

LA COPIA PRIVADA FRENTE A LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN

Por Juan José MARÍN LÓPEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL LÍMITE DE COPIA PRIVADA Y SUS REQUISITOS. 1. LA CONFIGURACIÓN EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL. 2. LA REPRODUCCIÓN PARA USO PRIVADO EN LA DIRECTIVA 2001/29. A) *El soporte de la copia*. B) *El beneficiario de la excepción*. C) *El destino de la copia*. D) *La ausencia de fines comerciales*. E) *La compensación equitativa*. 3. EL «NUEVO» RÉGIMEN DE LA COPIA PRIVADA EN DERECHO ESPAÑOL. III. LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y EL LÍMITE DE LA COPIA PRIVADA. 1. LA FACULTAD DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN COMO CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD (INTELECTUAL) Y COMO OBJETO DE NEGOCIOS JURÍDICOS. 2. EL EQUILIBRIO ENTRE MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y EXCEPCIONES Y LIMITACIONES: EL ARTÍCULO 6.4 DE LA DIRECTIVA 2001/29. 3. OTROS MODELOS DE EQUILIBRIO: LA *DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT* DE LOS ESTADOS UNIDOS Y LA *DIGITAL AGENDA ACT* DE AUSTRALIA. 4. LA OPCIÓN DEL (PRE)LEGISLADOR ESPAÑOL. A) *El fortalecimiento del límite de copia privada*. B) *La legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios*. C) *La medida tecnológica permisiva de un número de copias*. D) *La deslegalización del sistema de relaciones entre medidas tecnológicas de protección y límite de copia privada*. E) *La comunicación ministerial de las medidas tecnológicas de protección relativas a la copia privada*. 5. LAS OPCIONES DE OTROS ESTADOS MIEMBROS. IV. LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DEL CONSUMO. 1. LAS OBRAS Y PRESTACIONES TUTELADAS POR UN DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL COMO BIENES DE CONSUMO. 2. LAS MEDIDAS ANTICOPA Y LA GARANTÍA EN LA VENTA DE BIENES DE CONSUMO. V. CONCLUSIÓN: EL FUTURO DEL LÍMITE DE COPIA PRIVADA.

I. INTRODUCCIÓN

1. El límite, excepción o limitación¹ denominado de copia privada, y la remuneración compensatoria —vulgarmente conocida como «canon compensatorio»— que grava los soportes, equipos y materiales idóneos para la realización de aquellas copias constituyen en la actualidad dos aspectos muy controvertidos del Derecho de la propiedad intelectual, y, sin duda, los que más atención mediática han retenido en los últimos años. El interés por estas cuestiones ha quedado suficientemente demostrado por ciertas vicisitudes acaecidas con ocasión de la incorporación al Derecho interno de la Directiva 2001/29, sobre todo en nuestro país pero también en los de nuestro entorno comunitario. Algunas decisiones de nuestros tribunales²; el lanzamiento al

¹ Utilizo de manera indistinta a lo largo de este trabajo los términos «excepción», «limitación» y «límite», sin prejuzgar la existencia o no de diferencias sustanciales entre ellos.

² Pienso de modo particular en la conocida Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Barcelona, de 2 de enero de 2002 (SGAE c. Traxdata; AC 2002, 23). Otras sentencias de primera instancia se pronunciaron en sentido análogo, considerando que los soportes digi-

mercado por algún osado productor fonográfico de CDs con medidas anticopia³; el acuerdo celebrado el 31 de julio de 2003 entre la Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones (ASIMELEC) y varias entidades de gestión (SGAE, AIE, AISGE y EGEDA, a las que después se sumaron DAMA y AGEDI) para la reglamentación del canon en los soportes digitales⁴; las ruidosas movilizaciones on-line de algunos colectivos de usuarios de Internet, así como de asociaciones de consumidores⁵; las observaciones realizadas por el Defensor del Pueblo sobre el vigente régimen legal en la materia⁶; y, en fin, la toma en consideración por el Senado de una proposición de ley de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, en la que expresamente se patrocina la exención del pago del canon de «los equipos informáticos, las conexiones a Internet, los soportes en cds y dvds, así como cualquier otro dispositivo informático y sistemas de almacenamiento y/o reproducción digital»⁷, son, por

tales se encuentran sujetos al pago de la remuneración compensatoria. En apelación, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Valencia de 31 de julio de 2003 (JUR 2005, 96289) y Barcelona de 19 de abril de 2004 (JUR 2004, 221805; cuenta con un voto particular discrepante) confirmaron también la obligación de pago de la remuneración compensatoria por parte de los fabricantes o importadores de CD-R Data.

³ Como sucedió con el CD de Alejandro Sanz titulado «No es lo mismo», producido por Warner Music Spain y puesto en el mercado en septiembre de 2003.

⁴ El texto del Acuerdo se encuentra disponible, mediante el oportuno link, en la misma página web de bienvenida de alguna de las entidades firmantes (www.egeda.es; última visita: 15 de octubre de 2005). En la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley de modificación de la Ley de Propiedad Intelectual, presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario Popular [BOCG, Senado, VIII Legislatura, Serie III A, núm. 22 (a), 10 de marzo de 2005], se afirma que el Acuerdo fue firmado por la entidad CEDRO, pero basta la simple lectura de su encabezamiento para apercibirse de que se trata de un error. CEDRO no firmó el Acuerdo ni se ha llegado a adherir a él en ningún momento posterior. Lo mismo sucede con VEGAP, aunque según parece esta entidad tiene confiada a SGAE la recaudación del derecho de remuneración compensatoria correspondiente a los titulares de derechos sobre las obras plásticas.

⁵ HispaLinux, asociación de usuarios españoles de Linux, y la Asociación de Internautas, denunciaron ante el Servicio de Defensa de la Competencia el Acuerdo entre ASIMELEC y las entidades de gestión acabado de citar. La denuncia se dirigió únicamente contra SGAE, y no también contra las restantes entidades de gestión firmantes del Acuerdo (o adheridas con posterioridad al mismo). La Directora General de Defensa de la Competencia ordenó, por Acuerdo de 20 de octubre de 2004 —inédito, pero en el archivo del autor—, la desestimación de la denuncia, aunque esta decisión se encuentra actualmente recurrida ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (cfr. art. 47 de la Ley de Defensa de la Competencia, en la redacción dada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre). En efecto, la página web de dicho Tribunal (www.tdcompetencia.es; última visita: 15 de octubre de 2005) informa de la entrada en el Registro del Tribunal el día 17 de noviembre de 2004 de un recurso contra la resolución de archivo.

⁶ En su Informe de 2003, disponible en www.defensordelpueblo.es, informa de las numerosas quejas recibidas en la Institución de usuarios de soportes digitales disconformes con el pago del canon compensatorio. El Defensor hace constar que, «en el estado actual de las tecnologías, parece difícil hallar algún otro mecanismo que permita garantizar en alguna medida el derecho de propiedad intelectual si no es gravando indiscriminadamente la adquisición, la compra y la distribución de los equipos técnicos y los restantes materiales que posibilitan la reproducción de las obras pertenecientes a los respectivos autores», aunque confiaba a la futura ley de transposición de la Directiva 2001/29 la tarea de «clarificar y precisar el alcance exacto que debe tener la «remuneración por copia privada» en el sector del soporte digital» (pág. 1316).

⁷ En estos términos habría de redactarse, según dicha propuesta, el apartado 3 del artículo 25 LPI. La propuesta fue tomada en consideración por el Pleno del Senado celebrado el día 18 de mayo de 2005, después de un debate en el que Sus Señorías mostraron un alarmante desconocimiento de la materia sobre la que hablaban (cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, VIII Legislatura, Pleno, 18 de mayo de 2005, núm. 40, págs. 2063-2071). De los 239 votos emitidos, 120 fueron a favor de la toma en consideración y 119 en contra. Los medios de comunicación informaron al día siguiente de que un Senador socialista votó a favor por «error involuntario», al pulsar la tecla equivocada en el sistema electrónico de voto. La Proposición fue recibida en

mencionar sólo algunos, hechos suficientemente reveladores del carácter problemático que revisten las dos instituciones que mencionaba al comienzo de este párrafo. Estas son las circunstancias que han rodeado la elaboración del Proyecto de Ley de reforma de la LPI que actualmente se debate en las Cortes Generales⁸.

En términos normativos, sin embargo, estas dos figuras no han corrido caminos paralelos. En efecto, mientras que la existencia del límite de copia privada no ha sufrido ninguna modificación de relieve desde la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 hasta nuestros días, la remuneración compensatoria ha encontrado dificultades considerables para asentarse. Baste recordar, a este respecto, que el originario artículo 25 de la Ley de 1987 fue íntegramente reformado por la Ley 20/1992, de 7 de julio, en cuya Exposición de Motivos el legislador se vio en la tesitura de admitir que la experiencia en la aplicación del precepto «ha sido negativa desde el punto de vista de la eficacia exigible a toda regulación jurídica». Pero la nueva regulación tuvo una muy corta vida, pues la Disposición Adicional 2.^a de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100, volvió a dar una nueva redacción al artículo 25 LPI, luego asumida por el texto refundido de 1996, y que es la actualmente vigente, bien que levemente reformada por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000⁹. La regulación de la LPI convive con normas reglamentarias que fueron dictadas al amparo de un sistema hoy ya superado¹⁰. A pesar de estos avatares legislativos, el sistema de remuneración compensatoria del artículo 25 LPI ha funcionado de manera razonablemente correcta hasta la eclosión de las reproducciones digitales¹¹.

2. La reflexión que me propongo realizar se refiere a algunos de los aspectos implicados en este universo de problemas. Se trata de una reflexión surgida al hilo de determinados pronunciamientos judiciales. En primer lugar, la Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 22 de abril de 2005, que revoca la dictada

el Congreso de los Diputados (*BOCG*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B, núm. 191-1, 3 de junio de 2005), y desde entonces ha ido sucesivamente prolongándose el plazo de enmiendas (la última hasta la fecha es la publicada en el *BOCG*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B, núm. 191-10, 19 de octubre de 2005). Es seguro que la tramitación de esta Proposición quedará absorbida por la de la Ley de reforma de la LPI presentada por el Gobierno.

⁸ Publicado en *BOCG*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, núm. 44-1, 26 de agosto de 2005.

⁹ La Disposición Final 2.^a, apartado 1, de dicha Ley, dio una nueva redacción al apartado 20 del artículo 25 LPI.

¹⁰ Siguen vigentes los artículos 9 a 39 del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, en la versión dada a los mismos por la Ley 20/1992, de 7 de julio. Pero muchos de esos preceptos fueron derogados —y hoy están vacíos de contenido— por la Ley 43/1994, mencionada en el texto. Alguno de ellos fue incluso modificado antes de esa derogación (me refiero al art. 15.2, reformado por el Real Decreto 325/1994, de 25 de febrero). También continúa vigente el Real Decreto 1802/1995, de 3 de noviembre, por el que se establece el sistema para la determinación de la remuneración compensatoria por copia privada en las ciudades de Ceuta y Melilla.

¹¹ Una buena visión de conjunto sobre la remuneración compensatoria puede verse en R. CASAS VALLÉS, «Private Copying Remuneration in Spain», en *Creator's Rights in the Information Society - Les droits des créateurs dans la société de l'information*, Congreso de ALAI, Budapest, 2003, págs. 439-453.

en primera instancia por el Tribunal de Gran Instancia de París de 30 de abril de 2004¹². El señor Stéphane Perquin y la Unión Federal de Consumidores *Que choisir* formularon demanda contra las sociedades Films Alain Sarde, Universal Pictures Video France, Studio Canal Image, Studio Canal y el Sindicato de la Edición Video (este último intervino voluntariamente) sobre la base de los siguientes hechos. El señor Perquin adquirió un DVD de la película «Mulholland drive», producida por las sociedades Alain Sarde y Studio Canal y distribuida por Universal. Cuando intentó hacer una copia del DVD no pudo porque estaba protegido por un dispositivo técnico que, según el comprador, no se encontraba claramente mencionado en el envoltorio. El señor Perquin comunicó esta circunstancia a la Unión Federal de Consumidores *Que choisir*, que ya estaba al tanto de los hechos por las quejas de otros adquirentes de DVDs. La demanda se basaba en que las sociedades mencionadas habían incurrido con su comportamiento en una vulneración del artículo L. 122-5 del *Code de la propriété intellectuelle* y del artículo L. 111-1 del *Code de la consommation*¹³. Es decir, habían impedido al legítimo adquirente de un DVD la realización de una copia privada y le habían informado incorrectamente sobre las características esenciales del bien comprado. La demanda fue rechazada en primera instancia, aunque la *Cour d'appel* de París la estimó en segundo grado, dictando los oportunos pronunciamientos condenatorios¹⁴. No ha sido este el único caso del que han conocido los tribunales

¹² Ambas decisiones judiciales se encuentran disponibles en www.juriscom.net. Además, la de primera instancia puede consultarse, aunque en extracto, en *RIDA* 202 (2004), págs. 323-328. La sentencia de la *Cour d'appel* de París ha sido ya objeto de algunos comentarios en el país vecino; cfr. A. LUCAS/P. SIRINELLI, *Prop.Intell.* 16 (2005), págs. 340-344; V.-L. BENABOU, «Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques... A propos de l'arrêt Mulholland Drive», págs. 1-11, y C. ROJINSKY, «La copie privée, point d'équilibre du droit d'auteur», págs. 1-11, estos dos últimos en www.juriscom.net. Sobre la sentencia de primera instancia, en un sentido crítico, puede verse en esa misma página web O. MASSET, «L'exception à l'exception: quand les mesures techniques de protection interdisent la copie privée numérique», págs. 1-7. También J. M. BRUGUIÈRE/M. VIVANT, *Prop.Intell.* 12 (2004), págs. 834 ss., y C. GREIGER, *JCP éd. G.*, 2004, II, 10135.

¹³ Según el artículo L. 122-5, apartado 2.º, del *Code de la propriété intellectuelle*, de 1992, cuando la obra ha sido divulgada el autor no puede impedir «les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective». Y según el artículo L. 111-1 del *Code de la consommation*, de 1993, «tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service». Este precepto no ha sufrido modificación como consecuencia de la *Ordonnance* núm. 2005-136, de 17 de febrero de 2005, de incorporación al Derecho francés de la Directiva 1999/44, sobre las garantías en la venta de bienes de consumo.

¹⁴ La *Cour* condena a las sociedades Alain Sarde y Universal a pagar al señor Perquin la cantidad de 100 euros en reparación del perjuicio sufrido; prohíbe a las sociedades Alain Sarde y Studio Canal la utilización de una medida de protección técnica incompatible con la excepción de copia privada sobre el DVD controvertido en el plazo de un mes desde la notificación de la sentencia, bajo *astreinte* de 100 euros diarios en caso de incumplimiento; condena solidariamente a Alain Sarde y Universal a pagar a la Unión Federal de Consumidores *Que choisir* la suma de 1.000 euros en reparación del perjuicio causado al interés colectivo de los consumidores; y condena solidariamente a Alain Sarde, Universal y Studio Canal a pagar 150 euros al señor Perquin y 1.500 euros a la mencionada asociación de consumidores, al amparo del artículo 700 del *Code de procédure civile* («dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens»). Ignoro si el pronunciamiento de la *Cour d'appel* de París es firme y, caso de no serlo, si contra él se ha formulado el oportuno recurso ante la *Cour de cassation*.

del vecino país a propósito de las medidas tecnológicas y su relación con los derechos de los adquirentes de los soportes digitales en su condición de consumidores¹⁵.

3. El segundo pronunciamiento judicial relevante es la Sentencia de la *Cour d'appel* de Bruselas de 9 de septiembre de 2005, dictada en el proceso promovido por la asociación de consumidores belga *Test Achats ASBL* (*association sans but lucratif*) contra cuatro grandes productoras fonográficas (Emi, Sony, Universal y Bertelsmann) y contra la IFPI Bélgica, que intervino voluntariamente¹⁶. La asociación actora solicitaba que las productoras demandadas fueran condenadas a cesar en la utilización de medidas tecnológicas impeditivas de la copia privada, un «derecho», según criterio de la demandante, garantizado en el artículo 22 § 1, 5.º de la ley belga de derecho de autor de 1994, en su redacción anterior a la reforma de 2003¹⁷. La pretensión de la asociación se basaba en el artículo 87 de dicha ley, que reconoce competencia al presidente del tribunal de primera instancia para ordenar la cesación de

¹⁵ En el caso resuelto por la *Cour d'appel* de Versalles en sentencia de 15 de abril de 2005 (disponible, al igual que la de instancia que más adelante se cita, en www.juriscom.net), una señora adquirió en un establecimiento de *Auchan* («Alcampo» entre nosotros) un CD de canciones de Alain Souchon, editado por la sociedad Emi. El CD funcionaba correctamente en determinados aparatos reproductores, pero, debido según parece a cierto dispositivo técnico de protección, no se podía oír en el auto-radio del vehículo de la compradora. Ésta y la asociación de consumidores *Que choisir* interpusieron demanda contra Emi Music France y contra *Auchan*, basada en los preceptos reguladores de la responsabilidad por vicios ocultos. En primera instancia el Tribunal de Gran Instancia de Nanterre de 2 de septiembre de 2003 estimó la acción redhibitoria contra Emi, que fue condenada al pago a la actora de 9,50 euros, precio del CD. Pero no fueron acogidas las pretensiones formuladas por la asociación *Que choisir*, de la misma manera que tampoco fue condenada *Auchan*. Interpuesto recurso de apelación, la *Cour* de Versalles no sólo confirma el fallo condenatorio contra Emi pronunciado por el Tribunal de Gran Instancia, sino que, además, condena a Emi a pagar a la compradora 50 euros en concepto de daños y perjuicios, rechaza las pretensiones de la asociación *Que choisir* de prohibición de comercialización del CD litigioso, prohibición de utilización de una medida tecnológica y publicación de la sentencia condenatoria, pero condena a Emi a pagarle 10.000 euros en reparación del perjuicio causado al interés colectivo de los consumidores, así como a pagar 150 euros a la compradora y 2.000 euros a la asociación en aplicación del artículo 700 del *Code de procédure civile*.

Un caso análogo resuelve la Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Nanterre de 24 de junio de 2003 (disponible en www.juriscom.net). Un CD de la artista Liane Foly, producido también por Emi Music France, no podía ser oído en el autoradio de la compradora. El CD tenía en su embalaje una advertencia del siguiente tenor: «Ce CD contient un dispositif technique limitant les possibilités de copie». La *Association Consommation Logement Cadre de Vie «CLCV»* interpuso una demanda contra Emi sobre la base de tales hechos. El Tribunal estima la demanda argumentando, de un lado, que la advertencia existente en el embalaje del CD no es suficiente para que los consumidores sepan que el sistema anticopia es susceptible de restringir la escucha en determinados lectores, y, de otro, porque Emi tiene la obligación de verificar y controlar la aptitud para el uso de los productos que comercializa. En consecuencia, condena a Emi a incluir en el embalaje del CD controvertido —en todos los ejemplares del mismo, se entiende— la advertencia: «Attention, ce CD ne peut être lu sur tout lecteur ou autoradios». Además, la condena al pago de 10.000 euros en concepto de daños y 1.500 en virtud del artículo 700 del *Code de procédure civile*. Este pronunciamiento fue recurrido por Emi, aunque la Sentencia de la *Cour d'appel* de Versalles de 30 de septiembre de 2004 lo confirmó íntegramente.

¹⁶ La Sentencia de apelación está disponible en www.droit-technologie.org/jurisprudences/ap-pel_bruelles_090905.pdf. La de primera instancia, dictada por el Presidente del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas de 25 de mayo de 2004, puede consultarse, en extracto, en el *Boletín de Derecho de Autor*, abril-junio 2004, en www.unesco.org.

¹⁷ Conforme a ese precepto, «lorsque l'oeuvre a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire les reproductions d'oeuvres sonores et audiovisuelles effectuées dans le cercle de famille et réservées à celui-ci».

todo atentado a un derecho de autor o un derecho vecino¹⁸. La demanda es rechazada por la *Cour d'appel*, como antes lo fue por el Presidente del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, porque no existe una infracción de un derecho de autor o derecho conexo reconocido a los compradores de un CD que haya sido vulnerado como consecuencia de las medidas tecnológicas utilizadas por las cuatro productoras demandadas. Las afirmaciones de la *Cour* en este sentido son categóricas¹⁹. Tampoco corren mejor suerte la pretensión que se basaba en la presunta imposibilidad de escucha del CD en ciertos aparatos reproductores²⁰. Adviértase, con todo, que la *Cour* no resuelve si la copia privada es un derecho subjetivo, sino que únicamente decide que no es un derecho de autor o un derecho de conexo susceptible de ser defendido a través del remedio procesal previsto en la Ley de 1994 para la protección de tales derechos.

4. Estas acciones judiciales emprendidas por las asociaciones de consumidores y usuarios revelan, como acertadamente se ha dicho, la existencia de una estrategia de mayor alcance que la simple defensa de un consumidor aislado decepcionado por el mal funcionamiento del CD o por el hecho de no poder hacer una copia privada²¹. Es muy sintomático en este sentido que algunas de tales acciones, en concreto las interpuestas por la *Association Consommation Logement Cadre de Vie* «CLCV» y por *Test Achats ASBL*, sean acciones colectivas en sentido puro, es decir, no acompañadas por peticiones formuladas en interés individual y personal de un consumidor adquirente del CD. Sin embargo, dando un paso más lejos, pienso que estas acciones revelan una estrategia de ámbito europeo, dirigida a presionar a los legisladores nacionales para que, en trance de incorporación de la Directiva 2001/29, no reduzcan el alcance y la protección de la copia privada en el entorno digital. Se trata de la respuesta articulada por las asociaciones de consumidores y usuarios europeas, algunas de las cuales actuarían como punta de lanza, frente a los productores fonográficos y audiovisuales que utilizan medidas tecnológicas de protección de los soportes digitales que lanzan al mercado. En este marco más global de estrate-

¹⁸ Literalmente, el artículo 87, § 1, primer párrafo, dispone que «sans préjudice de la compétence du tribunal de première instance, le président de celui ci constate l'existence et ordonne la cessation de toute atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin». Conforme al quinto párrafo de ese mismo precepto, «l'action est formée à la demande de tout intéressé, d'une société de gestion autorisée, ou d'un groupement professionnel ou interprofessionnel ayant la personnalité civile».

¹⁹ En efecto, una vez constatado que, a luz de lo previsto en el artículo 87, § 1, primer párrafo, la prosperabilidad de la acción de cesación exige que se haya producido un atentado a un derecho de autor o un derecho conexo, y que no es posible adoptar la cesación «à l'égard de n'importe quel autre droit qu'une personne physique ou morale penserait pouvoir puiser dans la loi du 30 juin 1994 ou, a fortiori, dans d'autres textes», señala que la asociación actora «ne démontre toutefois pas que ce prétendu droit subjectif à la copie privée serait un droit d'auteur ou un droit voisin». Ello porque «une exception au droit d'auteur ne peut constituer en elle-même un droit d'auteur ni fonder une action en cessation», y porque «l'exception de copie privée n'a donc pas pour effet de transférer à la personne qui effectue une copie privée un droit d'auteur ou un droit voisin sur le CD dont elle tire une copie, ou sur la copie réalisée».

²⁰ Para la *Cour*, «une telle illisibilité peut trouver son origine par exemple dans un problème de conformité ou de vice caché du CD ou encore dans une défaillance du lecteur de CD mais ne constitue en aucun cas une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin».

²¹ P. SIRINELLI, *Prop.Intell.* 9 (2003), págs. 390-391.

gia europea, y con esa finalidad de presión a los legisladores nacionales, hay que incardinar las actuaciones desarrolladas por las asociaciones españolas a raíz de la publicación del CD de Alejandro Sanz antes mencionado²².

5. En las páginas siguientes de este trabajo analizaré, en primer lugar, los requisitos del límite de copia privada, tanto en su configuración actual en la LPI como, sobre todo, en la que realiza la Directiva 2001/29. Después examinaré el régimen de las medidas tecnológicas de protección, tal como ha sido diseñado por la Directiva, y la situación en que quedan las excepciones y limitaciones, particularmente la de copia privada, cuando el titular adopta tales medidas. Finalizaré el trabajo con un análisis de los resultados que se alcanzan examinando esta cuestión desde la perspectiva de lo que se ha venido en denominar Derecho del consumo.

II. LOS REQUISITOS DEL LÍMITE DE COPIA PRIVADA

1. LA CONFIGURACIÓN EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

6. En el momento en que fue promulgada la Ley 22/1987, de 22 de noviembre, de Propiedad Intelectual, no existía ninguna previsión sobre la copia privada contenida en Tratados internacionales o Directivas comunitarias. Ni siquiera resultaba de aplicación en España el artículo 15.1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, abreviadamente conocida como Convención de Roma, que permitía que los Estados miembros establecieran en su legislación excepciones a la protección concedida por el Convenio cuando, entre otros casos, «se trate de una utilización para uso privado» [letra a)]. Pues si bien es cierto que la Convención fue celebrada en 1961, mucho antes de la promulgación de nuestra Ley de 1987, lo cierto es que su ratificación por el Estado español se produjo con posterioridad después de esa Ley²³. Tampoco en la Ley de 1879 existía, reconocida como tal, una excepción de copia privada.

7. La configuración del límite de copia privada no ha sufrido modificaciones sustanciales en nuestro ordenamiento jurídico desde su aparición en la Ley de 1987. Su artículo 31.2.º permitió la reproducción sin autorización del autor de las obras ya divulgadas «para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa»²⁴. Este precepto no fue

²² En ese momento, numerosas asociaciones manifestaron que la utilización de un dispositivo anticopia vulneraba derechos de los consumidores. Alguna de ellas incentivó a los compradores de este CD para que formularan una denuncia ante el Instituto Nacional de Consumo para que se sancionara a la productora discográfica por la presunta comisión de una infracción en materia de consumo. Pero ni el Instituto, ni las autoridades de consumo autonómicas, abrieron siquiera expediente sancionador por esos hechos.

²³ Fue ratificada por Instrumento de 2 de agosto de 1992 (BOE núm. 273, de 14 de noviembre de 1991).

²⁴ Pero el Proyecto de 1986 [BOCG, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie A, núm. 184-1, 1 de febrero de 1986; también disponible en *Análisis e Investigaciones Culturales*, 28

modificado por ninguna ley posterior, si bien el texto refundido de 1996 se vio en la necesidad de insertar, tras la palabra «copista», el inciso «sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 99.a) de esta Ley», lo que significaba, de un lado, que los titulares de los derechos afectados por la copia privada tenían derecho a percibir una remuneración compensatoria en los términos establecidos por el artículo 25 LPI, y, de otro lado, que la reproducción de un programa de ordenador precisaba autorización del titular «incluso para uso personal» [art. 99.a) LPI]²⁵. La situación normativa sería absolutamente idéntica si el texto refundido no hubiera modificado el artículo 31.2.º de la Ley de 1987, pues tanto el artículo 25 como el artículo 99.a) de la Ley no iban a dejar de ser aplicables por el simple hecho de que no fueran mencionados por el artículo 31.2.º Con posterioridad a la aprobación del texto refundido, la transposición al ordenamiento jurídico interno de la Directiva sobre bases de datos por medio de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, no reformó ese precepto, por más que incidiera sobre el régimen de la copia privada al permitir la únicamente en relación con las bases de datos no electrónicas, tanto las protegidas por un derecho de autor [art. 34.2.a) LPI] como por un derecho *sui generis* [art. 135.1.a) LPI]²⁶.

8. Las controversias interpretativas sobre el artículo 31.2.º LPI han girado fundamentalmente en torno a la determinación de quién sea el «copista» —desgraciado término tomado del Derecho francés— al que se refiere el precepto y en qué ha de consistir ese «uso privado» que el copista puede dar a la reproducción, so pena de exceder, en caso contrario, del ámbito amparado por la excepción. Existe una abundante literatura sobre estos aspectos²⁷, por

(1986), págs. 105 ss.] hablaba de uso «personal», y no «privado», del copista. En los mismos términos se expresaba el originario artículo 25.1 de la Ley 22/1987, que asociaba la remuneración compensatoria a las reproducciones efectuadas «exclusivamente para uso personal». El adjetivo «personal» fue sustituido por «privado» en la redacción del artículo 25.1 dada por la Ley 20/1992, y así se ha mantenido hasta nuestros días.

²⁵ Nótese que, mientras que el artículo 31.2.º permite la reproducción para uso «privado», el artículo 99.a) la prohíbe, en relación con los programas de ordenador, incluso si es para uso «personal». En el texto refundido, el artículo 31 LPI aparece con un apartado 1, siendo así que con posterioridad no hay ningún apartado 2. Se trata de una errata.

²⁶ Literalmente, ambos preceptos permiten la extracción (reproducción) de las bases de datos no electrónicas «para fines privados». La misma terminología («extracción para fines privados») emplean el artículo 6.2.a), para las bases de datos protegidas por un derecho de autor, y el artículo 9.a), para las protegidas por un derecho *sui generis*, ambos de la Directiva 96/9/CE. En relación con las primeras, el considerando 35 de la Directiva advierte que, en cualquier caso, la facultad de los Estados miembros de establecer en sus ordenamientos internos las excepciones permitidas por la Directiva «deberá utilizarse conforme a las disposiciones del Convenio de Berna y en la medida en que las excepciones afecten a la estructura de la base de datos», y que «conviene distinguir las excepciones a título de uso privado de la reproducción con fines privados, que concierne a disposiciones de derecho nacional de algunos Estados miembros en materia de impuestos sobre los soportes vírgenes o los aparatos de reproducción». Y el considerando 50, en relación con las bases de datos protegidas por un *derecho sui generis*, advierte que «es preciso que dichas operaciones [las amparadas por las excepciones] no sean perjudiciales para los derechos exclusivos del fabricante de la base de datos y que no tengan carácter comercial».

²⁷ El estudio más exhaustivo sobre la materia se debe a I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, 2005, a lo largo de cuyas páginas se analizan los problemas que se examinan en este trabajo. Pueden verse también los comentarios al artículo 31 LPI publicados en las obras colectivas dirigidas por R. BERCOVITZ, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., 1989, págs. 493-507 (del que es autor F. LLEDÓ YAGÜE), y 2.ª ed., 1997, págs. 599-606 (debidos a M.ª C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO),

lo que no parece aconsejable incidir en su estudio, más aún porque, como inmediatamente tendremos oportunidad de comprobar, el Proyecto va a redefinir el alcance del límite de copia privada.

2. LA REPRODUCCIÓN PARA USO PRIVADO EN LA DIRECTIVA 2001/29

9. La Directiva 2001/29 se refiere a la copia privada en la letra b) de su artículo 5.2²⁸. Conforme a dicho precepto, los Estados miembros podrán establecer limitaciones o excepciones al derecho de reproducción «en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para su uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa [...]». La redacción de este precepto es el resultado final de una compleja tramitación en el ámbito comunitario²⁹. Después de diversos avatares, el resultado

y por M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. V, vol. 4.º-A, 1994, págs. 529-538 (escritas por S. DÍAZ ALABART); así como J. M. RODRÍGUEZ TAPIA/F. BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1997, págs. 166-168. Son también destacables, entre otras, las aportaciones de A. DELGADO PORRAS, «La copia privada en España», *RIDA* 145 (1990), págs. 3-114; R. CASAS VALLÉS, «La fotocopia y su régimen jurídico», *AC* 1993-I, págs. 1997-2015; F. GÓMEZ POMAR, «La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia», *RCDI* 614 (1993), págs. 165-216; M. BOTANA AGRA, «Acotaciones del Tribunal Supremo español sobre la remuneración por copia privada de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual», *ADI* 18 (1997), págs. 921-926; C. ROGEL VIDE, C. ROGEL VIDE, «La copia privada de obras audiovisuales», en *Libro del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*, II, 1989, págs. 609-634, y «La copia privada de obras literarias y su régimen jurídico», *Nuevos estudios sobre propiedad intelectual*, 1998, págs. 37-88 [= *RDP* 1997, págs. 83-120]; J. A. NAVARRO FERNÁNDEZ, «La copia privada y las metamorfosis del derecho de autor», *Act.Civ.* 1999-1, págs. 199-209; M. M. ÁLVAREZ-BUYLLA BALLESTEROS, «El canon por copia privada en la compra de máquinas fotocopadoras por profesionales del derecho», *Act.Civ.* 1999-3, págs. 877-883, y R. LÓPEZ GONZÁLEZ, «Límites y excepciones legales al derecho exclusivo de reproducción: la copia privada digital», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 32 (2002), págs. 131-172, así como las distintas contribuciones incluidas en la obra *La copia privada a examen*, 1995 (editada por el Ministerio de Cultura, Colección «Análisis y Documentos», núm. 6). Más recientemente, F. BONDÍA ROMÁN, «La ley como fuente de las obligaciones y el derecho de remuneración por copia privada reprográfica», *Estudios en homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, 3, 2002, págs. 3619-3642; F. CARBAJO CASCÓN, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2 (2003), págs. 43-66, y «El pulso en torno a la copia privada», *pe.i. revista de propiedad intelectual*, 16 (2004), págs. 9-54; y R. SÁNCHEZ ARISTI, «La copia privada digital», *pe.i. revista de propiedad intelectual*, 14 (2003), págs. 9-39. Existe también un tratamiento de la copia privada en las monografías de E. SERRANO GÓMEZ, *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, 2000, págs. 151 ss.; B. RIBERA BLANES, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, 2002, págs. 327 ss.; M.ª A. ESTEVE PARDO, *Contratos multimedia*, 2003, págs. 263 ss.; y R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, 2.ª ed., 2005, págs. 479 ss. Permanece inédita la tesis doctoral de J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA, *La copia privada en el entorno digital*, defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de las Islas Baleares en septiembre de 2003 y de cuyo tribunal juzgador tuve el honor de formar parte.

²⁸ La locución «copia privada» no es, en el ámbito de la Directiva, sino un modo abreviado de referirse a la excepción de reproducción para uso privado contemplada en la letra b) de su artículo 5.2. Es fuente de confusión extender ese *nomen* a supuestos distintos de los previstos en dicha letra b). Por tal razón, no me parece correcto hablar de «copia privada en beneficio de ciertas instituciones» (así, J. PLAZA PENADÉS, *Propiedad intelectual y sociedad de la información*, 2002, pág. 202) para describir la excepción prevista en la letra c) de ese mismo artículo 5.2.

²⁹ Para los detalles de esa tramitación, cuya exposición circunstanciada omito, cfr. I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en Internet*, 2001, págs. 428 ss.

final ha sido la opción por una regulación conjunta de las copias privadas analógicas y de las digitales, sometidas ambas al mismo régimen, es decir, a esa letra b) del artículo 5.2. Pero esta afirmación se encuentra intensamente modulada por las declaraciones contenidas en los considerados 38 y 39 de la misma Directiva. El primero de ellos subraya que «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», y el segundo que, «al aplicar la excepción o limitación relativa a la copia privada, los Estados miembros deben tener en cuenta el desarrollo económico y tecnológico, en particular, en lo relativo a la copia digital privada». Dejando ahora al margen el modo en que deben ser entendidas estas declaraciones de los considerandos de la Directiva, resulta más interesante detenerse en el estudio de los elementos que conforman la excepción o limitación prevista en la letra b) del artículo 5.2 de la Directiva.

A) *El soporte de la copia*

10. La reproducción amparada por el precepto es la realizada «en cualquier soporte», es decir, tanto en analógico como en digital. La naturaleza del soporte es irrelevante en orden al reconocimiento de la excepción, sin perjuicio de que pueda —o incluso deba— serlo a otros efectos. La Directiva únicamente se refiere al soporte en el que se hace la reproducción, pero no a aquél a partir del cual se obtiene. Es indiferente la naturaleza del soporte utilizado para la reproducción, o incluso su propia ausencia (p.ej., copia realizada a partir de una obra puesta legítimamente a disposición de los usuarios de la red, copia de un programa propio producido y emitido por un organismo de radiodifusión...). Por tal motivo, porque la Directiva ha dejado fuera de su atención el soporte del que se obtiene la copia, tan conformes con el Derecho comunitario son las leyes internas de transposición que exigen como requisito de legalidad de la copia privada que para la reproducción no se emplee un original fabricado de modo manifiestamente ilegal [§ 53(1) UhrG alemana, en su redacción de 2003: «eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage»] como aquellas otras —la inmensa mayoría— que no contienen un requisito de esta índole³⁰. La Directiva no prejuzga si están amparadas

³⁰ No es fácil adivinar sin embargo qué alcance tiene en el Derecho alemán la exigencia de que el original no haya sido producido de manifiestamente ilegal. Se ha dicho que el propósito de la norma es prohibir las descargas en las plataformas P2P, aunque el hecho de que el precepto se refiera de modo explícito a la forma en que la fuente ha sido fabricada (*hergestellte*) podría interpretarse en el sentido de que la disposición no se aplicaría a una copia fabricada legalmente pero que luego fuese colocada en una plataforma de esas características (T. RAMSAUER, «La Ley de Derecho de Autor de Alemania en el umbral de la era de la información», *Boletín de Derecho de Autor*, octubre-diciembre 2004, pág. 5; disponible en www.unesco.org). Estas dudas han conducido a algún autor a afirmar que «personne n'est en mesure aujourd'hui de préciser ce que signifie l'expression «manifestement illégale»» [T. DREIER, «La transposition de la directiva sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information - La situation en Allemagne», *Prop.Intell.* 15 (2005), pág. 126]. En Canadá, la Decisión de la Comisión de Derecho de Autor de 12 de diciembre de 2003 (disponible en www.cb-cda.gc.ca/decisions/c12122003-b.pdf) considera que la ley canadiense «n'exige pas que la copie d'origine soit une copie légale» (pág. 20).

o no en la excepción de copia privada las reproducciones obtenidas por un particular a partir de obras o prestaciones que han sido puestas a disposición del público con infracción del derecho exclusivo de puesta a disposición³¹. En cambio, está amparada por la excepción la reproducción realizada a partir de una obra o prestación puesta lícitamente a disposición del público.

B) *El beneficiario de la excepción*

11. La reproducción amparada por la excepción es aquella que se realiza «por una persona física». Ello significa que no quedan cubiertas por la excepción las copias realizadas por personas morales o jurídicas, aunque sean de carácter no lucrativo. Quedan pues fuera de la cobertura de la excepción las copias realizadas por una persona física que lo hace por encargo para una persona jurídica; en última instancia todas las personas jurídicas actúan en el tráfico externo mediante personas físicas que las representan (ya se trate de representantes orgánicos o voluntarios), por lo que, en términos reales, la única manera de hacer efectiva la prohibición de copias privadas realizadas por personas jurídicas pasa necesariamente por prohibir las copias privadas realizadas por personas físicas que actúan para —por encargo de, en nombre de— personas jurídicas³². Quedan también fuera del amparo de la excepción, porque no son hechas por personas físicas, las reproducciones realizadas por un ente colectivo carente de personalidad jurídica, tales como la comunidad de bienes o la propiedad horizontal, o una sociedad civil carente del requisito de publicidad a que se refiere el artículo 1.669 CC, o una sociedad anónima o limitada, o una cooperativa, no inscrita en el Registro Mercantil o en el de Cooperativas, respectivamente (cfr. arts. 7.1 LSA, 11.1 LSRL y 7 de la Ley estatal de Cooperativas de 1999). También quedan fuera de la cobertura de la excepción las reproducciones hechas por las Administraciones públicas en cualquiera de sus formas, tanto las territoriales (estatal, autonómica, local...) como las corporativas (colegios profesionales, cámaras de comercio...), pues evidentemente no son personas físicas.

12. La Directiva no toma posición en relación con la copia por encargo, es decir, aquella que beneficia a una persona física —por lo que entra *prima facie* dentro del ámbito de aplicación de la excepción— pero que no es rea-

³¹ Como sucedería entre nosotros, por ejemplo, con las copias realizadas a partir de los fonogramas puestos a disposición del público con infracción del derecho exclusivo de puesta a disposición de sus productores. Así sucedió en el denominado «caso Weblisten», sobre el que me permito remitir a mi trabajo «La comercialización de la música a través de Internet y los derechos del productor de fonogramas: los casos «Weblisten» y «Bitmailer»», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 8 (2005), págs. 363-386.

³² Pero la afirmación no admite sin matizaciones una lectura inversa. No están prohibidas las copias privadas realizadas por una persona jurídica que actúa para —en nombre de, por encargo de— una persona física. Parece claro que, en semejante hipótesis, el beneficiario de la copia privada es en última instancia la persona física para la que se hace, por lo que nos encontramos dentro de los límites marcados por la letra b) del artículo 5.2. En consecuencia, una reproducción de esa naturaleza estará dentro de los márgenes de la excepción si se cumplan las otras exigencias de la Directiva, en particular la relativa a la admisibilidad de la copia privada por encargo, cuestión que inmediatamente se examina en el texto.

lizada personalmente por ella misma, sino por un tercero que actúa bajo sus órdenes. Parece que la intención del Consejo fue admitir también bajo la cobertura de la excepción la reproducción realizada por un tercero³³. Pero lo cierto es que esa intención no ha quedado plasmada con seguridad en ningún lugar de la Directiva. En todo caso, las alternativas son únicamente dos: o se prohíbe la copia por encargo, como se ha hecho en Italia³⁴, o se permite sometida al requisito de que quien copia por encargo lo haga gratuitamente, como se ha decidido en Alemania³⁵. Si hay precio a cambio de la copia la reproducción queda fuera del ámbito de la excepción³⁶.

C) *El destino de la copia*

13. La reproducción ha de ser destinada a «uso privado» de la persona física que hace la copia, o para quien un tercero encargado al efecto hace la copia (esto último para el caso de que se admita la copia por encargo). La expresión «uso privado» se asemeja sustancialmente a las que con anterioridad habían utilizado tanto las letras a) de los artículos 6.2 y 9 de la Directiva sobre bases de datos, que permiten la «extracción para fines privados del contenido de una base de datos no electrónica», como la letra a) del artículo 10.1 de la Directiva sobre alquiler y préstamo, que faculta a los Estados miembros para

³³ En efecto, en la posición común de 2000, el Consejo manifestó que «recurrió a la expresión «para uso privado de una persona física» para referirse sólo a las reproducciones hechas por una persona física sino también a las hechas en nombre de dicha persona física» (*DOCE*, núm. C 344, de 1 de diciembre de 2000, pág. 17). Parece claro que existe una errata, y que donde dice «sólo» debería decir «no sólo». Otras versiones lingüísticas de la posición común (la francesa, la inglesa o la italiana, por ejemplo) demuestran que efectivamente existe esa errata.

³⁴ La *Legge* italiana prohíbe la copia privada de fonogramas y videogramas «effettuata da terzi» (art. 71 sexies, apartado 2, en su redacción de 2003).

³⁵ La *Urheberrechtsgesetz* permite la copia por encargo siempre que la reproducción realizada por el tercero se haga de forma gratuita o se trate de reproducciones sobre papel o sobre un soporte similar por cualquier medio de procedimiento fotomecánico u otros procedimientos de efecto similar [§ 53(1) UhrG, en su redacción de 2003: «Der zur Vervielfältigung Befugte darf die Vervielfältigungsstücke auch durch einen anderen herstellen lassen, sofern dies unentgeltlich geschieht oder es sich um Vervielfältigungen auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger photomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung handelt»]. La ley holandesa permite también la copia por encargo [arts. 16b (1) y 16c (1) de la Ley de Derecho de Autor de 1912, en la redacción dada por la reforma de 2004], pero aparentemente no exige ese requisito de la gratuidad.

³⁶ Como acertadamente han entendido los tribunales ingleses en el conflicto que enfrentaba a Sony Music Entertainment UK Ltd. y otros contra Easyinternetcafé Ltd. Los hechos eran los siguientes: el explotador de un cibercafé permitía a sus clientes que guardaran sus ficheros en una parte privada de su servidor, a la cual no tenían acceso los empleados; con posterioridad, si el cliente así lo deseaba, podía solicitar al personal del cibercafé transferir esos ficheros a un CD-Rom pagando 5 libras (2,5 por el soporte y otras 2,5 por el servicio). El resultado práctico era que los clientes podían copiar la música de Internet sobre un CD virgen sin ninguna verificación sobre si se encontraban autorizados por los titulares. El argumento de defensa de la demandada fue que la copia estaba cubierta por la excepción de la sec. 70 CDPA (*time-shifting*), es decir, que los clientes copiaban para poder escuchar después la música en el momento más conveniente para ellos. La *High Court* dio lugar a la demanda [la sentencia está disponible en www.courtservice.gov.uk/judgementsfiles/j1528/sony_v_easyinternetcafe.htm; sobre ella, cfr. K. GARNETT, «The Easyinternetcafé Decision», *EIPR* 2003, págs. 426-427, así como *Prop.Intell.* 11 (2004), págs. 691, 694]. No obstante, ante las dudas planteadas, la reforma de la CDPA de 2003 ha modificado la mencionada sec. 70 CDPA exigiendo que la copia se haga «in domestic premises».

establecer limitaciones a los derechos afines regulados en su capítulo II con respecto al «uso para fines privados»³⁷. Este elemento teleológico, relativo al destino de la copia, significa que quedan fuera del ámbito de la excepción las copias destinadas a un uso no privado, esto es, a un uso público o colectivo. Con todo, no hay un concepto comunitario sobre «uso privado», por lo que subsisten dudas tales como saber si ese uso privado al que se refiere el precepto puede ser realizado por una persona física distinta de la que realiza la copia, como pudieran ser las personas que integran su círculo estrictamente familiar o de amistad, o si el uso privado es de todo punto incompatible con un uso colectivo (plural), por mínimo que sea³⁸. La desaparición del adverbio «exclusivamente», que se predicaba del uso privado, confirma esta apreciación. También aboga a favor de una lectura no estricta de la excepción el hecho de que la locución «uso personal» fuera sustituida por la de «uso privado», más amplia que la anterior. Si se opta por la primera alternativa y se considera compatible con el uso privado el disfrute de la copia por terceros pertenecientes al «círculo de familia» (*cercle de famille*, en la expresión de la normativa francesa³⁹; o *cercle de personnes étroitement liées*, en la suiza⁴⁰), habrá que admitir que, siempre que se mantenga dentro de los límites de ese círculo, la reproducción puede ser objeto de distribución o de comunicación al público (por ejemplo, la persona física que realiza la reproducción de un CD lo hace escuchar a sus familiares cercanos).

14. En la Directiva no hay ninguna indicación acerca del número de copias que para su uso privado puede realizar una persona física. En particular, no hay ninguna restricción que obligue a los Estados miembros a permitir sólo una copia o, como máximo, un número determinado de ellas⁴¹. Es una cuestión sobre la que en su caso podrán pronunciarse los Estados miembros.

³⁷ A mi juicio, no hay diferencia de clase alguna entre la expresión «uso privado» empleada por la Directiva 2001/29 y las expresiones «uso para fines privados» empleada por las Directivas de bases de datos y de alquiler y préstamo.

³⁸ La Propuesta de Directiva de 1998 (DOCE núm. C 108, de 7 de abril de 1998) se refería a la reproducción «para uso privado», aunque la Propuesta modificada de 1999 (DOCE núm. C 180, de 25 de junio de 1999) la sustituyó por «para uso privado exclusivamente personal». El Comité Económico y Social manifestó su reticencia «a que se restrinja la actividad de los particulares en la esfera puramente privada» (DOCE núm. C 407, de 28 de diciembre de 1998, pág. 32), aunque el Parlamento no formuló ninguna objeción a la locución «exclusivamente personal». No obstante ello, el Consejo, en la posición común de 2000, suprimió estos términos «por considerar que eran, o bien superfluos, o bien indebidamente restrictivos» (DOCE núm. C 344, de 1 de diciembre de 2000, pág. 17).

³⁹ Cfr. A. LATREILLE, «La copie privée démythifiée», *Re.Trim.Dr.Com.* 2004, págs. 403-411, que admite una forma de «uso colectivo privado» por analogía a la noción de círculo de familia (*cercle de famille*) del art. L. 122-5-1.º CPI, de manera que se asimilan al copista «ses proches, parents ou amis avec lesquels il partage des liens familiaux ou d'intimité, voire une simple convivialité» (pág. 408). En España, incluso la doctrina más autoralista (A. DELGADO) ha mantenido una posición similar sobre el concepto de uso privado.

⁴⁰ Cfr. artículo 19.1, letra a), de la Ley suiza de 1992: «toute utilisation à des fins personnelles ou dans un cercle de personnes étroitement liées, tels des parents ou des amis» En la doctrina, F. DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, 1999, págs. 309 ss., y D. BARRELET/W. EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, 2.ª ed., 2000, págs. 111-112.

⁴¹ La mención que el artículo 6.4, párrafo segundo, de la Directiva hace a la adopción por los titulares de medidas adecuadas «respecto del número de reproducciones» no desmiente la afirmación que se realiza en el texto. Y ello porque, como tendremos oportunidad de ver más adelante, la referencia al «número de reproducciones» contenida en ese párrafo del artículo 6.4

D) *La ausencia de fines comerciales*

15. La copia está amparada por la excepción siempre que sea realizada «sin fines directa o indirectamente comerciales». Esta expresión fue introducida a última hora merced a una enmienda del Parlamento, en sustitución de la locución «sin fines lucrativos» que se había venido empleando desde la primera versión de la Directiva⁴². Otras excepciones permitidas por la Directiva se supeditan del mismo modo al requisito de la ausencia de fines comerciales, en términos semejantes a los empleados en la letra b) del artículo 5.2 que analizamos⁴³. La finalidad de este requisito es impedir que la copia privada sea objeto de cualquier forma de utilización comercial por parte de la persona que la realiza, mediante su distribución en cualquier forma (p.ej., venta, alquiler...). Con ello se trata de evitar el nacimiento de un mercado paralelo a la obra o prestación original, constituido por las reproducciones para uso privado, y que perjudicaría gravemente los intereses de los titulares⁴⁴. El préstamo gratuito a terceros de la copia privada realizada por la persona física no cae dentro de esta prohibición si no se hace a cambio de precio; por tanto, estará permitido en la medida en que se mantenga dentro de la órbita de lo que se entienda por uso privado. Lo mismo cabe decir de la donación a terceros de la copia privada: estará permitida en la medida en que se entienda que esos terceros donatarios están dentro del uso privado. No es un fin indirectamente comercial, en el sentido de la Directiva, el ahorro de dinero que para la persona física supone realizar una copia privada en lugar de adquirir un original.

16. Los «fines» directa o indirectamente comerciales a los que se refiere —para vetarlos— la Directiva no son sólo los perseguidos por la persona física

cumple una finalidad bien distinta a la de señalar el número de reproducciones cubiertas por la excepción.

⁴² La enmienda fue aprobada en la segunda lectura que el Parlamento hizo de la Directiva, en su sesión del día 14 de febrero de 2001. Cfr. *DOCE* núm. C 276, de 1 de octubre de 2001, págs. 24-25, 51 y 121.

⁴³ Así, la letra c) del artículo 5.2 permite excepciones al derecho de reproducción «en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, *que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto*», y la letra e) hace lo propio «en relación con reproducción de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales *que no persigan fines comerciales*, como hospitales o prisiones, a condición de que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa». Por su parte, el artículo 5.3 permite que los Estados establezcan excepciones al derecho de reproducción y a los derechos de comunicación al público y puesta a disposición del público «cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, *y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida*» [letra a)], o «cuando el uso se realice en beneficio de personas con minusvalías, guarde una relación directa con la minusvalía *y no tenga un carácter comercial*, en la medida en que lo exija la minusvalía considerada [letra b)]. Todas las cursivas anteriores son evidentemente mías.

⁴⁴ Se cumple de este modo el segundo criterio del «test de las tres fases» (*three steps test*). Cfr. S. RICKETSON, «Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al derecho de autor y a los derechos conexos en el entorno digital», documento OMPI SCCR/9/7, 5 de abril de 2003, presentado en la novena sesión del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, celebrada en Ginebra del 23 al 27 de junio de 2003, pág. 81.

ca que hace la copia, sino también los perseguidos por el tercero a quien esa persona física encarga la realización de la copia⁴⁵. Está prohibido que la persona física realice una distribución comercial con fines lucrativos de las copias privadas realizadas por ella, pero también está prohibido que el tercero que, por encargo, realiza esas copias persiga fines directa o indirectamente comerciales, como si, por ejemplo, cobra por las copias que hace. Tal es la razón por la que el legislador alemán de 2003 únicamente ha permitido las copias hechas por terceros si las realiza con carácter gratuito⁴⁶.

E) *La compensación equitativa*

17. Los titulares cuyos derechos se ven afectados por la excepción de copia privada han de percibir una «compensación equitativa». La determinación de quiénes sean esos titulares corresponde a los Estados miembros⁴⁷. La existencia de una compensación equitativa por la copia privada viene imperativamente impuesta por el Derecho comunitario, de tal manera que el Estado que opte por reconocer en su Derecho interno la excepción prevista en la letra b) del artículo 5.2 de la Directiva —que, como es sabido, no resulta más que facultativa— habrá de reconocer simultáneamente el derecho de los titulares a percibir una compensación equitativa. Así debe ser interpretada la expresión adverbial «siempre que» empleada por dicha letra⁴⁸. El carácter necesario de esa compensación se deduce igualmente del considerando 36 de la Directiva, conforme al cual «los Estados miembros *pueden* prever una compensación equitativa a los titulares de los derechos también cuando apliquen las disposiciones facultativas relativas a las excepciones o limitaciones que *no requieren* dicha compensación» (las cursivas son mías). De ese considerando

⁴⁵ Esto para el supuesto de que se considere que efectivamente está amparada por la excepción la copia privada realizada por encargo.

⁴⁶ Con todo, la prohibición de la persecución de fines «indirectamente comerciales» obliga a realizar un análisis cuidadoso de las circunstancias de cada caso concreto. El hecho de que el tercero realice la copia gratuitamente es un poderoso indicio de que esa reproducción no incurre en la prohibición. Pero puede entrar de lleno en la misma si la gratuidad de la copia responde a fines comerciales. Piénsese, por ejemplo, en una gran superficie que exhibiera una propaganda de estas características: «Por la realización en nuestro establecimiento de una compra superior a 200 euros, le obsequiamos con la reproducción gratuita del último CD de Joaquín Sabina». Difícilmente podrá negarse que la copia, aun hecha gratuitamente por el tercero, tiene fines indirectamente comerciales.

⁴⁷ En el marco de la discusión abierta en Alemania como consecuencia de la presentación por el Ministerio de Justicia del proyecto de la Segunda Ley sobre la reglamentación del Derecho de Autor en la Sociedad de la Información, fechado el 27 de septiembre de 2004, los organismos de radiodifusión han reclamado su reconocimiento como acreedores de la compensación equitativa por copia privada. El Gobierno se ha negado a atender esa petición. Cfr. S. v. LEWINSKI, «Developments in Germany from mid-1997 to spring 2005 (I)», *RIDA* 205 (2005), pág. 249. El proyecto presentado por el Ministerio de Justicia alemán, con las amplias explicaciones que lo acompañan, puede verse en www.bmj.bund.de/media/archive/760.pdf (última visita: 18 de octubre de 2005). También cabría plantearse, en línea de hipótesis, si han de ser acreedores de esta compensación equitativa los fabricantes de las bases de datos no electrónicas, en la medida en que esas bases también son objeto del límite de copia privada.

⁴⁸ Probablemente habría menos dificultades de inteligencia del precepto si se hubiera optado por la locución empleada en la letra e) del artículo 5.2 de la Directiva («a condición de que»), que subraya de manera más enérgica el carácter de requisito esencial que tiene la compensación.

se deduce que hay excepciones o limitaciones que «requieren» dicha compensación; son aquellas para las que la propia Directiva exige la compensación [esto es, las previstas en las letras a), b) y e) del artículo 5.2]. Junto a ellas, hay otras excepciones o limitaciones —todas las restantes contempladas en los apartados 2 y 3 del art. 5— que no requieren compensación, si bien los Estados «pueden» establecerla sin incurrir en infracción de la Directiva. Precisamente por ese carácter imperativo de la compensación equitativa, que debe ir pareja a todo supuesto de reproducción para uso privado, hay que considerar que son contrarias al Derecho comunitario aquellas soluciones normativas que proponen excluir del pago de la compensación equitativa determinados soportes idóneos para acoger copias privadas, y que la práctica demuestra que son utilizados en mayor o menor grado con esa finalidad⁴⁹. Ese mismo carácter imperativo se deduce del considerando 38, que, después de facultar a los Estados para que establezcan una excepción o limitación al derecho de reproducción en relación con determinados tipos de material sonoro, visual o audiovisual para uso privado, añade: «mediante una compensación equitativa». Lo que significa, prosigue este considerando, «la introducción o el mantenimiento de los sistemas de retribución para compensar a los titulares de los derechos por los perjuicios sufridos».

18. La necesidad de que exista una compensación equitativa no significa en cambio que deba existir un sistema que grave con un canon los soportes, equipos y materiales utilizados para la realización de copias privadas. Los Estados deben garantizar una compensación equitativa, pero no están obligados a hacerlo precisamente a través del complejo sistema de remuneración compensatoria inaugurado en Alemania en 1965 y extendido después a muchos otros Estados (no sólo europeos, sino también asiáticos, latinoamericanos y africanos). Un sistema de remuneración compensatoria de esas características es una posibilidad para hacer efectiva la compensación equitativa, pero no una necesidad.

⁴⁹ En esta situación se encuentra el apartado 7.b) del artículo 25 LPI, en la redacción que le da el Proyecto de reforma, que exceptúa del pago de la compensación «los discos duros de ordenador». Dejando ahora al margen el problema de cómo deba interpretarse esta expresión, así como las posibilidades de defraudar a través de esta exención el derecho de los titulares a percibir una compensación equitativa (piénsese, por ejemplo, en la utilización del disco duro como un periférico del ordenador —no como formando parte integrante de éste— en el que se archivan las reproducciones privadas), lo cierto es que esta previsión es contraria al Derecho comunitario porque, siendo los discos duros de los ordenadores, en su funcionamiento ordinario, un soporte apto para realizar copias privadas, y utilizado con esa finalidad, no se grava sin embargo con una compensación equitativa a favor de los titulares. La Sentencia del *Oberlandesgerichts* de Stuttgart de 11 de mayo de 2005 (*ZUM* 2005, págs. 565-567, donde se informa que no es firme y está recurrida) ha considerado sujetos al canon ciertos tipos de impresoras y discos duros de ordenador. Según la información proporcionada por la entidad de gestión VG Wort, con ésta son ya cuatro las sentencias pronunciadas por los tribunales alemanes en este sentido, en contra de fabricantes como Hewlett-Packard o Fujitsu (véase www.vgwort.de/files/presseinfo_mai05.pdf). También es contraria al Derecho comunitario, por idénticas razones, la Proposición de reforma de la LPI aprobada en el Senado a propuesta del Grupo Parlamentario Popular, y en la que, como se notó, se sugiere excluir del pago de la compensación los equipos informáticos, los soportes en CDs y DVDs, así como cualquier otro dispositivo informático y sistemas de almacenamiento y/o reproducción digital. Valorando de la misma manera la Proposición del Senado, como contraria a la Directiva, R. BERCOVITZ, «La copia privada», *AC* 2005-I, pág. 2186.

Es muy interesante en este sentido —en el plano teórico, pues su importancia en términos prácticos es extremadamente reducida— la posición adoptada por Luxemburgo en el momento de incorporación de la Directiva 2001/29. Luxemburgo, junto con Gran Bretaña e Irlanda, eran los únicos Estados de la Unión que no tenían contemplado en su ordenamiento jurídico un sistema de remuneración compensatoria⁵⁰. Pero la transposición de la Directiva imponía al Estado el reconocimiento a los titulares de una compensación equitativa siempre que optara por admitir la excepción de copia privada. Pues bien, las autoridades del Gran Ducado se han negado expresamente a implementar en la ley un sistema de remuneración compensatoria y han optado por encomendar a un reglamento las condiciones de fijación y de percepción de la compensación, así como su montante (arts 10.4.º, párrafo segundo, y 46.4.º, párrafo segundo, de la Ley de 18 de abril de 2001, sobre los derechos de autor, los derechos conexos y las bases de datos, en la redacción dada por la Ley de 18 de abril de 2004). Esta decisión de no adoptar el sistema de remuneración compensatoria, y de buscar otra alternativa para compensar a los titulares perjudicados por la excepción de copia privada, se justifica por la desconfianza hacia ese sistema⁵¹.

⁵⁰ R. KREILE/J. BECKER, «La legitimación, la práctica y el futuro de la copia privada», *Boletín de Derecho de Autor*, abril-junio 2003, pág. 5, disponible en www.unesco.org.

⁵¹ Creo que, a pesar de su extensión, resulta interesante transcribir literalmente las razones aportadas por el Gobierno luxemburgués en el proyecto de ley de reforma para rechazar la implantación de un sistema de remuneración compensatoria (*Chambre des Députés*, documento núm. 5128, sesión ordinaria 2002-2003, 27 de mayo de 2003, págs. 3-4; omito en la transcripción que sigue las notas al pie):

«Le Grand-Duché de Luxembourg, contrairement aux autres Etats membres de l'Union européenne, à l'exception de l'Irlande et du Royaume-Uni, n'a pas institué au profit des titulaires de droits un système de prélèvement de redevances sur les supports enregistrables, tels que les cassettes et CD, ou les équipements de reproduction tels que les photocopieuses, les scanners, les imprimantes ou encore les disques durs des ordinateurs.

De telles redevances forfaitaires ne correspondent pas à l'idée que le Luxembourg se fait de la société de l'information et de la libre circulation de l'information. Par ailleurs, les nouvelles formes de gestion électronique des droits, telles que le «digital rights management», ou «DRM», permettant une gestion individuelle des droits, ont vocation à remplacer à terme les systèmes de redevance forfaitaire. Par DRM sont visées les techniques d'identification d'oeuvres protégées par un droit de propriété intellectuelle et de mise en oeuvre de restrictions d'utilisation.

Finalement, un système de redevance forfaitaire ne prend pas en considération l'utilisation finale effective des supports ou appareils par les ménages et les utilisateurs. En effet, les redevances doivent être payées, que l'équipement soit utilisé ou non pour reproduire une oeuvre protégée par les droits d'auteur ou les droits voisins. Il suffit que les supports et appareils soient utilisables aux fins de reproduction d'oeuvres protégées.

La mise en place d'un système de prélèvement forfaitaire sur les équipements et supports enregistrables nécessiterait la création d'un cadre normatif et administratif lourd et entraînerait des contraintes administratives importantes pour les opérateurs économiques.

Il résulte des commentaires de la Commission européenne suite à l'adoption de la Directive que les Etats membres disposent d'une certaine latitude dans l'interprétation de la notion de «compensation équitable». Il faut d'ailleurs noter que la notion de «compensation» n'équivaut pas à la notion de «rémunération».

D'après la Commission européenne, il peut n'y avoir aucune obligation de paiement ou de paiement supplémentaire dans certains cas mineurs. De plus, la forme exacte de cette compensation ne doit pas nécessairement revêtir la forme de taxes sur les services commerciaux de copie, les ventes de cassettes vierges ou les appareils d'enregistrement, mais, au contraire, est laissée «au choix des Etats membres en fonction de leurs traditions et pratiques juridiques».

Il découle de tout ce qui précède qu'il n'est pas projeté d'introduire en droit luxembourgeois un système de taxation forfaitaire des équipements de reproduction et des supports enregistrables. Cette position avait d'ailleurs déjà été annoncée par le Ministre de l'Economie lors des discussions précédant le vote de la Loi à la Chambre des Députés. En revanche, des formes alternatives de compensation plus équilibrées devront être explorées».

Como puede verse, la explicación dada por el Gobierno luxemburgués es poco original, en la medida en que insiste en las conocidas deficiencias del sistema de remuneración compensatoria. Pero resulta loable el deseo de encontrar un sistema más justo y preciso para compensar a los titulares de los derechos. Habrá que seguir pues la experiencia de este pequeño Estado y ver en qué puede consistir esas «formas alternativas de compensación más equilibradas» mencionadas por el citado Gobierno.

19. La Directiva no fija el importe de esa compensación, ni los criterios o parámetros relevantes para esa fijación, ni, en fin, el modo de proceder a la misma. Son cuestiones abandonadas a la decisión de los Estados miembros. No obstante, es posible formular algunas reglas en este sentido con base en la propia Directiva.

20. En lo que se refiere a la perspectiva puramente formal de fijación de la compensación, cabe la posibilidad de que sea establecida (a) directamente por una norma jurídica, con rango de ley o simplemente reglamentario; (b) por una comisión mediadora o arbitral, de composición variable; (c) por las entidades de gestión acreedores; (d) por la autoridad judicial, o (e) por acuerdo contractual entre los acreedores y los deudores. El considerando 35 de la Directiva hace mención a este último sistema al señalar que las excepciones o limitaciones a que se refieren los apartados 2, 3 y 4 del artículo 5 «no deben ser un obstáculo para el establecimiento de relaciones contractuales encaminadas a asegurar una compensación equitativa a los titulares de los derechos de autor, en la medida permitida por el Derecho nacional». Sin embargo, esta expresa mención en la Directiva de una de las posibles formas de establecer la compensación no puede ser interpretada como un rechazo de las restantes, ni siquiera como una preferencia de la Directiva por la forma contractual de fijación de la compensación.

21. Situados ya en el plano material, la cuantía de la compensación debería idealmente ser equivalente al daño padecido por el titular de los derechos que soporta la reproducción para uso privado de sus obras o prestaciones. El considerando 35 de la Directiva, después de reconocer que «deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto», añade que «un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado al titular de los derechos». También el considerando 38, ya mencionado, se refiere a los sistemas de retribución «para compensar a los titulares de los derechos por los perjuicios sufridos». La conveniencia de que la compensación equitativa coincida con el daño sufrido por los titulares no sólo constituye un criterio que debería servir de orientación a los legisladores nacionales a la hora de establecer el montante de la compensación, sino que es también una suerte de mandato dirigido a las entidades de gestión para que —cuando la percepción de la compensación es de gestión colectiva obligatoria— establezcan en sus estatutos y en sus normas internas de reparto principios y reglas que garanticen la percepción de la compensación por aquellos titulares que realmente han

padecido perjuicios de resultados de la admisibilidad del límite de copia privada, y precisamente en la medida en que los han padecido. Normas tan generales como la de nuestro artículo 154 LPI son abiertamente insuficientes para garantizar, en beneficio de los titulares, un funcionamiento transparente de las entidades de gestión cuando llega el momento de distribuir entre ellos las cantidades recaudadas en concepto de compensación equitativa. Ese funcionamiento transparente es tanto más necesario cuanto que, tratándose de un derecho de gestión colectiva obligatoria —allí, como es lógico, donde la compensación equitativa esté configurado de ese modo—, quienes tienen un derecho de crédito frente a la entidad de gestión correspondiente no son únicamente aquellos titulares que le hayan confiado la administración de sus derechos, sino también quienes no lo hayan hecho (esto es, sus «no socios»; incluso, bajo ciertas circunstancias, los no españoles; cfr. arts. 160 a 161 LPI)⁵².

De todos modos, el criterio del daño padecido por el titular no es la única de las «circunstancias de cada caso concreto» que hay que tomar en consideración para fijar el montante de la compensación equitativa. Además de que necesariamente habrá que considerar si la obra o prestación de que se trate está protegida por medidas tecnológicas, pues así lo impone el artículo 5.2.b) de la Directiva —volveré inmediatamente sobre este elemento—, también habrá que ponderar otros factores relevantes, particularmente los relacionados con el desarrollo técnico de los aparatos de reproducción y de los soportes y con la evolución de los hábitos de copia privada en cada momento y lugar concretos. El mercado de aparatos y soportes está en constante evolución⁵³. En Francia, la Comisión encargada de fijar la remuneración por copia privada ha reducido recientemente el canon que grava los DVD-Ram, DVD-R y DVD-RW Data desde 33,80 € por 100 Go⁵⁴ a 27,02 € por 100 Go (es decir, 1,27 € por 4,7 Go) a la vista de «l'évolution des caractéristiques techniques, des pratiques de copie privée et du marché de certains supports numériques d'enregistrement et en particulier du DVD enregistrable»⁵⁵. En esta misma línea, las tres Decisiones sobre las tarifas aplicables a los soportes audio vírgenes dictadas hasta la fecha por la Comisión de Derecho de Autor de Canadá constituyen un extraordinario ejemplo de

⁵² Hay que resaltar que el Proyecto de reforma de nuestra LPI avanza en la persecución de este objetivo de transparencia. El artículo 25.24, párrafo segundo, impone «en todo caso» a las entidades de gestión la obligación de comunicar al Ministerio de Cultura «los criterios detallados de distribución entre sus miembros de las cantidades recaudadas en concepto de compensación por copia privada». Pero el precepto es parcial, pues olvida que, siendo el de compensación equitativa un derecho de gestión colectiva obligatoria, las entidades han de distribuirlo no sólo «entre sus miembros», sino también entre los titulares que no sean miembros suyos.

⁵³ Un (pen)último botón de muestra de este desarrollo es la pugna que actualmente libran Sony y Toshiba para la imposición en el mercado de un DVD de alta definición (cfr. *El País*, Negocios, 30 de octubre de 2005, pág. 7).

⁵⁴ «Go» es la abreviatura de «Gigaocteto», expresión que se emplea en Francia como sinónimo de «Gb» (Gigabyte).

⁵⁵ Cfr. la Decisión núm. 5, de 6 de junio de 2005 (*Journal Officiel* de 19 de junio de 2005, pág. 10395).

las múltiples y variadas circunstancias relevantes para la fijación de la compensación, así como de la considerable dificultad del empeño⁵⁶.

22. Corresponde a los legisladores nacionales establecer cuáles son esas «determinadas situaciones» en las que, según el considerando 35 de la Directiva, el perjuicio causado ha sido mínimo y, por tanto, «no pueden dar origen a una obligación de pago». En aquellas legislaciones internas en las que la compensación equitativa de los titulares se estructura sobre la base de un sistema de remuneración compensatoria no resulta fácil adivinar cómo pueden identificarse esas «determinadas situaciones», ni tampoco cómo, incluso identificadas, cabe arbitrar para ellas una exención.

23. El considerando 35 señala que «cuando los titulares de los derechos hayan recibido una retribución de algún tipo, por ejemplo, como parte de un canon de licencia, puede ocurrir que no haya que efectuar un pago específico o por separado». Este pasaje de la Directiva puede tener aplicación en aquellos ordenamientos jurídicos en que la compensación equitativa se estructura a través de un sistema de remuneración que grava los aparatos, materiales y soportes idóneos para la realización de reproducciones para uso privado. En tales ordenamientos, el pago de la remuneración permite realizar copias privadas, pero no copias que vayan más allá del límite de copia privada. Para realizar copias no privadas (copias «licenciadas») es necesario recabar la oportuna autorización de los titulares de los derechos. Puede darse entonces el caso —piénsese, a modo de ejemplo, en las apartados de reprografía utilizados en los establecimientos dedicados a ese negocio— de que el adquirente del aparato que lo destina a realizar copias «licenciadas» haya pagado el canon compensatorio por copias «privadas» y, además, tenga que pagar la licencia exigida por el titular de los derechos o la entidad de gestión correspondiente. El pasaje transcrito del considerando 35 de la Directiva obliga probablemente a los Estados miembros a adoptar algún mecanismo que evite ese doble pago, pues si los derechos de los titulares ya quedan suficientemente retribuidos como consecuencia de la cantidad recibida a cambio de la concesión de la licencia, es muy probable que entonces la percepción añadida de una compensación equitativa carezca de causa. Dicho en otras palabras, y puesto que primero —y en todo caso— se paga el canon compensatorio y después —y sólo en determinados casos— se paga la licencia, el titular del derecho o su entidad de gestión tendrá de alguna manera que tener en cuenta que el adquirente del aparato reproductor que solicita autorización para realizar copias «licenciadas» ya ha pagado el canon compensatorio por copia «privada».

24. El nivel de compensación equitativa deberá determinarse «teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas tecnológicas de pro-

⁵⁶ Ahorro al lector la carga de leerlas en su integridad: dirjase directamente al Anexo I de la Decisión de 12 de diciembre de 2003, antes citada a otros efectos, y repare en las complejas fórmulas matemáticas utilizadas por la Comisión para calcular la compensación en función de sus acreedores (autores, artistas, productores), del soporte (cassettes, CD-R, CD-RW, CD-R audio, CD-RW audio y minidisc) y de otros criterios.

tección contempladas en la presente Directiva» (considerando 35). Pese a lo dispuesto en este pasaje, lo cierto es que la relación entre el derecho a la compensación equitativa —su cuantía, pero también su misma existencia— y las medidas tecnológicas de protección está lejos de ser una cuestión claramente resuelta en la Directiva. Y ello porque ese pasaje del considerando 35 no es absolutamente coherente con otros pasajes de la Directiva. Las divergencias son claras. Por un lado, el considerando 39 señala que «al aplicar la excepción o limitación relativa a la copia privada, los Estados miembros deben tener en cuenta el desarrollo económico y tecnológico, en particular, en lo relativo a la copia digital privada y a los sistemas de retribución, siempre que existan medidas tecnológicas de protección eficaces». Por otro lado, la letra b) del artículo 5.2 reconoce el derecho de los titulares a percibir una compensación equitativa pero «teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6».

25. Los tres pasajes de la Directiva giran en torno a la misma cuestión —la relación entre las medidas tecnológicas y la compensación equitativa—, pero lo hacen desde prismas no totalmente idénticos. En efecto, mientras que el considerando 39 se refiere a la *existencia* de medidas tecnológicas eficaces, el considerando 35 alude a su *grado de utilización* y el artículo 5.2.b) a su *aplicación*. Estas expresiones nos remiten a realidades diferentes:

(a) El considerando 39 pone el acento en la simple circunstancia de la disponibilidad (la existencia) en el mercado de una medida tecnológica eficaz susceptible de ser utilizada por el titular de los derechos. La disponibilidad es un dato relativo y contingente, variable en cada momento, en función del mayor o menor desarrollo de la investigación en esta materia (una medida no disponible hoy puede estarlo mañana), y también en cada lugar, pues no siempre las medidas tecnológicas conocidas en un territorio van a serlo también, simultáneamente, en otro distinto. La disponibilidad se relaciona con la posibilidad abstracta de utilizar las medidas. Puede valorarse en términos objetivos (una medida está disponible cuando el titular está en condiciones de conocerla empleando una diligencia razonable) o subjetivos (una medida está disponible cuando el titular, atendidas sus condiciones personales, está en condiciones de conocerla). En todo caso, la disponibilidad sólo es realmente tal si la medida es susceptible de ser efectivamente utilizada por el titular a costes no irrazonables.

(b) El artículo 5.2.b), en cambio, se refiere más bien a la aplicación de la medida en cada caso concreto. Desde la perspectiva de este precepto, lo relevante no será si existe o no una medida tecnológica susceptible de ser utilizada (esto es, disponible) para evitar la reproducción para fines privados, sino si, en un cada supuesto determinado, el titular ha utilizado esa medida con ese objetivo. Conforme a este razonamiento, una medida tecnológica disponible, pero no efectivamente utilizada por el titular, no debería tener incidencia en la compensación equitativa. Dicho en otras palabras: sólo es relevante la circunstancia de que el titular haya utilizado efectivamente la

medida tecnológica con el objetivo de evitar la reproducción privada de su obra o prestación, y no si ha tenido la posibilidad de utilizarla.

(c) La expresión del considerando 35 («grado de utilización de las medidas tecnológicas») no es de fácil inteligencia. Cabe afirmar, en línea de principio, que la medida tecnológica no es una cuestión de *quantum*, sino de *an*. La medida tecnológica se utiliza o no, pero no se utiliza más o menos (en más o menos grado). No obstante, en el intento de búsqueda de algún sentido para la mencionada expresión, podría aplicarse a dos tipos de supuestos. El primero de ellos se refiere a aquellos casos en que el titular ha utilizado las medidas no para todas sus obras o prestaciones, sino únicamente para una parte de ellas. El «grado de utilización» estaría constituido por la parte de sus obras o prestaciones a las que ha aplicado una medida tecnológica de protección. Esta primera hipótesis puede ser relativamente frecuente; las obras o prestaciones más antiguas carecerán de medida porque simplemente no existían —o las existentes eran ineficaces—, mientras que es probable que las más recientes estén ya protegidas de ese modo. El segundo de los supuestos se refiere a aquellos casos en que, tratándose de una misma obra o prestación, el titular ha utilizado la medida únicamente respecto de algunos ejemplares de la misma, pero no respecto de todos ellos (p.ej., el productor de un CD no protege todos los ejemplares de la serie con medidas, sino solo los destinados a un determinado mercado). El «grado de utilización» estaría en este caso conformado por aquellas obras o prestaciones idénticas a las que el titular aplica una medida de protección.

26. Sea cual sea el modo de interpretar estas expresiones de la Directiva [tanto la de su artículo 5.2.b) como la de sus considerandos 35 y 39], las únicas medidas tecnológicas que cabe tomar en cuenta a los efectos de determinar su incidencia sobre la compensación equitativa son las «eficaces». Es cierto que sólo el considerando 39 emplea este adjetivo al referirse a las medidas, y que ni el artículo 5.2.b) ni el considerando 35 hacen lo propio. Sin embargo, el precepto mencionado se refiere a las medidas tecnológicas «contempladas en el artículo 6», que no son otras que las eficaces, lo que claramente significa que únicamente las medidas tecnológicas «eficaces», en el sentido del artículo 6.3 de la Directiva, son las que hay que tomar en cuenta. No aquéllas que no lo sean.

27. La Directiva no determina con claridad cuáles son las consecuencias que sobre la compensación equitativa se derivan del hecho de que el titular utilice una medida tecnológica eficaz. Las muy similares locuciones empleadas por el artículo 5.2.b) («teniendo en cuenta») o por el considerando 35 («teniendo debidamente en cuenta») no son suficientemente indicativas, como tampoco lo es la del considerando 39 («siempre que existan medidas tecnológicas de protección eficaces»). En mi opinión, la incidencia que la utilización de medidas tecnológicas eficaces despliega sobre la compensación equitativa se produce en una doble vertiente: (a) en el nacimiento, en la propia existencia, del derecho a percibir una compensación equitativa;

y (b) en el montante de la compensación equitativa que el titular tiene derecho a percibir⁵⁷.

(a) La incidencia en el nacimiento o existencia del derecho significa, en línea de principio, que el titular que utilice medidas tecnológicas eficaces no tendría derecho a percibir una compensación equitativa⁵⁸. Semejante afirmación se basa en el hecho de que si la medida tecnológica impide la realización de la reproducción para fines privados, habrá desaparecido el hecho que determina el nacimiento del derecho, que no es otro, precisamente, que esa reproducción. El problema será, evidentemente, cuando se trate de medidas tecnológicas que, aun siendo eficaces, sean de hecho vulneradas. En tal caso la razón de ser de la compensación equitativa reaparece y el titular (re)adquiere su derecho a percibir esa compensación.

(b) La incidencia en el montante de la compensación significa que el titular que utilice medidas tecnológicas eficaces tendrá derecho a percibir una compensación equitativa menor que aquel titular que no las utilice. El fundamento de esta opinión es similar a la que anteriormente se ha expresado: es justo que reciba más compensación aquel titular cuya obra o prestación que, por carecer de medida tecnológica, va a ser presumiblemente objeto de un mayor número de reproducciones para uso privado que aquel otro titular que pone en el mercado una obra o prestación protegida por dichas medidas⁵⁹. La cuestión se aprecia de manera particularmente nítida en relación, precisamente, con el límite de copia privada. Entre la utilización de una medida tecnológica absolutamente eficaz —si es que la hubiera— para evitar la reproducción y la ausencia de toda medida de esa naturaleza hay un amplio espacio intermedio constituido por aquellas medidas que sólo autorizan un número determinado de reproducciones para uso privado. Es compatible el carácter de eficaz de una medida tecnológica con el hecho de que, aun existente la medida, puedan hacerse una o varias reproducciones para uso privado. Esa

⁵⁷ A esta segunda vertiente parece referirse de manera principal el Acuerdo de la Directora General de Defensa de la Competencia de 20 de octubre de 2004, recaído en la denuncia formulada contra SGAE a raíz del Acuerdo firmado con ASIMELEC, al afirmar que «la aplicación de técnicas de protección de las obras frente a copias no autorizadas *deberá tenerse en cuenta en cualquier proceso de adaptación de los importes* y, sobre todo, si se modifica el vigente texto legal, pero no es motivo suficiente como para exceptuar a los soportes digitales del pago del canon exigible con arreglo a la legislación sectorial» (cursiva mía).

⁵⁸ Me parece contradictoria la posición de J. C. ERDOZÁIN, *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*, 2002, pág. 141, que hablando del derecho a compensación equitativa dice: «Su percepción efectiva se sujeta al hecho de que se hayan aplicado a la obra o prestación las medidas tecnológicas de que habla el artículo 6 de la Directiva. Parece que la Directiva 2001/29 ha optado por la presunción de que si no existen tales medidas, el titular de derechos ha renunciado implícitamente a hacer efectivo el pago de la remuneración. Esta opinión viene corroborada por la redacción de su artículo 6.4». Como se afirma en el texto, sería más bien justamente lo contrario: si existen tales medidas es cuando podría entenderse que el titular no tiene derecho a compensación.

⁵⁹ Comparto pues la afirmación de F. CARBAJO CASCÓN, «El pulso...», cit., pág. 45, nota 68, cuando señala que «sería irreal y contraproducente para el propio sistema y para el desarrollo del mercado de medidas tecnológicas incluir a los titulares que utilizaran esas medidas en el sistema de remuneración equitativa en la misma medida y proporción que los que no las hubieran empleado en el tráfico para proteger sus obras y prestaciones».

compatibilidad se deduce de dos preceptos de la Directiva. En primer lugar de su artículo 6.3, que ejemplifica el concepto de medida tecnológica eficaz invocando, entre otros supuestos, los mecanismos «de control de copiado»; el término «control» tanto puede significar impedir absolutamente las copias como permitir las sólo en determinado número. Y en segundo lugar, con mayor claridad aún, de su artículo 6.4, párrafo segundo, que, con referencia específicamente al límite de copia privada, permite a los titulares la adopción de medidas adecuadas «respecto del número de reproducciones». En consecuencia, el hecho de utilizar una medida tecnológica no privará al titular de su derecho a percibir una compensación equitativa si la medida permite la realización de un número de reproducciones. Habrá que estar a la naturaleza de la medida empleada, así como al número de reproducciones que permite, para decidir acerca de la incidencia que el uso de esa medida ha de tener sobre el montante de la compensación equitativa. En todo caso —y ésta es la idea que conviene retener— constituye una errónea simplificación afirmar que la utilización por el titular de medidas tecnológicas le excluye de la condición de acreedor de la compensación equitativa. En particular, no sucederá así cuando la medida tecnológica empleada sea de tal índole que permita un determinado número de reproducciones para uso privado. En este tipo de supuestos, la utilización de la medida no privará al titular del derecho a percibir una compensación equitativa, sino que minorará el importe de esa compensación.

3. EL «NUEVO» RÉGIMEN DE LA COPIA PRIVADA EN DERECHO ESPAÑOL

28. La Directiva ha obligado a la mayoría de los Estados miembros a reformar las disposiciones de sus respectivos ordenamientos internos relativas a la excepción o limitación de copia privada⁶⁰. Así va a suceder también en España, dado que el proyecto de ley de reforma de la LPI prevé, efectivamente, la modificación del régimen de la copia privada. Conforme al artículo 31.2 LPI, en la redacción del Proyecto, «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 y la copia obtenida no sea objeto de 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 que se refiere el artículo 161. Quedan exceptuados de lo dispuesto en este apartado —prosigue el precepto— las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador»⁶¹. A la vista de esta redac-

⁶⁰ Pero no a todos: los trabajos parlamentarios que actualmente se desarrollan en Francia no modifican el régimen de la copia privada contenido en los artículos L. 122-5, apartado 2.º, y L. 211-3, apartado 2.º, CPI.

⁶¹ El Proyecto no reforma otros preceptos de la LPI que se refieren a la reproducción para fines privados. Así, no se modifican los artículos 34.2.a) y 135.1.a), sobre la reproducción para fines privados del contenido de una base de datos no electrónica, ni tampoco el artículo 99.a), que la prohíbe en relación con los programas de ordenador. La razón para mantener el *statu quo* es que estos preceptos responden a la incorporación de otras Directivas que no han sido alteradas por la Directiva 2001/29.

ción —y a expensas, naturalmente, de cuál sea la definitivamente aprobada por el Parlamento— puede afirmarse que el régimen proyectado de la copia privada presenta algunas novedades respecto del actualmente vigente.

29. La novedad más destacable es que la expresión «uso privado del copista» queda reemplazada por la de «uso privado»⁶². Desaparece pues la referencia al «copista» que adjetivaba ese uso privado⁶³. La Exposición de Motivos del Proyecto, apartado II, destaca esta supresión como una de las mejoras en la regulación de los límites ya existentes. Esta novedad ha de ser valorada muy positivamente, pues el término «copista» ha venido suscitando grandes quebraderos de cabeza para la correcta inteligencia del límite. Probablemente la desaparición de este término es lo que ha provocado que finalmente no se haya incorporado al proyecto, para elevarlo a rango de ley, la norma actualmente contenida en el artículo 10.1.a) del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, apartándose de este modo de la opción tomada por los borradores de 2002 y 2003⁶⁴. En cambio, puesto que el Proyecto no se pronuncia sobre la copia por encargo, cabe que el problema del «copista» vuelva a replantearse por otra vía. Sería por eso muy conveniente que se aclarara si la excepción de reproducción para uso permite o no que la copia sea realizada por un tercero⁶⁵.

⁶² Algunas propuestas realizadas a lo largo de la elaboración por el Ministerio de Cultura de los distintos borradores sugerían hablar de «uso exclusivamente privado», y no solo de «uso privado». Estas propuestas se basaban en que el artículo 25.1 LPI se refería a la reproducción «realizada exclusivamente para uso privado, conforme a lo autorizado en el apartado 2 del artículo 31 de esta Ley». Es muy probable, sin embargo, que la adición del adverbio «exclusivamente» no fuera conforme con la Directiva, que se refiere al «uso privado» sin más. Aunque adviértase que el artículo 25.1 LPI, en la redacción del Proyecto, mantiene en este punto la misma redacción que el actualmente en vigor («reproducción realizada exclusivamente para uso privado»).

⁶³ El borrador de noviembre de 2002 mantenía la expresión «uso privado del copista», aunque la mención al copista ya desapareció en el borrador de enero de 2003. En el documento «Propuestas de modificación del Borrador de Anteproyecto de reforma del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (17 de octubre de 2002), que presenta la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE)», fechado el 26 de noviembre de 2002 y que durante un tiempo estuvo disponible en www.culturaviva.net (última visita: 26 de julio de 2003), la SGAE proponía mantener el término copista, aunque añadiendo un concepto legal del mismo, conforme al cual «se entiende por copista la persona natural que realiza la copia sirviéndose de su propio equipo y material de reproducción. En consecuencia —agregaba la propuesta—, no tendrán la consideración de reproducciones para uso privado las efectuadas en establecimientos dedicados a las reproducciones para el público o que tengan a disposición de éste los equipos, aparatos y materiales para su realización». Esta definición no hacía sino incorporar a la propia ley, elevando su rango normativo, la disposición contenida en el artículo 10.2 del Real Decreto 1434/1992. El borrador de 2002 mantenía —como se ha dicho— la expresión «uso privado del copista», y, si bien es verdad que no contenía ninguna definición de lo que había de entenderse por «copista», lo cierto es que también llevaba a la Ley —y en esto coincidía con la propuesta de la SGAE— lo previsto en el artículo 10.2 del Real Decreto 1434/1992.

⁶⁴ Según el mencionado artículo 10.1, «a los efectos de lo dispuesto en el presente título no tiene la consideración de reproducciones para uso privado del copista, en el sentido del apartado 2 del artículo 31 de la Ley de Propiedad Intelectual: a) Las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización». Sobre los mencionados borradores de reforma de la LPI, cfr. R. CASAS VALLÉS, «La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España», diciembre de 2004, en www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf (última visita: 9 de junio de 2005).

⁶⁵ Pero sea cual fuere la solución por la que finalmente opte la ley de reforma, la puesta a disposición del público de aparatos de reproducción no está amparada por la excepción aun

30. El Proyecto aclara que la reproducción amparada por el límite de copia privada es únicamente la realizada por una persona física. El uso privado de la copia se predica de esa persona física que hace la copia. En efecto, la norma proyectada se refiere a la reproducción hecha por una persona física «para su uso privado». Existe sin embargo una falta de sintonía entre lo previsto en el artículo 31.2 LPI, en la redacción proyectada, y las explicaciones contenidas en la Exposición de Motivos sobre el alcance del límite de copia privada. Y así, mientras que el artículo 31.2 LPI permite, como acabo de indicar, el «uso privado» de la reproducción realizada por la persona física, la Exposición de Motivos, apartado II, señala que «copia privada es la realizada por una persona física para su uso personal». Uso «privado» en el texto de la norma; uso «personal» en la Exposición de Motivos⁶⁶. Sería aconsejable que se retocara la Exposición de Motivos para ajustarla literalmente a la Directiva y al propio texto de la norma. Si no fuera así, en la confrontación entre ambas expresiones prevalecerá lógicamente la del texto legal. También debería coordinarse la expresión «uso privado» del artículo 31.2 LPI con la más restrictiva («reproducción realizada exclusivamente para uso privado») del artículo 25.1 LPI.

31. El Proyecto mantiene la prohibición de que «la copia obtenida» sea objeto de «una utilización colectiva ni lucrativa». El borrador de noviembre de 2003 añadía «sin fines directa o indirectamente comerciales» antes de que «la copia privada no sea objeto de utilización colectiva», suprimiéndose «ni lucrativa». Pero lo cierto es que este intento de reforma no ha prosperado y la redacción proyectada mantiene la expresión vigente en la actualidad. Creo que la idea del Proyecto no es buena en este punto, y que resulta preferible suprimir la prohibición de «una utilización colectiva ni lucrativa» y emplear en su lugar la expresión de la Directiva «sin fines directa ni indirectamente comerciales». La prohibición de utilización «colectiva» es una simple secuela de lo que se entienda por uso privado, por lo que no presenta ninguna autonomía propia. Es decir, una vez que definamos el uso privado que se permite

cuando las copias realizadas con dichos aparatos sean para fines privados. Esta es la tesis que se deduce de las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Zaragoza, Sección 5.^a, de 2 de diciembre de 1998 (AC 1998, 2303; CEDRO c. Universidad de Zaragoza), y de Madrid, Sección 20.^a, de 24 de marzo de 2000 (inédita, pero en el archivo del autor; CEDRO c. Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, recurrida en casación y pendiente de decisión del Tribunal Supremo). Conforme a este criterio, la utilización comercial que actualmente se viene haciendo de las máquinas denominadas «Copyplay» no estaría amparada por la excepción, con independencia de que el fabricante de dichas máquinas haya abonado —como parece ser el caso— el canon compensatorio a la SGAE. Pero, en relación con estas máquinas, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.^a, de 30 de septiembre de 2005 (inédito) ha rechazado, con argumentos muy poco consistentes, la solicitud de medidas cautelares formulada por varias compañías fonográficas contra una empresa que en sus instalaciones las ponía a disposición del público.

⁶⁶ La finta que hace la Exposición de Motivos es ciertamente digna de mención. Señala que, «de acuerdo con la directiva, se aclara que la reproducción ha de ser efectuada por una persona física para su uso *privado*», ajustándose de este modo a la expresión utilizada por la letra b) del artículo 5.2 de la Directiva 2001/29. Pero inmediatamente después define la copia privada como aquella «realizada por una persona física para su uso *personal*» (cursivas mías). La expresión «uso personal» era también empleada por el artículo 25.1 LPI en su versión de 1987, aunque ya la Ley 20/1992 la substituyó por «uso privado». La Exposición de Motivos, pues, representa en este punto un perturbador paso atrás.

a la persona física que realiza la reproducción, y que definamos igualmente en qué medida ese uso privado permite un uso colectivo (*cercle de famille*), quedará determinado por exclusión cuál es el uso colectivo prohibido. La prohibición de utilización «lucrativa» sí tiene en cambio su propia significación, pero es más fiel a la Directiva extender la prohibición a los «fines directa o indirectamente comerciales»⁶⁷.

32. La expresión «remuneración compensatoria» empleada por el vigente artículo 31.2.º LPI —y también por el art. 25 LPI— es sustituida en el Proyecto por la de «compensación equitativa». La sustitución obedece a la recomendación realizada por el Pleno del Consejo de Estado al emitir su Dictamen sobre el anteproyecto (Dictamen de 10 de marzo de 2005, recaído en el expediente núm. 187/2005). Todos los borradores preparados por el Ministerio de Cultura mantenían la locución «remuneración compensatoria», y así sucedía también en el anteproyecto remitido al Consejo de Estado. Pero éste aconsejó emplear la expresión «compensación equitativa» por fidelidad a la letra b) del artículo 5.2 de la Directiva⁶⁸. El cambio alcanza también al artículo 25 LPI, rubricado ahora «derecho de compensación equitativa»⁶⁹. Sin embargo, el sistema articulado por el Proyecto para determinar esa «compensación equitativa» es exactamente el mismo que ya existe hoy para determinar la «remuneración compensatoria», es decir, el pago de una cantidad por el fabricante o importador de los equipos, aparatos y soportes materiales utilizados preferentemente para la reproducción, tanto analógica como digital, amparada por el límite, cantidad percibida por las entidades de gestión correspondientes y

⁶⁷ En cualquier caso, si finalmente se mantiene en el texto definitivo de la reforma la prohibición de utilización «lucrativa», habrá de ser interpretada, a la luz de la Directiva, como una prohibición de «fines directa o indirectamente comerciales».

⁶⁸ Pero también porque, según el Consejo de Estado, «la noción de «compensación» es distinta del concepto de «remuneración». En efecto, la remuneración es el pago por una contraprestación o adquisición de un derecho, mientras que la compensación es el restablecimiento de un desequilibrio patrimonial objetivamente causado por la conducta de un tercero». Tras reproducir la respuesta dada por el Comisario para el Mercado Interior a una europarlamentaria en relación con el concepto de compensación equitativa, el Consejo de Estado añade, en refuerzo de su criterio, lo siguiente: «Pese a tan claras manifestaciones de la Comisión Europea, el anteproyecto de Ley sometido a consulta ha optado por continuar con el sistema de remuneración equitativa previsto en el artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, que establece un sistema de cánones o cotizaciones fijos, con independencia del daño efectivamente causado, que sería lo propio de un sistema de compensación equitativa». Pero, abundando en esta cuestión terminológica, no puede dejar de subrayarse la locución finalmente utilizada por el legislador portugués de 2004: «remuneração equitativa» [art. 76.1.b) del *Código*, en relación con el art. 75.2.a) del mismo], una curiosa mezcla de «remuneración compensatoria» y «compensación equitativa». Se ha sido perfectamente consciente en el país vecino de que el término empleado no coincide con el de la Directiva. Lo que se justifica porque el vocablo «remuneração» es una «noção mais ampla do que a compensação, que exige a comprovação efectiva do dano» (N. GONÇALVES, «A Transposição para a Ordem Jurídica Portuguesa da Directiva sobre o Direito de Autor na Sociedade da Informação», pág. 5 del original, conferencia pronuncia el 13 de diciembre de 2004 en el Seminario organizado por ALADDA; su parecer es autorizado porque el Sr. Gonçalves es el Director General del Instituto de Derechos de Autor del Ministerio de Cultura de Portugal). Justamente lo contrario, pues, de lo patrocinado por nuestro Consejo de Estado.

⁶⁹ Pero obsérvese que el artículo 25.1 LPI proyectado no habla sólo de «compensación equitativa», sino de «compensación equitativa y única». Aunque está por ver si este añadido tiene alguna importancia material, su propia presencia no deja de ser llamativa. El proyecto se ha dejado llevar por la inercia del vigente artículo 25.1 LPI, que emplea la expresión «remuneración equitativa y única».

distribuida luego por éstas a los titulares. Por eso es justo entender que, salvo que se produzca a lo largo de la tramitación parlamentaria del Proyecto alguna modificación de alcance, la sustitución en el artículo 31.2 LPI del término «remuneración compensatoria» por «compensación equitativa» no pasa de ser puramente formal⁷⁰.

33. No es éste el momento ni el lugar adecuados para examinar el muy complejo régimen del derecho de compensación equitativa previsto en el artículo 25 LPI. Sin embargo, en lo que se refiere a la incidencia que las medidas tecnológicas tienen sobre ese derecho, aspecto al que como vimos se refiere de manera explícita el artículo 5.2.b) de la Directiva, es justo resaltar que el Proyecto ha sabido captar la compleja dimensión de este problema. En efecto, a la hora de fijar los criterios que las partes negociadoras del importe de la compensación deben tomar en consideración, hace mención, entre otros posibles, a «la disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas que se refiere el artículo 161» [art. 25.6.4.^ae) LPI]. Con esta locución se trata de aunar las diversas funciones que las medidas tienen en su relación con la copia privada, a la vista no sólo del artículo 5.2.b) de la Directiva, sino también de sus considerandos 35 y 39. Es de suponer que el Proyecto ya ha tomado en consideración ese criterio —además de los restantes que se enumeran en la regla 4.^a del art. 25.6 LPI— en la determinación de las cuantías provisionales de la compensación equitativa para los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digital que hace en su Disposición Transitoria única, apartado 2.

III. LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y EL LÍMITE III. DE LA COPIA PRIVADA

1. LA FACULTAD DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN COMO CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD (INTELLECTUAL) Y COMO OBJETO DE NEGOCIOS JURÍDICOS

34. Los Tratados de la OMPI de 1996 imponen a los Estados parte la obligación de proporcionar «protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud

⁷⁰ Hay que tener también en cuenta que el anteproyecto informado por el Consejo de Estado no contenía una regulación más que parcial de la remuneración compensatoria por la copia privada digital. De hecho, el Ministerio de Cultura había pospuesto esa reglamentación para un momento posterior, intención que quedó plasmada en el documento «Actuaciones futuras en el ámbito de la propiedad intelectual», de fecha 14 de febrero de 2005, preparado por la Subdirección General de Propiedad Intelectual de dicho Ministerio. Pero el Consejo de Estado objetó severamente esta omisión del anteproyecto y obligó al Ministerio de Cultura a establecer un régimen completo del canon por copia privada digital. En el establecimiento de dicho régimen ha contribuido de manera importante el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, y por tal razón el Proyecto presentado al Consejo de Ministros lo fue con el aval de esos dos Ministerios. Esta es también la razón que explica la actuación conjunta de ambos Ministerios prevista en determinados pasajes del artículo 25 LPI, en la redacción dada por el Proyecto.

del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la ley» (art. 11 del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor; parecidamente, art. 18 del Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas). Esta fórmula de los Tratados de 1996 se repite en otros Tratados que actualmente se encuentran en examen en la OMPI. Así, el texto consolidado para un Tratado sobre la Protección de los Organismos de Radiodifusión, preparado por el Presidente del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, en colaboración con la Secretaría, y discutido en la duodécima sesión de dicho Comité, celebrada en Ginebra del 17 al 19 de noviembre de 2004 (documento SCCR/12/2, 4 de octubre de 2004), contiene en su artículo 16 una disposición sobre protección de las medidas tecnológicas idéntica a los preceptos citados de los Tratados de 1996. La misma similitud se aprecia en relación con el artículo 15 del frustrado Tratado de la OMPI sobre las Interpretaciones o Ejecuciones Audiovisuales (documento OMPI A/36/9 Rev., de 24 de septiembre de 2001, preparado para la Conferencia Diplomática sobre la Protección de las Interpretaciones o Ejecuciones Audiovisuales, celebrada en Ginebra del 24 de septiembre al 3 de octubre de 2001)⁷¹.

En estricto rigor jurídico, las disposiciones de los Tratados de OMPI de 1996 no vinculan a los Estados de la Unión Europea, en la medida en que no han sido ratificados ni por los Estados ni por la Unión⁷². Pero aunque lo fueran, sus previsiones habrían de ceder ante las más detalladas y precisas contenidas en la Directiva 2001/29 en materia de medidas tecnológicas de protección. En efecto, como es sabido, el artículo 6 de la Directiva obliga a los Estados miembros a establecer una protección jurídica adecuada contra la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, cometida por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber, que persigue ese objetivo (apartado 1). También se obliga a los Estados miembros a establecer una protección jurídica adecuada frente a la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad para la venta o el alquiler, o posesión con fines comerciales, de cualquier dispositivo, producto o componente o la prestación de servicios que sea objeto de una promoción, de una publicidad o de una comercialización con la finalidad de eludir la protección, o que sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión, o, en fin, que esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección de cualquier medida tecnológica eficaz (apartado 2). Queda al arbitrio de los Estados miembros decidir

⁷¹ Véase sobre este *non nato* Tratado el estudio de V. VÁZQUEZ LÓPEZ, «La Propuesta de Tratado de la OMPI sobre protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales», *pe.i. revista de propiedad intelectual*, 18 (2004), págs. 9-24.

⁷² Los Tratados fueron aprobados en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión del Consejo de 16 de marzo de 2000 (DOCE núm. L 89, de 11 de abril de 2000), ratificada por el Parlamento Europeo en su sesión de 16 de febrero de 2000 (DOCE núm. C 339, de 29 de noviembre de 2000, pág. 27). En lo que concierne a España, el Pleno del Congreso de los Diputados concedió al Gobierno, al amparo del artículo 94.1 CE, la autorización necesaria para que el Estado pudiera obligarse por medio de dichos Tratados (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie C, núm. 202-3 y 203-3, 8 de abril de 1998), aunque no se ha producido ratificación alguna.

en qué ha de consistir esa «protección jurídica adecuada» exigida por la Directiva⁷³. Pues de no establecer esa protección incurrirían en infracción de la Directiva⁷⁴.

35. En mi opinión, la posibilidad que asiste a los titulares de derechos de propiedad intelectual de utilizar medidas tecnológicas de protección de sus obras o prestaciones constituye una derivación del derecho de propiedad privada garantizado por el artículo 33.1 CE. Hay que entender que el derecho de propiedad comprende, como una de sus facultades, la de excluir por cualquier medio lícito intromisiones no autorizadas de terceros en las facultades dominicales que corresponden al titular. El entorno analógico no permitía la adopción de medidas eficaces de protección de las obras o prestaciones, o sólo lo permitía a costes tan prohibitivos para los titulares que éstos simplemente desistían del uso de cualquier medida. El entorno digital, en cambio, permite la adopción de dichas medidas de protección a costes más accesibles. La propiedad intelectual —o más precisamente, con palabras del art. 2 LPI, los «derechos de carácter [...] patrimonial» de la propiedad intelectual— es una forma de propiedad, una de las «algunas propiedades especiales» reguladas en el Título IV del Libro II del Código Civil⁷⁵. Se trata de un derecho de propiedad privada no

⁷³ El Proyecto de reforma de la LPI opta por mecanismos de protección civil, recogidos en las nuevas letras a), c), e) y f) del artículo 139 LPI, así como en el nuevo apartado 4 del artículo 141 LPI. Pero también existe una protección penal, puesto que, aun antes de la reforma de la LPI para la incorporación de la Directiva 2001/29, el Código Penal ha tipificado como delito la conducta de quien «fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo» (art. 270.3 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, y con vigencia desde el 1 de octubre de 2004). En la doctrina penal, específicamente sobre esta materia, es recomendable el trabajo de V. GÓMEZ MARTÍN, «El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-16 (2002), págs. 1-46, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc04-16.pdf>. El estudio, aunque anterior a la reforma realizada por la Ley Orgánica 15/2003, razón por la cual el autor únicamente analiza la protección penal de los dispositivos técnicos de protección de los programas de ordenador [para lo que también existe una protección civil; cfr. arts. 102.c) y 141.3 LPI —este último en la redacción vigente, que el Proyecto modifica—], continúa siendo útil incluso después de esa reforma del Código Penal.

⁷⁴ Y existen ya precedentes de condenas al Reino de España por la falta de establecimiento de protección jurídica a medidas técnicas. La Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 7 de enero de 2004 (asunto C-58/02) condenó a España por incumplimiento de las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir dicha Directiva.

⁷⁵ No es dudoso que la función principal de las medidas tecnológicas es proteger los derechos patrimoniales de explotación de la obra o prestación. Este dato no queda desmentido por el hecho de que algunas legislaciones se refieran también a los derechos morales como beneficiarios de la protección dispensada por las medidas tecnológicas. El proyecto de ley de la Cámara de los Comunes de Canadá C-60, de modificación de la Ley sobre el derecho de autor (disponible en www.parl.gc.ca), cuya primera lectura tiene fecha de 20 de junio de 2005, propone añadir al artículo 2 de la Ley una definición de medida tecnológica del siguiente tenor: «Toute technologie ou tout dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, restreint, à l'égard de toute forme matérielle d'une oeuvre, d'une prestation fixée au moyen d'un enregistrement sonore ou d'un enregistrement sonore, l'accomplissement d'un acte visé aux articles 3, 15 ou 18 ou susceptible de constituer une violation des droits moraux applicables» (la cursiva es mía).

sólo en el sentido del artículo 348 CC y concordantes, sino también en el sentido del artículo 33.1 CE. Salvadas todas las distancias, y a sabiendas de que son muchas las que separan una propiedad material de otra inmaterial, es claro que, de la misma manera que el propietario de un bien inmueble puede «cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos, o de cualquier otro modo» (art. 388 CC), también el titular de un bien inmaterial puede, si la tecnología le proporciona medios hábiles para ello, «cerrar o cercar» sus derechos de aprovechamiento patrimonial para impedir utilizaciones indebidas de terceros. La facultad de exclusión que caracteriza a todo derecho real es lo que explica semejante posibilidad, y, puesto que los derechos exclusivos de propiedad intelectual (art. 17 LPI y concordantes) tienen naturaleza real, no hay razón alguna para negar al titular de un derecho de autor o de un derecho conexo la facultad de «cerrar o cercar» esos derechos. El titular de un derecho exclusivo de explotación tiene desde luego diferentes mecanismos de reacción *ex post* frente a las intromisiones ilegítimas de terceros lesivas de ese derecho, en forma de cese de la actividad ilícita y de indemnización de los daños causados (arts. 139 y 140 LPI). Las medidas tecnológicas son un complemento de esos remedios porque supone el establecimiento de una protección *ex ante* frente a esas hipotéticas intromisiones. Desde esta perspectiva, las medidas tecnológicas no son más que medios adoptados de forma unilateral por el titular para obtener una tutela anticipatoria o preventiva frente a hipotéticas intromisiones de terceros, que se han multiplicado exponencialmente en el ámbito digital. Esas características de las medidas tecnológicas (su carácter unilateral, la tutela preventiva en lugar de represiva) son las mismas que para los bienes inmuebles justifican la regla del Derecho decimonónico prevista en el artículo 388 CC.

Por tanto, la facultad del titular de un derecho de autor o un derecho conexo de «poner un candado» a través de una medida tecnológica de protección es un contenido ínsito en su derecho de propiedad privada, un derivado o una consecuencia de su derecho de propiedad privada. Se trata de una facultad garantizada por el artículo 33.1 CE, en relación con los artículos 348 y 428 CC y el artículo 17 LPI y concordantes. Y garantizada también, en el ámbito internacional y a los efectos que procedan, por el artículo 1 del Protocolo número 1 (protección de la propiedad) del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, y por los artículos 17.2 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales⁷⁶ y II-77 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa⁷⁷. Según el apartado 2 de ambos artículos, «se protege la propiedad intelectual»⁷⁸.

⁷⁶ DOCE núm. C 364, de 18 de diciembre de 2000.

⁷⁷ DOCE núm. C 310, de 16 de diciembre de 2004.

⁷⁸ Según señalan R. ALONSO GARCÍA/D. SARMIENTO, *La Constitución europea*, 2005, págs. 231-232, en sus explicaciones actualizadas a las disposiciones de la Carta, el *Praesidium* de la Convención, basándose en los comentarios del *Praesidium* de la Primera Convención, glosa el artículo II-77 de la Constitución Europea con estas palabras: «Se hace una referencia explícita en el segundo apartado a la protección de la propiedad intelectual, que es uno de los aspectos del derecho de propiedad, debido a su creciente importancia y al derecho comunitario derivado. La propiedad intelectual abarca, además de la propiedad literaria y artística, entre otros, el derecho de patentes y marcas y los derechos conexos. Las garantías establecidas en el apartado 1 se aplican por analogía a la propiedad intelectual».

36. La consecuencia que se desprende de lo anterior es que, si no hay propiedad privada que proteger, la medida tecnológica carece de sentido. Tal es la razón por la que no comete infracción de clase alguna quien quebranta una medida tecnológica que indebidamente protege una obra o prestación caída en el dominio público. Los intereses generales quedan gravemente menoscabados si se emplea una medida tecnológica para proteger una obra o prestación que realmente se encuentra en el dominio público. Ni la Directiva 2001/29 ni las legislaciones internas han previsto esta posibilidad, aunque fuera sólo para prohibirla. Pero la íntima conexión existente entre medidas tecnológicas y propiedad privada es bastante para privar de protección a medidas que afecten a obras y prestaciones del dominio público, así como para prohibir su utilización en tales casos. Las medidas no pueden servir para «reprivatizar» obras y prestaciones pertenecientes ya al dominio público.

37. En determinadas condiciones, la colocación de medidas tecnológicas de protección a una obra o prestación constituye también una decisión amparada por el 38 CE, que garantiza la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado⁷⁹. La libertad de iniciativa económica ampara efectivamente la decisión de las comúnmente denominadas «industrias culturales» (productores, editores multimedia, organismos de radiodifusión...) de poner en el mercado un bien cultural que se encuentre protegido por una medida técnica prohibitiva del uso in consentido de terceros. Cabe la posibilidad de que el público no acepte esas condiciones de venta y decida, consecuentemente, no comprar el bien de que se trate. Pero semejante reacción de los consumidores no significa negar la anterior afirmación. Las industrias culturales son libres para decidir que, pese a la reacción de los consumidores, únicamente están dispuestas a ofrecer determinados productos culturales si están protegidos por medidas tecnológicas. Será el mercado quien en última instancia determinará quien sale vencedor de esta disputa.

38. Puesto que la posible adopción de una medida tecnológica de protección por parte del titular de un derecho de autor o un derecho conexo constituye, en los términos que se acaban de explicar, un derivado de su derecho de propiedad privada, así como, en determinados casos, una manifestación de la libertad de empresa, no es necesario un expreso reconocimiento normativo de esas medidas para que el titular pueda valerse de semejante facultad. En cuanto titular de derechos exclusivos de explotación sobre su obra o prestación, el titular puede colocar una medida tecnológica de protección sin mayor razonamiento para justificar esa conducta que su derecho de propiedad privada.

Podrá argumentarse, con razón, que semejante libertad en la adopción de medidas tecnológicas lesiona intereses públicos dignos de tutela que el propio legislador ha tratado de salvaguardar en el Derecho de la propiedad intelectual mediante el establecimiento de límites a los derechos patrimoniales.

⁷⁹ En este sentido, para el Derecho italiano, P. SPADA, «Copia privata ed opere sotto chiave», *Riv.Dir.Ind.* 2002, I, pág. 595.

También la propiedad intelectual ha de cumplir una «función social» que delimita su contenido (art. 33.2 CE), y es cierto que las medidas tecnológicas pueden llegar al extremo de hacer impracticables las excepciones o limitaciones, perjudicando a los beneficiarios de las mismas y desconociendo, en última instancia, esa «función social» del derecho de propiedad privada. Pero, como quiera que las excepciones o limitaciones «no deben impedir ni el uso de medidas tecnológicas ni su aplicación en caso de elusión» (considerando 39), corresponde entonces al legislador establecer los mecanismos necesarios para equilibrar los intereses del titular de un derecho de autor o un derecho conexo con los intereses públicos que justifican la práctica totalidad de las excepciones y limitaciones. Intereses que, además, en muchas ocasiones son el reflejo de derechos, principios o valores también protegidos por la Constitución (libertad de expresión, libertad de información, protección de los discapacitados, derecho a la educación...). La búsqueda del equilibrio entre el derecho de propiedad intelectual y el interés público ha de ser resuelta, tanto en el ámbito analógico como en el digital, en clave constitucional, es decir, como una ponderación entre, de un lado, la propiedad privada y la libertad de empresa (arts. 33.1 y 38 CE), y, de otro, los restantes derechos, principios o valores tutelados por la Constitución⁸⁰.

39. Como se acaba de indicar, la intervención del legislador resulta indispensable para establecer contrapesos a la facultad que corresponde a todo titular de derechos de propiedad intelectual de establecer medidas tecnológicas de protección de su obra o prestación. Se trata de una intervención necesaria e ineludible, pues no parece que el interés público subyacente a la inmensa mayoría de las excepciones o limitaciones pueda salvaguardarse con absoluta seguridad de otra manera. En nuestra LPI no existe una disposición semejante a la contenida por ejemplo en la Ley belga de 1994, cuyo artículo 23 bis establece el carácter imperativo de las excepciones o limitaciones previstas en los precedentes artículos 21, 22, 22 bis y 23 §§ 1 y 3 de la misma ley⁸¹. Esta imperatividad podría, de encontrarse legalmente consagrada entre nosotros, suponer algún obstáculo para la adopción de medidas tecnológicas si no hay una regulación de derecho positivo. Pero lo cierto es que en nuestra LPI no existe una previsión análoga a la de la ley belga. Tampoco es inequívoca la considera-

⁸⁰ Como he indicado en otro lugar [«Intereses privados e intereses públicos en propiedad intelectual», *Boletín Informativo de CEDRO*, 29 (2002), págs. 16-17], la ponderación en clave constitucional es la única metodología válida para la búsqueda de ese equilibrio. En esta acertada dirección se orienta el espléndido trabajo de C. GEIGER, «De la nature juridique des limites au droit d'auteur. Une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux», *Prop.Intell.* 13 (2004), págs. 885 ss., donde entronca la justificación de los límites con los derechos fundamentales.

⁸¹ El citado artículo 23 bis no se encontraba en la versión original de la Ley de 30 de junio de 1994, relativa al derecho de autor y los derechos conexos, sino que fue añadido por la Ley de 31 de agosto de 1998, de incorporación de la Directiva sobre bases de datos. En Portugal, la ley de implementación de la Directiva 2001/29 (Ley núm. 50/2004, de 24 de agosto) ha introducido en el artículo 75 del *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos* un nuevo apartado 5 que también pretende dotar de carácter imperativo a determinadas excepciones o limitaciones («É nula toda e qualquer cláusula contratual que vise eliminar ou impedir o exercício normal pelos beneficiários das utilizações enunciadas nos núm. 1, 2 e 3 deste artigo, sem prejuízo da possibilidade de as partes acordarem livremente nas respectivas formas de exercício, designadamente no respeitante aos montantes das remunerações equitativas»).

ción del sistema de excepciones o limitaciones como constituyendo un «orden público» infranqueable por la voluntad de los titulares (art. 1.255 CC). De ahí se deriva, como he señalado antes, la necesaria e ineludible intervención del legislador para modular la facultad del titular de utilizar medidas tecnológicas de protección de sus derechos de propiedad intelectual con contrapesos que garanticen el debido respeto a los intereses públicos⁸².

40. Una última apreciación en este terreno. El tratamiento de las medidas tecnológicas de protección como una facultad dominical del titular de un derecho de autor o un derecho conexo significa que, al igual que el propio derecho de autor o derecho conexo, también esa facultad es susceptible de tráfico jurídico. Se trata de una cuestión que normalmente ha pasado desapercibida al estudiar esta materia, y que también ha escapado a la atención de los legisladores internacionales. La única excepción a esta regla de silencio se registra, hasta donde alcanza mi información, en el frustrado Tratado de la OMPI sobre las Interpretaciones o Ejecuciones Audiovisuales, cuyo artículo 15 contaba con una Declaración concertada que precisamente contemplaba las medidas tecnológicas de protección en su vertiente de objeto de negocios jurídicos. Según dicha Declaración concertada, «la expresión «medidas tecnológicas que sean *utilizadas por los artistas intérpretes o ejecutantes*» [énfasis añadido], al igual que en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, debería interpretarse en un sentido amplio, para hacer referencia también a quienes actúan en nombre de los artistas intérpretes o ejecutantes, como sus representantes, licenciatarios o cesionarios, entre los que cabe mencionar los productores, los proveedores de servicios y las personas que realizan actividades de comunicación o radiodifusión utilizando interpretaciones o ejecuciones con la debida autorización». Es decir, aunque la titularidad de la facultad de adoptar, y en qué condiciones, una medida tecnológica de protección pertenece al artista intérprete o ejecutante audiovisual (pero también al fonográfico, pues la Declaración pretendía ser igualmente válida para el Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas), su ejercicio podía ser hecho por terceras personas autorizadas por el artista. Entre ellas la Declaración menciona a «sus representantes, licenciatarios o cesionarios».

El reconocimiento por el derecho positivo de las medidas tecnológicas va a obligar a una mayor decantación de las prácticas contractuales existentes hasta ese momento en materia de cesión de derechos y de concesión de licencias. Pues ahora habrá que decidir en los contratos no sólo qué derecho se cede o qué uso se licencia, sino también si el cesionario o el licenciatario está autorizado para utilizar una medida tecnológica que por definición afectará

⁸² Creo sin embargo que no es conforme con la Directiva una hipotética legislación interna que sin más prohíba al titular la utilización de medidas tecnológicas de protección que comporten la imposibilidad de disfrutar ciertos límites. Esta opinión, sin embargo, ha sido mantenida por C. GEIGER, *Prop.Intell.* 13 (2004), pág. 891, quien, después de advertir que «il aurait probablement été plus efficace d'interdire aux titulaires de droit la mise en oeuvre des mesures techniques empêchant les utilisateurs de bénéficier de certains limites», añade: «La directive, si elle ne l'encourage certes pas, ne semble pas non plus interdire une telle solution». A mi juicio, la Directiva sí prohíbe esa solución.

al cedente o licenciante. Las entidades de gestión están llamadas a desempeñar un papel fundamental en la puesta en práctica de las medidas tecnológicas. Así por ejemplo, para decidir si un productor fonográfico puede comercializar un CD con una medida tecnológica de la naturaleza que fuere habrá que interrogarse, en primer lugar, si el autor de la obra musical, o la entidad de gestión que actúe en su nombre, licenció al productor para ello, y, en segundo lugar, si en el contrato de producción fonográfica celebrado entre el productor y el artista se contempló igualmente semejante posibilidad. No es difícil imaginar supuestos de intereses divergentes entre el autor, el artista y el productor. Como tampoco entre los distintos coautores de una obra en colaboración, o los distintos partícipes en una obra colectiva.

2. EL EQUILIBRIO ENTRE MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y EXCEPCIONES Y LIMITACIONES: EL ARTÍCULO 6.4 DE LA DIRECTIVA 2001/29

41. Es sabido que el artículo 6.4 de la Directiva 2001/29 constituye uno de los productos normativos más confusos de los últimos tiempos, si no el que más, entre las normas comunitarias sobre propiedad intelectual. Se trata de un precepto que plantea considerables problemas de inteligencia, aunque parece haberse llegado a cierto consenso sobre su interpretación, al menos en sus líneas esenciales, a la vista de cómo han procedido las leyes internas de implementación.

42. En la búsqueda de un equilibrio entre la facultad de los titulares de adoptar medidas tecnológicas de protección y la garantía de los intereses públicos que subyacen a las excepciones o limitaciones, el legislador comunitario ha agrupado éstas últimas en dos clases, en función de su mayor o menor fortaleza o resistencia frente a aquellas medidas⁸³. Y así:

1) En primer lugar, existen excepciones o limitaciones «fuertes». Son las mencionadas en el artículo 6.4, primer párrafo, de la Directiva, es decir, las de las letras a), c), d) y e) del artículo 5.2, que afectan al derecho de reproducción, y las letras a), b) y e) del artículo 5.3, que inciden sobre los derechos de reproducción y de comunicación al público, incluida la puesta a disposición⁸⁴. Se trata de las excepciones o limitaciones de reprografía [letra a) del art. 5.2], reproducciones efectuadas por bibliotecas, museos o archivos [letra c) del art. 5.2], grabaciones efímeras realizadas por organismos de radiodifusión [letra d) del art. 5.2], reproducciones de radiodifusiones realizadas por instituciones sociales [letra e) del art. 5.2], excepción para la ilustración con fines educativos o de investigación científica [letra a) del art. 5.3], excepción en

⁸³ Sobre estos aspectos, *passim*, S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique. Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des oeuvres*, 2005.

⁸⁴ En virtud de lo previsto en el artículo 5.4 de Directiva, tanto unas como otras pueden limitar también el derecho de distribución, «siempre que lo justifique la finalidad del acto de reproducción autorizado».

beneficio de personas con minusvalía [letra b) del art. 5.3] y, por último, excepción con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales [letra e) del art. 5.3]. La fortaleza de estas excepciones y limitaciones consiste no en que sean imperativas para los Estados miembros, en el sentido de que éstos se encuentran obligados a establecerlas en sus respectivos ordenamientos internos⁸⁵. Su fortaleza consiste en que los Estados que decidan su reconocimiento en el Derecho interno deberán tomar («tomarán», fórmula imperativa) las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten a los beneficiarios de dichas excepciones o limitaciones los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación, en la medida necesaria para ese disfrute. Los Estados adoptarán esas «medidas pertinentes» cuando concurren simultáneamente dos requisitos: (i) que los titulares no las hayan adoptado voluntariamente, o a través de un acuerdo con los beneficiarios interesados; y (ii) que el beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas.

2) En segundo lugar, existe una limitación o excepción «débil». Es la mencionada en el artículo 6.4, párrafo segundo, de la Directiva, que se remite a la letra b) del artículo 5.2, es decir, a la excepción o limitación de la copia privada. Respecto de ésta, los Estados no se encuentran obligados a tomar medidas para que el beneficiario pueda disfrutar de ella, aunque «podrán» hacerlo si así lo tienen por conveniente. La Directiva, pues, no impone a los Estados, respecto de la copia privada, la necesidad de que sea imperativamente salvaguardada frente a las medidas tecnológicas de protección, sino que corresponde a los Estados decidir si la copia privada cede ante esas medidas o si, por el contrario, merece ser preservada de la misma manera que —aquí sí, imperativamente— deben hacerlo en relación con las excepciones o limitaciones que se han examinado precedentemente (esto es, las previstas en el párrafo primero del art. 6.4). La adopción por los Estados miembros de las «medidas pertinentes» para permitir el disfrute de la copia privada se supe-dita también ahora a la circunstancia de que el titular no haya hecho ya posible, por su propia iniciativa, la reproducción necesaria para el disfrute de la excepción o limitación. Sin embargo, el párrafo segundo del artículo 6.4 que venimos examinando no exige —a diferencia de lo que hacía el párrafo primero— que el beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegida. No obstante este silencio de la Directiva, hay que entender que sólo si el beneficiario de la copia privada tiene ese acceso legal puede exigir al Estado que tome las medidas pertinentes para facilitarle el disfrute de esa excepción o limitación. Así se deduce de un razonamiento *a maiore*: si para las excepciones o limitaciones «fuertes» la Directiva contempla expresamente ese requisito, lo mismo ha de suceder, con mayor motivo todavía, para la excepción o limitación «débil».

⁸⁵ El artículo 6.4 no puede ser interpretado en el sentido de modificar el carácter facultativo u opcional de todas las excepciones o limitaciones previstas en el artículo 5 (salvo la de su apartado 1, que es obligatoria). Nadie ha sostenido esta interpretación y, ciertamente, nada hay en el artículo 6.4, párrafo primero, que permita sostenerla en lo más mínimo.

43. La Directiva guarda silencio sobre la suerte que en su relación con las medidas tecnológicas de protección corren las excepciones o limitaciones permitidas en su artículo 5 aunque no mencionadas en ninguno de los dos primeros párrafos del artículo 6.4, esto es, a propósito de las excepciones o limitaciones relativas a revistas o reseñas de prensa [letra c) del art. 5.3], cita con fines de crítica o reseña [letra d) del art. 5.3], información sobre discursos políticos o conferencias públicas [letra f) del art. 5.3], uso de la obra en celebraciones religiosas u oficiales [letra g) del art. 5.3], obras situadas de forma permanente en lugares públicos [letra h) del art. 5.3], uso incidental [letra i) del art. 5.3], excepción de catálogo [letra j) del art. 5.3], parodia, caricatura o pastiche [letra k) del art. 5.3], uso para demostración o reparación de equipos [letra l) del art. 5.3], uso de una obra de arte o de un dibujo o plano de un edificio para su reconstrucción [letra m) del art. 5.3] y comunicación a personas concretas del público o puesta a disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados [letra n) del art. 5.3].

No obstante el silencio de la Directiva a propósito de la suerte que corren estas excepciones o limitaciones frente a las medidas tecnológicas, la solución es clara: los Estados miembros no tienen la obligación, ni siquiera la posibilidad, de adoptar ninguna medida para su salvaguarda cuando sus beneficiarios no puedan ejercitarlas como consecuencia de la existencia de una medida tecnológica de protección. Es importante subrayar que, al no estar contempladas en ninguno de los dos primeros párrafos del artículo 6.4, los Estados no están en condiciones de facilitar su ejercicio frente a las medidas tecnológicas, pues lo impide la finalidad armonizadora de la Directiva, que en esta materia es completa. Por lo demás, el legislador comunitario es consciente de que habrá algunas excepciones o limitaciones que quedarán neutralizadas si el titular de los derechos decide utilizar medidas tecnológicas, dado que sólo ha pretendido salvaguardar algunas de ellas⁸⁶. Respecto de las no salvaguardadas, los Estados no pueden alterar la opción tomada por la Directiva, por lo que sucumben ante las medidas tecnológicas.

44. De lo expuesto con anterioridad se desprende que las excepciones o limitaciones presentan, en su relación con las medidas tecnológicas, una distinta consistencia o fortaleza. Pero la clasificación que realizan los dos primeros párrafos del artículo 6.4 de la Directiva no revela sólo una resistencia mayor o menor de las excepciones o limitaciones frente a las medidas tecnológicas, sino que también pone de manifiesto una diferente valoración material de los intereses que justifican cada excepción o limitación, realizada por el legislador comunitario y que vincula a los legisladores nacionales. No todas

⁸⁶ El considerando 51 afirma que «los Estados miembros deben fomentar que los titulares de derechos adopten medidas voluntarias, como el establecimiento y aplicación de acuerdos entre titulares y otros interesados, con el fin de posibilitar la consecución de los objetivos de *determinadas* excepciones o limitaciones previstas en el ordenamiento jurídico nacional de conformidad con la presente Directiva» (la cursiva es mía). Luego sólo «determinadas» excepciones o limitaciones, no todas ellas.

las excepciones o limitaciones merecen sobrevivir a la facultad del titular de colocar medidas tecnológicas porque no todas ellas responden en el mismo grado a intereses dignos de tutela. Todas, naturalmente, sirven a algún interés concreto, pues si no fuera así no se explicaría por qué razón están contempladas en los diversos apartados del artículo 5. Pero no todas ellas son tan valiosas como para hacer ceder las medidas tecnológicas, o, dicho con otras palabras, para sobreponerse a la facultad dominical del titular de un derecho de autor o un derecho conexo de utilizar dichas medidas. Atendiendo a criterios materiales, a su valor en el marco de una sociedad democrática altamente tecnologizada, el legislador comunitario ha considerado que determinadas excepciones o limitaciones deben o pueden ser salvaguardadas por encima de cualquier consideración (las del párrafo primero y segundo del art. 6.4, respectivamente), mientras que otras (las no incluidas en ninguno de tales párrafos) son condenadas a la inanidad cuando se enfrentan a una medida tecnológica. Podrá cuestionarse si la elección del legislador comunitario es totalmente correcta, o si por el contrario deberían haber sido preservadas algunas de las que han quedado fuera de ambos párrafos. Piénsese, por ejemplo, en la excepción de parodia, en la puesta a disposición a efectos de investigación a través de terminales especializados, o en fin, lo que no deja de ser llamativo porque prácticamente es la única excepción imperativa en el plano internacional (cfr. art. 10.1 del Convenio de Berna), con el derecho de cita. Pero se trata de una observación que no pone en cuestión el fundamento de la división entre unas excepciones o limitaciones y otras, sino su actuación concreta⁸⁷.

Pues bien, desde esta perspectiva material es claro que la excepción de copia privada no se encuentra entre las más valoradas y protegidas por la Directiva. El legislador comunitario no considera que la copia privada forme parte del «núcleo duro» de las excepciones o limitaciones, de aquellas que responden a intereses más dignos de tutela y preservación. De ahí que, salvo que los Estados miembros decidan otra cosa en el momento de incorporación de la Directiva, la copia privada claudicará ante las medidas tecnológicas sin que sus beneficiarios puedan hacer nada para evitarlo.

45. Es importante también subrayar el distinto papel que la autonomía de la voluntad desempeña en el juego entre medidas tecnológicas de protección y excepciones y limitaciones. Se trata de una cuestión del máximo interés, pues revela a su vez el distinto papel que la libertad (de los titulares en un caso, de los beneficiarios en el otro) tiene atribuida en este ámbito. En efecto, mientras que la colocación de una medida tecnológica responde a una libre decisión del titular de los derechos, cuyos únicos límites son los que en su caso puedan proceder de los acuerdos contractuales previamente existentes con otros intervinientes en la obra o prestación, los beneficiarios en cambio

⁸⁷ En todo caso, a mi juicio algunas de las excepciones «débiles» deberían haber recibido una mejor protección por el legislador comunitario en su confrontación con las medidas tecnológicas.

no son libres para disfrutar, por sí solos y sin ningún auxilio, de la excepción o limitación de que se trate. Ni siquiera los beneficiarios del «núcleo duro» de las excepciones o limitaciones. Los beneficiarios no pueden, sin infringir los derechos de propiedad intelectual del titular, quebrar la medida tecnológica argumentando que son beneficiarios de una excepción o limitación, y que la quiebra de la medida es precisamente el presupuesto necesario para su disfrute. Si el titular de la medida no facilita voluntariamente ese disfrute, los beneficiarios deben seguir el procedimiento marcado por las legislaciones de los Estados miembros, quienes habrán señalado cuáles son las «medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario [...] los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación» (art. 6.4, primer párrafo). En definitiva, mientras que los titulares son libres, aun con oposición de los beneficiarios, para colocar una medida tecnológica de protección a su obra o prestación, los beneficiarios no son libres para, si hay oposición del titular, disfrutar de la obra o prestación protegida con dicha medida. Los titulares pueden autotutelar su derecho de propiedad intelectual mediante la utilización de una medida tecnológica, pero los beneficiarios no pueden autotutelar su interés en el disfrute de la excepción o limitación que se ve comprometida por aquélla.

3. OTROS MODELOS DE EQUILIBRIO: LA *DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT* DE LOS
3. ESTADOS UNIDOS Y LA *DIGITAL AGENDA ACT* DE AUSTRALIA

46. El modelo de equilibrio establecido en la Directiva 2001/29 entre las medidas tecnológicas de protección y las excepciones o limitaciones no es el único posible, como demuestra una simple ojeada a algunos otros sistemas jurídicos⁸⁸.

47. La *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) de los Estados Unidos fue promulgada en 1998 para incorporar al Derecho interno los Tratados OMPI de 1996. La DMCA modificó la *Copyright Act* de 1976. Se trata de la primera norma que contiene una regulación de las medidas tecnológicas (aunque no la única: también existe una regulación sobre esta materia en la *Technology, Education and Copyright Harmonization Act* de 2002). La DMCA parte de una distinción entre las medidas tecnológicas de control de acceso y medidas

⁸⁸ Cfr. J. DE WERRA, «Le régime juridique des mesures techniques de protection des oeuvres selon les Traités de l'OMPI, le Digital Millennium Copyright Act, les Directives européennes et d'autres législations (Japon, Australia)», *RIDA* 189 (2001), págs. 66-213; S. DUSOLLIER/A. STROWEL, «La protection légale des systèmes techniques. Analyse de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans une perspective comparative», *Prop.Intell.* 1 (2001), págs. 10-27; D. LIP-SZYC, *Nuevos temas de derecho de autor*, 2004, págs. 167 ss.; J. P. CUNARD/K. HILL/C. BARLAS, «Evolución reciente en el campo de la gestión de los derechos digitales», documento OMPI SCCR/10/2, 1 de agosto de 2003, presentado en la décima sesión del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, celebrada en Ginebra del 3 al 5 de noviembre de 2003; L. GUIBAULT, «Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital», *Boletín de Derecho de Autor*, octubre-diciembre, 2003, págs. 44 ss., disponible en www.unesco.org.

tecnológicas protectoras de los derechos de autor [sec. 1201 y 1202 de la *Copyright Act*]. La vulneración de las primeras constituye una infracción, aunque la DMCA ha previsto determinadas excepciones a la protección, reguladas de manera muy compleja, a favor de bibliotecas sin fines de lucro, de las autoridades y controles de seguridad, para la descompilación, para las actividades de investigación en materia de criptografía, para los menores y para la protección de datos de carácter personal. Los *Register of Copyright* elaborados periódicamente por el *Copyright Office* pueden ampliar el número de excepciones. Durante los debates de la DMCA, una de las controversias más intensas surgió en torno a si debería haber una excepción expresa por *fair use* (u otro similar) a esta prohibición, aunque finalmente el Congreso concluyó que no debía incluirse una excepción de ese tipo y que la elusión, incluso para un uso lícito, es ilegítima. En lo que se refiere a la segunda clase de medidas tecnológicas, es decir, aquellas que protegen los derechos de autor, la protección se dispensa frente a los fabricantes y suministradores de dispositivos de elusión; el acto de neutralización en sí mismo no es perseguible, sino, en su caso, las actuaciones posteriores. Por tanto, puesto que la elusión en cuanto tal no está prohibida, los usuarios podrán quebrar la protección para realizar un acto permitido al amparo del *fair use*.

48. La solución adoptada por Australia en su *Copyright Amendment - Digital Agenda Act* de 2000 es extraordinariamente original en el aspecto que analizamos (cfr. sec. 116). El suministro de un dispositivo o servicio de elusión a una persona cualificada para un propósito permitido no estará prohibido si la persona cualificada entrega al suministrador una declaración firmada. Los «propósitos permitidos» a los que se refiere la norma son las excepciones permitidas por la ley. Un propósito permitido se corresponde con al menos una de las excepciones legales a la vulneración del derecho de autor, tales como la reproducción de programas informáticos con fines de interoperabilidad, para corregir errores y para pruebas de seguridad; la copia legítima realizada por bibliotecas, archivos, instituciones educativas y de otra naturaleza, incluidas las instituciones para la ayuda a personas con algún tipo de minusvalía, y una utilización legítima de materia con derecho de autor para los servicios del Estado o de la Commonwealth. Es importante señalar que un propósito permitido no incluye cualquier utilización que significa un *fair dealing*, como por ejemplo la copia privada o los *fair uses*. Dada la potencial amplitud de dicha excepción y la incapacidad de controlar que los dispositivos de elusión sólo se suministren legítimamente a personas que realizan una manipulación lícita, habría sido difícil limitar el alcance e impacto de dicha excepción únicamente a personas cualificadas de forma demostrable y que hubieran remitido declaraciones a tal efecto.

Una «persona cualificada» es aquella autorizada a utilizar el material con uno de los propósitos permitidos incluidos en las excepciones antes mencionadas. La persona cualificada debe entregar al suministrador una declaración firmada confirmando que el dispositivo o servicio será utilizado solamente para el propósito permitido y que el material con derechos de autor sólo estará dis-

ponible en una forma protegida por una medida tecnológica. Para evitar que los piratas y cualquier otro usuario malintencionado utilice este mecanismo para acceder a dispositivos destinados a eludir medidas tecnológicas, la *Digital Agenda Act* considera delito penal que una persona haga, a sabiendas o de forma irresponsable, una declaración falsa o engañosa. Por tanto, la fortaleza de la solución australiana depende en gran medida de la integridad del proceso de declaración.

4. LA OPCIÓN DEL (PRE)LEGISLADOR ESPAÑOL

A) *El fortalecimiento del límite de copia privada*

49. El estudio comparado de las diversas iniciativas del Ministerio de Cultura y del Proyecto del Gobierno para la incorporación de la Directiva 2001/29 revela un reforzamiento, con el correr del tiempo, de la excepción de copia privada en su confrontación con las medidas tecnológicas de protección. El borrador de noviembre de 2002 preservaba de las medidas tecnológicas los límites previstos en los artículos 31 bis, 32.2, 36.3, 37.a) y 135.1.a) y b), es decir, las excepciones relativas a seguridad y procedimientos oficiales, minusvalías, ilustración con fines educativos o de investigación, grabaciones efímeras realizadas por organismos de radiodifusión, reproducción para conservación o investigación y extracción del contenido de una base no electrónica protegida por un derecho *sui generis* de datos para fines privados o con fines ilustrativos de enseñanza o de educación científica⁸⁹. Este mismo elenco de límites se mantenía, sin modificación de clase alguna, en el borrador de enero de 2003 y de octubre de 2004. La excepción de copia privada no aparecía en la enumeración, por lo que podía desaparecer ante las medidas tecnológicas de protección⁹⁰.

50. La situación sufre un cambio radical con el Proyecto de 2005, que ya incluye la copia privada entre los límites que han de ser garantizados frente a las medidas tecnológicas de protección. Este cambio de perspectiva obedece

⁸⁹ Esta previsión se contenía en la nueva redacción que el borrador daba al artículo 173.1 LPI.

⁹⁰ Vista la posición adoptada por estos borradores del Ministerio de Cultura, no deja de llamar la atención que la SGAE propugnara la inclusión del límite de copia privada entre aquellos respecto de los cuales el Gobierno podría adoptar, llegado el caso, medidas para garantizar su disfrute por parte de los beneficiarios. En el antes citado documento «Propuestas de modificación del Borrador de Anteproyecto de reforma del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (17 de octubre de 2002), que presenta la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE)», la SGAE proponía la regulación de las medidas tecnológicas de protección en los nuevos artículos 138-A a 138-C LPI. El apartado 1 del artículo 138-C mencionaba las mismas limitaciones y excepciones que contemplaba el borrador de noviembre de 2002. Pero en el apartado 3 de ese mismo artículo 138-C se disponía lo siguiente: «De igual forma, el Gobierno podrá adoptar las medidas mencionadas en el apartado que antecede, en los términos previstos en él, respecto de la excepción por copia para uso personal establecida en el apartado 2 del artículo 31 de esta Ley, salvo que los titulares de los derechos hayan hecho ya posible tal tipo de reproducción en la medida necesaria para el disfrute de dicha excepción y conforme a lo dispuesto en el artículo 40 bis». El informe de la SGAE, pues, proponía una salvaguarda de la excepción de copia privada que no se contemplaba en los borradores del Ministerio de Cultura.

con toda seguridad a las presiones de algunas asociaciones de consumidores y de internautas, así como a las demandas judiciales interpuestas por asociaciones de consumidores ante los tribunales de Francia y Bélgica en reclamación de la tutela judicial de la excepción de copia privada.

El artículo 161.1 LPI, en la redacción proyectada, garantiza el límite de copia privada (art. 31.2), así como los límites relativos a los fines de seguridad pública, procedimientos oficiales o en beneficio de personas con discapacidad (art. 31 bis); a la ilustración de la enseñanza (art. 32.2); a la ilustración de la enseñanza o de investigación científica o para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial, en relación con las bases de datos protegidas por un derecho de autor [art. 34.2.b) y c)]; al registro de obras por entidades radiodifusoras (art. 36.3); a las reproducciones de obras con fines de investigación realizadas por determinadas instituciones (art. 37.1) y, por último, a la extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica de una parte sustancial del contenido de una base de datos protegida por un derecho *sui generis* y a la extracción y/o reutilización para fines de seguridad pública o a los efectos de un procedimiento administrativo o judicial de dicha base de datos [art. 135.1.b) y c)]. Este elenco de excepciones y limitaciones es respetuoso con las exigencias derivadas del artículo 6.4, párrafo primero, de la Directiva, pues los límites contempladas en este proyectado artículo 161.1 LPI coinciden con aquellos para los que la Directiva reclama imperativamente su salvaguarda. Además, y como se señalaba, el Proyecto ha incorporado finalmente la copia privada entre los límites que han de sobrevivir a las medidas tecnológicas de protección.

Sin embargo, el modo en que se produce esta incorporación suscita alguna duda interpretativa no pequeña. El artículo 161.1.a) LPI, en la redacción dada por el Proyecto, preserva de las medidas tecnológicas de protección el límite de copia privada «en los términos previstos en el artículo 31.2». El límite que se desea salvaguardar es el previsto en el artículo 31.2 LPI. Sin embargo, existen límites de naturaleza análoga en el artículo 34.2.a) LPI, en relación con las bases de datos protegidas por un derecho de autor, y en el artículo 135.1.a) LPI, en relación con las bases de datos protegidas por un derecho *sui generis*. En ambos casos es posible realizar una reproducción con fines privados siempre que se trate de bases de datos no electrónicas. Pues bien, el Proyecto no aclara en qué situación quedan estos límites de copia para fines privados cuando la base de datos no electrónica se encuentra protegida por una medida tecnológica. El hecho de que el límite de copia privada al que expresamente se refiere el Proyecto sea el previsto en el artículo 31.2 LPI da a entender que ése es el único límite que se ha querido preservar, y no los restantes aunque respondan al mismo fundamento. Otros apartados del artículo 161.1 LPI han tomado en consideración los límites previstos específicamente para las bases de datos protegidas por un derecho de autor [letra d)] o por un derecho *sui generis* [letra g)], pero no sucede así con la reproducción para fines privados contemplada en los artículos 34.2.a) y 135.1.a) LPI. Así las cosas, hay sólidas razones para entender que, en el estado actual del Proyecto,

la reproducción para fines privados de bases de datos no electrónicas no queda garantizada ante las eventuales medidas de protección empleadas por el titular del derecho. También anima a sostener esta conclusión el carácter cerrado, y de interpretación estricta, de los supuestos previstos en las distintas letras que conforman el artículo 161.1 LPI.

51. El Proyecto dispensa a la excepción de copia privada el mismo trato que a las restantes excepciones que, por imperativo del artículo 6.4, primer párrafo, de la Directiva, sobreviven a las medidas tecnológicas de protección. Ello significa, a la luz de lo establecido en el proyectado artículo 161 LPI, lo siguiente⁹¹:

Primero, los titulares de los derechos que hayan protegido su obra o prestación mediante una medida tecnológica deben facilitar a los beneficiarios de la excepción de copia privada los medios para disfrutar, para hacer efectiva, dicha excepción. El Proyecto guarda silencio sobre cuáles pueden ser esos «medios adecuados», por lo que los titulares disponen en este ámbito de una amplia libertad de actuación, siempre y cuando sea atendido el fin perseguido por la norma. Esos «medios adecuados» pueden consistir en la desactivación o levantamiento de la medida de protección por parte del mismo titular que la utilizó. Son éstos los «medios adecuados» que tiene a la vista el proyecto en determinados pasajes en los que expresamente se refiere al «levantamiento» de las medidas tecnológicas (en la Exposición de Motivos, apartado IV, párrafo cuarto, y en el art. 161.4 LPI). Sin embargo, no es absolutamente preciso que los «medios adecuados» para facilitar el disfrute de las excepciones o limitaciones obliguen al titular a dejar de utilizar la medida tecnológica. De hecho, la Directiva no impone a los titulares la obligación de desactivar la medida tecnológica, sino de proporcionar a los beneficiarios esos «medios adecuados». En determinadas ocasiones, y respecto de algunas medidas, no siempre es posible remover la medida tecnológica sin, a la vez, privar al titular de la misma para todos los casos⁹². De ahí que deba admitirse la posibilidad de que el titular satisfaga la pretensión del beneficiario de la excepción o limitación sin necesidad de levantar la medida tecnológica. Pues en definitiva la obligación que la Directiva impone al titular de adoptar los «medios adecuados» para que los beneficiarios disfruten de la excepción o limitación de que se trate es una obligación de resultado, no de medios. Lo importante es que los beneficiarios tengan garantizado ese disfrute, y no el medio del que se haya valido el titular para conseguirlo. Estas afirmaciones se confirman plenamente a la vista de lo dispuesto en el considerando 51 de la Directiva, que, al referirse a los medidas pertinentes que los Estados deben adoptar para que los titulares faciliten a los beneficiarios el disfrute de las

⁹¹ Téngase en cuenta a todos los efectos que las menciones que en las páginas siguientes se hacen a determinados preceptos de la LPI lo son en la redacción que dichos preceptos tienen en el Proyecto de 2005. Considérese esta prevención en todos aquellos supuestos en los que, por simple economía del lenguaje, me refiero a un precepto de la LPI que, en realidad, no es sino la redacción que el Proyecto de reforma prevé para dicho precepto.

⁹² V. M. DI SANCTIS, «Misure tecniche di protezione e libere utilizzazioni», *Dir.Aut.* 2003, pág. 10.

excepciones o limitaciones, aclara que eso puede hacerse «ya sea modificando una medida tecnológica existente, ya sea por otros medios».

Segundo, los beneficiarios de la excepción de copia privada frente a los cuales los titulares tienen la obligación de facilitar esos medios adecuados son aquellos que tienen legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate. Eso es así para todos los beneficiarios de los límites enumerados en el apartado 1 del artículo 161 LPI. De este modo el Proyecto aclara una de las cuestiones que quedaban poco definidas en la Directiva, y a la cual aludimos con anterioridad. Pues también el beneficiario de la copia privada —y no sólo los beneficiarios de las excepciones y limitaciones «fuertes» del art. 6.4, párrafo primero, de la Directiva— ha de tener acceso legal a la obra o prestación como requisito imprescindible para el disfrute de la excepción frente al titular que ha adoptado una medida tecnológica de protección.

Tercero, los «medios adecuados» para el disfrute de los límites han de ser tomados voluntariamente por los titulares que hayan utilizado medidas tecnológicas, bien de manera unilateral, bien mediante un acuerdo con los beneficiarios (o sus asociaciones representativas)⁹³. Semejante deber de los titulares se basa no sólo en el artículo 6.4, párrafo primero, de la Directiva («en caso de que los titulares de los derechos no adopten medidas voluntarias»), sino también en su artículo 8.1, que obliga a los Estados a establecer las sanciones y vías de recurso adecuadas en relación con la violación no sólo de los derechos, sino también de «las obligaciones» previstos en la Directiva. Una de esas obligaciones de los titulares sería precisamente la de adoptar medidas adecuadas para facilitar el disfrute de las excepciones y limitaciones. Lo más frecuente será que la adopción de esos «medios adecuados» obedezca a la petición realizada por uno o varios beneficiarios del límite, o por una asociación representativa, quienes solicitarán del titular que adopte los medios adecuados para garantizar el disfrute de la excepción. Ninguno de los beneficiarios de los límites del artículo 161.1 LPI puede, sin consentimiento del titular o sin llegar a un acuerdo con él, levantar *motu proprio* las medidas tecnológicas de protección. Ni siquiera cuando ese beneficiario es el propio Estado o alguna de sus instituciones (los Parlamentos o los Cuerpos de Seguridad, por ejemplo, que son los principales beneficiarios del límite del art. 31 bis LPI). También en estos casos es preciso requerir al titular la adopción de los medios adecuados para garantizar el disfrute de la excepción o limitación. Únicamente en el caso de que el titular, una vez requerido para ello, no adopte esos medios adecuados (por ejemplo, si da la callada por respuesta al requerimiento de los beneficiarios, si no se alcanza ningún acuerdo satisfactorio en las negociaciones con los beneficiarios o con su asociación representativa...), cabe acudir al remedio subsidiariamente previsto por la ley.

⁹³ Un acuerdo de estas características, que puede servir de ejemplo de lo que se señala en el texto, fue alcanzado en enero de 2005 por la *Deutsche Bibliothek* con la IFPI de Alemania y la *Börsenverein des Deutschen Buchhandels* (Asociación de Libreros Alemanes) para la reproducción por aquella de materiales protegidos por medidas tecnológicas (información sobre este particular en www.sub.uni-goettingen.de/frankfurtgroup/drms/drms.html; última visita: 18 de octubre de 2005).

Cuarto, en el supuesto de que los titulares no hayan adoptado voluntariamente, incluidos los acuerdos con los beneficiarios de los límites, los medios adecuados para garantizar el disfrute de los límites, dichos beneficiarios «podrán acudir ante la jurisdicción civil» (art. 161.2, *in fine*, LPI). En concreto ante el Juez de lo Mercantil, que es el competente *ratione materiae* para conocer de los conflictos en materia de propiedad intelectual [cfr. art. 86 ter.2.a) LOPJ, introducido por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio]. El remedio de plantear el conflicto entre los titulares y los beneficiarios ante la jurisdicción civil constituye una novedad respecto de la solución arbitrada por los borradores de 2002 y 2003, que proponían una solución extrajudicial del conflicto⁹⁴. En efecto, el borrador de 2002 disponía que, si el titular no adoptaba voluntariamente las medidas necesarias para garantizar el disfrute de los límites por sus beneficiarios, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (hoy de Cultura) «impondrá las medidas que considere oportunas para su adecuada satisfacción, por el procedimiento establecido en el siguiente artículo» (art. 173.1 LPI, en la redacción dada por dicho borrador). Ese artículo siguiente regulaba un procedimiento ante la Comisión de Propiedad Intelectual, que terminaba con una propuesta de resolución hecha por la Comisión al Ministro, quien dictaría la resolución pertinente⁹⁵. El borrador de 2003 mantuvo íntegramente este sistema, aunque el de 2004 optó ya por poner el conflicto en manos de la jurisdicción civil. Esta llamada a la jurisdicción civil plantea considerables problemas de los que el Proyecto no se ocupa (procedimiento adecuado, intervención de terceros, recursos, medidas cautelares, forma que ha de adoptar la resolución judicial, efectos de cosa juzgada...), y que habrán de solucionarse aplicando, en lo procedente y con las debidas adaptaciones, las normas generales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹⁶. En mi opinión, era preferible con mucho la opción reflejada en los

⁹⁴ Al menos en un primer momento, pues la resolución que pusiera fin al conflicto en la vía extrajudicial podría ser recurrida, en su caso, ante el Juez competente.

⁹⁵ El artículo 174 LPI, en la redacción del borrador de 2002, tenía la siguiente redacción:

«1. En el caso y a los fines contemplados en el apartado 2 del artículo 173 de esta Ley, los beneficiarios de los límites de que se trata podrán solicitar, a través de una agrupación, asociación o entidad representativa de sus intereses, la intervención de la Comisión de Propiedad Intelectual, que también podrá actuar de oficio.

2. La Comisión, tras el procedimiento reglamentario establecido al efecto, elevará al Ministro una propuesta de resolución indicando las medidas que, en su caso, corresponda adoptar a los titulares de derechos de propiedad intelectual para facilitar el disfrute del límite o límites de que se trate.

3. A la vista de la propuesta de la Comisión, el Ministro de Educación, Cultura y Deporte adoptará la resolución correspondiente y la comunicará a quienes hayan sido parte en el procedimiento, dándoles plazo para cumplirla. Asimismo, podrá comunicarla a terceros y darle la publicidad que considere oportuna. La resolución del Ministro será directamente impugnante ante la jurisdicción competente.

4. Si en el plazo señalado al efecto, los titulares de derechos no diesen cumplimiento a la resolución del Ministro, serán sancionados con multa de hasta 6000 euros por día».

⁹⁶ Es criticable que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en su Informe sobre el anteproyecto de 26 de enero de 2005, no haya manifestado la más mínima observación sobre esa poco concreta llamada que el artículo 161.2, *in fine*, LPI hace a la «jurisdicción civil». La razón que justifica la actuación consultiva del CGPJ sobre los anteproyectos de ley es que emita su opinión en relación con las «normas procesales» [art. 108.1.e) LOPJ] contenidas en esos anteproyectos. De ahí que fuera legítimo esperar algún pronunciamiento del CGPJ sobre este aspecto. Sin embargo, los términos en que el Pleno se refiere al artículo 161 LPI («Esta regulación se completa con las previsiones del nuevo art. 161, que establece una batería de

borradores de 2002 y 2003 de atribuir esta competencia a la Comisión de Propiedad Intelectual⁹⁷. España es el único Estado de la Unión que —si mi información no es equivocada— ha decidido llevar directamente los conflictos a los tribunales, sin articular otro modo de solución⁹⁸. La única razón que puede explicar la posición finalmente adoptada por el Proyecto es la confianza en una futura reforma de la actual Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, reclamada desde hace tiempo⁹⁹, y en el marco de la cual se produciría una profunda reordenación de sus funciones. Una de esas nuevas funciones deberá de ser la solución de las controversias entre titulares y beneficiarios.

Quinto, todas las medidas adoptadas para garantizar el disfrute por parte de sus beneficiarios de los límites gozarán de la protección jurídica prevista en el artículo 160.1 LPI. A estos efectos resulta indiferente que la medida haya sido adoptada unilateralmente por el titular, o resulte de un acuerdo entre el titular y los beneficiarios (o su asociación representativa), o, en fin, haya sido establecida por resolución judicial. Todas ellas gozan de idéntica protección. Esta previsión, contenida en el artículo 161.3 LPI, incorpora al Derecho interno el artículo 6.4, párrafo tercero, de la Directiva 2001/29.

Y sexto, el artículo 161.5 LPI dispone que lo establecido en los apartados 1 y 2 de ese artículo (es decir, lo relativo a los límites que se preservan frente a las medidas tecnológicas de protección y al modo de asegurar el disfrute de tales límites por sus beneficiarios) «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». Este precepto, que transpone al ordenamiento jurídico interno el artículo 6.4, párrafo cuarto, de la Directiva 2001/29, no plantea ningún problema particular en relación con la excepción de copia privada.

52. Las consideraciones que se han realizado hasta este momento sobre el artículo 161 LPI son aplicables a todos los límites contemplados en su apar-

medidas tendentes a la efectividad de los límites a los derechos de propiedad intelectual a los que se ha hecho referencia anteriormente», en el último párrafo del Informe, demuestran que el CGPJ no se preocupó de esta materia ni se apercibió de su importancia.

⁹⁷ Lo que no significa que estos borradores escaparan a algunas objeciones. La principal de ellas es asignar a la Comisión una mera función de propuesta (¿vinculante?) al Ministro, quien sería el encargado de dictar la resolución correspondiente. Es mucho más realista que sea la propia Comisión la que, tras el procedimiento oportuno, resuelva directamente la controversia. Los borradores tampoco eran explícitos a la hora de determinar la jurisdicción competente para decidir el recurso interpuesto, en su caso, contra la resolución del Ministro.

⁹⁸ La mayor parte de los Estados ha preferido dirimir estos conflictos en la vía administrativa o a través de comisiones de conciliación, medicación o arbitraje, que o bien recomiendan una solución a las partes, o bien incluso la imponen. No obstante, en el caso de Italia se ha defendido que, en caso de ausencia de colaboración de los titulares con los mediadores para la búsqueda de una solución, cabe acudir directamente a la autoridad judicial. Con esta opinión, A. M. CASELLATI, «Protezione legale delle misure tecnologiche ed usi legittimi. L'articolo 6.4 della Directiva europea e la sua attuazione in Italia», *Dir.Aut.* 2003, pág. 377.

⁹⁹ Véase sobre la materia el autorizado estudio de R. CASAS VALLÉS, «La Comisión Mediadora y Arbitral de Propiedad Intelectual: experiencias y perspectivas de futuro», *pe.i. revista de propiedad*, 15 (2003), págs. 9-56.

tado 1. Es decir, se trata de consideraciones válidas para el límite de copia privada, pero también para todos los restantes allí previstos. No obstante, el Proyecto establece otras disposiciones que son aplicables únicamente al límite de copia privada. Ello significa que la articulación entre las medidas tecnológicas de protección y el límite de copia privada se somete a unas reglas generales, aplicables a cualesquiera límites preservados por el legislador —por imposición comunitaria— frente a esas medidas (que son las reglas examinadas hasta este momento), y otras reglas específicas o especiales, aplicables únicamente al límite de copia privada. Alguna de estas últimas reglas está ya prevista por la Directiva (tal es el caso del número de reproducciones que puede amparar el límite de copia privada), mientras que otras constituyen una aportación propia del (pre)legislador español. Obvio es decir que dichas reglas no se encontraban en los borradores de 2002 y 2003, por la sencilla razón de que en ellos no se contemplaba la copia privada entre aquellas limitaciones y excepciones que podían hacer ceder las medidas tecnológicas de protección. Estas reglas específicas o especiales son cuatro, y se refieren, respectivamente, a la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios, al número de copias permitido por una medida tecnológica, a la deslegalización del sistema de relaciones entre medidas tecnológicas de protección y excepción de copia privada y, por último, a la comunicación a los Ministerios competentes de las medidas tecnológicas relativas a la copia privada. Se analizan por separado cada una de ellas.

B) *La legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios*

53. El artículo 161.2, párrafo segundo, LPI establece que «cuando los beneficiarios de dichos límites [los previstos en el precedente apartado 1 del art. 161] sean consumidores o usuarios, en los términos definidos en el artículo 1.2 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su defensa podrán actuar las entidades legitimadas en el artículo 11.2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil»¹⁰⁰. Los términos de esta norma no hacen pensar que se refiera ciertamente, de manera exclusiva, al límite de copia privada. La norma está redactada con tal generalidad que comprende en su seno a cualesquiera beneficiarios de los límites que sean «consumidores o usuarios» en el sentido legal del término (es decir, en el

¹⁰⁰ Es probable que esta norma de legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios proceda de la normativa alemana. Los §§ 2a y 3a de Ley sobre Acciones Inhibitorias de 2002 (*Unterlassungsklagengesetz*) han sido introducidos por la reforma de la *Urheberrechtsgesetz* para legitimar a las asociaciones legales para la promoción no comercial y no sólo transitoria de los intereses de los beneficiarios de las excepciones y limitaciones. Quedó desechada a lo largo de la tramitación de la ley alemana de incorporación cierta propuesta inicial que legitimaba a las autoridades de competencia para la interposición de acciones colectivas de cesación [cfr. T. DREIER/G. NOLTE, «La transposition de la Directive 2001/29/CE en droit allemand: la loi sur la réglementation du droit d'auteur dans la société de l'information (Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft)», *Prop.Intell.* 10 (2004), pág. 583, nt. 41]. También otros países han previsto la actuación colectiva de los beneficiarios a través de sus asociaciones representativas. Es singular el caso de la sec. 296ZE (6) de la CDPA inglesa, introducida por la *The Copyright and Related Rights Regulation* de 2003, con terminología propia de un sistema de *class action*.

sentido del art. 1, apartados 2 y 3, de la LCU); y la legitimación para actuar se concede a las asociaciones, entidades y grupos mencionados en el artículo 11, apartados 2 y 3, de la LEC, o sea, a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto su defensa y protección y a los grupos de afectados.

Los apartados 2 y 3 del artículo 11 LEC legitiman a asociaciones, entidades y grupos para el ejercicio de acciones colectivas de indemnización de daños, similares -aunque median enormes diferencias de derecho positivo- a las *class action* estadounidenses. El apartado 2 contempla el caso en que «los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables», en cuyo caso la legitimación para pretender la tutela de estos «intereses colectivos», corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos y a los propios grupos de afectados. En cambio, el apartado 3 se refiere al caso en que «los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o difícilmente determinable», en cuyo caso la legitimación para pretender la tutela de estos «intereses difusos» corresponde exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas (no, pues, a las asociaciones de consumidores y usuarios que no sean representativas, ni tampoco a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de los consumidores y usuarios, ni tampoco a los propios grupos de afectados)¹⁰¹. La distinción entre los supuestos de hechos respectivamente contemplados en los apartados 2 y 3 del artículo 11 LEC, es decir, entre el caso en que los perjudicados por un hecho dañoso son un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén «perfectamente determinados o sean fácilmente determinables» (apartado 2) y aquel otro en que el grupo de consumidores o usuarios perjudicados es «indeterminad[o] o difícilmente determinable» (apartado 3), es enormemente compleja en la práctica. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 22 de enero de 2004¹⁰², que resuelve la primera acción colectiva de indemnización de daños, al hilo del conocido como «caso Opening», constituye un buen ejemplo de esta complejidad. Frente al criterio de las demandantes, que eran la Federación de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de Andalucía (FACUA), la Unión de Consumidores de Andalucía (UCA/UCE) y la Federación Andaluza de Consumidores y Amas de Casa Al-Andalus, la Sentencia considera que los perjudicados por el hecho dañoso eran consumidores identificados o fácilmente identificables. Lo que conlleva importantes consecuencias procesales. La remisión que el artículo 161.1, párrafo segundo, LPI hace a los apartados 2 y 3 del artículo 11 LEC significa que van a reproducirse con seguridad en el campo de la propiedad intelectual estos problemas relativos a la compleja diferencia-

¹⁰¹ Para un análisis más detenido de la cuestión me permito remitir a mi trabajo «Las acciones de clase en el Derecho español», *InDret* 3/2001, págs. 1-13, disponible en www.indret.com.

¹⁰² AC 2004, 406.

ción entre los supuestos de hecho respectivamente contempladas en cada uno de dichos apartados.

54. Como señalaba antes, los términos empleados por el mencionado precepto de la LPI son neutros («consumidores», «usuarios»), y lo mismo cabe decir de aquellos otros aplicables en virtud de la remisión al artículo 11.2 y 3 LEC («asociación de consumidores y usuarios», «grupos de afectados»). Son términos que comprenden cualesquiera beneficiarios de los límites, o sus asociaciones, entidades o grupos, que cumplan las exigencias previstas en la normativa sobre consumo.

No obstante esa generalidad, estoy convencido de que el límite que ha tenido en mente el (pre)legislador al redactar el párrafo segundo del artículo 161.2 del Proyecto ha sido el de la copia privada. Todo parece indicar que los procesos judiciales sobre copia privada seguidos ante los tribunales franceses y belgas, en los que intervinieron como demandantes asociaciones de consumidores y usuarios de esos países, unidos a las reivindicaciones de algunas de nuestras asociaciones, han sido los factores determinantes de la existencia de ese párrafo segundo. Este párrafo vendría a dar satisfacción a las pretensiones de estas asociaciones de intervenir en las negociaciones con los titulares tendentes a alcanzar acuerdos contractuales sobre las medidas tecnológicas, así como, en caso de fracaso de tales negociaciones, a interponer las correspondientes demandas ante la jurisdicción civil. Este fortalecimiento de la posición de las asociaciones de consumidores y usuarios queda también patente en el trámite de consulta obligatoria que el Proyecto ha reconocido al Consejo de Consumidores y Usuarios a la hora de fijar el montante de la compensación equitativa que grava los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales [cfr. regla 3.^a del art. 25.6 LPI]¹⁰³. Con la introducción del mencionado segundo párrafo en el artículo 161 LPI se trataría de asegurar que, en el supuesto de que alguna asociación de consumidores y usuarios española tuviera que interponer una demanda en protección de los intereses de los beneficiarios del límite de copia privada, no tropezaría ante nuestros Tribunales con obstáculos similares —falta de legitimación— a los que tuvieron que superar las asociaciones francesas o belga que intervinieron en los procesos judiciales ya mencionados. Esa es la finalidad a la que en última instancia responde el tan citado segundo párrafo del artículo 161.2 LPI. De todos modos, es bastante probable que las cosas no fueran sensiblemente diferentes si no existiera ese párrafo. Nadie negaría que, en sus negociaciones con los titulares de los

¹⁰³ El Consejo de Consumidores y Usuarios «es el órgano de representación y consulta de ámbito nacional de los consumidores y usuarios» (art. 5.1 del Real Decreto 825/1990, de 22 de junio, sobre derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones, en la redacción dada por el Real Decreto 1203/2002, de 20 de noviembre), que «deberá ser consultado en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general que afecten directamente a los consumidores y usuarios» (art. 13.1 del Real Decreto 825/1990). El Consejo de Consumidores y Usuarios presentó también alegaciones ante el Consejo de Estado, evacuando su «preceptivo informe» (*sic* en el propio Dictamen del Alto Órgano Consultivo).

derechos, los beneficiarios de los límites podrían actuar no de manera individual y aislada cada uno de ellos, sino a través de las asociaciones o grupos constituidos para la mejor defensa de sus intereses. Esas asociaciones o grupos estarían legitimados para interponer, si así fuera preciso, las correspondientes demandas ante la jurisdicción civil, con fundamento en el artículo 24.1 CE, en combinación con el artículo 22.1 CE.

55. De los múltiples problemas que suscita la norma (entre los cuales no es el de menor entidad la propia determinación de quiénes de los beneficiarios de los límites son, legalmente hablando, «consumidores o usuarios»), conviene subrayar los siguientes. En primer lugar, el segundo párrafo del artículo 161.2 LPI es, simple y exclusivamente, una norma de legitimación. El precepto señala quiénes están legitimados, pero no qué pueden solicitar en una eventual demanda ante la jurisdicción civil. El objeto de un eventual *petitum* se determina por referencia a lo que podría solicitar un beneficiario individual del límite de copia privada si fuera él quien demandara ante la jurisdicción civil, a saber, «los medios adecuados para disfrutar [de la copia privada], conforme a su finalidad» (art. 161.1 LPI), «los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación, en la medida necesaria para ese disfrute» (art. 6.4, párrafo primero, de la Directiva).

En segundo lugar, es muy dudoso que las entidades mencionadas en el artículo 11.2 y 3 LEC puedan ejercitar una acción de cesación tendente a prohibir la comercialización o distribución de la obra o prestación dotada con una medida tecnológica de protección que impida el disfrute del límite de copia privada. En los casos de los que han conocido los tribunales franceses y belgas, si bien las asociaciones de consumidores y usuarios demandantes solicitaban una medida de estas características, en ningún caso les fue concedida. En lo que respecta a nuestro Derecho, la Disposición adicional tercera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 —añadida por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios—, prevé en su apartado 1 que, «a falta de normativa sectorial específica, frente a las conductas de empresarios o profesionales contrarias a la presente Ley que lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios podrá ejercitarse la acción de cesación», mientras que en su apartado 3 aclara que dicha acción de cesación se regirá por lo dispuesto en el artículo 11.2 y 3 LEC (es decir, estarán legitimadas para su interposición, según el caso, las mismas asociaciones, entidades y grupos a las que se refiere el párrafo segundo del art. 161.2 LPI). La inviabilidad de una acción de cesación de la distribución o comercialización, formulada contra el titular que utiliza una medida anticopia, se deriva de la propia literalidad de la Disposición adicional tercera de la Ley de 1984 que se acaba de transcribir. Semejante acción de cesación procede contra empresarios o profesionales que desarrollen conductas «contrarias a la presente Ley», es decir, a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Pues bien, en esa Ley no hay ningún precepto que

prohíba a los titulares de derechos de autor o derechos conexos utilizar medidas tecnológicas que impidan la copia de su obra o prestación, lo que significa que el titular que emplea una medida de esas características no realiza una conducta contraria a la Ley de 1984, ni infringe ningún derecho reconocido a éstos por dicha Ley. Muy al contrario, realiza una conducta amparada en la Constitución, en el Código Civil y en la LPI, así como en los Tratados OMPI de 1996 y en la Directiva 2001/29. De donde se concluye que contra los titulares no cabe una acción de cesación de esas características basada en la Disposición adicional tercera LCU. La cuestión sería distinta si la acción de cesación se basara no en la existencia de una medida tecnológica, sino en la infracción de una norma de consumo (por ejemplo, la que obliga a proporcionar al consumidor comprador una información veraz, eficaz y suficiente sobre las características esenciales del soporte que incorpora la obra o prestación; art. 13.1 de la Ley de 1984).

En tercer lugar, la mención que, por remisión, hace el párrafo segundo del artículo 161.2 LPI a las asociaciones de consumidores y usuarios, así como a las entidades y grupos asimilados, no significa que carezcan de legitimación otras posibles asociaciones, entidades o grupos de afectados cuyos fines estatutarios consistan en la defensa de los intereses de los beneficiarios del límite de copia privada. Piénsese, en un ejemplo acaso algo absurdo, en una hipotética «Asociación para la Defensa del Límite de Copia Privada»; su legitimación no podría ser negada. De la misma manera, también están legitimadas —para negociar acuerdos contractuales y, en su caso, para interponer acciones judiciales— otras asociaciones o entidades que protegen los intereses de otros beneficiarios de límites, tales como, entre otras posibles, la Organización Nacional de Ciegos de España (ONCE) para los beneficiarios del límite del artículo 31 bis LPI —al menos los minusválidos visuales—, la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (CRUE) para los límites de los artículos 32.2, 34.2.b) y 135.1.b) LPI, o, en fin, la Asociación Española de Radiodifusión Comercial (AERC) o la Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) para el límite del artículo 36.3 LPI.

C) *La medida tecnológica permisiva de un número de copias*

56. El artículo 6.4, párrafo segundo, de la Directiva faculta a los Estados, en los términos que ya hemos examinado, para adoptar las medidas pertinentes para asegurar el disfrute por los beneficiarios del límite de copia privada, «a menos que los titulares hayan hecho ya posible la reproducción para uso privado en una medida necesaria para el disfrute de la excepción o limitación contemplada y de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del apartado 2 del artículo 5 y en el apartado 5 del mismo artículo, sin impedir a los titulares de los derechos la adopción de medidas adecuadas respecto del número de reproducciones de conformidad con tales disposiciones». En un contexto más amplio —pero también más confuso—, el considerando 52 se refiere igualmente a la posibilidad de que los titulares adopten «medidas tecnológicas que

sean compatibles con las excepciones o limitaciones en materia de copia privada establecidas en su derecho nacional de acuerdo con la letra b) del apartado 2 del artículo 5, teniendo en cuenta la condición de compensación equitativa prevista en dicha disposición y la posible diferenciación entre diversas condiciones de uso de acuerdo con el apartado 5 del artículo 5, como el control del número de reproducciones».

El sentido de estas previsiones es claro. Partiendo del principio de que los titulares son libres para adoptar medidas tecnológicas que impidan la copia privada, y de que los Estados pueden —si así lo estiman conveniente— establecer disposiciones que la salvaguarden frente a dichas medidas, en cuyo caso los titulares habrán de adoptar los medios pertinentes para garantizar el disfrute por los beneficiarios de dicho límite, la finalidad de estas previsiones es dejar bien sentado que la obligación de los titulares de facilitar ese disfrute quedará cumplida si la medida tecnológica utilizada les permite realizar un número de reproducciones que la Directiva no predetermina pero que, en todo caso, habrá de ser suficiente para garantizar el disfrute de la excepción o limitación. La adopción de una medida tecnológica permisiva de un número de reproducciones es una forma que el titular tiene de facilitar a los beneficiarios el disfrute del límite. Por tanto, el titular que adopte una medida tecnológica de esta naturaleza no puede ser obligado por el Estado, ni requerido por los beneficiarios, para adoptar otra diferente, pues se presume, *iuris et de iure* y a todos los efectos, que el titular que actúa de esa manera ya ha hecho lo que le era exigible para facilitar a los beneficiarios el disfrute del límite. Se trata de una previsión que proporciona al titular una seguridad incuestionable acerca de un posible modo de cumplimiento de su deber de dar satisfacción a los beneficiarios del límite de copia privada, pero que obviamente no impide la adopción de otros medios que respondan a esa misma finalidad y consigan, de igual forma, esa satisfacción.

57. De todos modos, la Directiva no es en este punto imperativa, sino dispositiva, de manera que corresponde a los Estados miembros decidir, en primer lugar, si la utilización por el titular de una medida tecnológica que permita un número de reproducciones puede ser considerada como un cumplimiento por su parte de la obligación que sobre él pesa de facilitar el disfrute de la excepción de copia privada, y, en segundo lugar, y una vez que se ha optado por esa alternativa, especificar qué número de reproducciones ha de entenderse como suficiente para satisfacer ese disfrute. El hecho de que el Estado no se acoja a la facultad dispensada por la Directiva no significa, sin embargo, que los titulares no puedan facilitar la satisfacción de los beneficiarios mediante la utilización de una medida que, sin embargo, permita a éstos realizar un número determinado de copias.

58. Los Estados que decidan hacer uso de la facultad que les concede la Directiva deberán establecer el número de reproducciones respetando las exigencias derivadas del test de las tres fases. Este es el sentido que tiene la referencia que el artículo 6.4, párrafo segundo, de la Directiva hace al artículo 5.5 de la

Directiva. Ello significa que, en relación con el límite de la copia privada, el test de las tres fases cumple una doble función en dos momentos distintos. En un primer momento, sirve para definir el alcance del límite de copia privada, lo que significa que, al establecer los requisitos de dicho límite en el marco de lo establecido por la letra b) del artículo 5.2 de la Directiva, el legislador nacional deberá ser respetuoso con las exigencias que se derivan del test de las tres fases. Pero, en un segundo momento, y una vez definido el alcance del límite de copia privada, si el legislador decide además adoptar una disposición relativa a las medidas tecnológicas permisivas de un número determinado de copias, deberá ser igualmente respetuoso del mencionado test y no fijar un número de copias tal que vulnere las exigencias que se derivan del mismo.

59. La legislación española proyectada ha decidido hacer uso de la facultad concedida por la Directiva y en el artículo 161.4 LPI señala que «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, que faciliten un número máximo de reproducciones en concepto de copia privada, que deberá ser como mínimo de tres. En estos supuestos —prosigue el precepto—, 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». La norma ha sabido comprender correctamente la principal consecuencia de la medida tecnológica permisiva de un número determinado de reproducciones, que no es otra que garantizar el disfrute del límite de copia privada y, paralelamente, impedir a sus beneficiarios cualquier petición tendente a preservar dicho disfrute porque, por definición, el mismo ya se encuentra respetado por la medida tecnológica permisiva de un número determinado de reproducciones.

El aspecto más polémico se refiere, sin embargo, a ese número. El precepto lo ha fijado en un mínimo de tres. Es evidente que, en la práctica, lo que la ley exige como mínimo será lo que los titulares permitan como máximo: si la ley da por buenas medidas tecnológicas que permitan tres copias, no será fácil que los titulares concedan cuatro o cinco. El problema es saber si ese número es respetuoso con la regla de los tres pasos. El único Estado que, además de España, prevé acogerse a esta facultad de la Directiva es Francia, si bien los trabajos en curso en el país vecino no exigen que las medidas tecnológicas permitan más de una única reproducción¹⁰⁴. La objeción a la que

¹⁰⁴ El texto del proyectado artículo L. 331-6 CPI dispone: «Les titulaires des droits ont la faculté de prendre des mesures permettant de limiter le nombre de copies. Ce nombre ne peut être inférieur à un, lorsque l'œuvre, le phonogramme, vidéogramme ou programme a été licitement acquis». La referencia al número de copias -más bien «copia», en singular, puesto que sólo es una- procede de la aceptación de la enmienda núm. 30 por la Comisión correspondiente de la Asamblea Nacional francesa. Véase el *Rapport* de la Comisión de leyes constitucionales, de legislación y de la Administración general de la República al Proyecto de Ley relativo al derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información, presentado por el Diputado M. Christian VANNESTE, distribuido el 7 de junio de 2005 y publicado en la documentación de la *Assemblée Nationale* con el núm. 2349 (ahora, en concreto, pág. 184).

se somete la más restrictiva disposición francesa es saber si la permisión de una única copia constituye una satisfacción suficiente para los beneficiarios del límite, habida cuenta de que también en Francia se considera que el uso privado es compatible con un uso colectivo restringido (*circle de famille*).

D) *La deslegalización del sistema de relaciones entre medidas tecnológicas de protección y límite de copia privada*

60. La Exposición de Motivos, apartado IV, afirma que el Proyecto «introduce un elemento ágil que permita al Gobierno, si las circunstancias sociales o tecnológicas cambiaran y así lo aconsejaran, excluir dicho límite [de copia privada] de entre aquellos que permitan reclamar el levantamiento de las medidas tecnológicas de protección». Esta declaración de principios toma cuerpo normativo en la Disposición Adicional única, párrafo primero, del Proyecto, rubricado «Medidas tecnológicas y límite de copia privada», del siguiente tenor: «El Gobierno, en atención a las necesidades de carácter social, así como en atención a la evolución tecnológica, podrá modificar mediante real decreto lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 4 del artículo 161 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en lo referente a la relación entre las medidas tecnológicas y el límite de copia privada»¹⁰⁵. Este precepto se hace eco de alguna manera del deseo reflejado en la Directiva de examinar periódicamente el impacto de las medidas tecnológicas sobre la copia privada digital, atribuyendo competencias en este sentido al Comité de Contacto creado por la propia Directiva¹⁰⁶. El precepto suscita algunas consideraciones de tipo material y también formal.

61. Desde la perspectiva material, se aprecia una falta de sintonía entre la declaración de la Exposición de Motivos y su plasmación en la Disposición adicional única, párrafo primero. En efecto, mientras que la Exposición de Motivos señala que la habilitación al Gobierno es para permitirle, si así lo aconsejan las circunstancias, excluir el límite de copia privada de entre aquellos que obligan al titular a adoptar los medios adecuados para garantizar su disfrute, el párrafo primero de la Disposición adicional única contempla el objeto de la habilitación gubernamental de un modo más amplio: «modificar [...] la relación entre las medidas tecnológicas de protección y el límite de copia privada». O más precisamente, modificar lo previsto en los apartados 1, 2 y 4 del artículo 161 LPI en lo concerniente a la relación entre las medidas tecnológicas de protección y el límite de copia privada. En consecuencia, la habilitación permitiría al Gobierno no sólo excluir la copia privada de entre las excepciones o li-

¹⁰⁵ No es fácil conjeturar cuáles podrían ser esas «necesidades de carácter social» que permitirían al Gobierno ejercer la habilitación contenida en este precepto.

¹⁰⁶ En efecto, la Directiva crea un Comité de Contacto formado por representantes de las autoridades competentes de los Estados miembros y presidido por un representante de la Comisión (art. 12.3). Entre otras funciones, corresponde al Comité «actuar como un foro de evaluación del mercado digital de las obras y otras prestaciones, incluidos la copia privada y el uso de medidas tecnológicas» [letra d) del art. 12.4].

mitaciones que autorizan a sus beneficiarios solicitar al titular —y en su caso al Juez— el levantamiento de la medida tecnológica de protección [lo que podría hacerse mediante la derogación sin más de la letra a) del artículo 161.1 LPI], sino también realizar otras modificaciones del régimen establecido en los mencionados apartados, siempre que el ámbito de la modificación afecte únicamente a la copia privada¹⁰⁷. Las posibles modificaciones son de variada índole. Por ejemplo, el Gobierno podrá establecer un sistema de resolución de conflictos entre medidas tecnológicas y límite de copia privada que no sea el recurso ante la jurisdicción civil, sino la intervención de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual. También podrá alterar, al alza o a la baja, el número mínimo de reproducciones que ha de facilitar la medida tecnológica utilizada por el titular para que se entienda cumplida su obligación de facilitar a los beneficiarios el disfrute del límite. También podrá derogar sin más el apartado 4 del artículo 161 LPI. Pues en definitiva, quien puede lo más (excluir la copia privada de entre las excepciones o limitaciones que han de ser respetadas por las medidas tecnológicas) puede también lo menos (mantener la copia privada en esa situación, aunque sin aclarar cuándo se considera que el titular ha cumplido con su obligación de tomar las medidas necesarias para facilitar el disfrute del límite).

62. La cuestión formal que plantea la Disposición adicional única, párrafo primero, del Proyecto se refiere a si la deslegalización que se opera el precepto a favor del Gobierno se ajusta al sistema constitucional de fuentes del derecho¹⁰⁸. En palabras de la Sentencia de 23 de junio de 1982¹⁰⁹, la deslegalización se produce «cuando en virtud de una Ley formal, que no entra en la regulación de la materia de que se trate, se faculta a la Administración para acordar cuantas medidas conduzcan al logro de un objetivo determinado, independientemente del rango jerárquico de las normas que hayan de ser modificadas o derogadas, lo que equivale a una degradación de las Leyes formales que regulaban la materia que en virtud de su deslegalización pueden ser modificadas o derogadas en lo sucesivo por vía reglamentaria, potestad innovadora que conserva la Administración mientras no se vuelva a elevar el rango normativo de la materia de que se trate» (Considerando segundo). El Tribunal Constitucional participa sustancialmente de este concepto cuando señala que la deslegalización supone «la reducción del rango normativo de una materia regulada por norma legal en el momento en que se dicta la Ley deslegalizadora de tal manera que a partir de ésta y en su virtud pueda ser regulada por normas reglamentarias» [Sentencia 29/1986, de 20 de febrero; FJ 2 c)]. Esta definición es válida para el caso que nos ocupa, pues existe una regulación con rango de ley —contenida en la LPI— de la materia que se

¹⁰⁷ La habilitación al Gobierno contenida en la Disposición adicional única, párrafo primero, se refiere únicamente al límite de copia privada, pero no a las restantes excepciones o limitaciones contempladas en el artículo 161.1 LPI.

¹⁰⁸ La misma duda se suscita, por cierto, en relación con el apartado 25 del artículo 25 LPI, en la redacción dada por el Proyecto («El Gobierno podrá modificar por vía reglamentaria lo establecido en los apartados 13 a 21»), que también autoriza al Gobierno a modificar disposiciones con rango de ley.

¹⁰⁹ RJ 1982, 4845.

deslegaliza, y es precisamente esa regulación la que se deslegaliza, produciéndose así, para lo sucesivo, una degradación de su rango normativo (de ley a reglamento)¹¹⁰.

63. La Constitución «no ha establecido cortapisas especiales para llevar a cabo la deslegalización de materias»¹¹¹, por lo que es lícita «mientras no recaiga sobre una materia reservada a la ley»¹¹². La jurisprudencia es muy cuidadosa en la salvaguarda de este límite. En este sentido, la Sentencia de 8 de octubre de 1982¹¹³ afirmó que «la deslegalización de una materia no sometida a la llamada reserva de Ley es válida» (Considerando tercero), y, más recientemente, la de 23 de mayo de 1995¹¹⁴, en un conflicto del que repetidamente se ha ocupado el Tribunal Supremo (la obtención del título de médico especialista al amparo de cierta normativa preconstitucional) señala que «la técnica deslegalizadora tiene un límite: las materias constitucionalmente reservadas a la Ley» (Fundamento de Derecho tercero). También el Tribunal Constitucional ha sido riguroso en la observancia de este respeto a la reserva de ley¹¹⁵.

La propiedad intelectual está constitucionalmente reservada a una norma con rango de ley. Esta afirmación no se basa en la mención que el artículo 429 CC hace a «la ley sobre propiedad intelectual», pues las únicas reservas de ley que han de respetarse en cualquier deslegalización son las que vienen impuestas *ex*

¹¹⁰ La jurisprudencia señala que la deslegalización constituye «una manipulación del rango de las normas» [entre otras, Sentencias de 7 de mayo de 1987 (RJ 1987, 5241) y 23 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 9197)]. En precisa definición de E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, 4.ª ed., 1983, pág. 274: «Una Ley de deslegalización opera como un *contrarius actus* de la Ley anterior de regulación material, pero no para innovar directamente esta regulación, sino para degradar formalmente el rango de la misma de modo que pueda ser modificada en adelante por simples Reglamentos». En esos mismos términos, entre otros muchos, L. MORELL OCANA, *Curso de Derecho administrativo*, I, 3.ª ed., 1998, pág. 91.

¹¹¹ Sentencia de 30 de enero de 1992 (RJ 1992, 728), Fundamento de Derecho quinto.

¹¹² Sentencia de 24 de enero de 1986 (RJ 1986, 15), Fundamento de Derecho quinto.

¹¹³ RJ 1982, 5910.

¹¹⁴ RJ 1995, 3867.

¹¹⁵ Probablemente el caso más elocuente en este sentido es de la Sentencia 83/1984, de 24 de julio, en cuyo Fundamento Jurídico cuarto se lee lo siguiente: «Este principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador. Esto se traduce —prosigue el Tribunal— en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que puedan resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley. Y este criterio aparece contradicho con evidencia mediante cláusulas legales, del tipo de la que ahora se cuestiona, en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada; esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir».

Constitutione, pero no las derivadas de una norma con rango de ley que, a la postre, no es jerárquicamente superior a la ley deslegalizadora. Esa afirmación tampoco se basa en la referencia que el artículo 149.1.9.^a CE hace a la «legislación sobre propiedad intelectual», pues, de una parte, «legislación» no es lo mismo que «ley», y, de otra, la finalidad de ese precepto es señalar las materias que constituyen competencia exclusiva del Estado, y no establecer materias constitucionalmente reservadas a la ley. La anterior afirmación se basa en que la propiedad intelectual es una forma de propiedad privada, y el derecho de propiedad privada está constitucionalmente amparado por una reserva de ley (cfr. arts. 33.1 y 53.1 CE). Desde esta perspectiva pueden plantearse ciertamente algunas dudas sobre la constitucionalidad de la deslegalización que analizamos, aunque parece más seguro resolver esas dudas en sentido negativo. El Tribunal Constitucional únicamente ha declarado la inconstitucionalidad de normas deslegalizadoras por infracción de la reserva de ley cuando ha enjuiciado una norma que «en cuanto tiene de habilitación genérica, equivale a una deslegalización y, por tanto, viola la reserva de ley constitucionalmente establecida, y es contraria a la Constitución» (Sentencia 83/1984, FJ 5, a propósito de la reserva de ley del art. 36 CE). Es cierto que en otra ocasión, el propio Tribunal ha condenado, precisamente en relación con la reserva de ley del artículo 33 CE, «toda operación de deslegalización de la materia»¹¹⁶. Sin embargo, esta afirmación del Tribunal no parece que tenga la suficiente virtualidad como para considerar inconstitucional la norma deslegalizadora del Proyecto que analizamos, ya que, por un lado, se produce en un contexto más general del cual no debe ser separada y leída aisladamente¹¹⁷, y, por otro lado y sobre todo, la reserva de ley a la que se refiere el Tribunal con esa afirmación no es la del artículo 33.1 CE, en materia de propiedad privada, sino la del artículo 33.2 CE, en relación con «las leyes» de acuerdo con las cuales la función social delimitará el contenido del derecho de propiedad privada.

64. En definitiva, una vez en vigor el Proyecto, y si se mantiene en sus actuales términos la Disposición adicional única, párrafo primero, el Gobierno podrá alterar por reglamento el sistema de relaciones entre las medidas tecnológicas de protección y el límite de copia privada. No sólo una vez, sino las veces que tenga por conveniente mientras que la deslegalización subsista en vigor. Es decir, mientras que el Parlamento no reclame de nuevo para sí esa materia mediante la promulgación de una norma con —de nuevo— rango de ley. Lo que podrá hacer en cualquier momento, pues, como atinadamente señaló la ya mencionada Sentencia de 8 de octubre de 1982, «la deslegalización es un acto del poder legislativo sujeto siempre a revocación y enmienda o restricción por cualquier disposición con rango de ley» (Considerando tercero).

¹¹⁶ Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, FJ 3. Se trata de la Sentencia que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley andaluza de Reforma Agraria.

¹¹⁷ El pasaje íntegro de la Sentencia dice así: «Prohíbe esta concreta reserva de Ley toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por reglamentos independientes o *extra legem*, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos» (FJ 3).

E) *La comunicación ministerial de las medidas tecnológicas de protección
E) relativas a la copia privada*

65. Conforme a la Disposición Adicional única, párrafo segundo, del Proyecto, «las entidades de gestión informarán semestralmente al Ministerio de Cultura y al de Industria, Turismo y Comercio sobre la aplicación que se haga de las medidas tecnológicas a las que se refiere el apartado anterior». La norma impone a las entidades de gestión una obligación de comunicación a los Ministerios mencionados sobre la aplicación de las medidas tecnológicas «a que se refiere el apartado anterior», es decir, las que afectan al límite de copia privada. Este deber de comunicación se relaciona con la facultad reconocida al Gobierno de modificar el sistema de relaciones entre las medidas tecnológicas y el límite de copia privada. En efecto, se trata de que las entidades proporcionen a los Ministerios citados esa información con la finalidad de que el Gobierno tenga un conocimiento real sobre el funcionamiento práctico de ese sistema de relaciones, como paso previo para proceder, en su caso, a la modificación del mismo. De este modo, las entidades colaborarían con el Gobierno en orden a la instauración de un sistema de relaciones entre las medidas tecnológicas y el límite de copia privada más acorde con la evolución tecnológica y con las prácticas existentes en el mercado español. La norma, que necesitará un desarrollo reglamentario en el que se detallan algunos de sus extremos (contenido de la información, modelos estandarizados...), no prevé ninguna sanción para el caso de que las entidades no cumplan con ese deber, o lo cumplan sólo de manera parcial. Se aplicarán por tanto en este punto las previsiones generalmente aplicables para el caso en que una entidad de gestión incumpla obligaciones legales (cfr. arts. 149 y 159.1 LPI)¹¹⁸.

66. No obstante, la efectividad de esta obligación plantea algunos problemas de orden práctico. El primero es que no todos los titulares de derechos de propiedad intelectual pertenecen, ni tienen obligación de hacerlo, a una entidad de gestión, por lo que las entidades no van a poder tener en ningún caso un conocimiento total sobre con qué alcance se utilizan medidas tecnológicas de protección y cómo se ve afectado el límite de copia privada como consecuencia de las mismas. El segundo problema es que la decisión sobre el empleo de una medida tecnológica para la protección de la obra o prestación corresponde al titular del derecho de propiedad intelectual, no a la entidad de gestión a la que eventualmente ese titular pertenezca. Es cierto que las enti-

¹¹⁸ Con todo, la aplicación del artículo 149 LPI plantea algunos problemas en el caso de que las entidades no cumplan el deber que estamos examinando. El citado precepto prevé la revocación de la autorización de funcionamiento si la entidad incumpliera gravemente las obligaciones establecidas «en este Título». Lo que no sucede en nuestro caso porque la obligación está impuesta por la Disposición adicional única de la Ley de reforma de la LPI, y no por el Título IV del Libro III de la LPI, regulador de las entidades de gestión. Ahora bien, si una entidad requerida para ello no suministra a los Ministerios la información exigida por la Disposición adicional única, párrafo segundo, del Proyecto, entonces incurrirá en el incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 159.1 LPI y, concurriendo los restantes requisitos exigibles, cabrá la revocación de la autorización *ex* artículo 149 LPI.

dades de gestión están llamadas a desempeñar un importante papel en relación con las medidas tecnológicas¹¹⁹. Pero también lo es que las entidades no son las que van a decidir si una obra o prestación ha de ser protegida por una medida tecnológica (salvo que el titular le autorice a ello), ni son tampoco las que ponen en el mercado las obras o prestaciones eventualmente protegidas por medidas, tarea ésta que corresponde a las industrias culturales (productores, editores, radiodifusores, distribuidores...). En consecuencia, ni siquiera en relación con aquellos titulares que hayan confiado la administración de sus derechos a las entidades de gestión, éstas van a estar, siempre y en todo caso, en condiciones óptimas para cumplir con el deber que les impone la Disposición adicional única, párrafo segundo, del Proyecto de reforma de la LPI. De ahí que sea legítimo dudar sobre la efectividad práctica de esa previsión en orden al cumplimiento de la finalidad que con ella se persigue.

5. LAS OPCIONES DE OTROS ESTADOS MIEMBROS

67. Frente a la opción plasmada por el (pre)legislador español en los artículos 161.1, letra a), y 161.4 LPI, en la redacción prevista por el Proyecto, otros Estados miembros han sido menos condescendientes con la excepción de copia privada cuando la obra o prestación se encuentra protegida por medidas tecnológicas. A pesar de que el carácter facultativo u opcional de las excepciones o limitaciones previstas en el artículo 5 de la Directiva 2001/29 —con la conocida salvedad de la establecida en su apartado 1— permitía vaticinar una amplia heterogeneidad en las soluciones que los Estados miembros adoptarían en su Derecho interno al reglamentar las excepciones o limitaciones, como efectivamente ha sucedido¹²⁰, lo cierto es que todos ellos han reconocido el límite de copia privada, bien manteniendo la reglamentación que sobre él ya existía antes de la Directiva, bien reformándola con la finalidad de adaptarla a las exigencias de la letra b) de su artículo 5.2. Ahora bien, el comportamiento de los Estados miembros no ha sido unánime a la hora de garantizar la copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección. Mientras que algunos han seguido el mismo criterio por el que ha optado el Proyecto de reforma de la LPI, otros han decidido no establecer ninguna salvaguarda para el límite de copia privada, colocándose de este modo en la misma dirección en la que se orientaban los borradores de 2002 y 2003. Así lo revela un análisis circunstanciado de las leyes de implementación ya promulgadas¹²¹.

¹¹⁹ Algunas consideraciones sobre esta materia en J. P. CUNARD/K. HILL/C. BARLAS, «Evolución reciente en el campo de la gestión de los derechos digitales», documento OMPI SCCR/10/2, 1 de agosto de 2003, presentado en la décima sesión del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, celebrada en Ginebra del 3 al 5 de noviembre de 2003, págs. 113 ss.

¹²⁰ Cfr. M. FABIANI, «Le eccezioni e limitazioni ai diritti degli autori nella Direttiva 2001/29/CE e nella sue attuazione nei paesi della Comunità», *Dir.Aut.* 2005, págs. 137 ss., donde se concluye (pág. 151) constatando la gran variedad de regulación en los Estados miembros.

¹²¹ Un apunte sobre esta diversidad puede verse en N. BRAUN, «The Interface between the Protection of Technological Measures and the Exercise of Exceptions to Copyright and Related Rights: Comparing the Situation in the United States and in the European Community» *EIPR* 2003, págs. 496-503, particularmente págs. 501 ss.

68. Si mi información no es incorrecta, resulta que no han salvado la copia privada en su confrontación con las medidas tecnológicas las leyes de Grecia (art. 66A, apartado 5, de la Ley 2121/1993, en su redacción de 2002)¹²², Dinamarca [art. 75 d (1), de la Ley de Derecho de Autor, en la redacción de 2002]¹²³, Reino Unido [sec. 296ZE (1) y (2), en relación con la *Schedule 5A*, de la *Copyright, Designs and Patents Act* de 1988, en la redacción de 2003]¹²⁴, Alemania [§ 95b(1), apartado 6, UhrG, en la redacción de 2003]¹²⁵ y Bélgica (art. 79 bis, §2, de la Ley de 1994, en la redacción de 2005)¹²⁶. Han optado por la posición contraria las leyes de Luxemburgo (art. 71 quinquies, apartado 2.º, de la Ley de 2001, en su redacción de 2004)¹²⁷, Portugal (art. 221.1, del Código de 1985, en su redacción de 2004)¹²⁸ y Holanda [art. 29a (4) de la Ley de Derecho de Autor, en su redacción de 2004]¹²⁹. También se orienta en esta dirección el proyecto de ley francés de 2003¹³⁰.

69. Aunque por motivos diferentes, merecen un análisis separado las opciones normativas adoptadas por Italia y Austria. Italia ha optado por resolver el conflicto de una manera singular y sin parangón en ningún otro Estado comunitario. En efecto, tras la reforma de la *Legge sul diritto d'autore* por obra del Decreto legislativo de 9 de abril de 2003, de incorporación de la Directiva 2001/29, el artículo 71 sexies, apartado 1, autoriza la reproducción privada de fonogramas y videogramas en cualquier soporte, efectuada por una persona física para uso exclusivamente personal, siempre que sea sin fin de lucro y sin fines directa o indirectamente comerciales, respetando las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 102 quater. El precepto se aplica únicamente a la re-

¹²² La copia privada no aparece incluida en la enumeración que ese precepto realiza de las excepciones y limitaciones que hacen ceder las medidas tecnológicas, condición que sí se reconoce en cambio, entre otras, a la excepción de reprografía (art. 18 de la Ley griega 2121/1993).

¹²³ La copia privada se encuentra recogida en el artículo 12 de la Ley de Derecho de Autor, y no aparece mencionada en la enumeración de excepciones y limitaciones del citado artículo 75 d (1), que son las que hacen ceder las medidas tecnológicas de protección.

¹²⁴ En el Reino Unido no existe en puridad una excepción de copia privada al modo continental. La *Schedule 5A* salva de las medidas tecnológicas la excepción de *recording for purposes of time-shifting* de la sec. 70 para los autores y productores, y de la sec. 17A de la *Schedule 2* para los artistas.

¹²⁵ La excepción de copia privada está contemplada en el § 53(1) UhrG, pero sólo la reproducción en papel o soporte similar por cualquier procedimiento fotomecánico u otro procedimiento con efecto similar, y no la copia privada en sentido estricto, es preservada frente a las medidas tecnológicas.

¹²⁶ La excepción de copia privada se regula en el artículo 22, § 1, 5.º de la Ley belga de 1994 en relación con el derecho de autor, y en su artículo 46.4.º en relación con los derechos conexos. Ni uno ni otro aparecen en la enumeración de excepciones y limitaciones del citado artículo 79 bis, §2.

¹²⁷ Este precepto de la Ley de 2001 se refiere a las reproducciones privadas contempladas en los artículos 10.4.º (para el derecho de autor) y 46.4.º (para los derechos conexos) de la misma Ley.

¹²⁸ Este precepto del Código de 1985 se refiere entre otras a la excepción de copia privada prevista en el artículo 75.2.a) del mismo Código.

¹²⁹ Este precepto se refiere, entre otros, a los artículos 16b (1) y 16c (1), donde se tipifica la excepción de copia privada.

¹³⁰ Puede verse en *Assemblée Nationale*, documento núm. 1206, de 12 de noviembre de 2003. El proyecto prevé incorporar al *Code de la Propriété Intellectuelle* un nuevo artículo L. 331-6 en que se dispondría la salvaguarda frente a las medidas tecnológicas de la excepción de reproducción para uso privado prevista en el número 2.º del artículo L. 122-5 (para el derecho de autor) y en el número 2.º del artículo L. 211-3 (para los derechos conexos). Esta solución se mantiene en el Informe sobre el proyecto evacuado por la correspondiente Comisión parlamentaria (cfr. *Assemblée Nationale*, documento núm. 2349, de 1 de junio de 2005, págs. 88 y 183).

producción, en esas condiciones, de fonogramas y videogramas, y no de cualesquiera otras obras o prestaciones protegidas¹³¹. Pues bien, conforme al apartado 2 de ese mismo artículo 71 sexies, los titulares de los derechos deben consentir que, a pesar de la aplicación de las medidas tecnológicas del artículo 102 quater, la persona física que haya adquirido la posesión legítima de los ejemplares de la obra o del material protegido, o haya tenido acceso legal a ellos, pueda efectuar una copia privada, aunque analógica, para uso personal, siempre que tal posibilidad no afecte al aprovechamiento normal de la obra o de los otros materiales y no cause un perjuicio injustificado a los titulares de los derechos¹³². De donde se deduce que la salvaguarda de la copia privada sólo existe cuando tiene por objeto fonogramas y videogramas, y con la importante particularidad de que, sea cual fuere el soporte que se utiliza para hacer la copia (o más precisamente, incluso si ese soporte es digital), la copia que cabe obtener al amparo de la excepción sólo puede ser analógica. En definitiva, no está preservada la realización de copia privada digital —aunque el soporte lo sea— sino sólo de copia privada analógica. La solución no es evidentemente la deseada por los beneficiarios del límite de copia privada, y quedará obsoleta con rapidez como consecuencia del progresivo desuso de los soportes y aparatos analógicos, pero lo cierto es que no puede tildarse de contraria al Derecho comunitario. Los Estados son libres para determinar si, y en qué condiciones, la excepción de copia privada queda preservada ante las medidas tecnológicas de protección. Por tanto, si la legislación italiana habría podido, sin infringir la Directiva, no establecer ninguna regla de salvaguarda de la copia privada frente a las medidas tecnológicas, también puede reconocer, como efectivamente ha hecho, determinada eficacia de la copia privada en esas condiciones, a pesar de que esa eficacia sea mínima, de que la calidad de la copia sea inferior a la del original y, en fin, de que los avances tecnológicos la hagan en breve plazo —si es que no sucede ya así— muy poco atractiva para los beneficiarios¹³³.

70. También merece una atención particular la solución adoptada por la ley austriaca. El § 90c (1), introducido por la *Urheberrechtsgesetz-Novelle* de 2003, únicamente concede protección a las medidas tecnológicas destinadas a impedir o limitar las violaciones del derecho de autor¹³⁴. En cambio, el artículo

¹³¹ Por todos, L. C. UBERTAZZI, *La legge sul diritto d'autore*, 2004, pág. 174. La copia privada en relación con obras está regulada en el artículo 68 de la *Legge*.

¹³² Literalmente, el artículo 71 sexies, apartado 4, de la *Legge* reza así: «Fatto salvo quanto disposto dal comma 3, i titolari dei diritti sono tenuti a consentire che, nonostante l'applicazione delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater, la persona fisica che abbia acquisito il possesso legittimo di esemplari dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo, possa effettuare una copia privata, anche solo analogica, per uso personale, a condizione che tale possibilità non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechi ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti».

¹³³ Comparto pues plenamente la afirmación de P. SIRINELLI, «La transposition de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information - La situation en France», *Prop.Intell.* 15 (2005), pág. 134: «ce qu'il faudrait éventuellement garantir dans la copie privée, s'il faut garantir quelque chose (il n'y a pas d'obligation pour l'instant), c'est la faculté de copie mais pas la qualité de copie».

¹³⁴ Conforme a dicho precepto, «der Inhaber eines auf dieses Gesetz gegründeten Ausschließungsrechts, der sich wirksamer technischer Maßnahmen bedient, um eine Verletzung dieses Rechts zu verhindern oder einzuschränken [...]».

lo 6.3 de la Directiva obliga a los Estados a conceder protección jurídica a las medidas tecnológicas, entendiéndose por tales toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas «que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por la ley». Al comparar ambos preceptos se ha advertido sobre el posible incumplimiento por parte del legislador austriaco de la obligación impuesta por la Directiva, poniendo precisamente como ejemplo la copia privada. Según esta opinión¹³⁵, la Directiva obliga a proteger las medidas tecnológicas que tratan de impedir o limitar la copia privada, mientras que conforme a la ley austriaca esa protección parece que no existiría en la medida en que la copia privada no constituye una violación (*Verletzung*) del derecho de autor porque se encuentra amparada por una excepción o limitación.

En lo que se refiere concretamente a la previsión de medios adecuados para garantizar las excepciones frente a las medidas tecnológicas, la ley austriaca no se ha ocupado de la materia, sino que ha encargado al Ministerio de Justicia preparar un informe antes del 1 de julio de 2004 para examinar la incidencia de las medidas tecnológicas en el disfrute de los límites por los beneficiarios. Esta opción puede plantar también algún problema de compatibilidad con la Directiva.

IV. LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DEL CONSUMO

1. LAS OBRAS Y PRESTACIONES TUTELADAS POR UN DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL 1. COMO BIENES DE CONSUMO

71. Algunas de las sentencias francesas que he expuesto con anterioridad (véase la nota 15) resolvían demandas cuyo fundamento jurídico radicaba en la presunta violación por parte de los productores —fonográfico en unos casos, audiovisual en otros— de los derechos reconocidos a los consumidores como consecuencia de la utilización por aquéllos de medidas tecnológicas de protección de sus respectivas prestaciones. Merece la pena detenerse brevemente sobre esta cuestión y examinarla desde la óptica del Derecho español.

72. No se puede negar la existencia de puntos de encuentro entre el Derecho de propiedad intelectual y el Derecho del consumo¹³⁶. Quienes compran soportes materiales, del tipo que sea (libro, CD, DVD, programa de ordenador,

¹³⁵ M. M. WALTER, «The Implementation of the InfoSoc Directive in Austria. The Copyright Amendment 2003», *RIDA* 202 (2004), pág. 69.

¹³⁶ Véase sobre esta materia el trabajo de P. CÁMARA ÁGUILA, «Conflits entre droit d'auteur et droit de la consommation», ponencia presentada en el Congreso de ALAI celebrado en París del 18 al 21 de septiembre de 2005, de la que he podido disponer por cortesía de la autora. Una buena visión de conjunto sobre los problemas involucrados en este campo puede verse en L. GIBAUT/N. HELBERGER, *Copyright Law and Consumer Protection*, febrero de 2005, trabajo realizado por encargo del *European Consumer Law Group* y disponible en www.ivir.nl.

videojuego...), en los que está incorporada una obra o prestación tienen la consideración legal de consumidores si el vendedor es un empresario o profesional y la cosa adquirida es utilizada o disfrutada por el comprador como destinatario final, es decir, sin integrarla en un ulterior proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (art. 1.2 y 3 LCU). De la misma manera, y si se cumplen los mismos requisitos, quien disfruta de la obra o prestación puesta a disposición del público por su titular, o por un tercero autorizado por él, de tal manera que accede a ella desde el lugar y en el momento que elige, es un usuario en el sentido legal del término siempre que, también aquí, no integre el servicio que recibe —el disfrute de la obra o prestación— en un ulterior proceso empresarial o profesional.

La existencia de consumidores o usuarios en este tipo de supuestos desencadena la aplicación a tales contratos de venta o de prestación de servicios de las normas específicamente dictadas para la tutela de sus derechos e intereses, así como de las normas reguladoras de tales contratos incluidas en el Código Civil. En consecuencia, y según las situaciones, podrán ser de aplicación a tales contratos no sólo la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, sino también otras, como por ejemplo (i) la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, si bien el régimen de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores se encuentra recogido en la Ley de 1984; (ii) la Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que en sus artículos 19 a 22 contiene normas sobre comunicaciones comerciales por vía electrónica, y en sus artículos 23 a 29 normas sobre contratación por vía electrónica; (iii) la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación a diversas Directivas comunitarias (véase particularmente la Disposición adicional primera de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, relativa a la prestación de servicios a distancia); y (iv) la Ley 23/2003, de 10 de julio, sobre Garantías en las Ventas de Bienes de Consumo, que se refiere a la falta de conformidad con el contrato de los bienes comprados. También serán de aplicación, cuando concurren sus respectivos presupuestos de hecho, las normas sobre indicación de precios de los productos (Real Decreto 3423/2000, de 15 de diciembre) o sobre etiquetado, presentación y publicidad de los productos industriales destinados a la venta directa a los consumidores y usuarios (Real Decreto 1468/1988, de 2 de diciembre). La vulneración de estas normas sobre consumo se encuentra comúnmente tipificada como infracción susceptible de sanción administrativa (cfr. arts. 34 ss. LCU, en relación con el aún vigente Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria; existe además una prolija normativa autonómica sobre materia sancionadora), sin perjuicio, como es lógico, de los remedios civiles que pueda articular el consumidor o usuario perjudicado, bien directamente, bien a través de sus asociaciones.

73. En conclusión, no es cuestionable la aplicación de las normas sobre protección de los consumidores o usuarios cuando adquieren un soporte que incorpora una obra o prestación protegida por un derecho de propiedad intelectual, o cuando disfrutan de ella gracias a su puesta a disposición en la red. El hecho de que el soporte material incorpore una obra o prestación de esa naturaleza, o que el servicio prestado consista en facilitar el disfrute de esa obra o prestación, no contradice en modo alguno esa conclusión. Los bienes y servicios culturales —entendiendo por tales, en un sentido acaso impropio, aquellos relativos a una obra o prestación protegida por un derecho de autor o un derecho conexo— no escapan, por razón de su especificidad cultural, a la aplicación de las normas sobre consumo. Dicho en otras palabras, el consumidor o usuario de un bien o servicio cultural no se encuentra, no puede encontrarse, por razón del carácter cultural de ese bien o servicio, menos protegido que los consumidores o usuarios de otro tipo de bienes o servicios.

2. LAS MEDIDAS ANTICOPIA Y LA CONFORMIDAD CON EL CONTRATO DE LOS BIENES VENDIDOS

74. Algunas de las sentencias francesas tantas veces mencionadas aprecian la existencia de un vicio oculto (*vice caché*) en el producto vendido, en la medida en que no prestaría al comprador la utilidad esperada al no poder ser reproducido para uso privado. En terminología más moderna, existiría una falta de conformidad con el contrato del CD audio o vídeo adquirido y que no es posible copiar¹³⁷. Esta falta de conformidad determinaría la aplicación de los remedios previstos a favor del comprador por la Ley 23/2003, de 10 de julio, sobre Garantías en la Venta de Bienes de Consumo de 2003. Sin embargo, es muy cuestionable que la incorporación de una medida tecnológica que impide la copia privada convierta al bien que incorpora la obra o prestación protegida en un bien no conforme con el contrato¹³⁸. Esta opinión se basa en el siguiente razonamiento.

¹³⁷ El empleo del término «producto defectuoso» con referencia al CD que no permite la copia privada convendría ser desterrado. Tanto en el ámbito comunitario como en el interno, esa locución aparece reservada para aquellos productos que no ofrecen la seguridad que legítimamente cabe esperar (art. 3.1 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, que incorpora al Derecho interno la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985).

¹³⁸ Conviene aclarar inmediatamente que el supuesto que se analiza en el texto se refiere únicamente a los bienes tangibles que incorporan obras o prestaciones y que están protegidas por una medida tecnológica. En efecto, la Ley sobre Garantías en la Venta de Bienes de Consumo se aplica únicamente, como se desprende de su propia denominación, a la «venta de bienes», pero no a la prestación de servicios. En consecuencia, no se aplica a la prestación de servicios que tienen por objeto una obra o prestación. Las medidas anticopia no plantean ningún problema cuando la obra o prestación es disfrutada por el consumidor o usuario en el marco de un contrato de prestación de servicios (y no de venta de bienes), es decir, cuando es disfrutada como consecuencia del ejercicio por el titular del derecho de propiedad intelectual, o por un tercero autorizado por éste, de su derecho de puesta a disposición. En tal caso será «lo convenido por contrato» (art. 6.4, párrafo cuarto, de la Directiva 2001/29; análogamente, art. 161.5 LPI, en la redacción del Proyecto), las cláusulas del contrato, las que determinarán las condiciones en que el usuario de la obra o prestación puede realizar copias privadas.

75. El artículo 3.1 de la Ley 23/2003 dispone que, «salvo prueba en contrario, se entenderá que los bienes son conformes con el contrato siempre que cumplan todos los requisitos que se expresan a continuación, salvo que por las circunstancias del caso alguno de ellos no resulte aplicable». El precepto enumera a continuación cuatro requisitos que han de concurrir cumulativamente para que se entienda que los bienes son conformes con el contrato. Esos requisitos son los siguientes: que se ajusten a la descripción realizada por el vendedor y posean las cualidades que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo [letra a)]; que sean aptos para los usos a que ordinariamente se destinan los bienes del mismo tipo [letra b)]; que sean aptos para cualquier uso especial requerido por el consumidor cuando lo haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato, siempre que éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso [letra c)]; y que presenten la calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado [letra d)]. Estos cuatro requisitos constituyen una reproducción, con pocas modificaciones, de los contemplados en el artículo 2.1 de la Directiva 1999/44 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo¹³⁹. Pues bien, con arreglo a estos parámetros es imposible concluir que una obra o prestación protegida con una medida restrictiva de la copia sea un producto no conforme con el contrato en el sentido de la Ley 23/2003.

76. Los requisitos del artículo 3.1 de dicha Ley que más problemas pueden presentar en relación con las medidas anticopias son los contemplados en las letras b) y d). Pero una obra o prestación (piénsese, como ejemplo paradigmático, en un CD o DVD) provista de una medida tecnológica que impide la protección, o que solo la permite en una determinada medida, cumple la exigencia de la letra b) porque es apta para los usos a que «ordinariamente» se destinan los bienes de ese tipo, es decir, para proporcionar al comprador la satisfacción típica y característica del bien de que se trata. El destino ordinario de un CD o DVD es ser objeto de disfrute a través de su escucha —en el caso de la música— o de su visión —en el caso de la imagen—, de manera que, siempre que sea susceptible de una cosa u otra, el bien es conforme con el contrato. Las sentencias francesas que condenan al productor del CD o DVD porque el soporte no puede ser oído o visto en determinado tipo de aparatos reproductores, y consideran que en tal caso existe una falta de conformidad, son correctas: la condena se funda en que el bien comprado no cumple su destino «ordinario» y no satisface, por tanto el interés contractual del comprador. Del mismo modo, también la exigencia de la letra d)

¹³⁹ Sobre la ley española, la Directiva y su implementación en los Estados miembros, cfr. M. J. MARÍN LÓPEZ, *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros*, 2005.

queda colmada en el supuesto que analizamos. Un CD o DVD protegido con una medida restrictiva de la copia no deja por ello de presentar «la calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor pueda fundadamente esperar». Las prestaciones que el consumidor puede esperar de un bien no son las que él desearía tener, sino aquellas que corresponden a «la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o sus representante, en particular en la publicidad o en etiquetado». Pero son también, obviamente, las que el propio ordenamiento jurídico se encarga de definir. Si un ordenamiento declara lícitas las medidas —absoluta o relativamente— restrictivas de la copia privada, es claro que ese mismo ordenamiento no puede ser invocado por el adquirente del bien para denunciar una falta de conformidad. Dicho en otras palabras: un consumidor no puede «fundadamente» esperar la realización de copias privadas de un CD o un DVD si las normas jurídicas reguladoras de esa actividad autorizan a los titulares para restringir las copias¹⁴⁰.

Una de las principales consecuencias que se deriva de la inexistencia de falta de conformidad es que no cabe el ejercicio contra el productor del CD o del DVD de una acción de cesación basada en el artículo 12.1 de la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

77. Lo anterior significa que, en última instancia, la cuestión se reduce a proporcionar al consumidor una información clara, precisa y completa sobre las características técnicas del soporte que adquiere. La *Urheberrechtsgesetz* alemana, en su redacción de 2003, ha introducido un precepto conforme al cual las obras y otros objetos protegidos con medidas técnicas se deben identificar de modo claramente visible con datos sobre las particularidades de tales medidas [§ 95d (1) UrhG]. Se trata de una norma de protección de los consumidores, pero ubicada sistemáticamente en la ley de derecho de autor. Entre nosotros esa función está sobradamente cumplida por el artículo 13 LCU y la amplia legislación de rango reglamento que lo complementa. Es probable que, a la vista de esta exigencia, y con la finalidad de facilitar el propio suministro de la información en el embalaje o en la presentación del producto, se termine por imponer en la práctica una suerte de estandarización o normalización informativa, de tal modo que, mediante el empleo de símbolos, se ponga en conocimiento del consumidor la información a la que tiene derecho¹⁴¹. Pues, al menos, habrá que informar al consumidor sobre si (i) el CD o DVD que adquiere está protegido por alguna medida anticopia; (ii) si, a pesar de ello, la medida anticopia permite la realización de reproducción

¹⁴⁰ Sí hay falta de conformidad, por ejemplo, si el productor asegura que, a pesar de la medida tecnológica, es posible hacer un número determinado de copias privadas y luego resulta que no es así. Pero entonces la falta de conformidad se deriva de otra razón (el producto no presenta las prestaciones que el consumidor puede fundadamente esperar habida cuenta de las declaraciones públicas sobre las características concretas del bien hechas por el fabricante), y no por la existencia de una medida anticopia.

¹⁴¹ Cfr. M. KRETSCHMER, «Digital Copyright: The end of an Era», *EIPR* 2003, págs. 333 ss.

privadas; y (iii) en este caso, qué número máximo de reproducciones privadas cabe hacer. La normativa alemana ha dado un paso más allá y, con la finalidad de facilitar a los beneficiarios el disfrute de las excepciones, obliga al titular que utilice una medida técnica a proveer la obra o prestación protegida con su nombre o su empresa e indicar la dirección de notificación [§ 95d (1) UrhG], esto es, la dirección a la que pueden dirigirse los beneficiarios que se vean impedidos del disfrute de la excepción o limitación como consecuencia de la existencia de la medida. Se trata de una previsión de la que nuestro legislador podría tomar buena cuenta, aunque si no lo hiciera, probablemente una interpretación generosa y articulada del artículo 13 LCU conduciría al mismo resultado.

V. CONCLUSIÓN: EL FUTURO DEL LÍMITE DE COPIA PRIVADA

78. No es en absoluto fácil pronosticar cuál ha de ser el futuro inmediato o medio plazo del límite de copia privada, ni en nuestro ordenamiento jurídico ni tampoco en los de nuestro entorno. Lo más probable es que sean las decisiones de mercado las que incidan en los hábitos «copistas» de los consumidores. Ante todo, habrá que ver si los titulares de derechos sobre obras o prestaciones optan o no por la utilización masiva y generalizada de las medidas anticopia. En tal caso, habrá que constatar cuál es la eficacia real de esas medidas, su grado de implantación y, sobre todo, su efectividad en términos reales. También será importante constatar si la utilización de esas medidas por los titulares se traduce en una diferenciación de los precios por los que cabe adquirir el producto, en función (entre otras variables) de que pueda ser o no copiado y del número de copias que, en su caso, quepa obtener, o si, por el contrario, el precio seguirá siendo una variable insensible a estas sutilezas. Será también interesante comprobar si los productores de soportes son respetuosos con el derecho de información de los consumidores.

Sin embargo, sea cual sea la evolución en términos de mercado, sí es posible realizar algunas afirmaciones más seguras. El origen del límite de copia privada obedece, como es sabido, a la imposibilidad de controlar estas reproducciones sin lesionar la intimidad de los propietarios de los soportes. Puesto que estas reproducciones eran inevitables, lo mejor fue permitir las y prever a cambio una compensación para los titulares. El mundo digital permite ahora, en cambio, controlar esas copias mediante la utilización de medidas tecnológicas y sin invadir la privacidad de los consumidores. Si esto es así, ya no hay las razones que antaño se alegaron como justificación de la copia privada. Es justo entonces que el derecho de reproducción recupere el terreno que perdió en el mundo analógico. O, al menos, es justo replantear si hoy en día tiene sentido, y cuál sea, el mantenimiento de un límite de copia privada que nació y se desarrolló en un contexto tecnológico que poco tiene ya que ver con el actual y con el venidero. Antes hubo buenas razones para que fueran los titulares quienes se resignaran ante lo inevitable, es decir, ante la pérdida de una parcela de su derecho de reproducción; ahora las hay para que sean los

consumidores quienes se resignen a perder los beneficios derivados de la consagración legislativa del límite de copia privada.

79. Pero no todo es el mercado y las razones de la copia privada. Un legislador «electoralista» puede pensar que es mejor tener contentos a los consumidores, que son mucho más numerosos (más votos), que a los titulares. Tampoco cabe descartar que los propios titulares, o sus entidades de gestión, prefieran el mantenimiento del límite y la consiguiente percepción de una compensación equitativa, que administrar un enojoso derecho de autorizar o prohibir. Es muy ilustrativa a este respecto la posición de los artistas en trance de incorporación de la Directiva: ellos mismos han sido los que, contra lo que parecería más de sentido común (es más fuerte un derecho de exclusiva que de remuneración), han pedido y conseguido que su derecho exclusivo de puesta a disposición se considere presuntivamente transferido al productor cuando celebren con él un contrato de producción, a cambio de percibir una remuneración (cfr. art. 108 LPI, en la redacción del Proyecto).