tomando como ejemplo los años 2006, 2007 y 2008, las entidades de gestión recaudaron las siguientes cantidades⁷⁶:

Se puede observar una disminución generalizada, a excepción de EGEDA y VEGAP, en la recaudación del canon de 2007 a 2008. Las entidades de gestión lo achacan al retraso en la aprobación de la Orden Ministerial, algo que, según ellas, fomentó la inseguridad jurídica y el fraude en el pago y liquidación del mismo.

Sin ánimo de ser exhaustivo, si nos vamos a otros países de nuestro entorno, encontramos que⁷⁸:

	2008	2007	2006
<i>Auvibel</i> (Bélgica)	17.047.784 €	20.283.460 €	20.034.788 €
<i>SACEM</i> (Francia) ⁷⁹	49.127.000 €	51.500.000 €	49.700.000 €
<i>ZPÜ</i> (Alemania)	No disponible	34.649.000 €	34.935.000 €
<i>Thuiskopie</i> (Holanda)	17.000.000 €	19.249.000 €	19.866.000 €

⁷⁶ Fuente: las correspondientes memorias de cada una de las entidades de gestión, que se pueden consultar en sus respectivas páginas web.

⁷⁷ No se ha computado la recaudación de AGEDI en 2008, pues su página web, a día 07.09.2009, se encontraba en construcción.

⁷⁸ Fuente: las correspondientes memorias de cada una de las entidades de gestión, que se pueden consultar en sus respectivas páginas web.

⁷⁹ SACEM es la entidad de gestión francesa que agrupa a *Copie France* y *Sorecop*.

Como se puede observar, en el caso español las cantidades quedan muy por debajo del límite mínimo establecido en la OM. Es cierto que con la OM se gravan equipos nuevos, sin embargo, ¿es esa excusa para que exista tanta diferencia? Además, la tendencia recaudatoria es descendiente (salvo respecto de CEDRO, AIE y VEGAP), es decir, de un año a otro se ha recaudado menos dinero en este concepto, algo que puede ser debido quizá a dos hechos⁸⁰. Uno, que cada vez son menos las copias privadas que se hacen. Los usuarios están abandonando los soportes tradicionales (CD y DVD) y apostando por los reproductores mp3 y mp4, que se pueden llevar a cualquier lado y conectar a muchos dispositivos, y en donde, en la mayoría de los casos, se almacenan copias que no son privadas (descargas de P2P). Dos, obedece también al revuelo y malestar social que implica el canon digital. Este es uno de los efectos negativos de querer extender el canon a todo lo que permite hacer o almacenar copias privadas. Extender el canon a todos estos bienes idóneos que existen en la actualidad o que pudieran surgir en el futuro tiene, al menos tres efectos inmediatos⁸¹. El primero, se reducirá el número de usuarios que realizan este tipo de copias y que, por ende, pagan la compensación. El segundo, dicha expansión afectará negativamente a la industria digital, distorsionando los mercados emergentes. Y tercero, si los usuarios tienen que pagar por todos y cada uno de los equipos y soportes digitales, muchos pensarán que estarán legitimados para usar los contenidos protegidos como ellos consideren más apropiado, cometiendo importantes abusos.

Por otro lado, este primer criterio no se queda aquí, sino que el artículo 25.6.4º LPI añade que: «*si el perjuicio causado al titular es mínimo no podrá dar origen a una obligación de pago*». Esta parte puede ser utilizada para excluir del pago del canon: 1) los equipos y soportes de reproducción digitales que, a pesar de ser idóneos para realizar o almacenar copias privadas, apenas se utilizan para ello⁸²; 2) los aparatos y soportes de reproducción digitales que no se usan para hacer o almacenar ese tipo de copias. Sin embargo, esta previsión presenta algunos problemas y deja ciertos interrogantes sin respuesta:

⁸⁰ Algo muy distinto señalaba el Dictamen de la Comisión Asesora sobre la Sociedad de la Información del Ministro de Industria sobre el canon, de 16 de mayo de 2006. La estimación de la evolución de ingresos incluida en este documento es, realmente, sorprendente y no se ajusta a lo aquí señalado. La recaudación no es, como indica el Dictamen, creciente, sino decreciente. *Vid.* texto del dictamen en Internet: http://www.todoscontraelcanon.es/IMG/pdf/Dictamen_de_la_Comision_Asesora_sobre_la_Sociedad_de_la_Informacion_del_Ministro_de_Industria_sobre_el_canon.pdf. Este documento no aparece en el sitio web del Ministerio de Industria.

⁸¹ HUGENHOLTZ, P. B., GUIBAULT, L., y GEFFEN, S. v., *The Future of Levies in a Digital Environment... op. cit.*, p. 41.

⁸² Imaginémos un reproductor de libros electrónico que incorporara una pequeña memoria de almacenamiento de libros electrónicos. A pesar de ser idóneo para almacenar copias privadas de obras literarias, seguramente se dejaría fuera de la lista de equipos y soportes gravados por el escaso desarrollo y auge de este mercado. El mercado de los *e-books* (los libros digitales o digitalizados) y de los reproductores de este tipo de obras aún no está plenamente desarrollado. Las razones son básicamente dos: 1) no se ha creado todavía un reproductor que «mitigue» los posibles daños a la vista que puede causar el estar leyendo directamente de una pantalla similar a la de un

- ¿Cuándo se considera que el perjuicio es mínimo? Podríamos interpretar que el perjuicio es mínimo cuando la recaudación no alcanza el límite mínimo establecido en el apartado tercero de la Orden Ministerial. Si no se llega al límite mínimo de recaudación es porque determinado equipo o soporte apenas se usa para realizar copias privadas y, en consecuencia, causa un perjuicio ínfimo a los titulares de derechos. Pero de entenderlo así, si la recaudación no llega al umbral mínimo, no cabría la revisión al alza, como pretende ese apartado, sino que directamente habría que dejar ese soporte o equipo excluido del canon. Sería conveniente fijar una cantidad para determinar cuándo estamos ante un perjuicio mínimo, en definitiva, cuándo estamos ante un soporte o equipo cuya recaudación no alcanza el umbral mínimo porque apenas se usan para realizar copias privadas.
- ¿Se ha pretendido con esto excluir de la lista a los soportes «data» porque producen un perjuicio mínimo a los titulares de derechos, al permitir también el copiado de contenidos no protegidos por la propiedad intelectual? Al contrario de lo que hacía la DT única de la Ley 23/2006, que distinguía entre los soportes materiales digitales específicos de reproducción (Audio y Vídeo) y los mixtos (donde se incluyen los soportes «Data»), la Orden Ministerial no hace tal distinción, sino que únicamente se refiere a los discos compactos y discos versátiles regrabables y no regrabables. ¿Significa esto que los soportes «Data» quedan excluidos de la lista? Evidentemente no. Y ello por dos razones fundamentales a) cumplen el requisito de la idoneidad objetiva para almacenar copias privadas; b) la Orden Ministerial, grava con el canon las grabadoras de discos compactos mixtos y de discos versátiles mixtos, por lo que no tendría sentido incluir las grabadoras de soportes «Data» si luego no se incluyen este tipo de soportes. Lo que debería haber hecho la Orden es distinguir entre los CD-R/RW Audio y los CD-R/RW Data, y entre los DVD-R/RW Vídeo y los DVD-R/RW Data, pues no va a causar el mismo perjuicio un disco que únicamente permite la grabación de obras y prestaciones protegidas, que un disco que permite eso y, además, contenidos no protegidos por la propiedad intelectual. Si aplicamos adecuadamente el primer criterio del artículo 25.6.4º LPI, los segundos deberían estar gravados con una cantidad menor que los primeros, pues causan un perjuicio menor. Ahora bien, si el desarrollo de la técnica permite que en estos soportes «Data» únicamente quepa almacenar contenidos no protegidos, tendrán que ser excluidos de la lista de soportes gravados. De alguna manera debería tenerse en cuenta el número de soportes «Data» que no son empleados para la reproducción de contenidos protegidos. Pero sobre esta cuestión volveré más adelante.

ordenador; 2) el IVA pagado por un *e-book* es de un 16%, mientras que el de un libro en soporte papel es simplemente un 4%. En consecuencia, los lectores van a seguir prefiriendo los libros en papel, a aquellos en soporte electrónico.

- Este último apunte del primer criterio implica la no aplicación del principio de equidad. Para que existiera un tratamiento equitativo, debería decirse que si el perjuicio causado al titular de los derechos es mínimo, la compensación será también mínima, en lugar de inexistente. En caso de lesión mínima, la compensación deberá ser mínima, pero los titulares de derechos no deberían perder el derecho en estos casos⁸³. Si hay perjuicio, tiene que haber compensación, y si no lo hay, no debe haberla.

Finalmente, ¿se ha aplicado rigurosamente este criterio a la hora de elaborar la Orden Ministerial? Varios datos apuntan una respuesta negativa: 1) se gravan con la misma tarifa tanto los soportes específicos de reproducción sonora o audiovisual, como los soportes «data»⁸⁴; 2) lo mismo cabría decir respecto de los reproductores mp3 y mp4, que, a pesar de tener un cada vez mayor impacto estos últimos, se gravan con la misma cantidad; 3) ocurre igual con las grabadoras de discos, tanto si sirven para grabar CDs Audio o Data, o DVDs Vídeo o Data, se gravan con la misma tarifa; 4) no se han incluido los teléfonos móviles que permiten el almacenamiento de vídeos, siendo muy utilizados hoy en día y causando un perjuicio a los titulares de derechos que no se ve compensado a través del canon. En cualquier caso, la determinación exacta del perjuicio causado es prácticamente imposible, pues no cabe un control exhaustivo y pormenorizado de la cantidad de copias privadas que realizan los usuarios. Únicamente puede atenderse a estimaciones o aproximaciones, pero no al perjuicio exacto o efectivo. Esto demuestra que habría sido mucho más correcto y acertado, de cara a mantener ese equilibrio de intereses entre todas las partes implicadas y antes de haber extendido la compensación a los nuevos equipos y soportes digitales, haber realizado un balance y un debate sobre cómo se iba a aplicar en el entorno digital. Se debería haber puesto más atención a la cuestión de qué tipo de copias privadas no causan un perjuicio a los titulares de derechos, o causan un daño mínimo, y cuáles sí lo causan verdaderamente⁸⁵.

2. EL GRADO DE USO DE LOS EQUIPOS Y SOPORTES

Hay que partir de que este criterio se refiere a los soportes y equipos no en su uso normal, sino al uso relativo a la elaboración de copias privadas. Así, esto implica que un equipo o soporte que no nos permite realizar este tipo de co-

⁸³ Así se manifestó EGEDA en su comparecencia ante el Congreso de los Diputados, durante el proceso que dio lugar a la Ley 23/2006. *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Cultura, Sesión celebrada el 17 de octubre de 2005, núm. 392, p. 34. En el mismo sentido, VINJE, T., «Should We Begin Digging Copyrights Grave», en *E.I.P.R.*, 2000, p. 554.

⁸⁴ Esto no ocurre, por ejemplo, en países como Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Portugal, Austria, Suiza o Francia (aquí el canon por un soporte específico llega a triplicar al de los soportes Data). En todos estos países se distinguen uno y otro tipo de soporte.

⁸⁵ En este sentido, HART, M., «The Copyright in the Information Society Directive: an Overview»... *op. cit.*, p. 60.

pias, no podrá estar gravado. Mientras que un dispositivo que sea capaz de hacerlas o almacenarlas, aunque tenga otras funciones principalmente, deberá estar sujeto al canon.

El presente criterio conjuga dos principios que han de utilizarse tanto a la hora de incluir o excluir un soporte o equipo de la lista de bienes gravados, como a la hora de determinar la cuantía de la compensación, y son el principio de la idoneidad objetiva para realizar copias privadas y el principio del grado del uso del equipo o soporte concreto.

El principio de la idoneidad objetiva constituye la regla que ha de seguirse en nuestro ordenamiento para gravar con el canon los distintos soportes y equipos. Según el *Diccionario* de la Real Academia Española (RAE), «idóneo» significa «*adecuado y apropiado para algo*». Por tanto, a través de este criterio, únicamente van a estar sujetos los bienes que, por ser adecuados y apropiados para ello, permitan hacer copias privadas, almacenarlas o ambas funciones simultáneamente (el artículo 25.2 LPI habla de «*equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para realizar dicha reproducción*»). Este principio fue introducido por la Ley 20/1992, de 7 de julio, que modificó la redacción del artículo 25 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual. El concepto de idoneidad utilizado en esta Ley no era sinónimo de mera aptitud o capacidad técnica de almacenar o elaborar copias privadas, sino que siempre se han tenido en cuenta otros criterios como el destino o uso final de los equipos y materiales⁸⁶. Tradicionalmente se ha seguido este criterio en España, en lugar de optar por el criterio del soporte específicamente destinado a la reproducción de obras y prestaciones protegidas o el de uso primario o utilización preferente, que podrían dejar fuera de la obligación de pagar la compensación a muchos soportes y equipos que se utilizan para realizar copias privadas⁸⁷. Y es que el hecho de que un dispositivo no tenga como función principal el elaborar copias privadas pero que esta función se incluya entre las que tiene, no justifica el que sea excluido del pago del canon (por ejemplo, un disco duro de ordenador o un teléfono móvil)⁸⁸. El que un soporte o equipo que tenga varias funciones o varios usos se venda mucho no debe llevar a afirmar, al menos de una manera categórica, que se vayan a usar para almacenar o elaborar repro-

⁸⁶ Esto explicaría el listado de excepciones contenido en el artículo 15.2 RD 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre. En dicho listado aparecen equipos y materiales idóneos, en el sentido de ser susceptibles de almacenar o realizar copias privadas de obras y prestaciones protegidas, pero que, tal como explica el Preámbulo, por razones cualitativas no se utilizan, normalmente, en ese sentido.

⁸⁷ CEDRO y SGAE, en sus intervenciones en el trámite legislativo de la Ley 23/2006, pusieron de manifiesto que el criterio del uso preferente debe tenerse en cuenta a la hora de determinar la tarifa que debe imputarse a un determinado equipo o soporte, y no para decidir si éste es idóneo o no. *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Cultura, Sesión celebrada el 17 de octubre de 2005, núm. 392, pp. 12 y 22 respectivamente.

⁸⁸ LEWINSKI, S. v., «Stakeholder Consultation on Copyright Levies in a Converging World – Response of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Munich», en *IIC*, 1/2007, pp. 66-67.

ducciones para uso privado. Una cosa es la idoneidad y otra el destino efectivo que se les dé.

El principio de la idoneidad objetiva fue una de las cuestiones más debatidas durante la tramitación de la Ley 23/2006 y, en particular, la matización que se incluía en el apartado 2 del artículo 25 LPI. La redacción de este apartado en el Proyecto de Ley, de 26 de julio de 2005, complementaba el principio de idoneidad con el del destino de los equipos y materiales, diciendo lo siguiente: «*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*». Posteriormente, el Pleno del Congreso suprimió el inciso «*y que se utilicen preferentemente*», que no volvió a aparecer en ningún otro momento de la tramitación parlamentaria.

Podría pensarse que el criterio del grado del uso se refiere a dos cosas:

- 1) Las funciones del equipo o soporte: esto llevaría a gravar con un canon mayor aquellos soportes y equipos que estén destinados única o primordialmente a hacer copias privadas, menor cuando tengan otros usos o funciones principales, e inexistente cuando apenas se utilicen o no se usen en la práctica. De este criterio se sigue que la cantidad de compensación a pagar debería reflejar la frecuencia de uso de ese soporte o equipo y debería estar relacionado con el valor de las obras y prestaciones que son reproducidas⁸⁹.
- 2) Que, dentro de los que son idóneos y permiten copias privadas, sólo deben gravarse los que efectivamente se utilizan para ello. Habría que distinguir el criterio del grado del uso, tal como acabamos de ver, del criterio del uso efectivo. Conforme a este último, sólo los equipos y soportes digitales que sean utilizados efectivamente para almacenar o elaborar copias privadas estarían sujetos al canon. Esta regla chocaría con la de la idoneidad objetiva, pues puede ocurrir que un equipo, siendo idóneo para elaborar copias privadas, o un soporte, siendo idóneo para almacenarlas, no sea gravado porque no haya sido utilizado en la práctica para ello. Aunque, por otro lado, y como anteriormente señalé, sería el criterio que mejor casaría con la cualidad que debe tener la compensación: «equitativa».

Este criterio puede resultar contradictorio con la regla anterior relativa a que cuando el perjuicio sea mínimo, la compensación deberá ser inexistente. Imaginémos una PDA, un navegador GPS o una cámara de fotos digital con cierta capacidad de almacenamiento (en un caso para documentos y en otro

⁸⁹ LEWINSKI, S. v., «Stakeholder Consultation on Copyright Levies in a Converging World – Response of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Munich»... *op. cit.*, p. 66.

para mapas). Según el primero de los criterios, como se produce un perjuicio mínimo porque apenas se utilizan para hacer copias privadas, no deberían estar gravados con el canon. Sin embargo, conforme al criterio del grado de uso, como son idóneos para almacenar copias privadas y a pesar de ser utilizados para otras funciones, deben dar lugar al pago de la compensación, si bien será mínima porque el grado de uso para los fines que estamos viendo es más bien escaso. Está claro que estos aparatos no tienen incidencia real en la confección de copias privadas, luego deberían quedar exentos⁹⁰. Otra cosa será las tarjetas de memoria que pueden ser utilizadas con estos dispositivos, que sí deberán estar gravadas porque muchas de ellas sirven tanto para equipos destinados específicamente a almacenar copias privadas como para equipos cuya función principal no es esa.

Por otro lado, este principio va a servir a las entidades de gestión que representan a los acreedores del canon para eximirlos de la obligación de demostrar que el destino final de los equipos y soportes de grabación ha sido, efectivamente, la elaboración de copias para uso privado. Lo contrario supondría someter a los acreedores a una prueba diabólica que ni siquiera aparece exigida en nuestro Derecho. A este respecto destaca la sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 8 de marzo de 2005⁹¹. La demandada se dedicaba a comercializar cintas de vídeo vírgenes, por las cuales no pagaba la compensación equitativa por copia privada. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y basa el derecho al canon no en el supuesto destino del soporte, de difícil acreditación, sino en la idoneidad del material utilizado para la realización de ese tipo de copias. Ya en apelación, la Audiencia entiende que los soportes comercializados por la apelante son idóneos para la copia privada y, por tanto, han de estar sujetos al pago del canon del artículo 25 LPI. En estos casos, la actora tiene que acreditar la comercialización de un producto de reproducción videográfica sometido al pago del canon legal y a la demandada le corresponde la acreditación tanto del destino final de los soportes como de la autorización para la reproducción de obra de tercero mediante el abono del canon pertinente. El tener que probar el destino final por parte de la entidad de gestión sería someterla, repito y como dice la sentencia, a una *probatio diabolica*.

No obstante, el principio de idoneidad objetiva pierde relevancia con la Ley 23/2006. Ésta, a la hora de fijar los equipos y soportes digitales sujetos al pago, establece varios filtros: 1) la negociación entre las partes afectadas; 2) la decisión de los Ministerios. En ambas se tendrán en cuenta, como estamos viendo, el grado de uso de dichos equipos o soportes materiales, que es otra forma de hacer mención del destino al que se dedican estos bienes⁹². La regla de que se

⁹⁰ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual... op. cit.*, p. 168.

⁹¹ Westlaw. JUR 2005/100643.

⁹² Así también lo entiende GÓNZÁLEZ GARCÍA, A., «La compensación equitativa por copia privada digital en la Ley 23/2006, de 7 de julio», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 15, 2006, p. 43.

tenga en cuenta el destino o uso final de los equipos y materiales del artículo 25.2 LPI en su versión del Proyecto ha pasado a estar ahora en la letra b) del artículo 25.6.4º LPI.

Pero la regla del grado del uso está presente no sólo en la letra b) del artículo 25.6.4º LPI, sino también en dos apartados más del artículo 25 LPI. En la letra d) del apartado 7, cuando 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 y soportes materiales no sea la reproducción para uso privado. Y en el apartado 24, mediante el cual se faculta al Gobierno para establecer igualmente excepciones al pago atendiendo a la peculiaridad del uso o explotación a que se destinen esos equipos y soportes. No se trata de establecer nuevos requisitos en el límite del artículo 31.2º LPI, algo que sólo puede ser hecho por Ley, sino exceptuar dispositivos que, siendo idóneos en principio, no se usan para hacer copias privadas.

Pues bien, ni el principio de la idoneidad objetiva ni el del grado del uso se han tenido debidamente en cuenta a la hora de elaborar la Orden Ministerial. Y ello por varios motivos:

- Los ordenadores, a pesar de ser equipos idóneos para realizar copias privadas y a pesar de que se utilizan masivamente para ese fin, no están gravados con la compensación (art. 25.7.b) LPI)⁹³. Esta exclusión la ha fundamentado la Ley 23/2006 en que si gravamos los equipos informáticos, ello produciría un encarecimiento de los ordenadores, algo que es contrario al interés general que existe en el máximo desarrollo de la informática en general y de Internet en particular, y que podría afectar negativamente a la explotación en línea de obras y prestaciones. Sin embargo, cierra los ojos ante una realidad evidente que ya he señalado: que los equipos informáticos constituyen un instrumento habitual para el almacenamiento y disfrute de contenidos protegidos por la propiedad intelectual⁹⁴. Esta exclusión es bastante

⁹³ Esta exclusión se incluyó desde el principio, pues ya se encontraba en el Proyecto del Congreso de 26 de agosto de 2005 (BOCG, núm. 44-1). Durante el trámite de enmiendas de la Ley 23/2006 en el Congreso, se propuso eliminar esta excepción de los discos duros de ordenador. Por ejemplo, la enmienda núm. 50, presentada por doña Isaura Navarro Casillas, del grupo GIU-IV-ICV (BOCG Congreso, 30 de noviembre de 2005, Serie A, núm. 44-10).

⁹⁴ En otros Estados de la Unión, los discos duros de ordenador están exentos bien por Ley (Grecia) o bien por los pronunciamientos de los Tribunales (Austria). Por su parte, la Ley italiana ha incluido todos los soportes de grabación de audio y vídeo, tanto analógicos como digitales, citando expresamente el disco duro de los ordenadores y la memoria RAM. Igualmente, la sentencia de la Corte de Apelación de Stuttgart, de 11 de mayo de 2005 (en *ZUM*, 2005, pp. 565-567), ha considerado sujetos al canon ciertos tipos de impresoras y discos duros de ordenador.

El caso de Alemania es curioso. En respuesta a la solicitud de la entidad de gestión *VG-Wort* de establecer una compensación de 30 € sobre los ordenadores, la Junta de Arbitraje de la Oficina alemana de Marcas y Patentes decidió, el 4 de febrero de 2003, establecer un canon de 12 € sobre los

criticable a mi juicio, pues no tiene una justificación legal para eximirlos del pago y, además, por su naturaleza arbitraria, puede ser incluso contraria a la regla de los tres pasos⁹⁵.

- Se gravan con la misma cuantía los CDs Audio y los Data (lo mismo para los DVD Vídeo y DVD Data), ignorando así los hábitos de consumo en relación a estos soportes. No se tiene en cuenta que en los soportes Data cabe almacenar contenidos que no están protegidos por la propiedad intelectual. Aunque hay que reconocer que, en cierto modo, sí se tiene en cuenta el grado de uso cuando se grava con distinta tarifa los discos no grabables y los discos regrabables, pues éstos últimos se utilizarán más para realizar copias privadas⁹⁶.
- Un problema similar al anterior es que tampoco se distingue entre los aparatos destinados exclusivamente a la grabación de fonogramas y videogramas, y los que tienen varias funciones, algunas de las cuales no son de grabación. Los primeros deberían estar gravados con un canon mayor que los segundos⁹⁷.
- Las impresoras se dejan también fuera de la lista de equipos gravados. Sin embargo, es oportuno que queden fuera de este régimen, pues a través de una impresora no obtenemos una copia privada digital, sino una copia privada en papel (formato analógico).
- El navegador portátil de Internet: existen ya en el mercado navegadores portátiles de Internet que no aparecen mencionados tampoco en la lista. Se tra-

discos duros de ordenador vendidos en Alemania. Esta decisión no agradó ni a la entidad de gestión mencionada ni a la industria tecnológica. Así, *VG-Wort* inició acciones judiciales contra la industria tecnológica en abril de 2003, buscando recuperar el canon a su propuesta originaria, 30 €. El 15 de diciembre de 2005, la Corte del distrito de Munich ordenó que se pagara el canon de 12 € por los discos duros de ordenador, y no los 30 €. Existe, no obstante, una Decisión del Tribunal de Arbitraje, de septiembre de 2007, por la cual los ordenadores quedarían gravados con un canon de 15 € por unidad, previsión que únicamente fue válida hasta el 31 de diciembre de 2007.

⁹⁵ Parte de la doctrina se muestra contraria también a esta exclusión, teniendo en cuenta la idoneidad de los discos duros de ordenador para reproducir contenidos de todo tipo. *Vid.* CARBAJO CASCÓN, F., «La “larga marcha” de la compensación equitativa por copia privada. A propósito de la sentencia (Sala 1.ª) del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005»... *op. cit.*, p. 43; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Artículo 25»... *op. cit.*, p. 495. Según este último autor, la compensación del artículo 25 LPI no es «equitativa» al dejar fuera de los acreedores de forma injustificada a los fabricantes o adquirentes de discos duros de ordenador. Además, señala que ello puede constituir un incumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 5.5 DDASI.

⁹⁶ Así también en Portugal y Austria, aunque en éste último únicamente respecto de los DVDs.

⁹⁷ La Ley italiana sí los distingue. Los primeros deben abonar una cantidad a tanto alzado que se hará efectiva en el precio que el adquirente final abona al vendedor, mientras que en el caso de los aparatos multifuncionales la cuantía se calcula individualizando la parte del equipo concreta que está destinada a la grabación (por ejemplo, en el caso de un ordenador que incluye una grabadora de DVDs, la cuantía del canon no se calcula sobre el precio total del PC, sino únicamente sobre el valor de la grabadora).

ta de dispositivos, similares a los teléfonos móviles, que se utilizan únicamente para navegar por la Red. Disponen, además, de capacidad de almacenamiento, lo que permite la descarga y archivo de contenidos. De ahí que deban estar gravados con la compensación.

- Podríamos plantearnos una cuestión: atendiendo a este criterio y al anterior del perjuicio efectivamente causado al titular de los derechos, ¿cabría incluir los programas P2P? La respuesta ha de ser negativa por dos motivos: porque los programas de ordenador no están gravados con el canon (art. 25.3 LPI) y porque los archivos descargados a través de ellos no constituyen copias privadas del artículo 31.2 LPI, pues incumplen el requisito del acceso legal a la obra o prestación y de la ausencia de utilización colectiva.

Sin embargo, al igual que el criterio anterior, no estamos ante un factor objetivo para la determinación de la cuantía de la compensación, pues el grado de uso es muy variable y dependerá de las necesidades y gustos de cada sujeto particular⁹⁸. Y menos ayuda aún el que la compensación se trate de una cantidad única y fija, pues de esta manera no se puede tener en cuenta la frecuencia de la utilización de los equipos o, incluso, su ubicación⁹⁹. Lo ideal sería que la compensación se fijara atendiendo a aspectos como el previsible uso que vaya a dársele al equipo, su localización, las características de las personas que van a utilizarlos... Consistiendo en un sistema de cantidad fija y previa a la utilización efectiva de los equipos y soportes, no permitirá tener en cuenta el uso real que se haga de los mismos. A los usuarios les será indiferente la realización de una o mil copias, pues lo pagado en concepto de canon es lo mismo. De esta manera, no se ven limitados en la realización de reproducciones para uso privado, pues las sucesivas copias no van a suponer coste adicional alguno¹⁰⁰.

3. LA CAPACIDAD DE ALMACENAMIENTO

El tercer criterio que aparece mencionado en el artículo 25.6.4º LPI es el de la capacidad de almacenamiento de los equipos y soportes materiales. Esta capacidad de almacenamiento deberá medirse en las unidades típicas de almacenamiento de información (MegaByte, GigaByte, TeraByte...). También deberán tenerse en cuenta dos aspectos. En primer lugar, los índices de compresión que los equipos permiten, algo que resulta imprescindible a la hora de ver el impacto económico que tiene la copia privada digital, pues incrementan la capa-

⁹⁸ SERRANO GÓMEZ, E., «La copia privada en la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Diario La Ley*, núm. 6493, Sección Doctrina, 30 de mayo de 2006, ref. D-133, La Ley 1424/2006.

⁹⁹ SERRANO GÓMEZ, E., «El derecho de remuneración compensatoria por copia privada»... *op. cit.*, p. 103.

¹⁰⁰ GÓMEZ POMAR, F., «La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1993, p. 191.

SOPORTE	CAPACIDAD	DURACIÓN MÁXIMA AUDIO	DURACIÓN MÁXIMA VÍDEO	NÚMERO DE CDs A LOS QUE EQUIVALE
CD	650 MG	1 h. 18 min.	15 min.	1
DVD 1 cara y capa simple	4,7 GB	9 h. 30 min.	2 h. 15 min.	7
DVD 1 cara y doble capa	8,5 GB	17 h. 30 min.	4 h.	13
DVD 2 caras y capa simple	9,4 GB	19 h.	4h. 30 min.	14
DVD 2 caras y doble capa	17 GB	35 h.	8 h.	26
Memoria USB	128 GB	263 h.	60 h.	180

cidad de almacenamiento de los equipos y soportes¹⁰¹. Y, en segundo lugar, las características del soporte en cuestión (si tiene una o dos caras, si es de capa simple o doble capa...) ¹⁰². Esto es relevante porque va a determinar la capacidad del soporte, que puede variar, en gran medida, como muestra el siguiente cuadro¹⁰³:

Aunque la regla parece aplicable únicamente a los soportes de almacenamiento, nada impide aplicarla igualmente a los equipos cuando éstos tengan, además de la función de grabación, algún tipo de capacidad de almacenamiento o disco duro interno (por ejemplo, un DVD grabador con memoria de 20 GB).

Hay quien entiende que la fijación de la cuantía de la compensación atendiendo a la capacidad de los equipos y a la duración de los soportes no refleja el perjuicio que sufren los titulares de derechos¹⁰⁴. Sin embargo, está cla-

¹⁰¹ Algo que ya fue apuntado por AISGE en su comparencia ante el Congreso de los Diputados, durante el trámite de la Ley 23/2006. *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Cultura, Sesión celebrada el 17 de octubre de 2005, núm. 392, p. 58. También lo ha declarado la Sección 4ª de la AP de Murcia, en su sentencia de 22 de febrero de 2007 (AC 2007/1381), donde señala que el tiempo de grabación puede variar en función del sistema de compresión empleado en cada momento.

¹⁰² Los DVD-R/RW de doble capa permiten almacenar más contenidos, hasta 8,5 GB por disco, comparado con los 4,7 GB que permiten los discos con una sola capa. El disco de doble capa se caracteriza porque utiliza una segunda capa física que está ubicada en el interior del disco. El lector de este tipo de DVDs accede a la segunda capa proyectando el láser a través de la primera capa semitransparente. Fuente: <http://es.wikipedia.org/wiki/DVD>.

¹⁰³ Fuente: <http://www.mitecnologico.com/Main/DispositivosDeAlmacenamiento>.

¹⁰⁴ SERRANO GÓMEZ, E., «El derecho de remuneración compensatoria por copia privada»... *op. cit.*, p. 102.

ro que no se van a hacer el mismo número de copias privadas, y por tanto el perjuicio no será igual, teniendo una capacidad de 2 GB que de 50 GB. Así, los soportes de grabación soportarán un canon mayor cuanto más capacidad de almacenamiento tengan (un CD-R cuya capacidad sea de 700 MB estará gravado con menos canon que otro cuya capacidad sea de 1 GB). ¿Se ha tenido esto en cuenta en la OM? Parece que tampoco, y ello por las siguientes razones:

- La OM grava estos equipos y soportes por unidad, no por capacidad de almacenamiento.
- No distingue entre los CD-R o DVD-R y los CD-RW o DVD-RW. Lo mismo ocurre con las memorias USB, que las grava a todas por igual, con independencia de que tengan una capacidad de 1, 2, 20 ó 60 GB.
- No se tienen en cuenta los índices de compresión. En un CD-R caben entre 150-200 canciones en formato MP3 y entre 15-20 canciones si se almacenan en formato «wav» (sin compresión)¹⁰⁵.
- No se cumplen las equivalencias señaladas en la tabla anterior, ni se tienen en cuenta las características de los distintos soportes DVD-R/RW¹⁰⁶.

El régimen provisional de la DT única de la Ley 23/2006 gravaba los soportes materiales digitales por hora de grabación. En estos casos, sí que era necesario establecer una fórmula de conversión para saber a cuánta capacidad equivalía una hora de grabación. A modo de ejemplo, el DVD-R/RW Vídeo estaba gravado con 0,70 euros por hora de grabación, y una hora de grabación equivalía a 2,35 GigaBytes. Esto debería haberse plasmado igualmente en la OM de haberse tenido en cuenta el criterio que ahora comento.

En la mayoría de los países europeos, las tarifas aplicables a los equipos y soportes varían en función de su capacidad de almacenamiento. Así, Francia, Italia, Austria o Suiza establecen una regulación muy detallada de las tarifas, siendo distintas y acordes a la capacidad de almacenamiento que permitan tanto los equipos como los soportes.

¹⁰⁵ Si compramos 100 DVDs vírgenes y grabamos una película en cada uno de ellos, pagamos únicamente 44 € en concepto de canon. Mientras que si las hubiéramos comprado en el mercado, el dinero a pagar habría sido una media de 2.000 €. Lo mismo ocurriría con las canciones. Si compramos 100 CDs vírgenes y grabamos en ellos 20.000 canciones en formato MP3, pagaremos 17 € como compensación, ahorrándonos los 20.000 € que habría costado comprarlas en el mercado (un euro por canción).

¹⁰⁶ Sí ha servido, en cambio, en otros países europeos, para sujetar a una tarifa distinta los DVD-R/RW con doble capa. Entre ellos, Alemania, Bélgica e Italia.

4. LA CALIDAD DE LAS REPRODUCCIONES

Esta regla implica que los equipos que sean capaces de elaborar copias con una alta calidad de imagen, de sonido o de ambos, deben estar sometidos a un canon mayor que otros que no tengan dicha capacidad. Así, por ejemplo, un reproductor que permitiera la grabación de discos *Blu-ray* debería estar gravado con una tarifa mayor que aquel reproductor que únicamente permita la grabación de DVDs normales¹⁰⁷.

El artículo 25.6.4º LPI es bastante escueto en relación a este criterio. Únicamente se refiere a «*la calidad de las reproducciones*», sin determinar si ello va referido únicamente a los equipos de grabación, a los soportes o a ambos. Lo normal es que se refiera a los equipos que sirven para elaborar copias privadas, pues respecto de ellos cabe determinar *a priori* cuál va a ser la calidad de la reproducción almacenada. Sin embargo, también cabe aplicarlo a los soportes. Aunque es cierto que no se puede determinar con antelación cómo va a ser la calidad de la reproducción¹⁰⁸, sin embargo, existen soportes especiales para almacenar contenidos de alta definición (en el mercado ya se pueden adquirir discos vírgenes para grabar obras audiovisuales en alta definición, como los *Blu-ray-R*, que tienen una capacidad de almacenamiento de 25 GB, como mínimo). Estos discos deberán pagar un canon mayor que los DVD-R/RW.

En cualquier caso, la calidad en el entorno digital va a ser, normalmente, alta. La digitalización hace posible que las copias sean exactamente idénticas a los originales y que no se produzca un rápido deterioro de los contenidos como consecuencia de su uso o del paso del tiempo. En comparación con el ámbito analógico, sí se tiene en cuenta este criterio, pues se gravan con un canon mayor los equipos y soportes que permiten copias digitales que los que hacen lo propio pero respecto de copias analógicas. Sin embargo, dentro del entorno digital, la diferenciación en función de la calidad de reproducción no se termina de reflejar, quizá debido a que la evolución tecnológica es más rápida que el legislador o quizá también a lo poco previsor que fue éste al elaborar el listado. El mercado de los equipos y soportes está en constante evolución.

En España, al contrario que en otros países de nuestro entorno, no se han gravado los soportes digitales *Blu-ray*. En Alemania, el asunto se encuentra en negociación en cuanto a los soportes, pero las grabadoras de *Blu-ray* ya están gravadas con 9,21 € la unidad. En Austria también se gravan este tipo de soportes.

¹⁰⁷ El *Blu-ray* es un formato de disco para vídeo de alta definición y almacenamiento de datos de alta densidad. Tiene una capacidad de almacenamiento que puede llegar hasta los 50 GB, si bien se está estudiando aumentar la capacidad hasta 1 TeraByte.

¹⁰⁸ Así lo entiende GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., en *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual...* op. cit., p. 167.

5. LA DISPONIBILIDAD, GRADO DE APLICACIÓN Y EFECTIVIDAD DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS

El quinto criterio a tener en cuenta, según el artículo 25.6.4º LPI, es la disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas. Esta regla ya estaba presente en la DDASI, en particular en los Considerando 35 y 39, y en el artículo 5.2.b). El Considerando 35 DDASI habla de «grado de utilización de las medidas tecnológicas». El Considerando 39 DDASI indica que «al aplicar la excepción o limitación relativa a la copia privada, los Estados miembros deben tener en cuenta 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». Se refiere a la existencia de medidas tecnológicas eficaces. Por su parte, el artículo 5.2.b) DDASI reconoce el derecho de los titulares a percibir una compensación equitativa, pero «teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6». Hace referencia a si se utilizan o no efectivamente medidas tecnológicas. Lo que ha hecho el legislador español es refundir todos estos criterios apuntados¹⁰⁹.

Esta regla y la siguiente, al contrario que el resto del artículo 25.6.4º LPI, no se refieren a la determinación de las tarifas, sino a la determinación del porcentaje de compensación que deben obtener los titulares de derechos, es decir, la cantidad en que deben participar en el reparto. Además, se refiere no a los soportes y equipos idóneos, sino a las obras y prestaciones comercializadas. Según se deduce de este criterio, cuanto mayor sea la protección tecnológica, menor será la realización de copias y, por tanto, menor deberá ser la cuantía de la compensación. Parece que se está apostando por un abandono gradual del sistema de compensación respecto de contenidos explotados con una medida anticopia asociada, siempre y cuando ésta sea 100% eficaz a la hora de controlar la reproducción de obras y prestaciones. Cuando se utilizan medidas tecnológicas que impiden eficazmente la realización de copias privadas, la compensación pierde su fundamento¹¹⁰. Se apuesta por los modelos de licencia individual para el uso y copiado de esos contenidos.

Se habla de tres grados: disponibilidad, grado de aplicación y efectividad. Sin embargo, el criterio sólo habrá que referirlo a estos dos últimos, y ello por varios motivos. En primer lugar, porque puede haber medidas tecnológicas dis-

¹⁰⁹ MARÍN LÓPEZ, J. J., «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección»... *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁰ Así se expresaba el *Libro Verde sobre los derechos del autor y los derechos afines en la sociedad de la información* de 1995, que ya indicó lo siguiente: «[...] 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». *Vid.* COM (94) 347, Bruselas, 19 de julio de 1995, p. 50.

ponibles en el mercado pero que el titular de los derechos no quiera utilizar porque prefiera participar en el reparto del canon a quedar excluido. Lo importante no es si existe o no un dispositivo anticopia susceptible de ser utilizado para evitar copias privadas, sino si, en cada supuesto concreto, el titular ha usado dicha medida con ese objetivo¹¹¹. En otras palabras, una medida tecnológica disponible pero no utilizada efectivamente, no debería tener incidencia en la compensación equitativa. En segundo lugar, porque la disponibilidad en el mercado de medidas anticopia eficaces es un dato relativo y que varía en cada momento, pues depende del nivel de desarrollo de la investigación en esta materia. Y, en tercer lugar, porque puede haber situaciones donde quepa hacer una copia privada y no se puedan utilizar medidas tecnológicas, por lo que, de tener en cuenta la disponibilidad en el mercado de éstas, dejaría desamparados a los titulares de derechos. Me estoy refiriendo a los supuestos de copia privada derivada de un acto de comunicación pública en radio o televisión en abierto, cuyas obras y prestaciones son accesibles por todo el mundo y sobre las cuales no cabe implementar medidas tecnológicas.

Además, las únicas medidas tecnológicas a tener en cuenta a los efectos de determinar su incidencia sobre la compensación equitativa son las eficaces, tal como se definen en el artículo 160.3.2º LPI¹¹². De este artículo se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- a) Basta con que la medida tecnológica controle el mero uso de la obra o prestación para que la consideremos eficaz (se crea un derecho de controlar el acceso a los contenidos protegidos a favor de los titulares de derechos que explotan sus obras y prestaciones en formatos digitales y con protección tecnológica).
- b) Lo importante es que la medida tecnológica eficaz consiga su objetivo de protección en el curso normal de su funcionamiento.
- c) La LPI considera a los titulares de derechos de propiedad intelectual como los únicos con capacidad para controlar el uso de sus obras y prestaciones protegidas.
- d) El artículo 160.3.2º LPI distingue entre: los controles de acceso y los mecanismos de control del copiado. Los primeros impiden que una persona no autorizada pueda tener acceso a una obra o prestación protegida. Son

¹¹¹ Así también, MARÍN LÓPEZ, J. J., «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección»... *op. cit.*, p. 29.

¹¹² El artículo 160.3.2º LPI establece las condiciones necesarias para considerar a una medida tecnológica como «eficaz». Una medida es eficaz «cuando el uso de la obra o prestación esté controlado por los titulares de derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, como, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación, o un mecanismo de control de copiado que logre este objetivo de protección».

controles que impiden que alguien vea, lea, escuche o perciba de alguna manera el contenido sin la autorización del titular de los derechos (por ejemplo, contraseñas, procesos de encriptación y licencias *on line*)¹¹³. Los mecanismos de control de copiado, en cambio, no impiden el acceso a la obra o prestación, sino su posterior reproducción, y funcionan tanto en el entorno en línea (archivos comercializados por Internet) como en el entorno fuera de línea (un CD de música o un DVD). Se puede acceder al contenido, pero no se puede copiar¹¹⁴.

A los efectos del criterio que analizamos, únicamente se tendrán en cuenta las segundas, ya que una medida que controle el acceso, no nos está impidiendo la realización de copias. Una vez que tenemos la autorización para acceder al contenido, nos convertimos en usuarios legítimos y podemos utilizarlo en toda su extensión, límites incluidos. Ese titular de derechos no debería ser desprovisto de su derecho de compensación.

Sin embargo, los dispositivos anticopia nos impiden el ejercicio del límite, luego son los que habrá que tener en cuenta para atemperar la compensación¹¹⁵. Dentro de los dispositivos anticopia, nos podemos encontrar muy distintos tipos: aquellos que impiden totalmente la elaboración de copias privadas y aquellos que limitan el número de copias a realizar. Conforme al quinto criterio, los titulares de derechos que utilicen el primero de estos tipos, no deberían participar en el reparto del canon¹¹⁶. Mientras que los titulares que usen el segundo tipo, mantendrán el derecho de compensación, si bien en un grado menor que aquellos titulares que no utilicen medidas tecnológicas de ningún tipo.

¹¹³ NIMMER compara este tipo de medidas tecnológicas con el hecho de poner, por ejemplo, un libro en una habitación cerrada con llave. El acto de neutralizar una medida tecnológica de protección implementada por un titular de derechos para controlar el acceso a la obra es el equivalente electrónico del acto de entrar ilegalmente en la habitación cerrada con llave con el fin de obtener una copia del libro. *Vid.* NIMMER, D., «A Riff in Fair Use in the Digital Millennium Copyright Act», en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, 2000, p. 686.

¹¹⁴ Un ejemplo de medidas anticopia son los sistemas de gestión de la copia en serie (en inglés, *Serial Copyright Management System: SCMS*). Impiden la realización de sucesivas copias digitales, de tal manera que una copia de un contenido digital no puede ser utilizado como master para posteriores copias.

¹¹⁵ Aunque GINSBURG entiende que como el acceso es un prerequisite del uso, controlando el primero, el titular de derechos podría acabar condicionando el segundo. *Vid.* GINSBURG, J., «Copyright Legislation for the “Digital Millennium”», en *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, vol. 23, 1999, p. 143.

¹¹⁶ HUGENHOLTZ, P. B.; GUIBAULT, L.; GEFFEN S., *The Future of Levies in a Digital Environment... op. cit.*, p. 42. También en la Comunicación de la Comisión de 16 de abril de 2004 se sugiere esta idea. *Vid.* «La gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior», 16 de abril de 2004, COM (2004) 261 final, en Internet: http://europa.eu.int/eurlex/es/com/cnc/2004/com2004_0261es01.pdf.

Ahora bien, no cualquier elusión accidental de una medida tecnológica hace ineficaz a esa medida (puede ser que la medida sea eficaz en un medio o formato y no en otro). Para determinar la eficacia de una medida tecnológica, uno debería considerar las capacidades tecnológicas de esa medida en lugar de cómo es de útil para los titulares de derechos¹¹⁷. Además, factores a tener en cuenta podrían ser, entre otros, el tipo de obra sobre el que se implemente la medida tecnológica, el tipo de medida utilizada, el tipo de soporte sobre el que se establezca, los costes que puede ocasionar a los fabricantes y que se traducirán en un aumento del precio a pagar por los consumidores, o la simpatía o antipatía que puede causar el uso de estos dispositivos entre los usuarios de obras y prestaciones.

Por otro lado, conviene mencionar, siquiera brevemente, el régimen relativo a la relación entre el límite de copia privada y las medidas tecnológicas, establecido en el artículo 161 LPI. Conforme a ese precepto, hay que distinguir entre la explotación de obras y prestaciones en línea a través de una licencia, y la explotación de contenidos protegidos fuera de línea o en línea pero sin licencia. En el primer caso, prevalece lo establecido en el contrato, pudiendo el titular de derechos impedir totalmente la realización de copias privadas a través del juego combinado de medidas tecnológicas y contrato. En estos supuestos, por tanto, no debería tener derecho a la compensación. En el segundo caso, los titulares de derechos deben garantizar el disfrute del límite, pues se encuentra en la lista de las llamadas «limitaciones privilegiadas» del artículo 161.1 LPI. Ahora bien, lo anterior no obsta para que el titular de derechos, a través de la facultad otorgada por el artículo 161.4 LPI, limite el número de copia privadas a realizar. Así, en estos supuestos el titular podrá utilizar medidas tecnológicas, pero debe permitir el ejercicio del límite, por lo que debe tener derecho a la compensación equitativa. Y si limita el número de reproducciones para uso privado, la compensación deberá ser menor.

Sea como fuere, surge el problema de determinar de antemano si una medida tecnológica será o no eficaz, algo que resulta realmente difícil, ya que tarde o temprano todas las medidas tecnológicas terminan siendo eludidas. De ahí que quepa cuestionarse si un titular de derechos que utilice dispositivos anticopia, en principio eficaces, debe quedar excluido automáticamente del canon. Algunos sostienen que si no hay en el mercado copias para uso privado realizadas por los adquirentes de los soportes materiales, debería eliminarse el derecho de compensación del ámbito digital¹¹⁸. Se trataría de eliminar la com-

¹¹⁷ CASELLATI, A. M., «The Evolution of Article 6.4 of the European Information Society Copyright Directive», en *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, vol. 24, 2001, pp. 395-397; BRAUN, N., «The Interface between the Protection of Technological Measures and the Exercise of Exceptions to Copyright and Related Rights: Comparing the Situation in the United States and in the European Community», en *E.I.P.R.*, 2003, p. 499.

¹¹⁸ HUGENHOLTZ, P. B.; GUIBAULT, L.; GEFFEN S., *The Future of Levies in a Digital Environment...* op. cit., p. 1; VINJE, T., «Should We Begin Digging Copyrights Grave»... op. cit., p. 555.

pensación para todos los soportes que llevan una protección tecnológica efectiva que hace imposible la realización de copias privadas, pues en estos casos no habría una pérdida real de ingresos en los titulares de derechos. Cuando existen tales medidas, se entiende que el titular de derechos ha renunciado implícitamente al cobro de la compensación. Si la medida tecnológica impide la realización de copias privadas, habrá desaparecido la razón de ser de la compensación. Si en estos casos se cobrara también el canon, habría una doble imposición para el usuario legítimo de la obra o prestación, que tendría que pagar la compensación y el coste de la licencia de desactivación.

Sin embargo, la compensación equitativa por copia privada es perfectamente compatible con la implementación de medidas tecnológicas anticopiado, en tanto que éstas no impidan totalmente la realización de copias privadas, es decir, no sean 100% eficaces¹¹⁹. En la actualidad, no se puede decir que las medidas tecnológicas disponibles sean efectivas y permitan a los titulares ejercitar su derecho de reproducción en su totalidad. Un mecanismo anticopia nunca va a suponer una garantía total contra la realización de copias privadas por varios motivos:

- a) El adquirente legítimo de un soporte material protegido por un dispositivo de este tipo puede romper la protección tecnológica con el fin de realizar copias para uso privado. Aunque dicha actividad sea considerada como un ilícito civil en la LPI (art. 160 LPI), en la práctica queda fuera del alcance de los titulares de derechos al no poder controlar estos actos sin violar derechos fundamentales como la intimidad o la inviolabilidad del domicilio.
- b) Se pueden plantear varios supuestos:
 - Un usuario legítimo de la obra, que ha desactivado la medida tecnológica con el consentimiento de los titulares de derechos, presta el soporte para que un amigo o familiar lo grave.
 - Un tercero adquiere la copia en un «top manta», donde la ilicitud está no sólo en la conducta del vendedor, que es quien realmente rompe la medida anticopia y distribuye la obra o prestación ilícitamente, sino también en la conducta del comprador, que no compra legalmente.
 - Cuando el ejemplar es desprovisto de la medida tecnológica e introducido en una red *peer to peer* en Internet, lo que puede dar lugar a millones de copias privadas al compartirlas con el resto de usuarios de esa red.

En estos tres casos el copista es un tercero que se aprovecha de la licitud o ilicitud de la conducta de quien se salta la medida tecnológica. Sin embargo, al introducir la Ley 23/2006 el requisito del acceso legal a la obra o prestación que va a ser objeto de copia privada, entendido como

¹¹⁹ Así también, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual...* op. cit., p. 186; CARBAJO CASCÓN, F., «El pulso en torno a la copia privada»... op. cit., p. 37; LÓPEZ SÁNCHEZ, C., «La copia privada de grabaciones sonoras y audiovisuales»... op. cit., p. 453.

acceso autorizado por el titular de los derechos, únicamente el primer supuesto se podría incluir en el límite y, consecuentemente, dar lugar al pago de la compensación¹²⁰. De esta manera, aunque la intención del titular de derechos era evitar la copia privada con la medida tecnológica, no conseguirá ese fin si dicho dispositivo anticopia no se transmite a los sucesivos soportes en que se incorporan. De no estar sujeto al canon ese supuesto, a pesar de tener medidas tecnológicas, se causaría un perjuicio a los titulares de derechos respecto de esa segunda copia que se hace el tercero.

Por tanto, no parece correcto sostener la eliminación del derecho del artículo 25 LPI¹²¹. Otra cosa será la determinación de la cuantía. Se hace necesario reformular la cuantía de la compensación respecto de aquellos materiales que estaban protegidos por medidas tecnológicas, pues es indudable que de éstos se harán menos copias privadas que de aquellos que no dispongan de dicha protección. Podría distinguirse varios escalones, de mayor a menor recepción de la compensación, en función de las medidas tecnológicas que se usen: el titular de derechos que no utiliza ninguna medida tecnológica, el titular de derechos que las utiliza pero que permite un número determinado de copias privadas, el titular de derechos que las utiliza con el fin de impedir este tipo de copias pero que pueden resultar ineficaces y el titular que utiliza medidas tecnológicas 100% eficaces. Sólo en este último caso, no se debería percibir la compensación¹²². Cuanto mayor sea el uso de estos dispositivos, menor deberá ser la cantidad a cobrar en este concepto.

¿Se ha hecho uso de este criterio a la hora de elaborar la OM? Está claro que no. El apartado segundo de la OM, que se refiere a la distribución de las cantidades entre las diferentes modalidades de reproducción, no se pronuncia sobre cómo se debe ajustar la compensación para los supuestos en los que se utilicen medidas tecnológicas. La LPI dice que se debe tener en cuenta, pero la OM no ha señalado cómo ni en qué medida.

¹²⁰ Así lo venían entendiendo incluso antes de la reforma por la Ley 23/2006, CARBAJO CASCÓN, F., «Reproducción y copia privada en el entorno digital», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 2, 2003, p. 54; SANCHÍS MARTÍNEZ, M^a. T., *Derecho de autor, digitalización e Internet*, Universitas, Madrid, 2004, p. 137.

¹²¹ CARCAJO CASCÓN, KREILER y BECKER abogan por la supresión total de la copia privada digital cuando hay medidas tecnológicas, apostando por la extensión del artículo 6.4.4 DDASI al entorno *off line*. Vid. CARBAJO CASCÓN, F., «Reproducción y copia privada en el entorno digital»... *op. cit.*, p. 63; KREILE, R., y BECKER, J., «The Legitimation, Practice, and the Future of Private Copying. A Paper Taking as an Example the System of Private Copying in Germany», en *Copyright Bulletin*, abril-junio 2003, p. 21.

¹²² En este mismo sentido, MARÍN LÓPEZ, J. J., «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección»... *op. cit.*, p. 32; LÓPEZ RICHART, J., «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital, en *Límites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías*, coord. J. A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2008, p. 218.

6. EL TIEMPO DE CONSERVACIÓN DE LAS REPRODUCCIONES

Esta regla deriva de la anterior, en la medida en que estamos ante dispositivos tecnológicos que limitan el acceso a la obra o prestación durante un tiempo determinado y, consecuentemente, también limitan la realización de copias privadas. A través de este criterio se trata de valorar el grado de conservación de las copias, pues su mayor o menor durabilidad y el estado de la misma será un factor importante que influirá en la mayor o menor realización de reproducciones para uso privado. Esta regla se refiere únicamente a los soportes materiales, pues el artículo 25.6.4º LPI habla de «reproducciones» y no de los equipos que sirven para elaborarlas. De esta manera, el titular de derechos sobre una obra o prestación fijada en un soporte que incluya una medida tecnológica que afecte a la duración de las copias, deberá participar en menor cuantía en el reparto, que otro que no la incluya.

Sería relevante, en este sentido, aquellos soportes que incorporen funciones de «borrado automático» o «autodestrucción» de los contenidos que almacenan. Se trata de mecanismos integrados en la obra o prestación que, tras un determinado período de tiempo o tras un determinado número de usos, ese contenido se desintegra o se bloquea. Son las llamadas «*date bombs*». Este tipo de medidas permiten a los titulares de derechos cobrar por el uso que se haga de sus obras o prestaciones. Sería una especie de *pay-per-use*. Así, los usuarios pagarán únicamente por la utilidad que extraigan del contenido (por ejemplo, si escuchan una canción tres veces, pagarán sólo por esas tres veces).

El problema que se plantea en relación a este criterio es el de determinar dónde poner el límite. ¿Cuánto tiempo deben durar las copias para que el soporte esté o no sujeto al pago del canon? Sería conveniente tener presentes dos datos. Uno, que, con carácter general, se puede decir que la vida media de un disco digital es de entre quince y treinta años, siempre que las condiciones atmosféricas sean las adecuadas y sea tratado con cuidado (no se expongan al calor ni se rayen). Y dos, que, a diferencia de los soportes analógicos (cintas de vídeo y casetes), las copias en formato digital no se van degradando con el uso, sino que mantienen la misma calidad originaria. Ahora bien, sí que pueden ir degradándose con el paso del tiempo¹²³. En base a esto, los soportes que no incorporen ninguna función que acorte esa vida útil darán lugar al cobro de la compensación, estarán sujetos al canon, mientras que aquellos que la acorten deberán ver reducida la participación en la distribución de la misma.

¹²³ Los discos digitales utilizan un substrato orgánico en su elaboración y, como todo lo orgánico, se deteriora con el tiempo y le afecta mucho la humedad, la temperatura y la luz. Incluso hay una bacteria capaz de «comerse» literalmente esa capa orgánica de los soportes.

7. EL IMPORTE DE LA COMPENSACIÓN DEBE SER PROPORCIONADO RESPECTO DEL PRECIO MEDIO FINAL

Para evitar que el precio medio final que pagan los usuarios a la hora de comprar cualquiera de los equipos sujetos al canon sea excesivo, el importe correspondiente a la compensación aplicable debe ser proporcionado económicamente respecto de ese precio medio final¹²⁴. Es decir, la diferencia entre el precio final del producto y el importe que en dicho precio supone la compensación, no debe ser desproporcionada. Se trata de establecer un tope en la cuantía del canon, de tal manera que dicho importe no sea igual o superior al coste de fabricación del producto¹²⁵. Cuando existen costes de fabricación muy reducidos, como suele suceder en los casos de CD-R y DVD-R, el importe del canon puede constituir una parte sustancial del precio final de venta al público. Como veremos, a medida que los precios de los soportes y equipos se reduzcan, puede ocurrir que el canon constituya una parte sustancial o incluso la mayor parte del precio de venta. No obstante, el progreso tecnológico y los procesos de fabricación pueden, en ciertos casos, abaratar los costes de producción de ciertos bienes, y ello no tiene por qué traducirse en una disminución de la compensación a pagar, pues no están correlativamente unidos. La creatividad de los autores no debe ser minusvalorada por el abaratamiento de los costes inherentes a los procesos de fabricación de equipos y soportes.

Otra razón por la que se incluyó este criterio es el intento de impedir que el canon eleve los precios de los productos de tal manera, que dificulte el desarrollo de la sociedad de la información y limite indebidamente el derecho de los ciudadanos de acceso a la cultura. Conviene recordar que quienes pagan realmente este canon son, en última instancia, los consumidores y usuarios de soportes materiales y equipos de grabación. Aunque el artículo 25 LPI tiene la apariencia de hacer soportar el peso de la compensación a los fabricantes e importadores de los medios de reproducción, esta cantidad se traduce en un incremento en el precio que los consumidores finales han de pagar cuando adquieren el producto¹²⁶. Son éstos los que finalmente acaban

¹²⁴ En el entorno analógico, la Disposición Adicional 3ª LPI faculta a los Ministros de Cultura, de Industria y Energía y de Comercio y Turismo para adecuar, cada dos años, las cantidades establecidas en el artículo 25.5 LPI a la realidad del mercado, a la evolución tecnológica y al índice oficial de precios al consumo. Indirectamente, este precepto está incluyendo el criterio de la proporcionalidad con el precio medio final. Esta facultad, que se remonta a la Disposición Adicional 6ª de la Ley 10/1992, no ha sido utilizada hasta el momento.

¹²⁵ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Artículo 25»... *op. cit.*, p. 493.

¹²⁶ Según el Dictamen de la Comisión Asesora sobre la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria sobre el canon, de 16 de mayo de 2006, «*la imposición de un canon a los elementos que intervienen en el desarrollo de la Sociedad de la Información (equipos, soportes o redes de comunicaciones electrónicas) representa una carga económica y fiscal injusta e indiscriminada, que encarece la adquisición del producto o el uso de las redes y se traduce en una mayor dificultad del usuario para acceder a los mismos. Esa dificultad frena y retrasa el desarrollo de la Sociedad de la Información y actúa en contra de las medidas adoptadas por el Gobierno para conseguir que España se sitúe en el lugar que le corresponde en el contexto internacional en el campo de las tecnologías de información y se liberen recursos económicos para su reinversión en innovación y en la mejora de la competitividad del país*».

pagando el canon¹²⁷. Y así se extrae de los apartados 17 y 18 del artículo 25 LPI¹²⁸.

El criterio fue incorporado en virtud de la Enmienda núm. 74 del Grupo Parlamentario Socialista¹²⁹. Literalmente, parece que se aplica únicamente a los equipos y aparatos de grabación, y no a los soportes materiales de almacenamiento, olvidando así un ámbito donde la compensación causa un gran impacto en el precio final que pagan los consumidores. No tiene sentido, a mi juicio, dejar fuera de esta regla a los soportes materiales, pues al igual que los equipos, la tarifa a pagar por ellos puede resultar desproporcionada en relación con el precio final.

¿Qué ocurre, entonces, si en un mismo equipo concurren las funciones de reproducción y la de soporte material de grabación (por ejemplo, una grabadora de DVDs con capacidad de almacenamiento)? Cabrían tres posibilidades: a) entender que esta regla del precio proporcionado no es aplicable, pues la intención del legislador es que no se aplique en el caso de los soportes materiales de grabación, tanto considerados en solitario, como incorporados a equipos o aparatos con funciones de grabación; b) considerar que este tipo de aparatos deben abonar una compensación en concepto de equipo, medida en unidad de grabación, y otra conforme a su capacidad como soporte material de almacenamiento; c) prescindir en estos casos de la distinción entre «canon por soporte» y «canon por aparato» y establecer una cantidad única a tanto alzado¹³⁰. La más correcta de entre estas soluciones, parece ser esta última, pues la primera, como he señalado antes, no tendría sentido, y la segunda podría resultar demasiado gravosa y desproporcionada respecto del precio medio final del producto.

La aplicación de este criterio en la OM no se termina de ver claramente. Se pueden plantear dudas en relación al método por el cual se han establecido estas tarifas y no otras distintas. En teoría, las tarifas han de ser fijadas

¹²⁷ El artículo 82 del Código portugués sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos establece expresamente que la compensación se impondrá sobre el precio de venta de los equipos y soportes idóneos.

¹²⁸ Según el apartado 17: «A los efectos de control de pago de la compensación, los deudores mencionados en el párrafo a) del apartado 12 deberán figurar separadamente en sus facturas el importe de aquella, del que harán repercusión a sus clientes y retendrán, para su entrega conforme a lo establecido en el apartado 15». Y el apartado 18 señala: «Las obligaciones relativas a las facturas y a la repercusión de la compensación a los clientes, establecidas en el apartado anterior, alcanzarán a los distribuidores, mayoristas y minoristas, responsables solidarios de los deudores. También deberán cumplir las obligaciones de retener y entregar previstas en dicho apartado, en el supuesto previsto en el apartado 14».

¹²⁹ Vid. BOCG Senado, núm. 53, de 21 de abril de 2006. Según el Grupo Parlamentario Socialista, se trata de asegurar que la compensación se mantendrá dentro de unos márgenes razonables desde el punto de vista económico.

¹³⁰ Opción planteada por GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Artículo 25»... *op. cit.*, p. 493.

por las partes interesadas, pero no llegaron a un acuerdo y fueron los Ministerio de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio quienes las fijaron. ¿Qué es lo que les ha llevado a establecerlas? ¿Qué criterios se han utilizado y qué cantidades se han tomado como referencia? Si bien cabe pensar que el canon para cada soporte y equipo se ha determinado conforme a unos complejos estudios y análisis de mercado, cabe pensar también, y creo que es lo que ha sucedido, que lo tenido en cuenta a la hora de fijarlas es el gran perjuicio que han sufrido los titulares de derechos como consecuencia de las ventas de contenidos en el «top manta» y como consecuencia de las descargas masivas e ilícitas a través de los programas P2P, que, como señalé, no constituyen copias privadas y, en consecuencia, no deberían estar sujetas a la compensación. Si bien se dice que la compensación no es un mecanismo para satisfacer por los daños derivados de la piratería, en el fondo es así. Es prácticamente imposible determinar cuántas copias privadas se van a hacer y, en función de eso, establecer la cantidad. Es más fácil estudiar cuál ha sido el perjuicio causado a los titulares de derechos por la piratería y, atendiendo a eso, cuantificar las tarifas. Así, el canon parece presentarse como una solución compensatoria ante la presunta infracción de la LPI, más que como un derecho que trata de compensar por las copias privadas. Son las propias cifras de recaudación anual del canon las que llevan a pensar que lo que se quiere combatir es el perjuicio provocado por la piratería. Dichas cifras se acercan más a esa recaudación que al verdadero perjuicio que se pretende compensar por el límite del artículo 31.2 LPI.

El Preámbulo señala, a este respecto, que la fijación del importe del canon responde a la combinación de dos estimaciones: a) la estimación del perjuicio anual que causa la copia privada por cada modalidad de reproducción; b) la estimación de las ventas anuales de los equipos y soportes que causan ese perjuicio, estimación que puede diferir en la práctica de la venta efectiva que se produzca. A cada uno de los equipos y soportes que se estima que se venderán se le asigna una parte del perjuicio global causado por la copia privada. La misma Comisión Europea ha cuestionado la razonabilidad de este criterio dentro del marco de consultas y comentarios sobre la compensación equitativa por copia privada en los distintos Estados de la Unión, que tiene por objeto mejorar su regulación¹³¹.

La falta de consideración de este criterio se ve más claramente si atendemos a casos concretos. En el mercado nos podemos encontrar lo siguiente¹³²:

¹³¹ En Internet: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/levy_reform/index_en.htm (u.v. 18.02.09).

¹³² El precio final es el resultado de promediar el precio a pagar en diversos establecimientos por cada dispositivo.

PRODUCTO	CANON	PRECIO FINAL	INCREMENTO
Grabadora de CDs y DVDs	3.40 €	85 €	5%
Reproductor MP3	3.15 €	40 €	9%
Teléfono móvil	1,10 €	59 €	2%
CD-R	0.17 €	0.50 €	30%
CD-RW	0.22 €	2,25 €	11%
DVD-R	0.44 €	1.60 €	38%

Cuanto más barato sea el producto, más incremento supondrá el canon y, en consecuencia, más desproporcionada será la diferencia¹³³. Como se puede ver, en el caso de los DVD-R, el incremento es bastante elevado. Se ha querido aplicar una tarifa más elevada a aquellos equipos y soportes que son más vendidos, lo que implicaría una manifestación de la intención lucrativa. En cualquier caso, deberían ser las entidades de gestión las encargadas de hacer un estudio de precios de venta al público de los equipos y soportes sujetos al canon y comparar las cantidades con las cobradas en concepto de canon, algo que pueden hacer a través de las facturas aportadas por los minoristas, que figuran en la lista de deudores (art. 25.4.a LPI). Sin embargo, dos realidades van a hacer que existan desajustes entre las tarifas y los precios de los productos. En primer lugar, el libre mercado, que permite establecer precios distintos para un mismo producto. Por ejemplo, si queremos adquirir un CD-R, encontraremos una gran variedad de precios en el mercado (desde 0,60 € a 1 €). En segundo lugar, el hecho de que la compensación consista en una cantidad fija y única, no permitirá ajustarla al precio de cada producto. Así, tanto el CD-R que cuesta 0,60 € como el CD-R que cuesta 1 € van a pagar lo mismo en concepto de canon: 0,17 €.

La opción que manejan otros Estados es la de fijar no una cantidad determinada a tanto alzado en concepto de compensación, sino un porcentaje del precio de venta al público¹³⁴. Aplican esta solución Bélgica, Portugal (pero sólo en

¹³³ Así lo puso de manifiesto el representante de la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), en su comparecencia ante el Congreso, durante la tramitación de la Ley 23/2006. *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Cultura, Sesión celebrada el 17 de octubre de 2005, núm. 392, p. 11.

¹³⁴ En Reino Unido no existe el límite de copia privada tal como lo entendemos nosotros aquí. Sin embargo, cabe destacar el *Informe Gowers*, donde se reconoció, en diciembre de 2006, en su Recomendación 8, la introducción en el Reino Unido un límite de copia privada para el «*format-shifting*». Actualmente, está siguiendo un proceso de consultas y de debates, pues algunos consideran que podría ser visto como una forma de legitimar las descargas e intercambios a través de programas P2P. Sin embargo, se propone seguir sin introducir el sistema de compensación. Se dice que si el titular de derechos espera recibir un ingreso adicional por este tipo de práctica, debería incorporarlo en el precio de venta del original.

el entorno analógico). Lo mismo ocurre con Grecia, aunque se aplica a los soportes (todos están gravados con un 6% del precio, sin distinguir un soporte de otro). Es más, en Alemania y Suiza, se establecen unos descuentos respecto del canon, previstos seguramente para evitar que el precio final del producto se dispare. Italia también aplica un porcentaje sobre el precio de venta, si bien únicamente respecto de los dispositivos, no sobre los soportes. A este respecto se ha pronunciado el Tribunal de Milán, en la sentencia de 12 de junio de 2007, anteriormente comentada. En el caso que se enjuiciaba se pretendía, entre otras cosas, la inconstitucionalidad de los artículos 39 de la Ley 39/2002, por la que se delegaba al Gobierno italiano para que transpusiera la DDASI, y 9 del Decreto legislativo 68/2003, en relación con el artículo 3 de la Constitución italiana, por la diferencia entre los soportes, gravados con una cantidad a tanto alzado, y los equipos, sujetos a una compensación proporcional. El Tribunal declara que tal disparidad está justificada. Según él, es razonable fijar una cantidad a tanto alzado para los soportes porque se trata de bienes de escaso valor y con precios homogéneos, y una compensación proporcional para los aparatos por la variedad de modelos y prestaciones, con distinta capacidad de reproducción.

Fuera de la UE, cabe destacar Japón, donde el canon consiste en un porcentaje sobre el precio base. Los soportes de vídeo están gravados con sólo un 1%, mientras que los soportes de audio lo están con un 3%. En el caso de los equipos, el importe máximo en concepto de canon no puede superar los 6,04 € (1.000 ¥).

8. OTROS CRITERIOS NO REFLEJADOS EN LA LPI PERO SÍ EN LA DDASI

Nuestra LPI olvida algunos principios que fueron establecidos en la DDASI y que convendría tener presentes igualmente a la hora de determinar la compensación por copia privada. Esos criterios hacen referencia a: las circunstancias del caso concreto, la proporcionalidad entre la cuantía del canon y el daño potencial, y la doble remuneración. A pesar de todo, la no inclusión no resulta trascendente, pues el límite de copia privada y la cuestión de la compensación deben ser interpretados conforme al Derecho Comunitario, es decir, conforme a la DDASI. Es la llamada «doctrina de la interpretación conforme» del TJCE, según la cual el órgano jurisdiccional nacional debe hacer una interpretación acorde con el fin que persigue la norma comunitaria.

1. *Las circunstancias del caso concreto*

Significa que, a la hora de establecer las tarifas, hay que valorar las especialidades que presentan los supuestos concretos. Esto no implica el que se tenga que individualizar y se aplique un canon distinto para cada dispositivo grava-

do en particular, sino, atendiendo a las características comunes, extraer lo que les hace distintos de otros (por ejemplo, sujetar a una compensación distinta los DVD-R de doble capa y los DVD-R con capa simple). Este criterio, si bien no ha quedado reflejado expresamente en el artículo 25.6.4º LPI, sí que se ha tenido en cuenta, en cierta medida, en la OM. Son manifestaciones de la aplicación de esta regla, las siguientes: el distinguir entre la copia privada analógica y la digital; el diferenciar entre los soportes grabables una sola vez (CD-R o DVD-R) y los regrabables (CD-RW y DVD-RW); el establecer los porcentajes de reparto entre los distintos titulares de derechos atendiendo al mercado en el que nos encontramos (musical, audiovisual y literario), pues no en todos ellos se va a hacer el mismo número de copias privadas. Aunque también se debería haber aprovechado para sujetar a distinto canon las grabadoras de CDs y DVDs en función de la velocidad de grabación.

2. La proporcionalidad entre la cuantía del daño y el daño potencial

La cuantía de la compensación debe ser proporcional al potencial daño causado al titular de los derechos, teniendo en cuenta los datos concretos del mercado y la afección que el límite de copia privada provoca en el mismo. Este criterio también lleva a que la compensación sea distinta según estemos en el entorno analógico o el digital. Aquí el legislador comunitario ha tratado de dejar un cierto margen de libertad de actuación a los Estados miembros, para que determinen el establecimiento de un pago por uso o bien un canon compensatorio ligado a los soportes y a los equipos, opción esta última acogida por la mayor parte de los países europeos. El legislador español lo que ha adoptado es el criterio del daño real efectivo, y no el potencial, que llevaría a hacer meras aproximaciones, muchas veces lejos de la realidad y de lo que se produce en la práctica.

3. La doble remuneración

El Considerando 35 DDASI señala que cuando los titulares de derechos hayan recibido ya una retribución en concepto de licencia, puede ocurrir que no haya que efectuar un pago específico o por separado. Se trata con esto de evitar la doble remuneración. En casos como estos, la Directiva desea, que no impone, que los Estados adopten medidas adecuadas para evitar una doble remuneración a los titulares, que haría que la compensación dejara de ser equitativa.

Esta regla no se ha terminado de plasmar en la LPI, planteándose situaciones realmente insatisfactorias. El legislador español ha ignorado en este sentido la DDASI. Así, todas las reproducciones elaboradas bajo el límite del artículo 31.2 LPI, incluyendo las que efectúa un usuario legítimo al amparo de una licencia, dan lugar a una compensación. Se pueden dar situaciones injustas. Por ejem-

plo, un usuario que se descargue legalmente una canción de un sitio web, cuando paga por ello, ya se está teniendo en cuenta en el precio la posibilidad de realizar copias privadas, y, sin embargo, dicho usuario deberá pagar igualmente la compensación equitativa cuando compre un CD-R para almacenar las canciones. Se produce así una doble remuneración, que la Ley ha pasado por alto. También puede ocurrir que el adquirente de un equipo que lo va a destinar a elaborar copias autorizadas, y, por ende, no sujetas al límite, haya pagado el canon, además de pagar la licencia exigida por el titular de derechos.

Sí se ha previsto, en cambio, en Francia. El artículo 311-4 CPI francés establece expresamente que no se puede reclamar el canon si ya se ha pagado una compensación, por ejemplo, bajo la forma de una licencia individual.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Aunque la elaboración de la lista es algo que debe ser mirado con buenos ojos, de cara a la seguridad jurídica, es necesario determinar de forma más clara cuáles son los equipos idóneos para elaborar copias privadas y que sean susceptibles de generar el pago de la compensación. Al Gobierno se le ha otorgado, a través de los artículos 25.7.d) y 25.24 LPI, la posibilidad de determinar reglamentariamente los equipos y soportes materiales exceptuados del pago, «*atendiendo a la peculiaridad del uso o explotación a que se destinen, así como a las exigencias que puedan derivarse de la evolución tecnológica y del correspondiente sector del mercado*». Se combinan aquí los criterios de idoneidad objetiva y el del grado del uso. Sin embargo, el Gobierno no ha utilizado aún esta facultad. Como tampoco se han tenido en cuenta los criterios del artículo 25.6.4º LPI a la hora de fijar las tarifas. Son principios muy generales que requieren de un estudio detallado, algo que no se ha hecho ni al introducirlos en la Ley 23/2006 ni al aplicarlos en la OM.

En cualquier caso, no existe un mecanismo que permita la fijación de una cantidad que compense de forma exacta a los titulares de derechos por los daños sufridos por la copia privada, y que responda a todos los criterios aquí señalados. A pesar de todo, aunque contemos con un sistema tan imperfecto, es preferible compensar de alguna manera a aquéllos que dejarlos totalmente desamparados. Estamos ante una opción legislativa que, aunque no puede entenderse como el mejor sistema, constituye una solución paliativa y subsidiaria. O, yendo más lejos, si el objetivo del canon es mitigar los perjuicios económicos que ocasiona la copia privada, quizá la solución más correcta, en lugar de extenderlo a los nuevos equipos y soportes digitales, habría sido restringir los requisitos necesarios para aplicar el límite de copia privada del artículo 31.2 LPI¹³⁵.

¹³⁵ Tal y como también lo entiende ESTEVE PARDO, A., «El canon por copia privada», en *Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual*, enero 2007, VLEX-450146, p. 81.

Otra solución que propone algún autor es la de imponer el pago del canon no a los equipos y soportes que permiten la realización y almacenamiento de copias privadas, sino a las propias obras susceptibles de ser copiadas¹³⁶. El precio de venta incluiría una parte destinada al pago de la compensación. Sin embargo, esta posibilidad podría encarecer en buena medida el acceso a la cultura. Si ya actualmente la cultura es criticada por ser cara, cuanto más si incluidos en el precio un plus en concepto de compensación equitativa por copia privada.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANTEQUERA PARILLI, R., «Las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital», en *XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América latina: «El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital»*, 7 a 11 de noviembre, documento: OMPI-SGAE/DA/ASU/05/2, en Internet: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/impo_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_2.pdf.
- «Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor: los “usos honrados”, el “fair use” y el “ius usus innocui”. El supuesto de abuso del derecho a la no divulgación de la obra. Los límites al derecho de autor y la sociedad de la información», en *Los límites del derecho de autor*, coord. C. Rogel Vide, Reus, Madrid, 2006.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, VV.AA., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y MARÍN LÓPEZ, J. J., «Dictamen sobre el límite de copia privada y las redes de intercambio *peer to peer*», en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 20, 2007.
- BONDÍA ROMÁN, F., «Artículo 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dirs. M. Rodríguez Tapia y F. Bondía Román, Civitas, Madrid, 1997.
- «La ley como fuente de las obligaciones y el derecho de remuneración por copia privada reprográfica», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, VV.AA., Civitas, 2003.
- BRAUN, N., «The Interface between the Protection of Technological Measures and the Exercise of Exceptions to Copyright and Related Rights: Comparing the Situation in the United States and in the European Community», en *E.I.P.R.*, 2003.
- CADARSO PALAU, J., «Sobre algunos límites del derecho de reproducción. Reproducciones para constancia en un procedimiento. Reproducciones para uso privado. La remuneración compensatoria por copia privada. Reproducciones hechas por bibliotecas y entidades del género», en *Los límites del derecho de autor*, coords. R. Antequera Parilli y C. Rogel Vide, Reus, Madrid, 2006.
- CARBAJO CASCÓN, F., «El pulso en torno a la copia privada», en *Revista pe.i.*, núm. 16, enero-abril 2004.
- «La “larga marcha” de la compensación equitativa por copia privada. A propósito de la sentencia (Sala 1.^a) del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005», en *Revista pe.i.*, núm. 22, enero-abril 2006.

¹³⁶ SERRANO GÓMEZ, E., «El derecho de remuneración compensatoria por copia privada»... *op. cit.*, p. 107; GAUBIAC, Y., «Les nouveaux mohines techniques de reproduction et le droit d'auteur», en *RIDA*, 1985, p. 156.

- «Reproducción y copia privada en el entorno digital», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 2, 2003.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «Vulneración de los derechos de autor en la creación jurídica: obras protegidas, citas y fotocopias», en *RCDI*, núm. 663, enero 2001.
- CASAS VALLÉS, R., «Borrador de respuesta al Cuestionario ALAI 2003», 2003.
- «La fotocopia y su régimen jurídico», en *Aranzadi Civil*, 1993-1.
- «La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España», en Internet: www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf.
- «Private Copying Remuneration in Spain», en *Actas del Congreso de ALAI 2003 en Budapest*, KJK-KERSZÖV, Hungría, 2004.
- CASELLATI, A. M., «The Evolution of Article 6.4 of the European Information Society Copyright Directive», en *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, vol. 24, 2001.
- DELGADO PORRAS, A., «La “copia privada” en España», en *RIDA*, núm. 145, julio de 1990.
- «La incorporación de la Directiva 2001/29/CE al Derecho español de propiedad intelectual (Derecho de autor y derechos afines al de autor)», en *RIDA*, núm. 210, 2006.
- DESURMONT, T., «La transposition en France de la Directive 2001/29/CE, sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information», en *RIDA*, núm. 210, 2006.
- DÍAZ ALABART, S., «Artículo 31», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirs. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Tomo V, vol. 4-A, Edersa, Madrid, 1994.
- DIETZ, A., «Continuation of the Levy System for Private Copying also in the Digital Era in Germany», en *Authors and Media*, 2003.
- ERDOZAÍN LÓPEZ, J. C., *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*, Tecnos, Madrid, 2002.
- ESTEVE PARDO, M^a. A., «El canon por copia privada», en *Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. C. Buganza, B. M. Bosch Editor, enero 2007.
- GAITA, K., y CHRISTIE, A. F., «Principle or Compromise? Understanding the Original Thinking Behind Statutory Licence and Levy Schemes for Private Copying», en *Intellectual Property Quarterly*, núm. 4, 2004.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2007.
- «Artículo 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2007.
- *El derecho de autor en Internet. La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*, Comares, Granada, 2003.
- En *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, VV.AA., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- *La reforma de la copia privada en la legislación de propiedad intelectual*, Comares, Granada, 2005.
- GAUBIAC, Y., «Les nouveaux mohines techniques de reproduction et le droit d’auteur», en *RIDA*, 1985.
- GINSBURG, J., «Copyright Legislation for the “Digital Millennium”», en *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, vol. 23, 1999.
- GÓMEZ POMAR, F., «La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1993.
- GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., «Napster: “copias robadas”, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet», en *Revista pe.i.*, núm. 6, septiembre-diciembre 2000.

- *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008.
- GONZÁLEZ GARCÍA, A., «La compensación equitativa por copia privada digital en la Ley 23/2006, de 7 de julio», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 15, 2006.
- HART, M., «The Copyright in the Information Society Directive: an Overview», en *E.I.P.R.*, 2002.
- HUGENHOLTZ, P. B., «The Future of Copyright Levies in the Digital Environment», en *Actas del Congreso de ALAI 2003 en Budapest*, KJK-KERSZÖV, Hungría, 2004.
- HUGENHOLTZ, P. B.; GUIBAULT, L.; GEFFEN S., *The Future of Levies in a Digital Environment*, Institute for Information Law, Amsterdam, 2003.
- IZQUIERDO JIMÉNEZ, R., «La Orden Ministerial de 18 de junio de 2008: nuevo listado de equipos y soportes digitales sujetos al pago del canon por copia privada y su cuantía», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 21, 2008.
- KÉRÉVER, A., «European Directive on the Harmonization of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society», en *Copyright Bulletin*, vol. XXXV, núm. 1, 2001.
- KOELMAN, K. J., «The Levitation of Copyright: An Economic View of Digital Home Copying, Levies and DRM», en *Entertainment Law Review*, núm. 4, 2005.
- KREILE, R., y BECKER, J., «The Legitimation, Practice and Future of Private Copying – A Paper Taking as an Example the System of Private Copying in Germany», en *Copyright Bulletin*, abril-junio 2003.
- LEWINSKI, S. v., «Stakeholder Consultation on Copyright Levies in a Converging World – Response of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Munich», en *IIC*, 1/2007.
- LÓPEZ RICHART, J., «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en *Límites a la Propiedad Intelectual y nuevas tecnologías. Incidencias por la Ley 23/2006, de 7 de julio*, coord. J. A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2008.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, C., «La copia privada de grabaciones sonoras y audiovisuales», en *El derecho de autor ante los desafíos de un mundo cambiante*, Homenaje a la profesora Delia Lipszyc, Palestra, Lima, 2006.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», en *Revista pe.i.*, núm. 20, mayo-agosto 2005.
- MARTÍN VILLAREJO, A., «Reflexiones sobre el denominado “canon de copia privada”. Análisis jurídico y aclaraciones de aspectos esenciales», en *Diario La Ley*, núm. 4, Sección Temas de hoy, 14 de diciembre de 2006, Ref. D-271, La Ley 1608/2006.
- MASSAGUER FUENTES, J., «La copia privada y la remuneración compensatoria por copia privada», en *Conferencia pronunciada en la I Xornadas de Propiedad Intelectual organizadas por el Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago*, 1994.
- MENGUAL GOMIS, O., «El derecho de remuneración compensatoria por copia privada y los CD-R Data. Sentencia 529/2003, de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, de 31 de julio de 2003», en *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 4, 2004.
- NIMMER, D., «A Riff in Fair Use in the Digital Millennium Copyright Act», en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, 2000.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Artículo 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 1997.
- REINBOTHE, J., «Private Copying, Levies and DRMs against the Background of the EU Copyright Framework», Conferencia realizada el 8 de septiembre de 2003, texto disponible en Internet: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/documents/2003-speech-reinbothe_en.htm.

- RIBERA BLANES, B., «El canon digital», en *Diario La Ley*, núm. 6933, Sección Tribunal, 25 de abril de 2008, Ref. D-130, La Ley 16058/2008.
- *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., *La Ley de Propiedad Intelectual. Tras las reformas efectuadas por la Ley 19/2006, de 5 de junio y 23/2006, de 7 de julio*, Aranzadi, Pamplona, 2006.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., «Artículo 25», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirs. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Edersa, Madrid, 1994.
- ROGEL VIDE, C., «La copia privada de obras literarias y su régimen jurídico», en *Nuevos estudios sobre propiedad intelectual*, Bosch, Barcelona, 1995.
- SALAS CARCELLER, A., «La compensación por copia privada. Estado de la cuestión e intereses en conflicto», en *Actualidad Civil*, núm. 18, Sección A Fondo, quincena del 16 al 31 de octubre de 2008, La Ley 39930/2008.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., «La copia privada digital», en *Revista pe.i.*, núm. 14, mayo-agosto 2003.
- *La propiedad intelectual sobre las obras musicales, La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005.
- SANCHÍS MARTÍNEZ, M^a. T., *Derecho de autor, digitalización e Internet*, Universitas, Madrid, 2004.
- SERRANO GÓMEZ, E., «El derecho de remuneración compensatoria por copia privada», en *La protección de la Propiedad Intelectual*, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. 12, Consejo General del Poder Judicial, 2001.
- «La copia privada en la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Diario La Ley*, núm. 6493, Sección Doctrina, 30 de mayo de 2006, Ref. D-133, La Ley 1424/2006.
- *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2000.
- SIRINELLI, P., «Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos», en *Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor y Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas*, Ginebra 6 y 7 de diciembre de 1999, documento WCT-WPPT/IMP/1, en Internet: http://www.wipo.int/documents/es/meetings/1999/wct_wppt/pdf/imp99_1.
- TORRES, M., «La copia para uso personal de textos antes y después de la digitalización», en Internet: <http://www.cedro.org/Files/Boletin26FORO.pdf>.
- VALLÉS RODRÍGUEZ, M., «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 1997.
- VINCK, K., «Parágrafo 54», en *Urheberrecht*, coords. F. K. Fromm y W. Nordemann, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln, 1994.
- VINJE, T., «Should We Begin Digging Copyrights Grave», en *E.I.P.R.*, 2000.
- VIVAS TESÓN, I., «Un CDRom para grabar un acto judicial no es susceptible del canon digital. Comentario a la SAP de Málaga (Sección 5) de 19 de septiembre de 2006 (AC 2006,1569)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 18, 2007.
- VV.AA., «The Impact of Directive 2001/29/EC on Online Business Models, en *Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*, Part I, Final Report, Febrero 2007, Institute for Information Law, University of Amsterdam, en Internet: <http://www.ivir.nl>.
- VV.AA., *La copia privada a examen: el derecho de remuneración compensatoria en el ámbito de la propiedad intelectual*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1995.
- VV.AA., *Manual de propiedad intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

WESTKAMP, G., «The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States», en *Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*, Part II, Final Report, Febrero 2007, Institute for Information Law, University of Amsterdam, en Internet: <http://www.ivir.nl>

VIII. ANEXO

La compensación equitativa por copia privada en Europa

El presente Anexo pretende ofrecer una visión comparativa de las tarifas establecidas en los soportes y en los equipos en concepto de compensación por copia privada. No se recogen todos los países de la Unión, sino únicamente algunos de ellos¹³⁷.

Alemania (§ 54 UrhG)

SOPORTES			
AUDIO			
	CANON	CAPACIDAD	DESCUENTO¹³⁸
Minidisc	0,08 €	80 Min.	6%
Hi-MD	0,0614 €	60 Min.	6%
CD-R/RW Audio	0,08 €	80 Min.	6%
CD-R/RW Data	0,0288 €	700 MB	6%
Tarjetas de memoria ¹³⁹	0,25 €	256 MB	6%
VÍDEO			
DVD-R/RW Vídeo	0,174 €	4,7 GB / 240 Min.	6%
DVD-R/RW Data			
DVD Ram			
DVD doble capa	En negociación		
Blu-Ray			
HD-DVD			

¹³⁷ Para un estudio detallado de todos los países de la UE, *vid.* «International Survey on Private Copying Law & Practice», 19th Revision 2008, realizado por *Thuiskopie*. Disponible en Internet: http://145.222.172.84/assets/File/PDF/International/Survey%202008_Publication_web.pdf.

¹³⁸ Los descuentos dependen del tipo de acuerdo que alcance ZPÜ y las asociaciones de la industria de contenidos.

¹³⁹ Las tarjetas de memoria únicamente están sujetas al canon cuando sean vendidas con un dispositivo.

DISPOSITIVOS			
	CANON	CAPACIDAD	DESCUENTO
Reproductor digital de vídeo y audio	18,42 €	por unidad	6,5%
Reproductor digital de audio	2,56 €	por unidad	6,5%
Grabadora interna de CD	7,50 €	por unidad	Tarifa especial 6 €
Grabadora externa de CD	1,28 €	por unidad	6-6,5%
Grabadora interna de DVD	9,21 €	por unidad	Tarifa especial 7,37 €
Grabadora de DVD	9,21 €	por unidad	6-6,5%
Grabadora de DVD con disco duro	18,42 €	por unidad	6-6,5%
Grabadora de Blu-Ray	9,21 €	por unidad	Tarifa especial 7,37 €
Grabadora de HD-DVD	9,21 €	por unidad	Tarifa especial 7,37 €
TV con grabadora	9,21 €	por unidad	6-6,5 €
	18,42 €	por unidad	6-6,5 €

Bélgica (fijadas por el Real Decreto de 28 de marzo de 1996, modificado por el Real Decreto de 25 de abril de 2004)

SOPORTES		
AUDIO		
	CANON	CAPACIDAD
Minidisc	0,23 €	60 Min.
Hi-MD	0,23 €	60 Min.
CD-R/RW Audio	0,23 €	60 Min.
CD-R/RW Data	0,12 €	por disco
VIDEO		
DVD-R/RW Vídeo	0,59 €	por disco
DVD-R/RW Data	0,59 €	por disco
DVD Ram	0,59 €	por disco
DVD doble capa	0,59 €	por disco
Cintas de vídeo digitales	0,1239 €	60 Min.

DISPOSITIVOS¹⁴⁰	
	CANON
Grabadora externa de CDs	3%
Grabadora externa de DVDs	3%
Disco duro grabador de DVDs	3%
Grabadora externa de Blu-ray	3%
Grabadora externa de HD-DVD	3%
TV con grabador	1,5%
Todos los dispositivos autónomos	3%
Todos los dispositivos combinados	1,5%

Francia

SOPORTES		
AUDIO		
	CANON	CAPACIDAD
Minidisc ¹⁴¹	0,56 €	74 Min.
CD-R/RW Audio	0,56 €	74 Min.
CD-R/RW Data	0,35 €	700 MB
Micro Floppy disc	0,01 €	1,44 MB
VIDEO		
DVD-R/RW Vídeo ¹⁴²	1,00 €	4,7 GB
DVD-R/RW Data	1,00 €	4,7 GB
DVD Ram	1,00 €	4,7 GB
DVHS	3,77 €	180 Min.

¹⁴⁰ Los discos duros de ordenador y sus componentes no están gravados. Como tampoco lo están: las tarjetas de memorias, las memorias USB, los reproductores mp3.

¹⁴¹ Los *Minidisc* y los CD Data fueron gravados a partir de las Decisiones de 4 de enero de 2001 y de 6 de diciembre de 2001, revisadas por las Decisiones de 6 de junio de 2005 y de 20 de julio de 2006.

¹⁴² Los soportes vírgenes DVDs quedaron sujetos al canon a partir de la Decisión de 9 de julio de 2007.

DISPOSITIVOS		
	CANON	CAPACIDAD
Memorias o discos duros integrados en dispositivos multimedia (audio y vídeo) ¹⁴³	5 €	menos de 1 GB
	6 €	1-5 GB
	7 €	5-10 GB
	8 €	10-20 GB
	10 €	20-40 GB
	15 €	40-80 GB
	20 €	80-120 GB
	25 €	120-160 GB
	35 €	160-250 GB
	45 €	250-400 GB
	50 €	400-560 GB
Memorias o discos duros integrados en reproductores mp3 o en otros dispositivos multimedia ¹⁴⁴	1 €	menos de 128 MB
	2 €	128-256 MB
	3 €	256-384 MB
	4 €	384-512 MB
	5 €	512 MB - 1 GB
	8 €	1-5 GB
	10 €	5-10 GB
	12 €	10-15 GB
	15 €	15-20 GB
	20 €	20-40 GB
Discos duros multimedia externos con salida de Audio o Vídeo para mostrar el contenido en una TV o dispositivo multimedia ¹⁴⁵	7 €	menos de 80 GB
	10 €	80-120 GB
	12 €	120-160 GB
	15,50 €	160-250 GB
	20 €	250-400 GB

¹⁴³ Sujetas al canon desde la Decisión de 11 de diciembre de 2007.

¹⁴⁴ Gravadas desde la Decisión de 22 de noviembre de 2005.

¹⁴⁵ Sujetas al canon a partir de la Decisión de 11 de diciembre de 2007.

DISPOSITIVOS		
	CANON	CAPACIDAD
Discos duros multimedia externos con entrada de Audio o Vídeo para almacenar contenidos y con salidas para mostrar el contenido en una TV o dispositivo multimedia ¹⁴⁶	23 €	400-560 GB
	5 €	menos de 1 GB
	6 €	1-5 GB
	7 €	5-10 GB
	8 €	10-20 GB
	10 €	20-40 GB
	15 €	40-80 GB
	20 €	80-120 GB
	25 €	120-160 GB
	35 €	160-250 GB
	45 €	250-400 GB
	50 €	400-560 GB
Discos duros integrados en grabadores de vídeo o en decodificadores de TV	10 €	menos de 40 GB
	15 €	40-80 GB
	20 €	80-120 GB
	25 €	120-160 GB
	25 €	160-250 GB
	45 €	250-400 GB
	50 €	400-560 GB
Discos duros externos usados únicamente con ordenadores (sin necesidad de ningún otro dispositivo) ¹⁴⁷	0,0597 €	menos de 80 GB
	0,0507 €	80-120 GB
	0,0403 €	120-160 GB
	0,0333 €	160-200 GB
	0,0272 €	200-320 GB
	0,0237 €	320-400 GB
	0,0200 €	400-1000 GB

¹⁴⁶ Estos discos duros y los siguientes dispositivos empezaron a gravarse a partir de la Decisión de 20 de julio de 2006.

¹⁴⁷ Estos dispositivos, junto con las tarjetas de memoria y las memorias USB, están sujetos al canon desde la Decisión de 9 de julio de 2007. Dentro de los discos duros externos usados con ordenadores deben exceptuarse los siguientes: a) los discos duros que funcionen en tres sistemas operativos al mismo tiempo; b) los destinados a un uso profesional dentro de un contexto técnico.

DISPOSITIVOS		
	CANON	CAPACIDAD
Tarjetas de memoria	0,144 €	menos de 512 MB
	0,090 €	512 MB – 2 GB
	0,072 €	2-5 GB
	0,062 €	5-10 GB
	0,059 €	10-16 GB
Memorias USB	0,3 €	menos de 512 MB
	0,225 €	512 MB – 1 GB
	0,180 €	1-2 GB
	0,144 €	2-5 GB
	0,130 €	5-10 GB
	0,125 €	10-16 GB

Holanda

AUDIO		
	CANON	CAPACIDAD
Minidisc	0,32 €	por hora
CD-R/RW Audio	0,42 €	por hora
CD-R/RW Data	0,14 €	por unidad
Hi-Minidisc	1,10 €	1 GB
VÍDEO ¹⁴⁸		
DVD-R/RW Data	0,40 €	4,7 GB
DVD-R/RW Vídeo	0,60 €	4,7 GB

¹⁴⁸ Los DVDs de doble capa están gravados con el canon por su capacidad extra de almacenamiento. Sin embargo, esas tarifas están congeladas hasta que el Gobierno dicte el correspondiente decreto, algo que se espera a lo largo de 2009.

Italia

El artículo 71septies de la Ley italiana sobre derecho de autor establece que la compensación consistirá en un porcentaje sobre el precio de venta del equipo o soporte, o bien en una cantidad fija para cada soporte. Para equipos multifuncionales, la compensación se basará en el precio de un dispositivo que tiene características equivalentes al componente de grabación interno o, cuando esto no sea posible, en una cantidad fijada para cada dispositivo.

SOPORTES		
AUDIO		
	CANON	CAPACIDAD¹⁴⁹
Minidisc	0,29 €	60 Min.
CD-R/RW Audio	0,29 €	60 Min.
CD-R/RW Data	0,23 €	650 MB
VÍDEO		
DVD-R/RW Vídeo	0,29 € / 0,87 €	60 Min. / 180 Min.
DVD-R/RW Data	0,29 € / 0,87 €	60 Min. / 180 Min.
DVD Ram	0,87 €	4,7 GB
DVD doble capa	0,87 €	4,7 GB

¹⁴⁹ Todos los soportes digitales, tanto de Audio como de Vídeo, están gravados en función de su capacidad. Así, por ejemplo, un CD-R Audio de 100 Min. está gravado con un canon de 0,48, y uno de 140 Min. con 0,72 €, y así sucesivamente. La compensación irá subiendo proporcionalmente conforme a la capacidad de almacenamiento.

DISPOSITIVOS	
	CANON
Equipos de grabación	3% del precio de venta al por menor
Reproductores mp3	3% del precio de venta al por menor
Grabadora interna de CD	0,60 €
Grabadora externa de CD	3% del precio de venta al por menor, con un descuento del 50%
Grabadora interna de DVD	2,10 €
Grabadora externa de DVD	3% del precio de venta al por menor, con un descuento del 50%
Grabadora de DVD con disco duro	3% del precio de venta al por menor

Portugal (las tarifas de la compensación por copia privada se encuentran establecidas en la Ley 62/1998, modificada por la Ley 50/2004, de 24 de agosto (arts. 81 y 82))

SOPORTES		
AUDIO		
	CANON	CAPACIDAD
Minidisc	0,19 €	por unidad
CD-R Audio	0,13 €	por unidad
CD-RW Audio	0,19 €	por unidad
CD-R Data	0,05 €	por unidad
CD-RW Data	0,14 €	por unidad
CD 8 cm.	0,27 €	por unidad
VÍDEO		
DVD-R Vídeo	0,14 €	por unidad
DVD-RW Vídeo	0,30 €	por unidad
DVD-R Data	0,14 €	por unidad
DVD-RW Data	0,30 €	por unidad
DVD Ram	1,00 €	por unidad

En cuanto a los dispositivos, únicamente están gravados en el entorno analógico, con un 3% del precio de venta.