

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

por Fernando CARBAJO CASCÓN
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca

RESUMEN: La polémica desatada en torno a la compensación equitativa por copia privada no es un problema nuevo característico de la era digital, sino que viene arrastrándose desde las primeras regulaciones sobre la materia en el terreno analógico, si bien la tecnología digital ha contribuido a incrementar considerablemente la discusión. Partiendo del análisis de una reciente resolución del Tribunal Supremo relativa al canon sobre cintas de vídeo, el presente trabajo analiza los orígenes y la justificación de la remuneración compensatoria por copia privada y su tratamiento legal en España, desde su primera regulación en 1987 hasta la reciente reforma de 2006, demostrando su compatibilidad con la Constitución y con el ordenamiento comunitario.

PALABRAS CLAVE: Derechos exclusivos; limitaciones y excepciones; copia privada; remuneración compensatoria; derechos de remuneración; compensación equitativa; prueba de los tres pasos.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO. II. HISTORIA DE LA REMUNERACIÓN POR COPIA PRIVADA: DE LA COPIA PRIVADA ANALÓGICA A LA DIGITAL Y DE LA REMUNERACIÓN COMPENSATORIA A LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA. SU REGULACIÓN EN ESPAÑA. 1. ORIGEN Y JUSTIFICACIÓN DEL LÍMITE DE COPIA PRIVADA Y DE LA REMUNERACIÓN COMPENSATORIA. 2. LA REGULACIÓN DE LA REMUNERACIÓN COMPENSATORIA EN ESPAÑA. 2.1. *El artículo 25 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre de propiedad intelectual.* 2.2. *La reforma del artículo 25 LPI por la Ley 20/1992, de 7 de julio.* 2.3. *La reforma del artículo 25 LPI por la Ley 43/1994, de 30 de diciembre y su continuación en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.* 2.4. *La reforma del régimen de copia privada y compensación equitativa por la Ley 23/2006, de 7 de julio, de reforma del TRLPI 1996.* III. SOBRE LA PRETENDIDA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REMUNERACIÓN COMPENSATORIA POR COPIA PRIVADA. IV. SOBRE EL PLANTEAMIENTO DE CUESTIÓN PREJUDI-

CIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. V. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA EXCLUSIÓN DEL PAGO DEL CANON REMUNERATORIO POR COPIA PRIVADA DE LOS EQUIPOS Y CINTAS DE VÍDEO CON PASO IGUAL A 12,7 MILÍMETROS DURANTE EL PERIODO INTERMEDIO DE DETERMINACIÓN DEL CANON MEDIANTE RESOLUCIONES DE MEDIADORES NOMBRADOS POR EL MINISTERIO DE CULTURA (LEY 20/1992 Y RD 1434/1992).

TITLE: «The long way of equitable compensation for private copy. Speaking of the sentence (1.º Chamber) of Supreme Court of 2005, October 25».

ABSTRACT: The controversy about equitable compensation for private copy it is not a characteristic digital age problem. This trouble comes from the beginning regulations in the analogic scope, although the digital technology has considerably increased this controversy. According to a recent Supreme Court Resolution relative to the canon over videotapes, the present work analyzes the origins and the justification of compensatory remuneration for private copy and its legal treatment in Spain, since the first regulation in 1987 until the recent reform of 2006, proving its compatibility with the Spanish Constitution and with Communitarian Legal System.

KEYWORDS: Exclusive rights; limitations and exceptions; private copy; compensable remuneration; remuneration rights; equitable compensation; three step test.

CONTENTS: I. INTRODUCTION AND APPROACH. II. PRIVATE COPY REMUNERATION HISTORY: FROM ANALOGIC PRIVATE COPY TO DIGITAL COPY ONE. FROM COMPENSATORY REGULATION TO EQUITABLE COMPENSATION. SPANISH REGULATION. 1. ORIGIN AND JUSTIFICATION: PRIVATE COPY LIMIT AND COMPENSATORY REGULATION 2. REGULATION OF COMPENSATORY REMUNERATION IN SPAIN. 2.1. Article 25 of the Law 22/1987, of 11 of November about Intellectual Property. 2.2. The reform of the article 25 by law 20/1992, of 7 of July. 2.3. The reform of the article 25 by law 43/1994, of 30 of December and it following regulation in the RD 1/1996, of 12 of April (TRLPI). 2.4. The reform of private copy regime and equitable remuneration by Law 23/2006, of 7 of July which reform TRLPI 1996. III. ABOUT THE EXPECTED UNCONSTITUTIONALITY OF PRIVATE COPY COMPENSATORY REMUNERATION. IV. ABOUT THE QUESTION ON THE INTERPRETATION OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. V. THE DEEP QUAESTION: THE EXCLUSION OF REMUNERA-

TORY CANON FOR PRIVATE COPY IN EQUIPMENT AND VIDEOTAPES WITH 12.7 MILLIMETRES WIDE DURING THE INTERVAL CANON DETERMINATION PERIOD THOUGHT RESOLUTIONS PASSED BY MEDIATORS DESIGNED BY MINISTRY OF CULTURE. (LAW 20/1992 AND RD 1434/1992).

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

La «guerra» por el denominado canon por copia privada (cuestión candente y popular donde las haya —aunque mejor sería decir «impopular»— en el momento de escribir estas líneas, justo cuando acaba de promulgarse la Ley 23/2006, de 7 de julio, de reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996¹, cuyo principal objetivo es la incorporación a nuestro ordenamiento interno de la Directiva 29/2001/CE, de 22 de mayo, de adaptación de los derechos de autor y derechos afines a la sociedad de la información, donde se aborda precisamente el equilibrio en el ámbito digital entre el derecho exclusivo de reproducción, el límite de copia privada y la utilización de medidas tecnológicas de control del copiado) no es un problema nuevo que haya surgido al son de la tecnología digital. Antes bien, esa «guerra» comenzó a librarse en el momento mismo en que la LPI de 1987 reconoció por primera vez en nuestro ordenamiento el derecho de los titulares de la propiedad intelectual a recibir una remuneración compensatoria por el ejercicio masivo del -también entonces por primera vez contemplado expresamente- límite de copia privada, encomendándose a las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual la labor de hacer efectivo el cobro de las cantidades correspondientes (cfr., arts. 31.2.º y 25 LPI).

Desde su implantación en España, por medio del art. 25 LPI 1987, la tensión entre entidades de gestión e industria por el pago del canon compensatorio por copia privada ha ido subiendo de grado paulatinamente, motivando una intensa serie de «batallas» judiciales que, a su vez, han provocado continuas reformas en la redacción legal del precepto y en su desarrollo reglamentario para superar los defectos que dejaron vacías de contenido -por inaplicables- las primeras versiones de la norma y también para procurar su adaptación a un contexto tecnológico y comercial en constante evolución.

Puede decirse que durante todos estos años (1987-2006) ha sido puesta en marcha una maniobra orquestada por parte de miembros de la industria catalogados legalmente como deudores del canon (empresas fabricantes e importadoras de equipos, aparatos y soportes de reproducción), orientada a obstaculizar o cuando menos retrasar la aplicación del canon compensatorio por copia privada, denunciando frecuentemente la falta de justificación y de legitimación del mismo. Para ello han recurrido frecuentemente y de manera indistinta a la Justicia Contencioso-Administrativa y a la Justicia Ordinaria, solicitando de los

¹ BOE n.º 162, de 8 de julio de 2006, pgs. 25.561-25.572.

respectivos Jueces y Tribunales que plantearan cuestión de inconstitucionalidad ante el TC así como cuestión prejudicial ante el TJCE, alegando la posible inconstitucionalidad e inadecuación al Derecho Comunitario de la remuneración compensatoria por copia privada, al tiempo que han aprovechado los resquicios dejados en las primeras redacciones del art. 25 LPI (en concreto por la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, y la reforma posterior de la Ley 20/1992, de 7 de julio y su desarrollo reglamentario por el RD 1434/1992, de 27 de noviembre) para intentar eludir en lo posible el pago de las cantidades reclamadas por las entidades de gestión.

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005 que ahora comentamos constituye una de las pocas ocasiones en que el Alto Tribunal se ha pronunciado sobre esta materia, y el caso por ella resuelto (junto a un no desdeñable número de resoluciones anteriores de otros tribunales que oportunamente se citarán) representa un fiel ejemplo de esa cruenta oposición por parte de un importante sector de miembros de la industria a la imposición y aplicación del canon compensatorio. Esta resolución constituye así un claro exponente de esa serie de batallas judiciales que enfrenta a parte de la industria con las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, las cuales, en cuanto legítimos representantes (mandatarios *ex lege*) de los titulares de derechos exclusivos reconocidos por la Ley como acreedores de la remuneración, han llevado sobre sus hombros -emulando el célebre mito de Sísifo- la pesada carga de remontar las dificultades, luchando diariamente contra la reiterada negativa de la industria a abonar el canon y contra los diversos tipos de fraude e intentando convencer al legislador para perfeccionar el sistema, superando poco a poco las lagunas e indeterminaciones de las primeras regulaciones aprovechadas por la industria para entorpecer el cobro regular del canon por parte de los acreedores del mismo. (Volviendo al mito: ...para provocar la caída de la piedra y exigir un nuevo y más grande esfuerzo a las entidades de gestión para empujarla nuevamente a lo alto de la colina.)

Así pues, a pesar de su triste celebridad en la actualidad, el ahora llamado «canon digital» no es más que el mismo problema con nuevas vestiduras: las que marca la moda en forma de progreso tecnológico. Un paso adelante más en la «*larga marcha*» que la remuneración compensatoria (o compensación equitativa) por copia privada viene recorriendo desde su primer reconocimiento (en 1987) hasta la actualidad (2006), cuando acaba de ser modificado ampliamente el régimen jurídico de la copia privada y la remuneración compensatoria a través de la nueva Ley 23/2006, de 7 de julio, de Reforma del TRLPI 1996. Un camino -por cierto- plagado de penurias, de escollos y recovecos que han dificultado notablemente la pacífica implantación y consolidación de la compensación por copia privada en nuestro país.

Ha correspondido otra vez al legislador la estoica labor de confeccionar un nuevo traje con hechuras adaptadas a las nuevas medidas del problema. Otra nueva solución al constante problema planteado por la remuneración compensatoria (asociada al ejercicio cada vez más masivo del límite de copia privada,

ligado a su vez al crecimiento del mercado de equipos, aparatos y soportes para facilitar la copia) entre las varias que se han venido dando desde su implantación en 1987 hasta la redacción contenida en el vigente TRLPI de 1996, que ahora nuevamente se modifica para adaptar el sistema de copia privada y su compensación equitativa al nuevo entorno tecnológico digital, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 29/2001/CE (DSI).

Esas sucesivas redacciones (adaptaciones) de los preceptos relativos a la copia privada y a la remuneración compensatoria, constituyen así un fiel ejemplo de la ya clásica afirmación de que la historia de la propiedad intelectual es la historia de sus sucesivas adaptaciones a la evolución de la técnica; evolución tecnológica que también -nos permitimos añadir- influye considerablemente en la gestión de los derechos de propiedad intelectual, como está demostrándose ahora con los sistemas de gestión digital de derechos («*Digital Rights Management Systems*», DRM) basados fundamentalmente en el uso de medidas tecnológicas de encriptación, control de acceso o control del copiado («*Technological Protections Measures*», TPM) y que juegan un rol determinante en el nuevo régimen de la compensación equitativa por copia privada diseñado por el legislador comunitario en la Directiva 29/2001/CE, de 22 de mayo, plasmado (incorporado) ahora en nuestro ordenamiento interno por la nueva Ley 23/2006 (cfr, arts. 25, 31.2 y 161 TRLPI).

Un factor nuevo en la llamada «guerra del canon» es la participación en la misma de un nuevo ejército: el de los consumidores y usuarios, que, agrupado en la denominada plataforma «todos contra el canon»², viene a provocar nuevas batallas que se suman a la ya larga serie que desde finales de los años ochenta venía produciéndose entre los acreedores de la remuneración (autores, editores y productores, representados por las respectivas entidades de gestión colectiva sectoriales) y los deudores de la misma (la industria representativa de los productores, importadores y distribuidores de esos instrumentos de reproducción).

Los consumidores ven afectados sus intereses en la medida en que la industria repercute normalmente en el precio final de los equipos, aparatos y soportes de reproducción las cantidades que deben abonar a las entidades de gestión en concepto de canon por copia privada. La respuesta fue débil, por no decir inexistente, cuando el canon se limitó a los instrumentos de copia analógicos. Pero con la aparición de soportes digitales versátiles o polivalentes (como los CD-Data ó DVD-Data), que sirven para copiar todo tipo de materiales o datos (constituyan o no contenidos protegidos), y con la comercialización al mismo tiempo de contenidos sonoros y audiovisuales que incorporan medidas anticopia, asociaciones representativas de los intereses de consumidores y usuarios y organizaciones que defienden el acceso y uso libre de la información han encontrado argumentos para rechazar de plano la existencia misma del canon digital, a pesar de que -siguiendo el tenor literal del art. 25.2 TRLPI- los equipos,

² Vid. sus argumentos y propuestas en el sitio www.todoscontraelcanon.org.

aparatos y soportes digitales son perfectamente idóneos para realizar reproducciones para uso privado, afectando negativamente (de forma evidente; desde luego mucho más que los analógicos al permitir mayor rapidez, cantidad y calidad de copia) a la explotación de las obras y prestaciones protegidas y con ello a los legítimos intereses de sus titulares.

Se produce así una inusitada y sorprendente comunión entre industria y consumidores, que raramente -por no decir jamás- podrá apreciarse en otros sectores. Y enfrente...los creadores, los artistas intérpretes y ejecutantes y los productores de contenidos, que ven cómo cada vez resulta más fácil la copia, cómo cada vez es más voluminosa y cómo se incrementa incesantemente el mercado de equipos y soportes para la reproducción de materiales, entre los que cuentan principalmente (a pesar de que existen estadísticas de todos los colores, dependiendo del cliente o solicitante de las mismas), los contenidos protegidos por derechos exclusivos de autor y conexos.

Y corresponde nuevamente a los titulares de derechos, a través de las entidades de gestión sectoriales representativas de los mismos, la fatigosa labor de exigir y convencer al legislador (y a toda la sociedad, lo que obviamente resulta mucho más difícil) sobre la necesidad de adaptar el canon a los nuevos equipos y soportes técnicos que paulatinamente han ido apareciendo, para hacer realidad el espíritu que inspiró la creación legal de la remuneración por copia privada: compensar adecuadamente (justa o equitativamente) a los titulares de derechos por las pérdidas que la copia privada masiva supone para ellos, con lo que ello conlleva de desincentivo para la creación y para la inversión industrial en contenidos de calidad, base por lo demás en amplia medida de la moderna sociedad de la información en la que estamos inmersos.

Cierto que los ingresos en concepto de remuneración por copia privada son cada vez más importantes para las entidades de gestión; y cierto también que la industria de contenidos utiliza cada vez con mayor frecuencia medidas de control del copiado en los ejemplares electrónicos que comercializa (discos, vídeos, CD-Roms y contenidos on line). Pero no es menos cierto que el volumen de copia privada es cada vez mayor entre los particulares, que tienen la oportunidad de disfrutar de un número casi ilimitado de contenidos a un coste muy reducido; y no es menos cierto también que debido a ese comportamiento -casi compulsivo en ocasiones de los consumidores- el mercado de la copia va en constante aumento, generando pingües beneficios para la industria fabricante, importadora y distribuidora de los mismos. No puede ignorarse tampoco que el pago del canon puede perjudicar a los empresarios que lo abonan frente a aquellos otros que no lo hacen (nutriéndose de soportes fabricados en países donde no existe tal canon y también de las posibilidades que confiere el comercio electrónico 'anacional'), pero esto supone un problema de lucha contra el fraude que debe ser combatido (y no sólo por entidades de gestión, sino también por la propia industria) con otras medidas distintas que no vayan en detrimento de los legítimos derechos e intereses de autores, intérpretes e industria de la cultura: no por mejorar la competitividad de la industria fabricante, distribuidora

e importadora de materiales de reproducción se puede perjudicar a otra industria también importante: la industria de la cultura y el substrato básico de la misma que son los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes.

Nos encontramos así con que la lucha se recrudece en el nuevo campo de batalla digital, precisamente cuando van apareciendo las (siempre tardías) respuestas jurisprudenciales a las primeras escaramuzas en el terreno analógico. Pero siempre es bueno conocer la historia (orígenes y antecedentes) de situaciones problemáticas para comprender mejor las razones de sus sucesivas reiteraciones en ambientes y épocas diferentes; y para poder sopesar así con mayores elementos de juicio los argumentos esgrimidos por las partes.

Con esta vocación ha sido redactado este comentario a la STS (Sala 1.^a) de 25 de octubre de 2005. Y anuncio claramente desde este primer momento el sentido último del mismo: aprovechar -a modo de «disculpa» metodológica- las consideraciones que el Alto Tribunal realiza sobre la remuneración compensatoria por copia privada para demostrar la razón de ser de la misma desde sus orígenes y la necesidad de mantener su vigencia también en el entorno digital (aprovechando para analizar someramente las claves del nuevo régimen sobre compensación equitativa introducido por la Ley 23/2006), así como su constitucionalidad y coherencia con el derecho comunitario, para analizar finalmente la solución o respuesta ofrecida por la Sala 1.^a del TS al problema de fondo planteado hace tiempo -con las primeras redacciones de la norma, pensadas para su aplicación exclusivamente en el entorno analógico- por la industria de los equipos y soportes de reproducción, y que, aunque desfasado desde el punto de vista legislativo, servirá para examinar el enfrentamiento industria-entidades de gestión y para extraer algunas conclusiones para el futuro proceso de fijación de la compensación por copia privada digital.

En concreto, en el caso de Autos, la actora, KODAK S.A., demandó a las siete entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual existentes al tiempo de la interposición de la demanda, suplicando el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC de las sucesivas redacciones del art. 25 LPI, así como de cuestión prejudicial ante el TJCE, y subsidiariamente, para el caso de que se desestimasen esas peticiones, que se dictase sentencia por la que se declarase nula la resolución del mediador nombrado por el Ministerio de Cultura en el ejercicio de 1993 para la determinación de la remuneración por copia privada correspondiente al periodo que va desde el segundo semestre de 1992 hasta el 16 de marzo de 1994 (de conformidad con lo previsto en el art. 25 LPI redactado por la Ley 20/1992 y desarrollado por el RD 1434/1992), y excluyendo en consecuencia de la obligación de remuneración compensatoria a los equipos y soportes de vídeo de paso igual o superior a 12,7 milímetros o media pulgada durante el periodo reclamado; en correspondencia con lo anterior, que declarase la nulidad del procedimiento ejecutivo interpuesto por las codemandadas contra KODAK S.A. en virtud de la resolución del Mediador; asimismo, conjuntamente con todo lo anterior, que declarase la vigencia de los Acuerdos Parciales alcanzados entre las Entidades de Gestión y la entidad KO-

DAK S.A. en la mesa de negociación de 1993 y 1994 por los que se establecieron descuentos a los deudores de la remuneración, declarando que no producía ningún efecto la comunicación unilateral de exclusión de la actora por el hecho de no haber atendido el pronto pago de la remuneración al haber impugnado judicialmente la resolución del mediador en procedimiento ordinario.

La STS de 25 de octubre de 2005 resuelve los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de la actora, KODAK S.A. y por la demandada reconviniendo EGEDA. En el recurso de KODAK S.A. prácticamente se reproducen como motivos de casación los pedimentos de la demanda, insistiendo en solicitar el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ante el TC y cuestión prejudicial ante el TJCE, y suplicando subsidiariamente la exclusión de la obligación de remuneración compensatoria de los equipos y soportes de vídeo de paso igual o superior a 12,7 milímetros o media pulgada, desde el segundo semestre de 1992 hasta el 16 de marzo de 1994 y la nulidad del procedimiento ejecutivo seguido contra ella. Por su parte, la codemandada y recurrente también en casación, EGEDA, solicita del Tribunal casar la sentencia de la Audiencia para declarar excluida a la entidad KODAK S.A. de los Acuerdos Parciales alcanzados en la mesa de negociación de 1993 y 1994, y por lo tanto la no aplicación a la misma de los descuentos pactados en dichos acuerdos, al no haberse producido el pronto pago de las cantidades fijadas por la resolución del mediador para el periodo correspondiente al segundo semestre de 1992, todo el año 1993 y hasta el 16 de marzo de 2004.

Siguiendo la estructura de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005, vamos a comenzar exponiendo (exposición necesaria, en tanto que influye de forma importante en el resto de las cuestiones planteadas) la historia de la remuneración compensatoria por copia privada, desde sus orígenes hasta la reciente reforma de 2006 (**y II; correlativo con el fundamento de derecho segundo**), para continuar analizando la pretendida inconstitucionalidad de dicha remuneración (**y III; correlativo con el fundamento de derecho tercero**), así como su inadecuación con el derecho comunitario (**y IV; correlativo con el fundamento de derecho cuarto**), y abordar finalmente el problema de fondo sobre los equipos, aparatos y soportes susceptibles de quedar incluidos en el canon durante los periodos litigiosos de 1992 a 1994 (**y V; correlativo con los fundamentos de derecho quinto a noveno**).

II. HISTORIA DE LA REMUNERACIÓN POR COPIA PRIVADA: DE LA COPIA PRIVADA ANALÓGICA A LA DIGITAL Y DE LA REMUNERACIÓN COMPENSATORIA A LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA. SU REGULACIÓN EN ESPAÑA

1. ORIGEN Y JUSTIFICACIÓN DEL LÍMITE DE COPIA PRIVADA Y DE LA REMUNERACIÓN COMPENSATORIA

El límite de copia privada se encuentra justo en el centro de la encrucijada que constituye el difícil equilibrio entre los derechos exclusivos de los titulares de

derechos de propiedad intelectual (derechos de autor y derechos afines) y los límites materiales o sustanciales a los mismos que persiguen —principalmente— proteger y fomentar derechos fundamentales (cfr., libertad de expresión e información, derecho a la educación) e intereses públicos (cfr., acceso a la cultura, la ciencia y la investigación, protección de disminuidos físicos...). Ese equilibrio o balance de intereses constituye uno de los pilares básicos del derecho de propiedad intelectual (tanto en la tradición continental como en la anglosajona), y con él se quiere hacer compatible el respeto a los legítimos intereses particulares de los titulares de derechos en la protección y explotación económica de sus obras y prestaciones con la necesidad de que las creaciones y producciones intelectuales beneficien al conjunto de la sociedad, engrosando el acervo cultural y el conocimiento de toda la sociedad (cfr., art. 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948)³.

Los orígenes de la remuneración compensatoria por copia privada se sitúan en la tradición jurídica continental de la propiedad intelectual (frente a la anglosajona del «*copyright*», que no aborda el problema debido a la amplitud con que los jueces y tribunales interpretan la excepción general del «*fair use*» o uso leal); en concreto en la Ley Alemana de Derechos de Autor («*Urheberrechtgesetz*») de 1965, que vino a dar respuesta a los problemas planteados por la copia privada masiva facilitada por los instrumentos domésticos de grabación de audio y vídeo. Problemas que se reflejaron por primera vez en las históricas sentencias del Tribunal Supremo Alemán («*Bundesgerichtshof*») de 24 de junio de 1955 (Caso «*Grundig*») y 29 de mayo de 1964 (Caso «*Personalausweise*»)⁴.

En la primera de ellas («*Grundig*») se declara que no existe ningún principio en el derecho de propiedad intelectual que establezca que el derecho exclusivo del titular deba quedar excluido de la esfera privada; y se reconoce en consecuencia el derecho de los titulares para prohibir copias privadas, resultando irrelevante para ese reconocimiento legal el hecho de la inaplicabilidad de tales derechos en la práctica; el Alto Tribunal alemán declara así que los titulares tienen derecho a una remuneración por el uso de sus derechos, incluso aunque ese uso no suponga un aprovechamiento económico directo, pero en la práctica se limita a obligar a los productores de equipos de grabación casera a no vender sus equipos sin una advertencia de posibles infracciones de derechos de propiedad intelectual, desestimando la reclamación de daños interpuesta por la entidad de gestión GEMA. En la segunda de las resoluciones («*Personalausweise*») se considera que los productores y distribuidores de equipos de grabación pueden ser responsables por infracción de derechos de propiedad intelectual, incluso aunque ellos no realicen reproducciones directamente, sino sólo por proveer a los particulares los medios necesarios para ello (contribución necesaria); se piensa entonces que los productores obtienen utilidad económica del mercado de la copia

³ Sobre los límites en general, puede consultarse el trabajo de R. CASAS VALLÉS, *Los límites al derecho de autor*, en XI Jornadas sobre el Derecho de Propiedad Intelectual de los Escritores en la Práctica, República de las Letras, Informes-Estudios n.º 9, 2005, pgs. 5-49.

⁴ Pueden consultarse ambas resoluciones en GRUR, n.º 11/1955, pg. 546; y en GRUR, n.º 2/1965, pg. 104.

doméstica, pero no se pronuncia al respecto; y se entiende además que GEMA no puede obligar a los productores y vendedores de equipos de reproducción a revelar la identidad de sus clientes a los efectos de verificar si esos clientes pudieran cometer infracciones de propiedad intelectual, ya que aunque la copia privada constituya una infracción de la propiedad intelectual, las medidas de control no pueden entrar en conflicto con el derecho inviolable a la intimidad personal y familiar garantizado constitucionalmente.

Ante esta tesitura, la «*Urheberrechtgesetz*» de 1965 (UrhG) introduce por primera vez la copia privada como límite al derecho exclusivo de reproducción, creando al mismo tiempo una remuneración compensatoria sobre los equipos de reproducción de audio y vídeo que deberían abonar los fabricantes e importadores de los mismos a las entidades de gestión de derechos de autor y derechos afines⁵. El legislador alemán era perfectamente consciente de que la copia privada masiva podía afectar gravemente a la explotación normal de la obra y perjudicar injustificadamente los legítimos intereses de sus titulares, pero ante la imposibilidad práctica por parte de los titulares de conceder licencias individuales a cada uno de los potenciales usuarios o de impedir y perseguir las posibles infracciones en el ámbito doméstico (factores ambos que se condensan en lo que en términos económicos se expresa como «*imperfeción de mercado*»), optó por imponer una remuneración a los fabricantes y distribuidores de equipos de reproducción teniendo muy presente la posibilidad para éstos de trasladar esa remuneración a los consumidores mediante el correspondiente incremento en el precio del producto, partiendo de la premisa de que habitualmente esos equipos de reproducción serán empleados por los usuarios particulares para grabar contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual⁶. Es decir, el legislador alemán optó por la sabia decisión de no prohibir lo que no se puede controlar y perseguir⁷, permitiéndolo expresamente y estableciendo a cambio una compensación justa (adecuada, equitativa) para el daño injustamente padecido por los titulares de derechos⁸. De esta manera, la remuneración equitativa serviría al menos para compensar los perjuicios sufridos por los titulares de derechos con motivo del disfrute del límite de copia privada por los beneficiarios, convirtiéndolos así en perjuicios «no injustificados».

⁵ Entre la doctrina alemana es común caracterizar este esquema legal de límite de copia privada («*Vervielfältigung zum privaten Gebrauch*») y remuneración compensatoria («*Vergütungsanspruch*») como una *licencia legal* («*gesetzliche Lizenz*»), por la cual el uso de la obra o prestación puede realizarse sin la autorización de su titular, si bien debe abonarse una remuneración compensatoria fijada directa o indirectamente por la misma Ley. Vid. por todos, SCHRICKER-MELICHAR, *Urheberrecht Kommentar*, 2.^a ed., München, 1999, pgs. 736, 743. También SCHRICKER-LOEWENHEIM, *Urheberrecht Kommentar*, 2.^a ed., München, 1999, pgs. 837 Y 861.

⁶ Para un seguimiento de los orígenes de la remuneración compensatoria por copia privada, vid. el completo trabajo de B.HUGENHOLTZ/L.GUIBAULT/S. VAN GEFFEN, *The Future of Levies in a Digital Environment*, Institute for Information Law, Amsterdam, 2003, en www.ivir.nl.

⁷ Lo que R. CASAS expresa con el viejo aforismo de *minimis lex non curat*. Vid. *Los límites al derecho de autor*, cit., pg. 15.

⁸ J. GINSBURG lo expresa de la siguiente manera: «*If you can't stop the copying, then at least some form of approximate payment should be arranged for it*». Vid. *Remarks between the presentations*, en *Proceedings of the ALAI Congress Budapest, September 14-17, 2003, Creator's Right in the Information Society*, Hungarian ALAI Group y JJK-Kerszöv Legal and Business Publishers, pg. 185.

Con la reforma de la UrhG en 1985 se extendió la remuneración equitativa sobre los soportes de grabación de audio y vídeo (cintas vírgenes) y sobre las máquinas fotocopadoras. Y fue en esa misma década cuando el ejemplo alemán caló hondo en otros ordenamientos europeos continentales, entre ellos el español, donde la LPI 1987 acogió por primera vez el límite de copia privada (art. 31.2.º) y la remuneración compensatoria asociada a la misma (art. 25), si bien las muchas dudas que existieron en la primera regulación de la norma y en su desarrollo reglamentario hicieron inviable su aplicación -debido a la absoluta falta de colaboración de la industria afectada- en los primeros años⁹, forzando reformas sucesivas hasta que se consiguió un régimen jurídico relativamente estable; aunque no por mucho tiempo, pues a finales de los años 90 se consolidó el uso de la tecnología digital y se generalizaron en el mercado los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital, obligando a una nueva revisión -más profunda y compleja- del sistema de copia privada para adaptarlo a las peculiaridades de la nueva era tecnológica y comercial; revisión que acaba de finalizar con la aprobación de la Ley 23/2006 de reforma del TRLPI 1996.

Antes de exponer la evolución normativa acontecida en la legislación española, conviene que nos detengamos en la justificación del límite de copia privada y de la remuneración compensatoria. La primera pregunta que debemos hacernos es si la regulación de la copia privada como límite al derecho de remuneración responde realmente a ese equilibrio de intereses privados y públicos que caracteriza al derecho de propiedad intelectual. Es decir, si responde a consideraciones de tipo constitucional relacionadas con derechos fundamentales y principios rectores de política económica y social (cfr., arts. 18, 20, 27, 33 ó 44 CE 1978) o si constituye más bien una respuesta a exigencias de tipo práctico (un «*homenaje a la realidad*», en palabras de J. DE FUENTES)¹⁰, como la de dar una respuesta equilibrada a una situación socioeconómica inevitable -fruto del paulatino avance tecnológico- intentando compatibilizar en lo posible la protección de los legítimos intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual con los intereses de los ciudadanos consumidores de contenidos culturales o informativos.

No son pocos los que defienden una justificación del límite de copia privada en clave de protección de derechos fundamentales del hombre (ex art. 27.1 DUDH 1948), alegando al respecto bien que sirve para favorecer el acceso a la cultura, bien que se sitúa en la órbita del derecho a la intimidad personal y familiar, bien que se corresponde con el derecho a la libertad de información (recibir información), o bien que responde a la lógica del derecho de propiedad

⁹ Vid. M. VALLÉS RODRÍGUEZ, *Comentario al artículo 25 LPI*, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, pgs. 1456 y ss.

¹⁰ J. DE FUENTES, *Un enfoque jurídico. Razón de ser de la remuneración por copia privada. Un septenio legislando sobre la materia*, en AA.VV., *La Copia Privada a Examen: El derecho de remuneración compensatoria en el ámbito de la Propiedad Intelectual*, Ministerio de Cultura, Colección Análisis y Documentos, n.º 6, 1995, pg. 68. Vid. también Fdto. Dcho. 2.º SAP Alicante de 30 de noviembre de 2005.

sobre el soporte¹¹. Pero, si nos atenemos a los antecedentes jurisprudenciales y legales alemanes, parece que el límite de copia privada se instaura en las leyes de propiedad intelectual para salvar una situación inevitable y evitar males mayores para los titulares de derechos. Esto es, parece que la verdadera justificación del límite está en lo que se dio en llamar *imperfección de mercado*¹².

El Tribunal Supremo alemán reconoció que las reproducciones para uso privado quedaban dentro del derecho exclusivo, pero que no había manera de controlarlas por parte de los tribunales, lo que motivó la respuesta del legislador germano (UrhG 1965) permitiendo expresamente la copia y corrigiendo sus efectos negativos mediante la obligación de remunerar equitativamente. Y la misma lógica puede encontrarse en el resto de las legislaciones europeas que acabaron por acoger este límite y la remuneración asociada¹³.

Pero además, sólo con una remuneración compensatoria equitativa se podría superar la *prueba de los tres pasos* incluida en el art. 9.2 del Convenio de Berna (Acta de Estocolmo de 1967), que permitía a los Estados firmantes incluir en sus legislaciones excepciones o limitaciones al derecho de reproducción siempre que se restringieran a casos especiales (1.º), que no perjudicaran la explo-

¹¹ Aunque últimamente es el derecho a la intimidad personal y familiar el que mayor aceptación parece tener como justificación del límite de copia privada. Vid. en este sentido, B.HUGENHOLTZ/L.GUIBAULT/S. VAN GEFFEN, *The Future of Levies in a Digital Environment*, cit., pg. 33. En las actas del Congreso ALAI de Budapest, 2003, *Creator's Right in the Information Society*, donde la copia privada y la remuneración compensatoria tuvieron un papel protagonista, se hace referencia a que algunos grupos nacionales (entre ellos el español y el francés) mencionan la intimidad y la vida privada como justificación complementaria al límite de copia privada (vid. el informe general de S. MARTIN, *Synthèse des rapports nationaux sur la question du régime de la copie privée dans un domaine analogique*, pg. 193). Sin embargo, algunos de los intervinientes en dicho Congreso manifestaron su escepticismo al respecto, sobre todo a la vista de las nuevas tecnologías de la información (vid. J. GINSBURG, *Remarks between the presentations*, pg. 185), e incluso se llegó a afirmar que las principales razones de ser del límite de copia privada tienen que ver más con derechos económicos y con la aplicación de la ley (esquemas legales) que con la autonomía individual, siendo poco probable que los intereses individuales (intimidad) por sí solos cobren ventaja sobre los derechos económicos (M.E. CRESPIAN, *Définition de la copie privée*, pg. 170). Entre nosotros señala el derecho a la intimidad y a la propiedad sobre el soporte como justificación del límite de copia privada R. SÁNCHEZ ARISTI, *La copia privada digital*, Pe.i, n.º 14, 2003, pgs. 14-15; I. GARROTE parece dejar abierta la puerta a una pluralidad de factores complementarios para justificar el límite de copia privada, entre los que cuentan la imperfección de mercado, el respeto a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio y el acceso de los ciudadanos a la cultura (vid., *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2005, pgs. 173-177).

¹² Me remito a las posiciones defendidas en anteriores trabajos. Vid. F. CARBAJO CASCÓN, *Reproducción y copia privada en el entorno digital*, RDNT, n.º 2, 2003, pgs. 43 y ss.; y, *El pulso en torno a la copia privada*, Pe.i, n.º 16, 2004, pgs. 9 y ss. También se inclina por esta posición R. CASAS VALLÉS, *Los límites...*, cit., pg. 16.

¹³ Dice al respecto nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia que la copia sustituye la compra de la obra copiada y causa un perjuicio a los que obtendrían un beneficio de su venta (autores, editores, productores y artistas e intérpretes), sirviendo así el canon para compensar ese perjuicio (RTDC de 28 de abril de 1994; en la misma línea, Fdto. Dcho. 3.º SAP Alicante de 30 de noviembre de 2005). Ahora bien, tampoco puede llegarse al extremo de presumir en todo caso la certeza de la ecuación «obra copiada = obra no vendida»; por eso la remuneración debe ser equitativa o justa, es decir, proporcional con el daño padecido.

tación normal de la obra (2.º) ni lesionaran injustificadamente los intereses legítimos de su titular (3.º), actuando así a modo de límite de los límites. Esta prueba o test de los tres pasos («*Three steep test*») ha ido adquiriendo mayor relevancia con el paso del tiempo hasta el punto de que el art. 13 ADPIC (OMC-TRIPs) de 1994 la impone como herramienta de control para los límites a todos los derechos de explotación (cfr. también, art. 40bis TRLPI 1996 y art. 5.5 DSI 2001), actuando así como cláusula de salvaguardia de los derechos exclusivos frente al establecimiento y ejercicio excesivo de límites; y actuando en la práctica como principio informador para el legislador, regla de interpretación para jueces y tribunales e incluso como instrumento de control de legalidad entre los Estados miembros de la OMC¹⁴.

De esta manera, cada vez parece más evidente que sea cual sea la justificación que se quiera dar (y digo bien: «que se quiera dar») al límite de copia privada, su expreso reconocimiento como límite (reconocimiento que no hacen los ordenamientos anglosajones, donde cada situación particular deberá enjuiciarse de acuerdo con la cláusula de uso leal) sólo es legalmente viable de acuerdo con la prueba de los tres pasos si se establece y regula adecuadamente la remuneración compensatoria, porque -en el entorno analógico y más aún en el digital- no se puede negar que el ejercicio masivo del límite de copia privada puede impedir la explotación normal de la obra y lesionar injustificadamente los legítimos intereses de los titulares de derechos. Como apuntara en su momento con indudable acierto R. CASAS VALLÉS, el daño que la copia privada causa a los titulares de derechos de propiedad intelectual... «*no es un daño injustamente causado -ya que deriva de un acto lícito- pero sí injustamente padecido*»¹⁵. De modo que sólo estableciendo una remuneración compensatoria justa o equitativa el perjuicio sufrido por los titulares puede tornarse en «*no injustificado*», en tanto que compensa los daños sufridos por actos incontrolables (o difícilmente controlables) de reproducción que impiden la explotación normal de la obra (o prestación). La remuneración o canon debe estar destinado a compensar de manera justa o equitativa el daño injustamente padecido por el ejercicio del límite de copia privada; sin esa remuneración compensatoria dicho límite no superaría las condiciones plasmadas en la prueba de los tres pasos¹⁶.

Resulta así que lo verdaderamente relevante de la copia privada no es tanto el límite (pues aunque no existiera no se podría impedir eficazmente en la prác-

¹⁴ A través de los Paneles de solución de conflictos de la OMC, como sucedió ya en la Resolución de 15 de junio de 2000, WT/DS160/R, «*Caso CE c. USA: Art. 110(5) US Copyright Act*».

¹⁵ Cita, ya clásica, que se contiene en su obra, *La fotocopia y su régimen jurídico*, Aranzadi Civil, 1993-I, pgs. 1997 y ss.

¹⁶ Como veremos más adelante cuando tratemos de la constitucionalidad de la remuneración compensatoria (infra III), la cuestión que se ha de plantear en el entorno digital, es si la remuneración compensatoria sirve por sí sola para superar la prueba de los tres pasos; o si la copia privada digital impide de tal forma la explotación normal de la obra o prestación causando perjuicios a sus titulares que sólo pueden frenarse convenientemente mediante la aplicación armonizada de medidas anticopia y compensación equitativa; o si, finalmente, el límite ya no tiene razón de ser y debe volverse a un sistema de derecho exclusivo reforzado por el uso y protección jurídica de medidas tecnológicas.

tica la copia privada masiva) como la remuneración o compensación equitativa asociada al mismo.

Podría decirse que la inclusión de la copia privada como límite al derecho de reproducción y la regulación de una remuneración compensatoria asociada al mismo respondió (y sigue respondiendo) a una estrategia legal¹⁷ encaminada fundamentalmente a proteger a los titulares de derechos (objetivo último de toda legislación de propiedad intelectual), más que a favorecer a los usuarios¹⁸: ante un hecho contrastado e ineludible como es la copia privada masiva¹⁹, se encuentra una respuesta legal coherente permitiendo expresamente los comportamientos objetivamente nocivos para los titulares de derechos (y beneficiando así al público en general) y compensando indirecta y equitativamente los daños mediante un mecanismo remuneratorio que se configura como una *obligación ex lege* (art. 1089 CC)²⁰. La remuneración compensatoria se hace recaer sobre los fabricantes, importadores y distribuidores de equipos, aparatos y soportes de reproducción para uso privado, quienes, a su vez, podrán repercutir el coste de la remuneración en el precio de venta al público, consiguiendo así equilibrar la balanza entre los titulares de derechos (que obtienen un *de-*

¹⁷ En las Actas al Congreso ALAI 2003, se insiste en remarcar la naturaleza legal de los regímenes de copia privada y remuneración compensatoria. Vid. J. GINSBURG, *Remarques...*, cit., pg. 186; y T. DREIER, *Summary*, pg. 583. Se trata, pues, de una creación del legislador para solucionar un problema práctico concreto ligado a la evolución tecnológica.

¹⁸ Aunque con el límite se legitima la copia privada y de alguna manera se facilita el acceso de los ciudadanos a la cultura (así GARROTE, ob. cit., pgs. 175-176), si bien, quiero insistir en que no reside en estas consideraciones el origen remoto de la remuneración compensatoria, sirviendo en su caso solamente como argumento adicional para justificar el acierto del sistema. Es llamativo, en este sentido, que en un reciente trabajo donde se abordan las relaciones entre la propiedad intelectual y el acceso a la cultura, no se haga mención alguna al límite de copia privada; vid. L. ANGUITA VILLANUEVA, *Derechos fundamentales y propiedad intelectual: el acceso a la cultura*, en C. IGLESIAS REBOLLO (Coord.), *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*, Colección de Propiedad Intelectual (Estudios), Reus, Madrid, 2005, pgs. 49-87.

¹⁹ O difícilmente eludible, al hacerse prácticamente imposible el control de actos de reproducción domésticos, primero por el incremento constante en la calidad de los equipos y soportes de reproducción y su mayor disponibilidad por parte del público, segundo por el número prácticamente ilimitado de los potenciales infractores, y tercero por el obstáculo que supone la intimidad personal y familiar, como ya pusiera de manifiesto el BGH alemán en el caso «*Personalausweise*». Se apunta en este sentido que el respeto a la intimidad de los usuarios jugó un papel fundamental en dicha resolución y que motivó la expresa admisión de la copia privada como límite al derecho exclusivo de reproducción y la introducción de la compensación equitativa (vid. B.HUGENHOLTZ/L.GUIBAULT/S. VAN GEFFEN, *The Future of Levies in a Digital Environment*, cit., pg. 33). A mi entender, ese factor puede servir de justificación adicional, pero la principal preocupación del legislador ha sido y es aún compensar económicamente a los titulares de derechos ante la imposibilidad de combatir eficazmente la copia privada masiva, precisamente -entre otras cosas- por el obstáculo que supone el derecho a la intimidad personal y familiar. Sin embargo, el argumento de la intimidad pierde fuerza a medida que se extienden las nuevas tecnologías de la información que permiten un contacto y negociación directa entre el titular de derechos y los usuarios (licencias de uso) mediante los sistemas digitales de gestión de derechos (DRM), los cuales presuponen necesariamente la aportación de datos personales del usuario al prestador de servicios si quiere acceder al contenido ofrecido por éste.

²⁰ BONDÍA ROMÁN F., *La ley como fuente de las obligaciones y el derecho de remuneración por copia privada reprográfica*, en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T. III, Civitas, 2003.

recho de crédito *ex lege* a una compensación equitativa frente al uso masivo e indiscriminado de sus contenidos) y los intereses del público (que tienen la tranquilidad de poder copiar sin tener que hacer frente a posibles responsabilidades, abonando a cambio una pequeña cantidad en concepto de remuneración siempre que sea repercutida por la industria en el precio de los equipos, aparatos y soportes)²¹; y también puede decirse que se hace partícipes a los titulares de derechos de los beneficios o rentabilidad económica obtenida por la industria fabricante, importadora y distribuidora de equipos, aparatos y materiales de reproducción, que se erige y desarrolla en buena medida sobre la posibilidad otorgada a los usuarios para reproducir para su uso privado contenidos de tipo cultural, informativo o simplemente lúdico protegidos por derechos de autor y derechos conexos²².

2. LA REGULACIÓN DE LA REMUNERACIÓN COMPENSATORIA EN ESPAÑA

La necesidad objetiva de proteger a autores y titulares de derechos afines frente a la copia privada masiva facilitada por los avances tecnológicos es manifiesta en las sucesivas redacciones del art. 25 LPI, desde la aprobación de la LPI en 1987, pasando por el TRLPI de 1996²³, hasta la reciente reforma por la Ley 23/2006 por la que se incorpora al ordenamiento nacional la DSI 2001 para adaptar el derecho material de propiedad intelectual (derechos exclusivos y límites) a las transformaciones provocadas por la tecnología digital y la sociedad de la información, siendo la copia privada digital (y su interacción con las medidas tecnológicas de control del copiado) sin duda el tema estrella de todos los tratados por esta nueva reforma legislativa.

1.1. *El artículo 25 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre de propiedad intelectual*

El art. 25 LPI aprobado por la Ley 22/1987, de 11 de noviembre dispuso por primera vez en el ordenamiento español que los autores de obras publicadas en forma de libro, fonograma o en cualquier otro soporte sonoro o audiovisual, 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 (...) Dicha remuneración se exigirá a

²¹ Aunque bien puede decirse que entre el público casi nunca ha existido una conciencia de ilicitud en tales comportamientos y seguramente se seguiría copiando aunque no existiera el límite como tal. Los programas de intercambio de archivos «*peer to peer*» (P2P) son bastante significativos en relación con lo antedicho.

²² Vid. R. CASAS VALLÉS, ob. y loc. cit.

²³ Un estudio sintético de la evolución normativa de la copia privada y la remuneración compensatoria en España puede encontrarse en R. CASAS VALLÉS, *Private Copying Remuneration in Spain*, en *Proceedings of the ALAI Congreso Budapest 2003*, cit., pgs. 439-470.

los fabricantes o importadores de equipos y materiales destinados a su distribución comercial en España que permitan la reproducción de obras para los fines señalados...(sic). Dicha norma remitía a un posterior desarrollo reglamentario por el Gobierno para la determinación de los equipos y materiales sujetos, el importe, el sistema de recaudación y la distribución de la remuneración, debiendo hacerse efectivo el derecho a la remuneración a través de las correspondientes entidades de gestión (en relación así con el art. 140 LPI/1987). Esa disposición reglamentaria fue el *RD 287/1989, de 21 de marzo*, que intentó resolver tan compleja cuestión recurriendo a la creación de una Comisión Mixta de composición paritaria, integrada por diez representantes de deudores y diez de los acreedores, estableciendo un ingenuo sistema de quórum para la celebración de reuniones y adopción de decisiones que impedía la adopción de cualquier acuerdo si faltaba una sola representación de cualquiera de las partes, olvidando además establecer un sistema supletorio para adoptar decisiones en caso de falta de acuerdo de la Comisión Mixta; todo lo cual —resulta obvio— perjudicó claramente a las entidades de gestión representantes de los titulares de derechos y favoreció a la industria que con una simple política de silla vacía evitó la determinación de la remuneración, dejando sin contenido la obligación fijada en la Ley²⁴.

2.2. *La reforma del artículo 25 LPI por la Ley 20/1992, de 7 de julio*

La alarmante ineficacia del sistema forzó una revisión legal y reglamentaria que tuvo lugar a través de la Ley 20/1992, de 7 de julio, que entre otras cosas dio una nueva redacción al art. 25 LPI mucho más amplia y precisa que la originaria de 1987. El nuevo precepto establecía en su apartado 1 que la remuneración se determinaría en función de los equipos, aparatos y materiales *idóneos* para realizar reproducciones para uso privado, definiendo en su apartado 3 los sujetos calificados como deudores y acreedores de la misma y en el apartado 4 el importe total de la remuneración compensatoria a satisfacer por los deudores distinguiendo entre equipos o aparatos de reproducción de libros, equipos o aparatos de reproducción de fonogramas y de videogramas, y materiales de reproducción sonora y audiovisual. En su apartado 5 se dispuso que la remuneración compensatoria se fijaría anualmente mediante un sistema de convenio pactado, dentro de los dos primeros meses de cada año, por los deudores, o en su caso, a través de las asociaciones constituidas por ellos para la defensa de sus derechos e intereses, y las correspondientes entidades de gestión de los acreedores o la persona jurídica en la que éstas se hubieran podido agrupar para negociar el convenio y realizar el cobro y distribución, convenio que debería formalizarse en escritura pública que llevaría aparejada ejecución a los efectos de lo dispuesto en la LEC 1881; si transcurrido el plazo para la celebración del convenio, éste no se hubiere concluido, la remuneración compensatoria sería fijada mediante la intervención mediadora y resolutoria de tercero, que sería obligatoria para los deudores y los acreedores y

²⁴ Vid. DE FUENTES, *Un enfoque jurídico...*, cit., pgs. 66-70.

que no altera la naturaleza jurídico-civil de la obligación concretada. El apartado 6 completa el anterior, estableciendo que corresponde al Ministerio de Cultura la designación del mediador, previa audiencia de los deudores y acreedores, debiendo recaer en persona experta en la materia; dicho mediador deberá dictar su resolución en el plazo de dos meses desde su designación prorrogable por un mes, y deberá formalizarse en escritura pública, la cual llevará aparejada ejecución en idénticos términos a los previstos por el convenio. El apartado 7 dispone que las cantidades determinadas mediante resolución sustitutoria del convenio se conceptuarán como mínimos individualizados, sin perjuicio del ejercicio por parte de los acreedores de las correspondientes acciones ante los órganos del orden jurisdiccional civil para la determinación del importe íntegro de las mismas. El apartado 8 sanciona que las cantidades fijadas como remuneración compensatoria tendrán la consideración de líquidas y exigibles desde que el convenio o, en su caso, la resolución sustitutoria del mismo se hubieran elevado a escritura pública. El apartado 9 habilita a las entidades de gestión para requerir de los deudores cuantos datos y documentos sean necesarios para hacer efectiva la remuneración, asegurando en todo caso la confidencialidad e intimidad mercantil de los datos y documentos suministrados por los deudores. Y el apartado 10 concluye diciendo que el Gobierno establecerá reglamentariamente los tipos de reproducciones que no deberán considerarse para uso privado a los efectos de la remuneración compensatoria: los supuestos de excepción al pago de la remuneración que deberán atender a la peculiaridad del uso o explotación a que se destinen los equipos o materiales adquiridos, así como a las exigencias que puedan derivarse de la evolución tecnológica y del mercado del sector; los equipos, aparatos y materiales sujetos y el momento en que nace la obligación legal de pago de la remuneración; el procedimiento a observar para el ejercicio de la potestad de mediación obligatoria atribuida al Ministerio de Cultura y ejercida por el mediador designado por el mismo, que en todo caso, garantizará la audiencia de deudores y acreedores; y la distribución de la remuneración entre los acreedores. El nuevo art. 25 LPI fue desarrollado reglamentariamente por el *RD 1434/1992, de 27 de noviembre* en el que, entre otros aspectos, se exceptuaron del pago de la remuneración compensatoria (en el campo del vídeo doméstico) los equipos o aparatos de grabación audiovisual que utilicen cintas de paso igual o superior a 12,7 mm. o media pulgada, así como a las cintas o soportes de grabación audiovisual de idéntica medición de paso (art. 15.2).

Pues bien, el sistema de convenio y mediación supletoria establecido en 1992, así como la excepción de los citados equipos, aparatos y soportes relacionados con el vídeo doméstico constituyen —junto a las ya mencionadas cuestiones previas de inconstitucionalidad y falta de correspondencia con el derecho comunitario— el objeto principal del pleito resuelto por la STS de 25 de octubre de 2005 que ahora comentamos. Sentencia que —como ya se apuntó— ha de situarse dentro de la batalla judicial planteada durante los años 90 por un relevante sector de la industria integrante del grupo de deudores de la remuneración para intentar evitar el canon por copia privada. Deudores que —en palabras de J. DE FUENTES— *«desencadenaron un verdadero aluvión de re-*

cursos contra el sistema legal y reglamentario, en conducta que debe ser calificada como estratégica —e incluso en algún caso puntual como torticera—, y tendente a lograr que por una o otra vía jurisdiccional se obtuviera algún pronunciamiento que contribuyera a paralizar el sistema de cuantificación de la obligación legal»²⁵. Pero antes de abordar el contenido de la sentencia debemos finalizar con el relato de las sucesivas redacciones del art. 25 LPI y su desarrollo reglamentario.

2.3. *La reforma del artículo 25 LPI por la Ley 43/1994, de 30 de diciembre y su continuación en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*

El descontento de los titulares de derechos ante la situación creada por la Ley de 1992 provocó una nueva reforma legislativa que tuvo lugar con la *Ley 43/1994, de 30 de diciembre*, aprovechando la necesidad de modificar la LPI 1987 para incorporar la Directiva 92/100/CE, sobre derechos de alquiler y préstamo y algunos derechos afines, en cuya Disposición Adicional Segunda se estableció una profunda reforma del art. 25 LPI, que luego se mantuvo —con leves modificaciones de estilo— en el TRLPI 1996²⁶. El nuevo texto del art. 25 LPI (conservado en esencia en el posterior art. 25 TRLPI 1996) suprimió el insatisfactorio sistema de convenio y mediación supletoria, imponiendo la remuneración compensatoria sobre todos los equipos, aparatos y soportes *idóneos* (cfr., SAP Sevilla de 18 de septiembre de 2003) para realizar reproducciones para uso privado, en las cantidades o tarifas fijadas en la misma Ley (art. 25.2 y 5 LPI), e incluyendo la responsabilidad solidaria de los distribuidores mayoristas y minoristas junto con los fabricantes e importadores para superar las importantes bolsas de fraude que se venían produciendo durante los años anteriores (art. 25.4.a LPI). Para suplir el sistema de convenio y mediación se estableció una obligación de autoliquidación y pago, con distintos plazos según los distintos deudores solidarios (art. 25.11-15 LPI), obligando al mismo tiempo a la repercusión expresa de la remuneración compensatoria en la factura (art. 25.16-20 LPI) y manteniendo al efecto la facultad de las entidades de gestión de controlar las operaciones sometidas a remuneración con la consiguiente obligación para los deudores de facilitar los datos y documentación necesarios para ello (art. 25.21-22 LPI). En el plano reglamentario el *RD 325/1994, de 25 de febrero*, modificó el anterior de 1992, y entre otras cosas —por ser relevante en el caso de autos— restringió la excepción del canon de los equipos, aparatos y soportes de vídeo con un paso superior a 12,7 mm. ó media pulgada, atendiendo a la realidad social y comercial contrastada en el sentido de que las cintas de paso igual a media pulgada o 12,7 mm. son las que habitualmente se venían utilizando por los particulares en el mercado para sus grabaciones de vídeo doméstico.

²⁵ Ob. cit., pg. 76.

²⁶ Vid. al respecto, VALLÉS RODRÍGUEZ M. *Comentario al artículo 25 TRLPI*, en BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pgs. 517 y ss.

Como decimos, la regulación de 1994 fue mantenida en el TRLPI de 1996, y contribuyó sustancialmente a mejorar la seguridad jurídica, frenando de manera importante la estrategia de algunos sectores de la industria para paralizar el sistema de remuneración compensatoria. Desde entonces han sido las entidades de gestión las que han interpuesto sistemáticamente acciones judiciales para reclamar el pago del canon a fabricantes, importadores o distribuidores que hubieran eludido la obligación legal, realizando una importante labor en la persecución del fraude que no sólo a ellas beneficiaba, sino también a los deudores que venían cumpliendo con sus obligaciones²⁷.

Pero como se dijo al principio la «guerra por el canon» se ha reanudado ahora con la consolidación de la tecnología digital y los nuevos instrumentos que facilitan de manera importantísima la copia privada, entrando en la pelea un nuevo adversario para los titulares de derechos: las asociaciones de consumidores y usuarios.

Las entidades de gestión comenzaron a exigir judicialmente el pago de las cantidades correspondientes a los soportes universales o polivalentes de reproducción digital al considerarlos claramente idóneos para realizar reproducciones para uso privado (CD-Data y DVD-Data), obteniendo varios pronunciamientos a su favor (cfr., entre otros, SAP Valencia, Secc. 7.^a, de 31 de julio de 2003; SAP Barcelona, Secc. 15.^a, de 19 de abril de 2004) que acabaron por doblegar la resistencia de la industria, favoreciendo un acuerdo global firmado el 31 de julio de 2003 entre algunas entidades de gestión (AIE, AISGE, SGAE, EGEDA y DAMA) y la asociación representativa de ese sector de la industria (ASIMELEC) por el que se establecían los soportes digitales específicos (CD-Audio y DVD-Vídeo) y polivalentes (CD-Data y DVD-Data) sujetos al canon y las tarifas aplicables para los años 2003-2005²⁸. Tarifas que en el caso de los polivalentes se pactaron inferiores a las previstas en la Ley en reconocimiento de la utilización de esos mismos soportes para la reproducción de contenidos personales o profesionales no protegidos por derechos de propiedad intelectual²⁹. Este acuerdo fue visto con buenos ojos por la Administración competente (a pesar de apartarse de las disposiciones legales en materia de tarifas), en reconocimiento de que respondía a una nueva realidad social y económica y de que venía a cubrir un importante vacío hasta que se produjera la reforma del TRLPI obligada para incorporar la DSI

²⁷ Pues no debe olvidarse que la obligación de pagar la remuneración compensatoria constituye una norma legal cuya infracción puede servir al infractor para obtener una ventaja significativa en el mercado, incurriendo de lleno en un ilícito por competencia desleal ex art. 15.1 LCD 1991, sin que hasta el momento la industria haya intentado la aplicación de este mecanismo, descargando toda la responsabilidad en la lucha por el fraude sobre las entidades de gestión.

²⁸ Vid. entre otros, en R. SÁNCHEZ ARISTI, *La copia privada digital*, cit., pgs. 24 y ss.; F. CARBAJO, *El pulso en torno a la copia privada*, cit., pgs. 39 y ss.; también en I. GARROTE, *La reforma de la copia privada...*, cit., pg. 154.

²⁹ A pesar de la mayor calidad de la copia digital y de la capacidad real de grabación de los soportes digitales gracias a la técnica de compresión de datos y de que las tarifas previstas en el art. 25 TRLPI nunca han sido actualizadas con el IPC a pesar de estar previsto en la Disposición adicional tercera TRLPI; y a pesar también de que se condonaron las deudas que hubieran podido surgir en concepto de remuneración compensatoria sobre esos soportes hasta el 31 de agosto de 2003.

2001 al ordenamiento interno. Sin embargo, dicho acuerdo ha sido denunciado ante las autoridades de defensa de la competencia por algunas asociaciones de consumidores (HispaLINUX y Asociación de Internautas) y particulares implicados en la llamada plataforma anticanon, por considerarlo dentro de los acuerdos prohibidos en el art. 1 LDC 1989 y dentro de las conductas constitutivas de abuso de posición dominante colectiva *ex art. 6* de la misma norma³⁰.

Lo que buscan las asociaciones de consumidores y los muchos particulares que se oponen al canon es impedir que un acuerdo entre entidades e industria, o bien la misma Ley, imponga el canon con carácter general para todos los equipos y —sobre todo— para los soportes digitales de reproducción, cuando la utilización de éstos no se circunscribe a la reproducción de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual. De hecho, el problema ya se ha planteado en varias ocasiones ante los tribunales y puede decirse que las resoluciones son mayoritariamente favorables a las entidades de gestión, por considerar que la obligación de remunerar prevista en el art. 25 TRLP se configura en términos objetivos, por la idoneidad de los equipos, aparatos y soportes materiales para realizar reproducciones para uso privado (así por la simple posibilidad o «peligro» de que se usen con ese fin), y no por el supuesto destino de los mismos (usos industriales exentos del canon *ex art. 25.6 TRLPI* o uso para la reproducción de contenidos no protegidos por particulares), de difícil acreditación debido a la comercialización masiva de los mismos en el mercado³¹. No obstante, sí que existen algunos pronunciamientos favorables a los argumentos esgrimidos por los consumidores en el sentido de que la reproducción para uso privado no puede entenderse presumida cuando los equipos o soportes digitales no se circunscriben teleológicamente a la reproducción de contenidos protegidos, debiendo verificarse en cada caso el uso real, pues si no se estaría ante supuestos de cobro de lo indebido³²;

³⁰ A este respecto podría decirse que no puede comprenderse cómo un acuerdo de las características expuestas, entre agrupaciones con intereses claramente contrarios puede ser denunciado por asociaciones de usuarios cuando, realmente, las tarifas acordadas a pagar por la industria (y por tanto potencialmente repercutibles en los consumidores) son claramente inferiores a las que correspondería pagar si se aplicasen las tarifas legales, máxime cuando existen varias resoluciones judiciales reconociendo la sujeción de estos soportes polivalentes al pago del canon por copia privada. De hecho, el Servicio de Defensa de la Competencia ha dictado una Resolución con fecha de 17 de mayo de 2006, proponiendo el sobreseimiento del expediente, que -en buena lógica- debería ser confirmada por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Sin duda, el principal motivo de dicha beligerancia estriba en la inclusión dentro del canon en dicho acuerdo de los soportes versátiles o polivalentes (CD-R Data y DVD-R Data). Aunque, como ya se ha dicho, la existencia de varios pronunciamientos judiciales favorables a las entidades de gestión forzó a ASIMELEC a alcanzar un acuerdo global al respecto.

³¹ Vid. Fdto. Dcho. 2.º SAP Zaragoza de 8 de marzo de 2005, Fdto. Dcho. 7.º SAP Alicante de 30 de noviembre de 2005; vid. también la interesante sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, de 8 de noviembre de 2005, Fdto. Dcho. 4.º, según la 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*».

³² Vid. la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid-Alcalá de Henares n.º 7, de 15 de junio de 2005; vid. también el voto particular emitido a la SAP Barcelona de 19 de abril de 2004.

aunque parece difícil que sean confirmadas en apelación, sobre todo a la vista de los nuevos datos normativos aportados por la Ley 23/2006.

2.4. *La reforma del régimen de copia privada y compensación equitativa por la Ley 23/2006, de 7 de julio, de reforma del TRLPI 1996*

Pues bien, planteada así la cuestión ante los Tribunales de Justicia y ante las autoridades de defensa de la competencia con claro resultado favorable para los titulares de derechos exclusivos, el problema se centra ahora en la última reforma del art. 25 TRLPI a través de la *Ley 23/2006, de 7 de julio de reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996*, que ha tenido lugar principalmente para incorporar al ordenamiento interno la *Directiva 29/2991/CE, de 22 de mayo (DSI)*, siendo la copia privada digital uno de los puntos más espinosos y debatidos.

La DSI tiene como objetivo armonizar las legislaciones de propiedad intelectual a los efectos de su necesaria adaptación a la sociedad de la información, cumpliendo así con la obligación impuesta por los Tratados OMPI de 1996 (Agenda digital de la OMPI). Sin duda, el problema de la copia privada es uno de los más complejos a solucionar, pues aunque la tecnología digital facilita considerablemente la copia privada, incrementando su calidad y cantidad, los titulares de derechos pueden servirse también de la misma tecnología para implementar medidas tecnológicas de protección (TPM) que permiten el control del copiado y que facilitan además la extensión de los derechos de explotación al ámbito privado (mediante licencias de usuario final que, en realidad, constituyen licencias del derecho de reproducción para permitir el acceso y uso de contenidos digitales), en tanto que con la tecnología digital para usar hay que reproducir, y de que esa reproducción en teoría se puede controlar mediante esos mecanismos conocidos como gestión digital de derechos (DRM). Entonces, al ya de por sí delicado equilibrio entre derechos exclusivos y límites se suma ahora un tercer elemento perturbador que torna casi imposible un balance equilibrado de los intereses en juego: las medidas tecnológicas de protección; haciéndose especialmente visible esa nueva problemática en materia de copia privada.

Con la tecnología digital existen medios para controlar la copia privada y también para otorgar licencias a los usuarios, de manera que, a priori, perdería pie la justificación del límite de copia privada en consideraciones de imperfección de mercado. Sin embargo, es un hecho objetivamente contrastado que las TPM distan mucho aún de ser eficaces, con lo que el nivel de copia no desciende con el uso de las mismas, sino que paradójicamente —por el momento— sigue creciendo sistemáticamente. Ahora bien, no se sabe cuál será la evolución (en eficacia y nivel de uso) de esas TPM en el futuro inmediato. Probablemente ese fue uno de los motivos por los que el legislador comunitario rechazó diseñar un sistema cerrado obligatorio para todos los Estados miembros³³.

³³ Además de contar con las legislaciones anglosajonas, de Reino Unido e Irlanda, donde nunca ha existido el límite de copia privada ni por consiguiente una remuneración compensatoria.

El art. 5.2b DSI 2001 faculta a los Estados miembros para establecer (o mantener) en sus legislaciones una excepción o limitación (en la nueva terminología introducida por la misma Directiva)³⁴ que permita la reproducción de obras o prestaciones afines en cualquier soporte efectuada por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas.

Por otro lado el art. 6.1 y 2 DSI obliga a los EM a otorgar protección jurídica específica contra la elusión de medidas tecnológicas de protección. Así las cosas, la cuestión gira en torno a cómo hacer compatible el disfrute del límite de copia privada y la consiguiente compensación equitativa (otro nuevo concepto comunitario; ya no se habla de remuneración) con el uso de medidas tecnológicas anticopia. El legislador comunitario decide finalmente obligar a los EM a respetar lo convenido por contrato cuando los contenidos se pongan a disposición del público mediante comunicaciones interactivas en red (esto es, a la carta o bajo demanda); lo que es lo mismo (ante la realidad de contratos de adhesión en el comercio electrónico de contenidos) que dar prioridad absoluta al uso de medidas tecnológicas en el entorno en línea interactivo, de manera que será el titular de derechos quien decida permitir o no permitir la copia privada de los contenidos puestos a disposición en línea y a la carta (cfr., art. 6.4 IV DSI). Sin embargo deja a los EM la posibilidad de garantizar el ejercicio mínimo (al menos una copia) del límite de copia privada en entornos distintos al entorno en línea interactivo (básicamente el entorno fuera de línea que se traduce en los ejemplares electrónicos de obras o prestaciones, como CD, DVD, CD-ROM; aunque también podría incluirse en el entorno en línea no interactivo como las emisiones de radio y televisión a través de Internet, conocidas como «*webcasting*»). La solución es difusa y polémica, y contraria al objetivo básico de armonización que subyace a toda Directiva comunitaria. El resultado será (empieza a ser ya) la existencia de soluciones dispares en los diversos ordenamientos comunitarios³⁵. Esta puede ser la (poderosa) razón que

³⁴ Parece haber ya cierto consenso en que la distinción entre limitaciones y excepciones responde fundamentalmente a la finalidad de diferenciar entre límites a derechos exclusivos que además de sustraer determinados usos al *ius prohibendi* del titular o titulares tienen reconocido un derecho de remuneración o de compensación equitativa (excepciones) y límites que sí que tienen reconocido ese derecho para compensar los posibles daños derivados del uso permitido por la Ley. Vid. P. SIRINELLI, *Rapport de Synthèse*, en Journées d'Étude de l'ALAI, *Les frontières du droit d'auteur*, Sydney, Australian Copyright Council, 1999, pg. 135. Ratificada por S. MARTIN en *Synthèse des rapports nationaux...*, *Creator's Right in the Information Society*, ALAI Congreso 2003, Budapest, pg. 193. Entre nosotros vid. R. CASAS, *Los límites...*, cit., pgs. 11-12.

³⁵ Sobre el problema de la copia privada en la DSI y su incorporación al ordenamiento interno pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: R. SÁNCHEZ ARISTI, *La copia privada digital*, pe.i (Revista de Propiedad Intelectual), n.º 14, 2003; F. CARBAJO CASCÓN, *Reproducción y copia privada en el entorno digital*, Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías, n.º 2, 2003; y también, *El pulso en torno a la copia privada*, pe.i (Revista de Propiedad Intelectual), n.º 16, 2004; I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La Reforma de la Copia Privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2005, donde expone las soluciones normativas de otros países de la UE; J.J. MARÍN LÓPEZ, *La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección*, pe.i, n.º 20, 2005, pgs. 9-76.; E. SERRANO GÓMEZ, *La copia privada en la reforma de la ley de propiedad intelectual*, La Ley, n.º 6493, de 30 de mayo de 2006, D-133

ha llevado a la Comisión Europea a abrir un debate público con vistas a una posible reforma futura encaminada a lograr la mejor de las soluciones posibles y un mayor nivel de armonización sobre la materia dentro de la Comunidad Europea³⁶.

Pero más allá de la pureza jurídica de la solución comunitaria (forzada por el momento de transición tecnológica que actualmente atravesamos y que estigmatiza todo este proceso de adaptación normativa) se esconde un grave problema práctico, como es el del alcance que debe tener la *compensación equitativa* de las reproducciones digitales para uso privado.

El término *compensación equitativa* supone la introducción de un nuevo concepto jurídico en el acervo comunitario. No parece que se trate de una mera precisión terminológica. Antes bien, examinando con atención el Preámbulo de la DSI (cfr. Considerandos n.º 35, 36, 38, 39, 44 y 45), parece que se quiere introducir un concepto ambivalente que sirva para describir y dar acogida tanto a los sistemas tradicionales de remuneración que se emplean para compensar el daño derivado del ejercicio masivo del límite de copia privada en los sistemas continentales, como a la posibilidad de compensar las copias permitidas (pensando en la implementación de TPM y sistemas DRM) mediante un incremento del precio de venta o de licencia de contenidos en los países anglosajones³⁷, donde no se reconoce el límite de copia privada ni una remuneración asociada³⁸.

Además, el nuevo concepto de compensación equitativa, podría servir para diferenciar nítidamente entre los derechos de mera remuneración por usos secundarios de comunicación pública en bares, restaurantes, etc. (que constitu-

³⁶ Vid. el observatorio de la UE «Copyright Levy Reform», que forma parte del Programa de Trabajo de la Comisión para 2006, en http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/levy_reform/index_en.htm.

³⁷ También, con la Ley de 18 de abril de 2004, el Gran Ducado de Luxemburgo ha optado por seguir el esquema de compensación contractual mediante la aplicación de sistemas DRM buscando así una alternativa a los tradicionales esquemas de remuneración compensatoria *ex lege*. Vid. J.J. MARÍN, *La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección*, pgs. 25-26.

³⁸ En la *mens legislatoris* podría estar también, quizás, el deseo de que en un futuro no demasiado lejano la mayor eficacia y generalización de las TPM y sistemas DRM acaben por hacer innecesaria la limitación de copia privada y la compensación equitativa por copia privada, yendo así hacia un sistema de mercado basado exclusivamente en el derecho exclusivo (controlados sus posibles excesos por el derecho *antitrust*) sin intervención correctora del legislador. Cabe preguntarse, no obstante, si esa situación es más visionaria que real, a la vista de los elevados índices de copia digital actuales a pesar de la cada vez mayor presencia de medidas de control del copiado. Lo cierto es que mientras se siga copiando la compensación debe seguir existiendo (sin perjuicio de un ajuste progresivo a la baja), siquiera sea para compensar a los más perjudicados por esta situación, que no son otros que los autores, fuente última de las creaciones que constituyen la base del mercado de la cultura y la información, del mercado de la copia y del disfrute de contenidos por el público. Y es que otro aspecto a tener muy en cuenta es la posición de los creadores e intérpretes frente a los nuevos modelos de negocio basados en el «*pay per use*» anclado sobre TPM y DRM fomentado desde la industria. Así, una disminución en el nivel de la compensación equitativa debería ser «*compensado*» por una mayor participación de autores e intérpretes en los beneficios derivados de la explotación digital de contenidos mediante sistemas DRM. En general sobre las relaciones entre TPM-DRM y compensación por copia privada, vid. las interesantes reflexiones de T. DREIER en *Summary, Proceedings of the ALAI Congreso Budapest 2003*, pgs. 581-597.

yen derechos patrimoniales distintos de los derechos exclusivos, por cuanto los titulares no pueden prohibir esos usos, ya que están expresamente permitidos por la Ley, sustituyendo así el «*ius prohibendi*» por un derecho a establecer una remuneración equitativa y contratar con los usuarios el modo de pago su pago, siguiendo así el esquema de la licencia obligatoria), y los derechos (también patrimoniales) a obtener una compensación como consecuencia del ejercicio de límites a los derechos exclusivos expresamente permitidos por la Ley (*derechos de crédito ex lege*, que no siguen el esquema de la licencia obligatoria, donde el derecho exclusivo no existe de antemano, sino el de la compensación patrimonial al perjuicio derivado del ejercicio de una limitación al derecho exclusivo)³⁹; siendo así que sería recomendable extender el término compensación equitativa a cualquier retribución o remuneración asociada o que pudiera asociarse por el legislador al ejercicio de otros límites (limitaciones) distintos a la copia privada⁴⁰.

En España, la nueva *Ley 23/2006, de 7 de julio, de reforma del TRLPI 1996*, consagra en el nuevo art. 31.2 TRLPI el límite de copia privada del siguiente modo:

³⁹ Entre la doctrina suelen distinguirse dos subtipos de *licencias no voluntarias* (que presuponen la utilización libre de la obra o prestación pero no gratuita): las *licencias obligatorias*, en las que el uso es ajeno al *ius prohibendi* del titular, estando autorizado de antemano por la Ley, pero éste puede establecer tarifas y contratar con los usuarios el modo de pago, normalmente a través de entidades de gestión; y las *licencias legales*, cuando el uso se sustrae *ex lege* al *ius prohibendi* y es la propia Ley la que impone una remuneración determinada, sea directamente (fijando tarifas en la propia Ley o en un reglamento de desarrollo) o indirectamente (fijando reglamentariamente las tarifas que, en su caso, acuerden los interesados). Vid. R. CASAS, *Los límites...*, cit., pg. 13, nota n.º 7. En ambos casos las licencias obligatorias («*compulsory license*») y las licencias legales («*statutory license*») parecen atribuir un tercer tipo de derecho patrimonial distinto pero complementario de los derechos morales y de los derechos de explotación a los autores y a los titulares de derechos afines. En el Congreso ALAI 2003, *Creator's Right in the Information Society*, se califica el régimen de copia privada como un sistema de licencia legal subordinado a un derecho de remuneración (vid. J GINSBURG, *Remarks...*, cit., pg. 185; y S. MARTIN, *Synthèse des rapports nationaux...*, cit., pg. 193). Y es esta también la interpretación generalmente realizada entre la doctrina de diferentes países (principalmente alemana y anglosajona). Desde mi punto de vista puede ser discutible calificar un límite a un derecho exclusivo como licencia legal, pues con ello parece reconocerse la existencia *ex lege* de un derecho (en este caso derecho a la copia privada) a favor de los usuarios (sirviendo así a las tesis que abogan por la existencia de un derecho de los consumidores a la copia privada), cuando realmente estamos ante una excepción o límite que sólo confiere una *expectativa legítima* y que, en todo caso, debería interpretarse restrictivamente. Sea como fuere, conviene recalcar que mientras que la licencia obligatoria (como ocurre con los actos secundarios de comunicación al público, *ex arts. 108.4 y 5, 116.2 y 122.2 TRLPI*) supone la inexistencia por completo de un derecho exclusivo, las limitaciones al derecho exclusivo (límites con remuneración, se califiquen o no como licencias legales) sí que suponen la existencia de un derecho exclusivo limitado, por lo que deben establecerse dos categorías distintas de derechos de remuneración: los derechos de mera remuneración por actos secundarios de comunicación al público y los derechos de compensación equitativa derivados de limitaciones a los derechos exclusivos.

⁴⁰ Cdo n.º 36 DSI; cfr. art. 33.1 TRLPI relativo a trabajos sobre temas de actualidad; también el nuevo art. 32.1 introducido por la Ley 23/2006 para regular el problema de las revistas de prensa en el entorno digital, conocido como «*press clipping*»; la compensación por los actos de consulta de obras mediante terminales especializados en determinados establecimientos, introducida en el nuevo art. 37.3 TRLPI por la Ley 23/2006; o la posible remuneración v. compensación por préstamo público a implementar en un futuro (no demasiado lejano) por imposición de la Directiva 92/100/CE.

«No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161»⁴¹.

En el difícil equilibrio entre la aplicación del límite de copia privada y el uso de medidas tecnológicas, el legislador español ha preferido inclinarse por garantizar el disfrute y ejercicio del límite de copia privada en entornos distintos al entorno en línea interactivo (cfr., art. 161.a TRLPI), legitimando a los beneficiarios individualmente e incluso a asociaciones de consumidores (*ex* arts. 1.2 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, y arts. 11.2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) para reclamar ante los tribunales de justicia el disfrute de dicho límite caso de que los titulares no lo permitan directamente (cfr., art. 161.2 TRLPI)⁴².

⁴¹ Son novedosas la supresión del término copista (que tantos problemas hermenéuticos causó bajo la legislación anterior) y la inclusión de la frase «a partir de obras a las que haya accedido legalmente»; frase, introducida en la fase de enmiendas del Senado por el Grupo Parlamentario Socialista (Enmienda n.º 75), que pretende actuar como cláusula antipiratería y anti-P2P (aclarando definitivamente que ni el top-manta ni el P2P pueden ampararse en el límite de copia privada, siguiendo la estela del ordenamiento alemán en el parágrafo 95b introducido en la UrhG 1985 por la «*Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*» de 10 de septiembre de 2003). Ahora bien, esto podría llegar a perjudicar a los titulares de derechos ya que si esas copias no entran dentro del límite de copia privada, los equipos, aparatos y soportes empleados para realizarlos no deberían quedar incluidos dentro de la compensación equitativa; algo, por lo demás, difícil de medir y controlar. Por ello (a instancias también de la enmienda n.º 73, en relación con la n.º 75, del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado) en el texto definitivo de la Ley 23/2006, se suprime del texto aprobado por el pleno del Congreso para su remisión al Senado, el inciso del art. 25.1 TRLPI que rezaba: «conforme a la autorizado en el art. 31.2»; para dejar claro que la condición de acceso legal a la obra o prestación impuesta en el nuevo art. 31.2 TRLPI, nunca puede implicar una reducción en la remuneración de los titulares por este concepto. No hubiera estado de más, sin embargo, para aclarar con mayor precisión esta cuestión (que puede ser objeto de utilizaciones demagógicas por grupos de presión más basados en simples opiniones superficiales que en argumentos jurídicos de fondo) que se hubiera incluido en la Exposición de Motivos de la Ley 23/2006 (apartado II, párrafo 17), el texto propuesto por la enmienda n.º 72 del Grupo Socialista en el Senado: «Asimismo, se precisa algo que ya estaba implícito como es que el acceso a la fuente que contenga la obra a partir de la que se realice la copia debe haber sido legal, por lo que esta matización no tiene por qué suponer un menoscabo en la recaudación de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual». Sea como fuere, lo cierto es que la intención del legislador es clara: impedir que se confunda piratería con copia privada e impedir que se utilice el límite de copia privada como argumento para justificar las descargas de contenidos en programas P2P, sin que ello vaya en detrimento de la compensación equitativa que corresponde a los titulares de derechos por los equipos, aparatos y soportes de reproducción empleados para realizar reproducciones por los sujetos privados. Dicho de otro modo: no son lícitas ni la fabricación y venta de copias piratas, ni las descargas de contenidos protegidos a través de programas P2P (salvo que se hagan con el consentimiento expreso de los titulares de derechos, a través, por ejemplo, de licencias *creative commons*), pero los equipos, aparatos y soportes empleados para la realización de esas reproducciones ilícitas quedarán sujetas al canon compensatorio, ante la imposibilidad de conocer el destino que se pueda dar a esos materiales de reproducción por quienes los adquieran.

⁴² Algo que puede utilizarse para reabrir (o mejor, continuar) el debate sobre si existe o no un derecho de copia privada de los consumidores y usuarios. Sin embargo, esa legitimación colectiva de las asociaciones es perfectamente coherente con el hecho de negar la existencia de tal derecho; simplemente se trata de facilitar el ejercicio de acciones para asegurar el disfrute de una limita-

Pero en todo caso ese disfrute garantizado tendrá carácter mínimo; esto es, si los titulares de derechos utilizan medidas de control del copiado bastará con que permitan al menos una copia⁴³. En el entorno en línea interactivo se estará a lo dispuesto en el contrato, es decir, a lo que permitan las medidas tecnológicas implementadas, en su caso, por el titular de los derechos⁴⁴.

El art. 25 TRLPI sufre importantes modificaciones, comenzando por su propia denominación, pues -de acuerdo con la DSI- pasa a intitularse ahora: «*Compensación equitativa por copia privada*». Aunque formalmente puedan extraerse algunas conclusiones conceptuales de la nueva terminología (en la línea de las consideraciones expuestas antes en relación con la DSI)⁴⁵, puede decirse que

ción destinada a multitud de potenciales usuarios, primando por encima de cualquier otra consideración razones de economía procesal y la eficacia misma del sistema diseñado por el legislador (por lo demás erróneo, ante la evidente carga de trabajo de los nuevos Jueces de lo mercantil y de la justicia en general).

⁴³ Art. 161.4 TRLPI: «*Lo dispuesto en los apartados anteriores no impedirá que los titulares de derechos sobre obras o prestaciones adopten las soluciones que estimen adecuadas, incluyendo, entre otras, medidas tecnológicas, respecto del número de reproducciones en concepto de copia privada. En estos supuestos, los beneficiarios de lo previsto en el artículo 31.2 no podrán exigir el levantamiento de las medidas tecnológicas que, en su caso, hayan adoptado los titulares de derechos en virtud de este apartado*». No se precisa si la copia privada deberá ser analógica o digital, aunque parece clara la intención del legislador de permitir una copia digital. Aunque otros países como Alemania, Italia o Grecia, las leyes de incorporación de la DSI obligan a los titulares a permitir al menos una copia, aunque sea analógica, restringiendo así considerablemente el disfrute del límite por parte de los usuarios y otorgando prioridad a los derechos de los titulares frente al daño que puede realizar la copia digital a los autores y a la industria de contenidos. Lógicamente, las restricciones al número de copias que pueda realizar el usuario deberán dejarse sentir también a la hora de establecer la compensación equitativa, con los nuevos criterios fijados en el art. 25.6 TRLPI; y debería dejarse sentir también a la hora del reparto de la compensación entre los titulares, de forma que el que menos copias permita (el que más restricciones imponga mediante el uso de TPM) deberá participar en menor medida en el reparto derivado de la recaudación del canon.

⁴⁴ Art. 161.5 TRLPI: «*Lo establecido en los apartados anteriores de esta artículo no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija*».

⁴⁵ El concepto de compensación equitativa fue introducido a raíz del *Dictamen del Consejo de Estado de 10 de marzo de 2005, N.º Expediente 187/2005 (Cultura)*, sobre el *Anteproyecto de Ley que modifica el TRLPI 1996*. Frente a la remuneración equitativa del Anteproyecto el Consejo de Estado indica en su Dictamen que debe sustituirse por el de «compensación equitativa», en primer lugar por una cuestión formal de fidelidad al art. 5.2b DSI, pero también porque desde el punto de vista jurídico la noción de «compensación» es distinta de la de «remuneración». Remuneración es el pago por una contraprestación o adquisición de un derecho, mientras que la compensación es el restablecimiento de un desequilibrio patrimonial objetivamente causado por la conducta de un tercero. De modo que compensación equitativa constituye un nuevo concepto en el acervo comunitario relacionado con el derecho de propiedad intelectual que debe trasladarse también al derecho interno. Mientras los sistemas basados en remuneraciones funcionan sobre la base de cánones fijos, independientemente del daño que los comportamientos gravados causen a los titulares, en el nuevo sistema de compensación equitativa habrá que fijar dicha compensación en relación con el daño efectivamente causado en cada caso concreto por los equipos, aparatos o soportes idóneos para realizar reproducciones privadas, de acuerdo con los criterios establecidos en el considerando n.º 35 DSI: «*a la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto (...) un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos (...) hasta el punto de que determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago*». En definitiva existen importantes diferencias en el orden jurídico y económico, entre un

materialmente su contenido sigue correspondiéndose sustancialmente con el esquema legal de la remuneración compensatoria asociada al límite de copia privada⁴⁶, aunque sí que introduce importantes novedades normativas en cuanto al sistema de determinación de los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que han de quedar sujetos a la compensación, que lo aproxima más al concepto de compensación justa o equitativa que se intenta plasmar en la DSI; pero siempre dentro de la misma lógica de compensación legal a una limitación al derecho de reproducción y no -por el momento- como se sugiere desde algunos sectores, más cercano a una lógica de compensación contractual en el precio de adquisición de contenidos (propia del derecho anglosajón); aunque, eso sí, en el nuevo sistema de compensación equitativa por copia privada digital se encuentra ya el rastro (propio de un momento de transición tecnológica) del cambio de sistema que puede llegar a suceder en el futuro, en un estado (aún ideal) de medidas tecnológicas eficaces y uso generalizado de sistemas DRM⁴⁷.

El nuevo sistema de compensación equitativa distingue nítidamente entre copia privada analógica y copia privada digital en materia de determinación de los equipos y soportes afectados y en la fijación de sus tarifas. Para la copia privada analógica se respeta el esquema de la legislación anterior, aplicándose exclusivamente para ella lo dispuesto en el apartado 5⁴⁸. Para la determinación

sistema de remuneración y un sistema de compensación equitativa, a la hora de cuantificar el importe que debe ser abonado a los titulares de los derechos de propiedad intelectual. Así, concluye el Consejo de Estado, sólo si se incluye finalmente en la Ley el término y sistema «compensación equitativa» podrá lograrse una incorporación correcta de la DSI.

⁴⁶ Así, también J.J. MARÍN, ob. cit., pgs. 35-36.

⁴⁷ Llama la atención en este sentido que haya desaparecido en el texto de la Ley 23/2006 la calificación de «Derecho de compensación equitativa por copia privada» que estaba en el texto del Proyecto de Ley de julio de 2005 remitido a las Cortes Generales. Ello se debió a la Enmienda n.º 78 del Grupo Parlamentario Catalán en el Congreso (CIU), recordando que la Directiva en ningún momento atribuye a la compensación equitativa por copia privada la naturaleza de derecho de los titulares y que constituye un nuevo concepto que no debe confundirse con los derechos de remuneración. A mi entender, la Directiva no puede atribuir el concepto de derecho a la compensación equitativa por el carácter ambivalente que da a la misma de acuerdo con lo expuesto más arriba. De manera que no será un derecho en sistemas donde la compensación tenga carácter contractual y se refleje en el precio (a mayor número de reproducciones permitidas más elevado será el precio y viceversa). Pero creo que sí que conserva el carácter de derecho de los titulares en sistemas legales de compensación por el ejercicio del límite de copia privada, como todavía sigue siendo el nuestro. De manera que, aunque no se diga expresamente, la compensación equitativa puede seguir configurándose como un derecho de crédito de los titulares que tengan la condición de acreedores frente a los fabricantes, importadores y distribuidores de equipos, aparatos y soportes de reproducción identificados como deudores. Derecho de crédito ex lege, por cuanto lo acordado en su caso por los interesados será refrendado mediante Orden Ministerial conjunta de los Ministerios implicados, por expresa disposición legislativa (cfr. art. 25.6 TRLPI).

⁴⁸ Que prácticamente conserva el mismo contenido que tenía en el TRLPI 1996, modificando a la baja algunas cantidades (básicamente en los equipos y aparatos de reproducción de libros o publicaciones asimiladas reglamentariamente) y fijando éstas en Euros. La Disposición final segunda de la Ley 23/2006, dispone que a partir de la entrada en vigor de la Ley, el apartado 5 del art. 25 TRLPI 1996 y su disposición adicional tercera (que contemplaba la actualización bienal de las tarifas en función de la realidad del mercado, la evolución tecnológica y el Índice de Precios al Consumo), será de aplicación solamente a los equipos, aparatos y soportes de reproducción analógicos. No está de más que la nueva Ley reconozca y recuerde a los Ministerios implicados la ne-

de los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital afectados y las tarifas aplicables, el nuevo apartado 6 prevé la celebración con carácter bienal (o inferior si así se acuerda por los Ministerios competentes) de un procedimiento para alcanzar acuerdos entre las entidades de gestión y las asociaciones sectoriales de la industria afectada (dando así prioridad a la autorregulación de las partes), que en el plazo máximo de cuatro meses deberán elevar una propuesta sobre los equipos y soportes sujetos al pago de la compensación equitativa y sobre las cantidades a abonar por los deudores, con vistas a su aprobación mediante Orden conjunta de los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, que podrá diferir del acuerdo alcanzado siempre que se motive suficientemente la decisión; asimismo, a falta de acuerdo se prorrogará la vigencia del que se hubiera alcanzado anteriormente⁴⁹. Hasta que este nuevo sistema basado en la autorregulación de las partes interesadas se ponga en funcionamiento⁵⁰, la Disposición Transitoria única de la Ley 23/2006, determina los equipos, aparatos y soportes digitales sujetos al pago de la compensación equitativa y las tarifas aplicables, que se corresponden con las fijadas en los distintos acuerdos suscritos entre las entidades de gestión y las asociaciones representativas de los deudores del pago por copia privada, distinguiendo (siguiendo la sistemática del art. 25 TRLPI) entre equipos o aparatos digitales de reproducción de libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente⁵¹, equipos o aparatos digitales de reproducción de fonogramas y de videogramas, soportes materiales digitales específicos de reproducción sonora y de reproducción visual o audiovisual, e incluyendo por primera vez de forma expresa los soportes de reproducción mixta, sonora y visual o audiovisual⁵², es-

cesidad de actualizar las tarifas del canon por copia privada, algo que hasta la fecha no se ha producido desde la entrada en vigor del TRLPI. Y parece hasta cierto punto lógico que no se incluyan los materiales digitales, ya que serán los interesados y los Ministerios implicados de acuerdo con el nuevo procedimiento fijado en el art. 25.6 los que renueven periódicamente los equipos, aparatos y soportes sujetos al canon las cantidades a fijar como tarifas de compensación, de acuerdo con los criterios allí fijados.

⁴⁹ Es precisamente en el proceso de auto composición tutelada de intereses confrontados, regido por los principios indicados, donde se deja sentir con mayor claridad el nuevo concepto de compensación equitativa, ya que las partes deberán ponerse de acuerdo periódicamente para ajustar los equipos y soportes afectados y sus tarifas a la evolución tecnológica y comercial, a fin de que la «compensación» adquiera su verdadero carácter justo o equitativo, en función del daño que produzcan cada equipo, aparato o soporte idóneo para la reproducción de uso privado.

⁵⁰ Que no podrá superar el plazo máximo de un mes contado desde la entrada en vigor de la Ley, según dispone el apartado 2 de la Disposición Transitoria única. La primera Orden Ministerial que se dicte en aplicación de lo previsto en el art. 25.6 TRLPI, tendrá efectos retroactivos, a contar desde la fecha de entrada en vigor de la Ley (apartado 3).

⁵¹ Donde se incluyen por primera vez de forma expresa, los escáneres y los equipos multifunción (copia, impresión, fax y escáner). Sigue sin hacerse mención alguna al papel como soporte de reproducción de libros, aunque empiezan a detectarse ciertos movimientos reivindicatorios para su expresa inclusión dentro de la Ley.

⁵² Inclusión que se ha producido finalmente, a pesar de la fuerte oposición ejercida desde el Ministerio de Industria. En este sentido la denominada Comisión Asesora «independiente» del Ministerio de Industria publicó, con fecha de 16 de mayo de 2006 (cuando la Ley estaba en un estado muy avanzado de tramitación), un dictamen claramente contrario al canon digital (accesible en www.escolar.net), calificándolo de indiscriminado (lo cual es cierto, pero difícilmente evitable), suponiendo una carga económica y «fiscal» injusta para los usuarios que encarece el acceso a los productos y servicios y supone un obstáculo para la sociedad de la información. En fin

tableciendo al efecto unas reglas para el reparto entre los distintos acreedores de la compensación que se derive de los soportes de reproducción mixta, sonora y visual o audiovisual⁵³.

Así pues, en lo que afecta a la compensación equitativa por copia privada digital el legislador retorna a procesos de negociación, a pesar de que la historia hasta ahora había demostrado su ineficacia. Sin embargo las circunstancias cambiantes del entorno digital hacían aconsejable esa negociación, si bien en caso de que no se llegue a acuerdos, los Ministerios implicados deberán ponerse de acuerdo (acuerdo que, llegado el caso, tampoco será fácil, vistas las evidentes diferencias de criterio surgidas durante la tramitación de la reforma) para dictar resoluciones donde se determinen los equipos, aparatos y soportes afectados y las cuantías aplicables⁵⁴. Y es precisamente en esa negociación periódica donde adquiere pleno sentido el nuevo concepto de compensación equitativa, pues se trata de que las partes y, en su caso, los Ministerios competentes, evalúen periódicamente los equipos, aparatos y soportes idóneos para realizar reproducciones para uso privado a fin de incluir en el canon los que corresponda en cada momento y fijar las tarifas adecuadas para compensar de manera justa o equitativa los daños padecidos por los titulares de derechos perjudicados por el fenómeno de la copia privada digital masiva.

En todo caso, sobre la base de los difusos criterios incluidos en el Considerando n.º 35 DSI, la Ley aporta una serie de principios a tener en cuenta para ese pro-

se critica la existencia misma del canon digital una vez disponibles los sistemas DRM, denunciando los elevados ingresos de las entidades de gestión por ese concepto, debido al elevado precio que el canon supone en relación con el precio de coste del producto base (CD y DVD), que, en muchas ocasiones -se dice-, incluso llega a superar. Sin ignorar que muchas de las denuncias realizadas pueden ser ciertas, y que para ello el proceso negociador ex art. 25.6 TRLPI deberá realizar los oportunos ajustes, sobre todo en materia de tarifas, se da una importancia absoluta a la industria tecnológica y a los consumidores con la disculpa de la necesidad de fomentar la sociedad de la información y la libre difusión del conocimiento. Pero no se presta atención a otro tipo de «industria», la industria de la cultura y de la información, constantemente amenazada por los altos índices de piratería profesional y de copia privada digital, despreciando el valor de esta industria de contenidos para el desarrollo de una sociedad de la información con contenidos de calidad, y despreciando en último término a la base de toda esa industria y de todos los contenidos que conforman la sociedad de la información, los creadores, verdadera fuente de la cultura y del conocimiento. Además, se vierten una serie de opiniones de política legislativa de espaldas a la realidad jurídica contenida en la DSI, cuyo art. 5.2b habla de que caso de reconocer el límite de copia privada deberá establecerse una compensación equitativa por las reproducciones para copia privada que se realicen «en cualquier soporte», así como el art. 25.1 TRLPI que habla de compensar las reproducciones para uso privado que se realicen en equipos, aparatos y soportes materiales «idóneos» para realizar esas reproducciones.

⁵³ Para evitar problemas (que puede haberlos, y muchos, en la fase de negociación entre entidades de gestión e industria), podría haberse explicitado si los titulares de obras literarias o asimiladas y los editores entran dentro de la categoría de reproducción visual, aunque parece lo más lógico que su inclusión sea efectiva (pues no puede ignorarse que cada vez es más frecuente la copia privada digital de contenidos literarios, sobre todo de tipo científico), dejando al margen la cuantía que pueda corresponderles en relación con los artistas plásticos (también visuales) y los otros acreedores de la compensación (intérpretes y productores fonográficos y audiovisuales) que obviamente deberán tener un peso mayor a la hora del reparto.

⁵⁴ Se trata por tanto de una autorregulación vigilada; siempre conveniente para evitar que el desacuerdo bloquee la finalidad última de la norma.

ceso de determinación, entre los que destaca el perjuicio mínimo (que no dará lugar a la obligación de pago), el grado de uso, la capacidad de almacenamiento, la calidad de las reproducciones, la disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas de control del copiado, el tiempo de conservación de las reproducciones y la necesidad de guardar una proporción económica entre los importes del canon y el precio medio final de venta al público de los equipos, aparatos y soportes sobre los que recaiga⁵⁵.

Y junto a los principios o criterios informadores se incluyen una serie de exclusiones del canon, destacando por encima de todas la de los discos duros de ordenador (art. 25.7b TRLPI). Exclusión que supone claramente un «guiño» a la industria y a las plataformas anti-canon promovido desde el Ministerio de Industria, pero el caso es que desde una perspectiva estrictamente jurídica de propiedad intelectual la exclusión de los discos duros de ordenador del pago de la compensación por copia privada podría entrar en contradicción con lo dispuesto con carácter general en la DSI en materia de copia privada y compensación equitativa (cfr. art. 5.2b)⁵⁶, así como con el procedimiento mismo establecido por la nueva Ley 23/2006 para la determinación de los equipos, aparatos y soportes sujetos al canon por compensación equitativa (cfr., art. 25.6 TRLPI)⁵⁷; podría añadirse además que se trata de una exclusión arbitraria posiblemente contraria a la regla de los tres pasos reconocida en el Convenio de Berna (art. 11) en la Directiva (art. 5.5) y en el propio TRLPI (art. 40 bis)⁵⁸, máxime cuando los discos duros de ordenador se muestran como aparatos multifunción que sirven tanto para facilitar reproducciones como de soportes de almacenamiento, siendo evidente su utilización más o menos habitual con esa función.

⁵⁵ Este último criterio o principio fue introducido en la fase de enmiendas del Senado, a raíz de la Enmienda n.º 74 formulada por el Grupo Parlamentario Socialista, y de alguna manera se corresponde con una de las críticas vertidas por la Comisión Asesora Independiente del Ministerio de Industria. Con ello se quiere de alguna manera reforzar la legitimación del límite de copia privada en intereses generales (acceso a la cultura) y no en meros criterios económicos, introduciendo un contrapeso favorable a los usuarios a la hora de fijar las tarifas sobre los equipos, aparatos y soportes digitales que queden obligados al pago de la compensación.

⁵⁶ Así lo entiende también J.J. MARÍN, ob. cit., pg. 24.

⁵⁷ Como se dijera anteriormente, el art. 5.2.b DDASI dispone que los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción *en relación con reproducciones en cualquier soporte* efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, *siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa*, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas. De forma que, una vez admitida con carácter general la limitación de copia privada y el consiguiente sistema de compensación equitativa, debería en principio incluirse dentro de la obligación de pago de la compensación cualquier soporte que fuera «idóneo» (cfr., art. 25.2 TRLPI) para realizar la reproducción para uso privado. O dicho de otra forma, si un Estado miembro reconoce con carácter general la reproducción para uso privado en cualquier soporte (de acuerdo con la dicción del art. 5.2.b DDASI) como límite al derecho exclusivo de reproducción, no debería luego excluir con carácter particular de la correspondiente compensación equitativa equipos y soportes claramente idóneos para realizar esas reproducciones, como es el caso de los discos duros de ordenador, salvo que esa exclusión aparezca suficientemente justificada de acuerdo con los criterios informadores aportados por la misma Directiva.

⁵⁸ Una posición contraria a la exclusión de los discos duros de ordenador de la compensación equitativa se contiene en las Enmienda n.º 48 a 50 del Grupo Parlamentario IU-IV-ICV en el Congreso, que merece destacarse por su rigor jurídico.

Teniendo en cuenta la idoneidad de los discos duros de ordenador para reproducir contenidos de todo tipo, no deberían quedar excluidos de antemano de la negociación entre grupos de intereses o de la decisión que, en su caso, puedan adoptar *motu proprio* los Ministerios de Cultura e Industria, Turismo y Comercio teniendo en cuenta en todo caso, a efectos de conciliar y equilibrar los distintos intereses en juego (los de los titulares de propiedad intelectual, los de la industria y los del desarrollo de las nuevas tecnologías y su disponibilidad por los ciudadanos a efectos de promover la sociedad de la información), los criterios o principios previstos en el art. 25.6, 4.º TRLPI, y en particular el criterio relativo al grado de uso de los discos duros de ordenador para la realización de reproducciones para uso privado así como la capacidad de almacenamiento de los mismos, sin olvidar la disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas⁵⁹.

Puede decirse, en definitiva, que la idea que subyace a la nueva regulación de la compensación equitativa es que a medida que se vayan generalizando en el mercado y sean más eficaces las medidas anticopia, deberá ir reduciéndose el canon por copia privada digital, siendo básico el seguimiento puntual de los equipos y soportes que en cada momento se utilicen para ello y el grado de utilización de los mismos por parte del público. Aunque al día de hoy, puede decirse que las TPM no son eficaces, y que, por tanto, mientras se siga reproduciendo, la compensación equitativa por copia privada deberá mantenerse en niveles equitativos que compensen las ingentes pérdidas sufridas por los titulares de derechos. La «transición tecnológica» puede ser una muy larga transición y, por lo tanto, es más que probable que sigamos debatiendo el problema de la copia privada durante muchos años⁶⁰.

⁵⁹ No debería pues utilizarse la LPI como instrumento político-legislativo de fomento de la competitividad de un sector o como mecanismo de promoción de la sociedad de la información, olvidando por completo la finalidad principal de la norma en cuestión, que no es otra que la protección de los intereses de los titulares de derechos de autor y afines. Así pues, en la búsqueda del equilibrio de intereses afectados por los derechos de propiedad intelectual, esos factores deberían servir no como fundamento de exclusión del canon para soportes de reproducción (como los discos duros de ordenador) claramente idóneos para realizar reproducciones para uso privado, sino como criterios a tener en cuenta a la hora de fijar las cantidades a abonar por los deudores en cada caso concreto.

⁶⁰ La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, de 16 de abril de 2004, relativa a la gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior (COM(2004) 261 final), declara en relación con los sistemas digitales de gestión de derechos (DRM), que: «*Se puede afirmar que el amplio despliegue de sistemas DRM como modo de compensación equitativa puede llegar a convertir en superfluos los actuales sistemas de remuneración (por ejemplo, los cánones para compensar por copias privadas), lo que justificaría su disminución o incluso su supresión progresiva. Al mismo tiempo, tal como se aplican actualmente, los sistemas DRM no aportan una solución política para garantizar un adecuado equilibrio entre los intereses en juego, ya sean los intereses de los autores y demás titulares de derechos o los de los usuarios legítimos, consumidores y demás implicados (bibliotecas, proveedores de servicios, creadores de contenidos, etc.), ya que los sistemas DRM no son en sí mismos una alternativa a la política de derechos de autor a la hora de fijar los parámetros relativos a la protección de los derechos de autor o a las excepciones y limitaciones tradicionalmente aplicadas por el legislador*». La Comisión se mantiene así en una ambigüedad voluntarista que expresa el momento de transición tecnológica que atravesamos. Y da la sensación de que esa transición tecnológica puede durar más años de los que en principio se puede esperar. Por ahora no se ve en el horizonte inmediato que las TPM y los DRM constituyan una alternativa real al equilibrio de intereses plasmado en la regulación de copia privada y su compensación equitativa.

III. SOBRE LA PRETENDIDA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REMUNERACIÓN COMPENSATORIA POR COPIA PRIVADA

La entidad KODAK.S.A, solicita en su recurso de casación que se plantee por el Tribunal una cuestión de inconstitucionalidad previa ante el Tribunal Constitucional (*ex* art. 163 CE y art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), tras haber sido rechazada esa pretensión en ambas instancias. La recurrente pide que se plantee la inconstitucionalidad de las sucesivas redacciones del art. 25 LPI, aunque centra buena parte de sus argumentos en la redacción otorgada al mismo por la Ley 20/1992, de 7 de julio y su desarrollo reglamentario por el RD 1434/1992, de 27 de noviembre.

Entre las justificaciones de la pretendida inconstitucionalidad se incluyen (cfr., Fdto Dcho 1.º STS 25 de octubre de 2005): 1.ª) que el art. 25 LPI establece una remuneración de derecho privado, pero para su imposición introduce —a falta de acuerdo entre las partes— la intervención de un Mediador nombrado por el Ministerio de Cultura, lo cual —dice— contradice abiertamente el esquema normal de nacimiento y determinación de la obligaciones; 2.ª) que, a pesar de calificarse como una remuneración de derecho privado se adopta el obsoleto modelo de los impuestos; 3.ª) que al establecer la gestión colectiva obligatoria de la remuneración se produce el resultado de que se impone sobre un sector empresarial la carga legal de financiar a unas entidades que actúan en régimen de oligopolio y cuya gestión es opaca, produciéndose además un perjuicio para los acreedores de la remuneración por cuanto con la misma se financian fines asistenciales y además no se garantiza un reparto efectivo de todos los fondos entre los titulares de derechos, lo cual acaba suponiendo una expropiación encubierta de sus derechos de propiedad; 4.ª) que la remuneración no tiene una causa objetiva, ya que resulta contradictorio proclamar por un lado el derecho de los particulares a obtener reproducciones para uso privado y someterlo por otro a una compensación económica; y 5.ª) que los deudores de la remuneración deberían ser los usuarios, que son quienes se benefician del límite de copia privada, o, todo lo más, quienes realizan la venta de los equipos o soportes, pero en ningún caso puede recaer sobre los fabricantes e importadores, a los que sólo se les debería imponer una misión de colaboración e información.

A partir de estos argumentos la representación procesal de KODAK S.A. alega las siguientes vulneraciones constitucionales: 1.ª) vulneración del derecho de propiedad (art. 33 CE), pues aunque aparezca limitado por su función social, con la remuneración compensatoria se imponen a las empresas fabricantes e importadoras cargas injustificadas y desproporcionadas que no responden a esa finalidad ni a la preservación de otros bienes constitucionalmente protegidos, siendo la copia privada un límite intrínseco al derecho de propiedad intelectual; 2.ª) vulneración del derecho a la libertad de empresa en una economía de mercado (art. 38 CE), por cuanto el canon por copia privada afecta a la libre competencia y a la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea, perjudicando a las empresas españolas respecto a otras que operan en otros Estados miembros y favoreciendo el fraude, debiendo recaer la re-

muneración sobre los usuarios, añadiendo también que con el referido canon se erosiona el derecho al secreto de la contabilidad y de los datos económicos de las empresas afectadas (intimidación económica), resultando desproporcionado exponer la contabilidad de una empresa al servicio de una remuneración de origen jurídico-privado; 3.^a) vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), al imponer la ejecutividad de los acuerdos del mediador y limitar con ello los derechos de defensa en el correspondiente proceso; 4.^a) vulneración del derecho de asociación (art. 22 CE), al condicionar la participación de los titulares de derechos en la remuneración a su pertenencia a una entidad de gestión que tiene forma asociativa, fomentando así el oligopolio.

Estos y otros motivos de inconstitucionalidad han sido planteados también por otros miembros de la industria afectada por el canon en distintos procedimientos judiciales, tanto en el orden civil como en el contencioso, obteniendo siempre una respuesta negativa. En el caso de autos, tanto el Juez «a quo» como la Audiencia Provincial de Madrid no apreciaron visos de inconstitucionalidad en las sucesivas redacciones del art. 25 LPI, rechazando plantear una cuestión previa ante el TC⁶¹. En la Sentencia de 25 de octubre de 2005 el Tribunal Supremo rechaza de plano la pretensión de la parte recurrente, considerando incorrecto como punto de partida el hecho de que se motive el recurso de casación con los mismos razonamientos esgrimidos en la instancia una vez desestimados por el Juez y la Audiencia «a quo», entendiéndose que la parte debe limitarse a suscitar o proponer esa cuestión pero que no puede hacer de la misma la base de sus motivos de casación. No obstante, el Alto Tribunal decide hacer un breve examen de los posibles puntos de inconstitucionalidad planteados por la parte, «a los solos efectos del mero debate» (Fdto. Jco. 3.º, A), centrándose fundamentalmente en el análisis sobre la constitucionalidad del sistema de convenio y mediación previsto con la reforma del art. 25 LPI por la Ley 20/1992 y en el papel de las entidades de gestión en el cobro y reparto del canon, respetando en todo momento y haciendo suya la valoración realizada por los órganos de instancia sobre estos y otros aspectos denunciados por la demandante y recurrente en casación.

Resulta oportuno, pues, que nos detengamos a analizar con detalle cada uno de los pretendidos motivos de inconstitucionalidad, al tratarse de una cuestión suscitada en numerosos procedimientos judiciales instados por la industria frente al canon de copia privada, y también porque en la actualidad (en relación con el canon digital) se sigue insistiendo en esa posible inconstitucionalidad desde algunos sectores de la industria y de las asociaciones de consumidores.

1. Por lo que se refiere a la *posible vulneración del derecho constitucional de propiedad* (art. 33 CE) por el art. 25 LPI 1987 y el art. 25 TRLPI 1996, no se entiende cómo puede presentarse la remuneración compensatoria como una li-

⁶¹ Cfr., Sentencia de 25 de mayo de 1998 del Juzgado de Primera Instancia n.º 54 de Madrid; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9.ª, de 27 de abril de 2001.

mitación al derecho de propiedad de los deudores (fabricantes, importadores y distribuidores de equipos, aparatos y soportes de reproducción) cuando, por un lado, es el derecho de propiedad intelectual el que se ve limitado por la copia privada⁶², actuando la remuneración como compensación al daño derivado de ese límite (y como factor necesario para poder superar la prueba de las tres fases recogida en el art. 9.2 del Convenio de Berna, ratificado por España); y cuando, por otro lado, el importe del canon se repercute normalmente —o es susceptible de ser repercutido— a los usuarios en el precio final de venta al público de los equipos, aparatos y soportes sujetos al mismo, siendo así los usuarios —beneficiarios del límite en cuestión— quienes soportan realmente el coste de la remuneración (vid. Fdto. Dcho. 4.º SAP Madrid de 27 de abril de 2001). De hecho, esta fue la idea concebida originariamente por el legislador alemán —tal y como se expuso antes—, y puede decirse que raramente el canon no es repercutido en el precio final de venta al público.

No es de recibo —en esta línea— el argumento de que el papel de los fabricantes e importadores debería limitarse a una misión de colaboración e información (se supone que en la identificación de los usuarios adquirentes de los equipos y soportes idóneos para realizar reproducciones de uso privado), pues además de su difícil implementación en la práctica, como ya dijera en su día el BGH alemán en la sentencia de 29 de mayo de 1964 (Caso «*Personalausweise*»), las medidas de control de infracciones de la propiedad intelectual no pueden entrar en contradicción con el derecho a la intimidad personal y familiar garantizado por la Constitución (art. 18.1 CE). Incluso, aunque empresarios concretos decidan no repercutir el precio a los usuarios (para ganar así en competitividad en materia de precios), el canon seguiría estando justificado en la medida que —como se apuntó más arriba— permite hacer partícipes a los titulares de derechos de los beneficios derivados del mercado paralelo de equipos y soportes de reproducción, nacido y desarrollado en amplísima medida al calor de la reproducción de contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual. De esta manera, la compensación patrimonial establecida en el art. 25 LPI actuaría como compensación entre dos derechos de propiedad, desarrollando así el art. 33 CE para compensar a los titulares de la propiedad intelectual con parte de las ganancias que los titulares de la propiedad sobre los instrumentos de reproducción obtienen precisamente gracias a las facilidades que esos instrumentos conceden a los usuarios para copiar masivamente los contenidos creados o producidos por aquellos.

Tampoco puede alegarse —como se hace— la falta de una causa objetiva en la remuneración cuando la propia Ley proclama el derecho de los usuarios a la copia privada, pues, realmente la copia privada no constituye un derecho (un derecho de los consumidores, como demagógicamente se presenta en la ac-

⁶² Más discutible es que esa limitación tenga que ver realmente con el límite endógeno al derecho que constituye la función social de la propiedad, si se defiende —como aquí hacemos— la justificación de este límite en criterios puramente «economicistas» de imperfección de mercado. Vid. *in extenso*, CARBAJO CASCÓN F., *El pulso en torno a la copia privada*, cit., pgs. 24 y ss.

tualidad)⁶³, sino un límite o excepción al derecho de reproducción de los autores y titulares de derechos afines; una excepción que, como tal, debe siempre interpretarse restrictivamente (y más aún con la espada de Damocles que constituye la prueba o test de los tres pasos). Así, aunque se quiera presentar con ribetes de derecho subjetivo (como ocurre también generalmente con la cita, *ex art. 32 TRLPI 1996*), realmente la excepción de copia privada confiere únicamente una *expectativa legítima* a los usuarios; una expectativa que incluso va a dejar de estar absoluta o totalmente garantizada cuando se culmine la reforma del TRLPI para incorporar la DSI 2001, que da carta de naturaleza a la utilización de medidas tecnológicas (anticopia) por los titulares de derechos y establece las bases para hacer compatibles la utilización de TPM y el mantenimiento de la compensación equitativa por copia privada (pensando, en términos de transición tecnológica, en la contrastada ineficacia que por el momento muestran las medidas anticopiado).

Para ilustrar esta problemática resulta oportuno analizar el debate planteado en Francia en torno al caso del DVD de la película «*Mullholand Drive*», donde la Casación francesa, contra el criterio del Tribunal de Apelaciones de París, ha considerado que la copia privada no es un derecho sino una mera expectativa legítima que a pesar de su expreso reconocimiento legal puede impedir la explotación normal de la obra y perjudicar injustificadamente los legítimos intereses de su titular, por lo que no puede ser un obstáculo para la utilización de TPM por los titulares de derechos. Así, frente al criterio sentado en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de París de 22 de abril de 2005, la Sentencia de la Corte de Casación francesa de 28 de febrero de 2006 considera que la excepción de copia privada crea un importante riesgo para la explotación de la obra en el entorno digital, por lo que debe poder protegerse la obra para salvaguardar los derechos de autor dada la importancia de la explotación en DVD para la amortización de la producción cinematográfica, dejando a salvo la subsistencia de la remuneración compensatoria y despejando así el camino para el nuevo régimen de copia privada digital contenido en la DSI 2001⁶⁴. Así pues, el Alto Tribunal francés parece admitir que en materia de copia privada digital la compensación equitativa no es suficiente para satisfacer la prueba de los tres pasos; es decir, que a pesar de la compensación equitativa, las amplísimas posibilidades y la alta calidad ofrecidas por la tecnología digital, además de su fácil transmisión a través de la Red, pueden impedir la explotación normal de las mismas y perjudicar injustificadamente los legítimos intereses de sus titulares. Por eso se considera lícita la utilización de medidas tecnológicas por los titulares de derechos, incluso antes de ser ex-

⁶³ La consideración de la copia privada como un derecho de los consumidores se ha generalizado hasta constituir una bandera para los grupos de consumidores que se oponen radicalmente al canon en la era digital, siendo incluso reconocido por alguna resolución judicial aislada; cfr. Fdto. Dcho. 2.º SAP Alicante de 30 de noviembre de 2005. Sin embargo, desde un punto de vista técnico-jurídico en ningún caso puede elevarse al rango de derecho subjetivo (derecho de los consumidores) una excepción a los derechos exclusivos de propiedad intelectual. Vid. CARBAJO, *El pulso en torno a la copia privada*, cit., pgs. 24 y ss.

⁶⁴ Pueden consultarse ambas resoluciones en el sitio www.legalis.net.

presamente regulada en la Ley interna para la incorporación de la DSI 2001: el uso de medidas tecnológicas contribuirá de alguna manera a frenar el volumen de copia privada digital en el mercado, y de esta manera, junto con la compensación equitativa, servirá para hacer que el límite, a pesar de obstaculizar la explotación normal de la obra o prestación, convierta el perjuicio de los titulares en «no injustificado».

Corresponderá finalmente al legislador encontrar la fórmula para alcanzar el mayor equilibrio posible entre el límite de copia privada, el uso de medidas tecnológicas de control del copiado y la compensación equitativa. A corto plazo, parece que la compensación deberá mantenerse e ir reduciéndose paulatinamente a medida que se vayan perfeccionando y generalizando en el tráfico las medidas tecnológicas, para llegar finalmente a una situación ideal (imposible de vislumbrar por el momento) en la que si los titulares permiten a los usuarios realizar copias adicionales a la autorizada (licencia de uso), la compensación tenga lugar a través del precio abonado por el canon de licencia (de manera que se pague más si se permite la copia y menos si no se permite), desapareciendo por completo la compensación equitativa asociada al límite o excepción de copia privada.

2. Tampoco merece mayor crédito la denuncia de *vulneración del derecho de libertad de empresa en una economía de mercado* (art. 38 CE). El argumento de que el canon perjudica la libertad de empresa y la libre circulación de mercancías de las empresas españolas respecto a las de otros países carece de una base objetiva, pues es sobradamente conocido que la mayoría de los Estados miembros de la CE de tradición continental contemplan en sus ordenamientos internos el mismo binomio «copia privada-remuneración compensatoria», haciendo recaer la obligación de compensar sobre los fabricantes e importadores de sus respectivos países (y tornando irrelevante si en el país de procedencia existe o no el canon por copia privada, por cuanto todos los competidores de un mismo país en el sector de la importación estarán sometidos al mismo). Las alegaciones vertidas también sobre la elevada cuantía de las tarifas respecto a otros países del mismo entorno, además de no estar debidamente contrastadas, han de quedar en el terreno de la política legislativa. Y en cuanto a si el canon (o la supuestamente alta cuantía de sus tarifas) favorece el fraude, coincido con el criterio de la sección 9.^a de la AP Madrid⁶⁵, en el sentido de que el cumplimiento más o menos estricto de una norma no puede en modo alguno afectar a su constitucionalidad, siendo impuesta esa obligación a todas las empresas que se encuentren en el mismo estado y situación y se dediquen a la misma actividad. El problema del fraude se circunscribe a la correcta definición y aplicación de la norma, correspondiendo a todos los posibles afectados (no sólo a las entidades de gestión, sino también a los propios empresarios deudores del canon afectados) la persecución y denuncia ante los tribunales de los posibles infractores, y al legislador la introducción de criterios que contribuyan a combatir las prácticas fraudulentas que periódicamente se detectan en el mercado.

⁶⁵ Recogido en el fundamento jurídico quinto de la sentencia 27 de abril de 2001.

Finalmente carece también de fundamento la denuncia relativa a una posible infracción de la «intimidad económica» de los deudores, por la obligación impuesta legalmente de mostrar sus libros de contabilidad a las entidades de gestión cuando éstas así se lo reclamen para hacer las comprobaciones que pudieran resultar necesarias a fin de hacer efectivo el cobro de la remuneración, ya que esta previsión constituye precisamente la base para poder determinar exactamente el importe final de la remuneración para cada deudor, además de una medida de lucha contra el fraude⁶⁶ plena de sentido en el sistema de convenio y mediador instaurado en 1992 y más aún en el sistema de declaración-autoliquidación introducido en 1994 y continuado en el TRLPI 1996, máxime cuando esa obligación aparece acompañada en el texto legal por el deber de las entidades de gestión de asegurar en todo caso la confidencialidad e intimidad mercantil de los datos y documentos suministrados por los deudores (cfr., art. 25.9 LPI 1987 y arts. 25.22 TRLPI 1996).

3. Pero, sin duda, los esfuerzos de la recurrente en casación se centran en intentar demostrar la *vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva* (art. 24 CE) por el carácter ejecutivo atribuido por la Ley a las resoluciones del mediador, calificando de intervencionista el sistema de convenio y mediador sustitutorio fijado con la Ley 20/1992 para la determinación de los equipos, aparatos y soportes sujetos al canon y la fijación de las correspondientes tarifas, cuando su finalidad es la de establecer una obligación de naturaleza jurídico-civil. Cuestión esta que enlaza con el problema de fondo planteado en el pleito y que motiva un tratamiento más pormenorizado por parte del TS en la sentencia de 25 de octubre de 2005. La parte recurrente critica el sistema de intervención subsidiaria del mediador en defecto de acuerdo entre las partes (cfr., art. 25.5 a 8 LPI 1987, en la redacción otorgada por la Ley 20/1992 y desarrolladas en los arts. 31 y 35 RD 1434/1992, de 27 de noviembre), considerando que la intervención del Ministerio de Cultura nombrando a un mediador para fijar con carácter ejecutivo una obligación que, a priori, tiene naturaleza jurídico-civil, vicia por completo el sistema confiriendo a esa obligación una naturaleza parafiscal, más próxima al modelo de los impuestos, y alegando en concreto la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) por el hecho de imponer la ejecutividad de las resoluciones del mediador limitando así sus derechos de defensa. El art. 25.5b) LPI (redacción de 1992), establecía la fijación de la remuneración compensatoria mediante la intervención mediadora y resolutoria de tercero en defecto de acuerdo entre las partes (previsible a la vista de la experiencia anterior), añadiendo que esa resolución del mediador nombrado por el Ministerio de Cultura «*será obligatoria para los deudores y los acreedores y que no alterará la naturaleza jurídico-civil de la obligación concretada*», debiendo formalizarse en escritura pública que llevará aparejada ejecución (cfr. art. 25.6 LPI); y en la misma línea se pronunciaba -para despejar posibles dudas- la Disposición final primera del RD

⁶⁶ Fraude contable; vid. entre otros los casos resueltos por las sentencias de la AP de Bilbao de 27 de mayo de 2002, de la AP de Sevilla de 27 de noviembre de 2003 y de la AP de Zaragoza de 22 de enero de 2004.

1434/1992, de 27 de noviembre. Así pues, el propio legislador despeja cualquier duda sobre la posible naturaleza de la remuneración compensatoria, independientemente del sistema establecido para su determinación, que como sabemos buscaba en un primer momento superar las numerosas dificultades que existían para su aplicación ante la fuerte resistencia mostrada desde un principio por el sector de la industria señalado como deudor del canon.

Pero es que, además, no pueden plantearse dudas sobre la constitucionalidad de un sistema establecido por el legislador con la intención de hacer efectiva la aplicación de una obligación impuesta desde la misma Ley, pues es competencia suya buscar y fijar el sistema que considere más oportuno (sin perjuicio de que sea criticable desde un punto de vista práctico) así como el carácter ejecutivo de determinados títulos, lo cual no supone una limitación al derecho a obtener una tutela judicial efectiva, pues la parte (deudor de la remuneración) siempre puede oponerse a la ejecución en el proceso especial establecido por la Ley o bien acudir al juicio declarativo correspondiente, como de hecho ha sucedido en el caso que ahora analizamos⁶⁷. De hecho, como apunta el propio TS en la sentencia comentada (Fdto. Dcho. 3.º, G), la sentencia 127/1999, de 13 de mayo del Tribunal Constitucional, ya ponía de manifiesto que la declaración por el legislador del carácter ejecutivo de la resolución del mediador no significa que las cantidades allí determinadas se presuman ciertas y verdaderas, quedando siempre abierta la puerta de la jurisdicción civil para los deudores disconformes con la misma⁶⁸. Finalmente considera el TS (Fdto. Dcho. 3.º, D) que ante las consecuencias que conlleva la aplicación de la excepción de copia privada, es absolutamente lógica la intervención de la Administración (en este caso creando un arbitraje institucional con consecuencias jurídico-privadas) a favor de la parte más desprotegida (autores, artistas intérpretes, editores y productores), teniendo en cuenta que los intereses de éstos convergen con los intereses públicos involucrados en el fomento de la creación y de la inversión, por ser factores básicos para el desarrollo cultural del país⁶⁹.

Por lo que atiene al supuesto carácter parafiscal de la remuneración compensatoria, si bien ha sido compartida en épocas pasadas por un sector minoritario de la doctrina⁷⁰, en la actualidad es absolutamente descartado tanto por la mayoría de la doctrina como por la jurisprudencia, destacando al respecto las resoluciones dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo y en particular la sentencia de 10 de febrero de 1997, donde se establece expresamente la naturaleza no parafiscal de la remuneración compensatoria, manifestando

⁶⁷ Cfr. al respecto Fdto. Dcho. 6.º SAP Madrid de 27 de abril de 2001.

⁶⁸ Vid. también STS, Sala Tercera, de 3 de febrero de 2004, Fdto. Dcho. 6.º.

⁶⁹ Factor éste, el del desarrollo cultural como valor de interés público, que cobra hoy día mayor vigor, en plena sociedad de la información, cuando tanto se insiste en la protección de la diversidad cultural, tras aprobarse por la Conferencia General de la UNESCO el 20 de octubre de 2005 la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.

⁷⁰ Vid. GÓMEZ POMAR F., *La producción de copias y los derechos de autor*, en Información Comercial Española, 1990, pg. 49, que introduce el concepto de impuesto-subsidio; también en *La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia*, RCDI, n.º 613, 1993, pgs. 165 y ss.

—entre otros factores— que no se da en la misma el carácter contributivo propio de los impuestos ni su destino a la financiación de gastos o necesidades públicas o colectivas⁷¹. Asimismo, la mencionada Sala Tercera del TS ha venido desestimando los recursos interpuestos por deudores de la remuneración compensatoria que buscaban conseguir la nulidad de las resoluciones de los mediadores nombrados por el Ministerio de Cultura invocando la doctrina de los actos separables, en el entendimiento de que una obligación jurídico-civil no podía ser determinada por un mediador nombrado por la Administración, contestando el Alto Tribunal que debe diferenciarse entre la resolución administrativa de nombramiento del experto mediador (que sí sería impugnabile en la vía administrativa y contenciosa) y la resolución emitida por el mediador en el ejercicio de su labor (que una vez nombrado no actuaría como representante del Ministerio, sino como experto independiente y privado que emite resoluciones generadoras de obligaciones civiles *ex lege*)⁷².

4. Por último, la recurrente, KODAK S.A., critica la participación de las entidades de gestión colectiva en el cobro de la remuneración compensatoria, por entender que se producen desviaciones de los fondos destinados a los acreedores de la remuneración para la financiación de esas entidades oligopolísticas y para la realización de fines asistenciales, todo lo cual constituye una *vulneración del derecho constitucional de asociación* (art. 22 CE). Se trata de un argumento peregrino, pues en primer lugar parece claro que la parte recurrente, en su condición de deudor de la remuneración, no se halla legitimada en modo alguno para defender derechos de terceros —en este caso, de los acreedores de la misma—, en particular su derecho de asociación a las entidades de gestión (cfr. Fdto. Dcho. 7.º SAP Madrid de 27 de abril de 2001); en segundo lugar, es perfectamente acorde con la Constitución el hecho de que el legislador establezca que un determinado derecho deba hacerse valer por medio de entidades colectivas (así STC 196/1997 de 13 de noviembre) que además son autorizadas y controladas por el Ministerio de Cultura; y en tercer lugar por cuanto la participación de las entidades de gestión en el sistema es la única manera de garantizar la viabilidad del mismo, ya que sería imposible desde un punto de vista práctico⁷³ que cada titular de derechos reclamara cantidades por ese concepto a los deudores, resultando lógico además que estas entidades reten-gan parte de las cantidades ingresadas en concepto de remuneración por copia privada para su propio sostenimiento y para el desarrollo de las funciones asistenciales en beneficio de sus socios, así como otras funciones de formación y promoción de autores y artistas, intérpretes y ejecutantes expresamente impuestas por la Ley (cfr. art. 140 LPI 1987 y art. 155 TRLPI 1996), no siendo esa además su única fuente de ingresos.

⁷¹ Vid. SERRANO GÓMEZ E., *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2000, pg. 169.

⁷² SSTs de 5 de junio y 16 de octubre de 1995, 25 de septiembre de 2001 y 3 de febrero de 2004; vid. también SAP Barcelona de 17 de abril de 2000 y Fdto. Dcho. 4.º SAP Alicante de 30 de noviembre de 2005.

⁷³ Al igual que sucede, por ejemplo, con los derechos de mera remuneración por actos secundarios de comunicación al público, *ex arts.* 108, 116 y 122 TRLPI 1996.

La denuncia de inconstitucionalidad tiene aún menos sentido si se tiene en cuenta que las entidades de gestión juegan un papel fundamental en la gestión de los derechos de propiedad intelectual, sobre todo en determinados ámbitos o tipos de obras, favoreciendo los intereses generales en la medida en que actúan como intermediarios entre los titulares de derechos y los terceros interesados en el acceso a los contenidos protegidos para, en último término, permitir una mayor oferta de contenidos en el mercado que redundará en un incremento de las posibilidades de acceso a la información, a la cultura, a la ciencia y a la investigación (cfr., arts. 20.1d y 44 CE 1978)⁷⁴. De esta manera, la participación de las entidades en la gestión de los derechos exclusivos de propiedad intelectual constituye una garantía de igualdad entre los usuarios que quieren acceder al repertorio de las mismas y favorece el desarrollo del mercado de contenidos culturales en términos de libre competencia⁷⁵; las entidades de gestión desarrollan una actividad que beneficia al conjunto de la cadena de intereses privados y públicos creados en torno a la propiedad intelectual.

Por último, no debe olvidarse que el Ministerio de Cultura tiene no sólo la facultad de otorgar y revocar la autorización, sino también un deber de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones y requisitos impuestos por la Ley (arts. 148, 149 y 159 TRLPI 1996); deber de control administrativo, puesto de manifiesto debidamente en la instancia (Fdto. Dcho. 7.º SAP Madrid de 27 de abril de 2001) y en la STS de 25 de octubre de 2005 que comentamos (Fdto. Dcho. 3.º, H).

⁷⁴ Las instituciones comunitarias son conscientes del relevante papel de las entidades de gestión colectiva en la gestión de los derechos de propiedad intelectual, y han emprendido un proceso para fomentar la gestión colectiva en la sociedad de la información, autorizando la concesión de licencias transfronterizas o multiterritoriales en régimen de libre competencia entre las entidades de cualquiera de los países del EEE. Así, a los acuerdos celebrados entre entidades de gestión para compartir sus repertorios y permitir que cualquiera de las entidades (a nivel comunitario o incluso global) pueda otorgar licencias no exclusivas de explotación del repertorio del conjunto de entidades en diferentes territorios (cfr., Acuerdo de Santiago, Acuerdo Simulcasting y Acuerdo OnLineArt), se suman ahora recomendaciones desde el Parlamento y la Comisión Europea para que estas entidades puedan otorgar licencias transfronterizas para el entorno en línea (superando así el principio de territorialidad) en régimen de libre competencia, de modo que usuarios de cualesquiera países del EEE puedan dirigirse a cualquiera de las entidades radicadas en los países miembros, que entrarían así en competencia directa. Y en conexión con ello, la Comisión europea estudia la promulgación de alguna norma para armonizar la regulación de las entidades de gestión colectiva comunitarias, mejorando la transparencia y el buen gobierno. Se persigue, entre otras cosas, que las entidades den publicidad de su repertorio y distingan en el precio de sus tarifas qué parte del precio corresponde a la autorización y qué parte a los gastos de gestión, de modo que los usuarios puedan elegir entre las entidades más eficientes. Vid. la *Resolución del Parlamento Europeo de 15 de enero de 2004, sobre un marco comunitario relativo a las sociedades de gestión colectiva en el ámbito de los derechos de autor y derechos afines* (2002/2274 (INI)); la *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 16 de abril de 2004, sobre la gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior* (COM(2004) 261 final); y la *Recomendación de la Comisión de la Comunidad Europea, de 18 de mayo de 2005, relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea* (Doc. 2005/737/CE, publicado en el DO de la Unión Europea L276 de 20 de octubre).

⁷⁵ Lo cual se refleja en la obligación legal de aceptar la administración de los derechos que les sean encomendados de acuerdo con su objeto y fines (art. 137 LPI 1987 y art. 152 TRLPI) así como en la obligación de contratar (conceder licencias sobre el repertorio gestionado) con quien se lo solicite salvo motivo justificado (art. 142 LPI 1987 y art. 157 TRLPI 1996). Vid. MARÍN LÓPEZ J.J., *Comentario al artículo 152 TRLPI*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed. Tecnos, Madrid, 1997, pgs. 2131-2133.

IV. SOBRE EL PLANTEAMIENTO DE CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

La recurrente en casación, KODAK S.A., solicita también del Tribunal que plantee cuestión prejudicial ante el TJCE en los siguientes términos: si la imposición de la obligación de pago sobre los fabricantes e importadores, en vez de imponerla en la fase de venta y con tarifas o cánones elevados en relación con otros Estados para compensar el fraude, constituye una distorsión de la competencia; y, si el establecimiento de la necesidad de autorización del Ministerio de Cultura para operar como Entidades de Gestión en el territorio español es correcta y conforme con el Tratado dada la situación de oligopolio que se está produciendo. El TS insiste nuevamente (Fdto. Dcho. 4.º) en que la pretensión de plantear cuestión prejudicial ante el TJCE sólo puede invocarse ante el TS por la vía de la mera sugerencia, puesto que no existe derecho alguno en el recurrente a tal fin, y por tanto no puede ser tenido como motivo en sí, siendo por ello rechazada de antemano la petición. Pero, al igual que en la cuestión de inconstitucionalidad, decide esclarecer el tema (previendo, quizás, la entrada de futuros asuntos con el mismo contenido, a la vista de la ya mencionada estrategia seguida por la industria durante los años 90), realizando un breve estudio de las Directivas comunitarias en materia de Propiedad Intelectual que pueden servir para elucidar la cuestión.

Examinando el Derecho comunitario en materia de propiedad intelectual y los ordenamientos de los países comunitarios en relación con el español, puede decirse que la petición de plantear cuestión prejudicial ante el TJCE carece por completo de fundamento. Desde los primeros años 90, las instituciones europeas han venido promulgando una serie de Directivas comunitarias con la intención de armonizar las legislaciones de los Estados miembros sobre diferentes aspectos relacionados con los derechos de autor y los derechos afines⁷⁶. Puede decirse que la propiedad intelectual es una de las materias donde el legislador comunitario más ha intervenido para conseguir una armonización, lo que demuestra su relevancia para el funcionamiento y consolidación del mercado interior. El derecho de reproducción y sus límites (entre los que destaca la copia privada) sólo había sido tratado con carácter específico en relación con los programas de ordenador y las bases de datos electrónicas, donde fue específicamente prohibida la copia privada.

Esto no significa que las regulaciones de los Estados miembros en materia de copia privada, estableciendo el límite y una remuneración compensatoria, no se ajusten al Derecho comunitario. Antes bien, los Estados comunitarios son también miembros del Convenio de Berna de 1886 para la protección de las obras litera-

⁷⁶ Protección de los programas de ordenador, derechos de alquiler y préstamo y cuestiones sobre derechos afines, duración de los derechos, comunicación de obras y prestaciones mediante radiodifusión por satélite y cable, protección del fabricante de bases de datos, remuneración de artistas plásticos y adaptación de los derechos de autor y los derechos afines a la sociedad de la información. También se ha abordado el problema de la defensa de los derechos de propiedad intelectual y ahora comienza a prepararse la regulación del llamado tercer pilar: la gestión (individual y colectiva) de los derechos de autor y de los derechos afines.

rias y artísticas, habilitando éste expresamente a los países firmantes (a partir del Acta de Estocolmo de 1967) para establecer excepciones y limitaciones al derecho de reproducción, siempre y cuando se limiten a casos especiales que no impidan la explotación normal de la obra ni perjudiquen injustificadamente los legítimos intereses de los titulares (prueba de los tres pasos, consolidada y ampliada a todos los límites, con el art. 13 ADPIC 1994). De hecho, cuando en el Acta de Estocolmo se introdujo esa norma, se hizo pensando precisamente —entre otros casos— en la posibilidad de establecer límites al derecho de reproducción para permitir la copia privada⁷⁷. Y como dijimos antes, ante la facilidades que el desarrollo tecnológico concede a los usuarios para realizar copias privadas, el límite de copia privada sólo puede superar la prueba de los tres pasos si lleva aparejada una remuneración compensatoria, resultando que la mayoría de los Estados miembros de la CE de tradición jurídica continental vienen regulando en sus ordenamientos el límite y la remuneración asociada al mismo desde hace varias décadas, concluyendo así que el hecho de que no haya sido objeto de tratamiento específico por el legislador comunitario no puede servir para considerar que los sistemas de remuneración por copia privada sean contrarios al derecho comunitario⁷⁸.

En cualquier caso, la cuestión pierde interés a partir de la promulgación de la DSI 2001, donde por primera vez el legislador comunitario se ocupa con carácter general de la copia privada y de la —a partir de entonces llamada— compensación equitativa, reconociendo la legitimidad y eficacia del sistema binómico «copia-privada-compensación equitativa» instaurado por un número importante de los Estados miembros, llegando incluso a aconsejar su *mantenimiento* y su introducción en aquellos Estados que hasta la fecha no contemplaban remuneración alguna caso de que opten por incluir la copia privada dentro de las limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos⁷⁹. De manera, pues, que antes de plantearse el recurso de casación ya podía conocerse con certeza la compatibilidad de los sistemas de remuneración compensatoria con el derecho comunitario, siendo absolutamente improcedente plantear cuestión prejudicial al respecto.

Aclarado este punto el TS (Fdto. Dcho 4.º) pone de manifiesto que los sistemas remuneratorios por copia privada de otros Estados miembros (salvo Gran Bretaña e Irlanda, donde no existe el límite ni el canon) son similares al español y que todos

⁷⁷ Vid. RICKETSON S., *The Berne Convention for the Protection of literary and artistic works: 1886-1986*, 1ª ed. Kluwer. London, 1987, pags. 485-486; vid. también BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO A., *Copyright and Related Rights*, en CORREA C.M. y ABDULQAWI A YUSUF (Editors), *Intellectual Property and International Trade*, Kluwer Law, London, 1988, pgs. 159-160.

⁷⁸ En esta misma línea, vid. Fdto. Dcho. 8.º SAP Madrid de 27 de abril de 2001.

⁷⁹ El Considerando n.º 35 DSI establece que: «*En determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas*»; y el Considerando n.º 38 se ocupa en concreto de la compensación equitativa por copia privada, declarando que: «*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 derechos por los perjuicios sufridos (...) 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*».

ellos se ajustan a los principios plasmados en la DSI 2001 (que no hace sino reconocer esa realidad común a varios Estados miembros y adaptarla al moderno y más complejo entorno digital), aclarando que las elevadas tarifas denunciadas por la parte no tienen la finalidad de compensar el fraude, pues el canon persigue compensar el daño derivado del ejercicio del límite de copia privada en general, no habiendo sido contrastada además la realidad de esas supuestamente elevadas tarifas. Antes bien, es sobradamente conocido que otros países de nuestro entorno tienen fijadas tarifas superiores a las españolas en concepto de remuneración compensatoria por copia privada, tanto para los equipos y soportes analógicos como para los digitales. En cualquier caso, las diferencias que pudieran existir en la cuantía del canon entre unos y otros países de la CE no pueden emplearse como argumento para sugerir una distorsión de la libre competencia por afectar a la libre circulación de mercancías en el territorio de la Unión, ya que todos los equipos y soportes fabricados en otros países e importados en España abonarán las mismas cantidades que los fabricados en España para su distribución dentro del territorio español; y viceversa, los fabricados en España con destino a la exportación pagarán en el país de destino (que reconozca el límite de copia privada y establece el canon compensatorio) las mismas cantidades que los países de importación tengan fijadas para los fabricados en su territorio. Además ha de tenerse en cuenta que el canon suele repercutirse en el precio final del producto, haciéndolo recaer sobre los usuarios, de modo que los posibles problemas de competitividad de la industria española (porque los usuarios busquen equipos o soportes sin canon procedentes del exterior) no derivan de la existencia misma del canon, sino de prácticas fraudulentas (importación eludiendo el canon) que deben ser combatidas con el esfuerzo conjunto de todos los implicados (incluyendo, como dijéramos antes, a la propia industria).

Y por lo que respecta a las entidades de gestión, tampoco puede concluirse —como pretende la parte— que la necesidad de autorización previa por el Ministerio de Cultura contribuya a la creación de un oligopolio contrario al TCE. La creación de entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual es absolutamente libre, en el ejercicio de los derechos constitucionales de asociación (art. 22 CE) y de libertad de empresa (art. 38 CE), sin que en ningún momento la administración restrinja la autorización a una sola entidad por conjunto de derechos gestionados; lo cual queda contrastado con la existencia en nuestro país de entidades diferentes que gestionan derechos próximos o coincidentes en ocasiones (cfr., SGAE-DAMA; AIE-AISGE). La autorización previa para poder actuar es exigida normalmente también en otros países de la CE y responde a la necesidad de vigilar y controlar a unas entidades en cuya actividad aparecen implicados intereses generales, como puede ser la gestión eficiente de los derechos de propiedad intelectual en interés de sus titulares y también de los usuarios interesados en la explotación de tales derechos⁸⁰.

⁸⁰ De hecho, podría decirse que la intervención se muestra en ocasiones demasiado débil, echándose de menos una mayor implicación de la Administración (por sí misma o a través de órganos especialidades creados al efecto) en el control de las tarifas fijadas por las entidades y otros aspectos de su funcionamiento (publicidad del repertorio, transparencia contable, etc.). Como se vio antes, parece que las instituciones comunitarias han iniciado un proceso para acometer la armonización del régimen jurídico de las entidades de gestión en la Comunidad, incidiendo fundamentalmente en los aspectos relativos a la transparencia y el buen gobierno.

Pero además conviene aclarar que aunque sea libre la creación de entidades asociativas destinadas a la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, se corresponde con la lógica el hecho de que haya una sola entidad (o dos a lo sumo) por cada grupo de derechos gestionados (compositores y autores de música y obras dramáticas, autores y editores de obras escritas, artistas plásticos, productores de fonogramas, productores de grabaciones audiovisuales, intérpretes dramáticos y musicales, intérpretes audiovisuales...) y que, por tanto, estas entidades constituyan monopolios u oligopolios naturales; y ello por la simple razón de que no sería eficiente para la gestión de los derechos de propiedad intelectual la existencia de una pluralidad de entidades que convergieran en derechos e intereses comunes, pues se haría necesaria la existencia de pactos para proceder a la concesión de licencias no exclusivas a los interesados y para el cobro de las cantidades derivadas de derechos de mera remuneración o de compensaciones equitativas por el ejercicio de límites a derechos exclusivos, con el objetivo de reducir costes de gestión y de no abrumar a los usuarios y a los obligados ante reclamaciones de diferentes entidades por un mismo objeto. De hecho, con el advenimiento de la sociedad de la información se viene insistiendo con fuerza en la necesidad de crear ventanillas únicas entre las diferentes entidades de gestión para facilitar el trato con los usuarios. Los monopolios y los oligopolios no son *per se* contrarios al Derecho comunitario. Serán ilícitos los acuerdos y prácticas concertadas así como los abusos de posición dominante que puedan perjudicar a la libre competencia en el mercado comunitario o nacional, aplicándose en tales casos la normativa comunitaria y nacional (según corresponda) de defensa de la competencia (art. 81 TCE y art. 1 LDC; art. 82 TCE y art. 6.1a LDC)⁸¹.

V. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA EXCLUSIÓN DEL PAGO DEL CANON REMUNERATORIO POR COPIA PRIVADA DE LOS EQUIPOS Y CINTAS DE VÍDEO CON PASO IGUAL A 12,7 MILÍMETROS DURANTE EL PERIODO INTERMEDIO DE DETERMINACIÓN DEL CANON MEDIANTE RESOLUCIONES DE MEDIADORES NOMBRADOS POR EL MINISTERIO DE CULTURA (LEY 20/1992 Y RD 1434/1992)

Como se decía en la introducción de este comentario, tras las denuncias de posibles defectos de constitucionalidad e inadecuación con el Derecho comunitario de las sucesivas redacciones del art. 25 LPI, la recurrente, KODAK S.A., plantea como cuestión de fondo que se declaren nulas las resoluciones del mediador nombrado por el Ministerio de Cultura (de conformidad con lo previsto en el art. 25 LPI redactado por la Ley 20/1992 y desarrollado por el RD 1434/1992) y se devuelvan las cantidades pagadas de forma improcedente en concepto de remuneración compensatoria por copia privada, por entender que esas resoluciones por las que se determinan los equipos y soportes afectados

⁸¹ Vid. sobre la aplicación del derecho de la competencia a las entidades de gestión, MARÍN LÓPEZ J.J., *Comentario al artículo 152 TRLPI*, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., cit., pgs. 2128 y ss.).

por el canon y las cuantías correspondientes durante el periodo que abarca desde el segundo semestre de 1992 hasta el 16 de marzo de 1994 (fecha en que KODAK. S.A. comienza la autoliquidación de acuerdo con las nuevas reglas instauradas por la Ley 43/1994 y el RD 325/1994) son contrarias a lo dispuesto en el art. 15.2 del precitado RD 1434/1992, aplicable durante el periodo indicado, que exceptuaba del pago del canon a las cintas de vídeo y a los equipos y aparatos que se utilizan normalmente por los consumidores de estos productos, cuando fueran de un paso igual o superior a 12,7 milímetros o media pulgada.

El RD 325/1994 modificó el mencionado art. 15.2 del RD 1434/1992 para incluir en la obligación de pago del canon compensatorio a las cintas de vídeo y los equipos y aparatos con paso igual a 12,7 milímetros, rectificando así el criterio anterior una vez contrastado (según se hace constar expresamente en su Exposición de Motivos) que las cintas y aparatos que se venían utilizando normalmente para la reproducción para uso privado eran los de 12,7 milímetros de paso; de modo entonces que desde la entrada en vigor del RD 325/1994 sólo quedarían exceptuados de la obligación de remuneración compensatoria los equipos o aparatos de grabación audiovisual que utilizaran cintas de paso superior a 12,7 mm (art. 15.2c.1.º) así como los soportes para fijación de obras y de grabaciones audiovisuales que consistieran en cintas de paso superior a 12,7 mm (art. 15.2d.1.º). Reforma esta, indica KODAK S.A. en su recurso de casación, que no tiene carácter retroactivo, a pesar de lo cual el mediador nombrado por el Ministerio de Cultura incluyó dentro de la remuneración correspondiente al periodo denunciado (es decir, el segundo semestre de 1992, todo el año 1993 y el primer trimestre de 1994 hasta la entrada en vigor de la reforma impulsada con la Ley 43/94) a los equipos y cintas de vídeo con paso igual a 12,7 milímetros, atentando así contra la seguridad jurídica.

Al no estar conforme con la resolución del mediador, en los términos antes expuestos, la recurrente se negó a pagar el canon que le había sido determinado en la correspondiente escritura pública, provocando el ejercicio de una acción ejecutiva contra ella (*ex art. 25.6 y 8 LPI en la redacción otorgada por la Ley 20/1992*) que fue estimada en su integridad condenándola a abonar las cantidades fijadas en la resolución del mediador, lo cual motivó el inicio por parte de KODAK S.A. del procedimiento ordinario objeto de la sentencia que comentamos. La recurrente considera además que si se estima su recurso y se declara la nulidad de la resolución del mediador (y, por tanto, la nulidad de la sentencia emitida en el proceso de ejecución correspondiente), ello debería llevar aparejada otra consecuencia relevante: declarar aplicables los descuentos pactados en los Acuerdos Parciales alcanzados por las partes (entidades de gestión y representantes de la industria afectada) durante las mesas de negociación de 1993 y 1994 siempre que se produjera el pronto pago de los deudores afectados (acuerdos a los que la recurrente se había adherido en su momento)⁸²

⁸² Vid. sobre estos acuerdos parciales alcanzados durante la vigencia de la redacción del art. 25 por la Ley 20/1992, MARTÍNEZ LAGE S., *El acuerdo entre las partes como instrumento primordial para hacer efectiva la remuneración por copia privada*, en AA.VV., *La Copia Privada a Examen*, cit., pgs. 107-108.

Sobre esta misma cuestión de fondo gira el recurso de casación interpuesto por la entidad de gestión de derechos de los productores audiovisuales (EGEDA), que solicita la casación de la sentencia de la Audiencia para declarar excluida a la entidad KODAK S.A. de los acuerdos parciales indicados y, por lo tanto, la no aplicación a la misma de los descuentos pactados en dichos acuerdos, al no haberse producido el pronto pago de las cantidades fijadas por la resolución del mediador para el periodo correspondiente al segundo semestre de 1992, todo el año 1993 y hasta el 16 de marzo de 2004; resolución del mediador que es considerada por la representación procesal de EGEDA como firme e irrecurrible. El TS (Fdtos. Dcho. 5.º a 10.º) analiza conjuntamente en este punto los recursos de ambas partes, en el entendimiento de que la estimación del recurso de KODAK S.A. sobre el particular haría innecesario entrar a valorar el recurso de EGEDA, como así sucedió finalmente.

Comenzando por los aspectos procesales, difícilmente podría acogerse el motivo de casación formulado EGEDA negando legitimación a KODAK S.A., esgrimiendo para ello el carácter ejecutivo de la escritura otorgada por el mediador, la falta de pago voluntario y la firmeza de la sentencia condenatoria en el proceso de ejecución instado contra ésta última. La AP de Madrid rechazó el argumento de EGEDA sobre la base de que no todo incumplimiento puede considerarse causa de resolución de un contrato, haciéndose necesario que dicho incumplimiento sea esencial (entendido como conducta contumaz y contraria al cumplimiento de la parte incumplidora, Fdto. Dcho. 11.º), lo cual no se comprueba en el comportamiento de KODAK S.A., que se limita a la defensa de sus legítimos derechos. El TS (Fdtos. Dcho. 7.º y 9.º) también rechaza los argumentos de EGEDA pero no sobre la base del incumplimiento contractual, sino en el entendimiento de que KODAK S.A. ha mantenido una postura razonable (negándose a pagar lo que, a su leal saber y entender, no le corresponde por Ley), utilizando los medios de defensa jurisdiccional que le corresponden de acuerdo con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Derecho que la misma sentencia considera no vulnerado por la redacción del art. 25 LPI conferida por la Ley 20/1992 (Fdto. Dcho. 3.º, G), manifestando en concreto que el hecho de que el art. 25.7 LPI indique que las cantidades fijadas por la resolución del mediador tengan la consideración de líquidas y exigibles, «...no significa que se presuman ciertas y verdaderas», con lo cual nada «...impide en el precepto, la aplicación de las normas generales sobre la prueba de las obligaciones..., ni restringe la potestad judicial para recibir el pleito a prueba o para valorarla»⁸³. La Sala Tercera del TS había declarado con anterioridad, con motivo de la impugnación administrativa y contencioso-administrativa de las resoluciones de los mediadores nombrados por el Ministerio de Cultura, que

⁸³ Interpretación ésta que ya fue mantenida en su momento por los primeros comentaristas del art. 25 LPI (versión Ley 20/1992): «La resolución del mediador no impide ni obstaculiza el acceso a una ulterior vía judicial. Recuérdese, además, que la eventual sentencia recaída en juicio ejecutivo no produce excepción de cosa juzgada (artículo 1479 LEC), lo cual debe interpretarse con el Tribunal Constitucional (entre otras, sentencia de 10 de febrero de 1992), en el sentido de poderse abrir un proceso plenario sobre la materia sin las limitaciones de defensa o prueba que caracterizan el juicio ejecutivo» (DE FUENTES, ob. cit., pg. 75).

debía separarse claramente la actividad de designación del mediador, susceptible de recurso administrativo con base en la doctrina de los actos separables, y el contenido de su resolución, que es ajena a la Administración y tiene naturaleza civil (por constituir la actuación dirimente de un tercero en una controversia que versa sobre una materia jurídico privada), en razón de lo cual, la impugnación de tal resolución sólo es posible ante la jurisdicción civil⁸⁴.

Por lo que hace al fondo del asunto, el TS hace suyo el argumento de KODAK S.A., basado casi exclusivamente en consideraciones de orden técnico, para excluir del pago del canon a las cintas de paso comercializadas por ésta durante el periodo indicado más arriba, corrigiendo así la resolución del mediador en este punto. El argumento esgrimido por KODAK S.A. consiste en que el RD 1434/1992 excluía los equipos y cintas de vídeo basándose en el criterio de paso (paso igual o superior a 12,7 mm) y no en el de ancho de cinta, que fue, sin embargo, el criterio seguido por el mediador previo dictamen pericial de la medida exacta de la cinta. Asegura KODAK S.A. que las mediciones de las cintas comerciales realizadas por el perito arrojan un ancho de 12,65 mm., lo que sirve al mediador para incluirlas dentro del canon por ser inferior a los 12,7 mm de paso expresados por el art. 15.2 RD 1434/1992. Sin embargo defiende que el concepto de paso seguido por el RD no se refiere sólo al ancho de la cinta, sino que incluye la anchura de la guía por la que debe pasar la cinta, que es siempre de mayor dimensión que la propia cinta, necesitando una mínima holgura para permitir un paso fluido —sin roces— de la misma; holgura -dice- que suele ser de 0.05mm. Y dado que el RD 1434/1992 (al igual que el RD 325/1994) fija el criterio de exclusión expresando la medida con un solo decimal, resultaría un total de 12,71 mm. que debe redondearse (excluyendo la centésima para conseguir un solo decimal) hacia el punto más cercano o valor más próximo, que sería el de 12,7 mm. (aunque añade que la misma solución se debe aplicar si sólo se tiene en cuenta el ancho de cinta, ya que el redondeo de 12,65 mm. debe hacerse al alza hasta los 12,70 mm.).

El TS (Fdto. Dcho. 6.º) considera razonable el argumento expuesto, procediendo a estimar el recurso de casación en este punto y declarando en consecuencia que los equipos y cintas de vídeo de paso igual a 12,7 mm. no deben pagar la remuneración compensatoria durante el periodo comprendido desde el segundo semestre de 1992 hasta el 16 de marzo de 1994, de conformidad con el suplico de la demanda.

La estimación del recurso de KODAK S.A. sobre este punto particular supone al mismo tiempo la desestimación del recurso de casación interpuesto por EGEDA, entendiendo el TS que KODAK S.A. no puede quedar excluida de los acuerdos parciales a los que se adhirió en su momento y debe beneficiarse por tanto de los descuentos pactados en los mismos. Afirma así que el hecho de que KODAK S.A. no pague las cantidades establecidas en la escritura otorgada por

⁸⁴ SSTs de 25 de septiembre de 2001 y de 3 de febrero de 2004. En la misma línea en la doctrina científica, vid., DE FUENTES, ob. cit., pgs. 75-76.

el mediador para ese periodo no puede perjudicarla, en tanto que ha mantenido una postura razonable para justificar el impago y ha hecho uso de los medios de defensa jurisdiccional que le corresponden para oponerse a la resolución del mediador, procediendo en consecuencia a declarar la nulidad del juicio ejecutivo que se siguió contra dicha parte, dejando para ejecución de sentencia la exacta determinación y liquidación de la cantidad que debe abonarse a KODAK S.A. en concepto de devolución por aplicación de los descuentos pertinentes según los acuerdos parciales (Fdtos. Dcho. 7.º y 9.º).

Podrá apreciarse del relato de los hechos que la decisión adoptada por el TS en su sentencia de 25 de octubre de 2005 constituye una interpretación de carácter técnico, en correspondencia con los criterios (también técnicos) instaurados en el RD 1434/1992. Criterios que, casi de manera inmediata, se revelaron claramente contradictorios con el espíritu del art. 25 LPI, que no es otro que el de incluir dentro del pago de la remuneración compensatoria a todos los equipos, aparatos y materiales que sean idóneos para realizar reproducciones privadas, excluyendo del mismo (a través del desarrollo reglamentario en el RD citado) a los equipos, aparatos y soportes que, a pesar de ser objetivamente idóneos no se usen de manera efectiva y contrastada por los usuarios para realizar reproducciones de uso privado, bien por su escasa capacidad (y calidad) de copia, o bien porque sean utilizados con carácter profesional (v.gr., por la industria videográfica o de la comunicación).

De ahí la reforma introducida en el art. 15.2 del RD1434/1992 por el RD 325/1994, que señalaba expresamente en su exposición de motivos que «...la experiencia ha permitido comprobar que las cintas de vídeo de paso igual a 12,7 milímetros y media pulgada, y los equipos y aparatos de grabación son adecuados y los que se utilizan como soporte y equipo, para la reproducción privada de obras y grabaciones audiovisuales». Esto es, en el RD de 1992 se excluyeron los equipos y cintas de vídeo con paso igual o superior a esa medida entendiendo que eran los equipos y cintas utilizados por equipos profesionales de grabación audiovisual y que raramente eran empleados por los usuarios. Fue sin duda un error de cálculo evidente, ya que enseguida se demostró que los equipos y cintas de paso inferior o igual a 12,7 mm. eran ya en esas fechas los comúnmente utilizados por los usuarios en el ámbito doméstico. Por eso las resoluciones de los mediadores incluyendo esos equipos y cintas dentro de la obligación de pagar el canon: para respetar el espíritu de la norma. Y para ello se valieron de un informe emitido por el Centro Español de Metrología que cifraba el ancho de las cintas en una medida inferior a 12,7 mm (12,65 mm), eludiendo los aspectos relativos a la holgura del paso.

La cuestión se reduce entonces a la interpretación que deba (o convenga) darse al concepto de «paso» empleado como criterio técnico excluyente en el RD 1434/1992 y después en el RD 325/1992.

La sentencia de la AP Madrid de 27 de abril de 2001 parte, a la hora de interpretar ese concepto, de un criterio estrictamente jurídico: el espíritu y finali-

dad de las normas (art. 3.1 CC). Y partiendo de ese criterio jurídico pone de relieve que «*la finalidad del legislador al dictar ambos reglamentos era que tales cintas y aparatos de vídeo destinados y aptos para la reproducción privada fueran los que debían ser objeto de pago de la remuneración compensatoria...*»; añadiendo que lo que hizo posteriormente el RD 325/1994 fue aclarar la *mens legislatoris*, dando una redacción más precisa y acorde a lo que se pretendía en la norma. Por eso mismo da por bueno el criterio del mediador, que considera más acorde con la finalidad perseguida por la remuneración por copia privada, entendiendo finalmente que las cintas comercializadas por KODAK S.A. durante ese periodo debían quedar incluidas dentro de la obligación de pago (Fdto. Dcho. 10.^o).

El Alto Tribunal, sin embargo, ha preferido eludir los criterios jurídicos de interpretación para aferrarse a los criterios de interpretación exclusivamente técnicos alegados por KODAK S.A. Es decir, ha preferido ignorar el espíritu de la norma y aferrarse a una interpretación literal de corte tecnicista que, además, puede ser discutible, en tanto que no se hace un esfuerzo por averiguar cuál es el sentido que los redactores del RD 1434/1992 quisieron dar al concepto de «paso»: ¿el relativo al ancho de cinta o el del ancho de la cinta más el espacio necesario para el «paso» con holgura por la guía del aparato de reproducción?

El hecho es que era (y es) perfectamente posible plantearse una duda más que razonable sobre el significado que deba (o pueda) darse al concepto de «paso» plasmado en el art. 15.2 RD 1434/1992 reformado luego por el RD 325/1992, pues la interpretación que del mismo hace la recurrente (y acoge el Tribunal) no parece haber sido contrastada debidamente mediante informes periciales independientes. Por eso sorprende cuanto menos que se opte por una interpretación literal de una expresión técnica omitiendo cualquier tipo de referencia o reflexión sobre el verdadero sentido de esa palabra en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que las normas deben ser aplicadas, atendiendo *fundamentalmente* al espíritu y finalidad de aquélla (tal y como ordena el art. 3.1 CC). Y en este sentido, difícilmente podrá discutirse que el espíritu de la norma (art. 25 LPI y su reglamento de desarrollo) no era (ni es) otro que el de incluir dentro de la remuneración compensatoria a los equipos y soportes que sean idóneos para realizar reproducciones para uso privado; máxime cuando queda acreditado suficientemente que esos equipos y soportes idóneos se vienen utilizando claramente por los usuarios para hacer copias privadas (tal como hicieron los mediadores y como finalmente reconoció el RD 325/1994 en su exposición de motivos).

En definitiva, abordando el problema desde un punto de vista crítico, podría decirse que el TS tenía margen suficiente para (aprovechando la existencia de dudas razonables sobre el concepto de paso y los informes métricos sobre el ancho de cinta normalmente empleada por los usuarios) hacer una interpretación más beneficiosa para la parte menos favorecida (los titulares de derechos,

cuyos intereses constituyen el objetivo último de la normativa sobre propiedad intelectual) y mantener la interpretación realizada en su día por la AP de Madrid.

Sea como fuere, esta resolución puede servir de ejemplo de *lege ferenda* para futuros desarrollos reglamentarios del nuevo art. 25 TRLPI introducido por la LR 2006. La copia privada digital supera con creces los problemas planteados por la copia analógica y por lo tanto habrá que hilar muy fino para que, a pesar de la polivalencia de muchos de los equipos y soportes digitales, no se pierda de vista el objetivo último del sistema de copia privada y compensación equitativa, que no es otro que el de compensar adecuadamente a los titulares frente al uso masivo de equipos y aparatos idóneos para realizar copias privadas; al menos mientras no se generalice el uso de medidas tecnológicas eficaces de control del copiado.