

Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?

MONOGRÁFICO

SUMARIO

Presentación

Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?, por Raquel Xalabarder 2

Artículo

1987-2003: ¿hacia una convergencia internacional?, por Agustín González 7

Mesas redondas

El test de las tres etapas y la comunicación pública 21

Ponentes:

- Mario Sol Muntañola
- Juan José Marín López
- José Carlos Erdozaín López
- Agustín González

La copia privada digital 35

Ponentes:

- Raquel Xalabarder
- María Martín-Prat
- Marta Malmierca
- Javier Ramírez

Documentación del monográfico 56

Créditos 57

Presentación

Raquel Xalabarder

Resumen

De la mano del desarrollo tecnológico, la propiedad intelectual ha ido adquiriendo un papel central en nuestra sociedad. El tiempo transcurrido desde el inicio de la *revolución digital* nos proporciona ya cierta perspectiva. La especulación ha ido dejando paso a respuestas jurídicas concretas, legislativas y jurisprudenciales, que aun siendo de carácter nacional, se sitúan en un marco global. El seminario tiene por objeto examinarlas, tomando como referencia la experiencia de Estados Unidos de América y de los países de la Comunidad Europea, en particular España, que todavía no ha incorporado la Directiva 2001/29/CE, de 22 mayo 2001, sobre Derecho de Autor en la Sociedad de la Información.

Palabras clave

derecho de autor, *copyright*

Tema

Propiedad intelectual

El camino hacia el seminario que hoy nos reúne empezó hace un año, cuando los profesores Ginsburg y Strowel vinieron a Barcelona para participar en una sesión de trabajo en la UOC, con el título «*Copyright's Bad Name: causes and cures?*». No nos pusimos de acuerdo sobre las causas (y menos aún, las curas) de esta reciente tendencia que nos concierne a todos. Pero sí que estuvimos de acuerdo en una cosa: Barcelona merece una segunda visita. Así pues, dejaremos atrás el

* Este monográfico tiene su origen en el seminario celebrado los días 26 y 27 de junio del 2003 en Barcelona. De este seminario se han transcrito y se han publicado una de las ponencias presentadas y las dos mesas redondas que tuvieron lugar durante el mismo.

Abstract

Thanks to the technological development, the intellectual property has increasingly acquired a central role in our society. The time passed since the beginning of the digital revolution gives us some perspective. Initial speculation has evolved into concrete legal and jurisprudential answers that can be placed in a global context, though they have a national character. The seminar examined these answers, taking as a reference the experience of USA and the European Community Member States, especially Spain, which has still to incorporate the 2001/29/CE Directive, of 22nd May 2001, on author's rights in the information society.

Keywords

intellectual property, copyright

Topic

Intellectual property

«mal nombre» y nos dedicaremos a otro tema igual de interesante: la convergencia internacional.

En los últimos 20-25 años, los sistemas del *copyright* y del *droit d'auteur* se han ido aproximando poco a poco, mediante concesiones hechas por ambas partes, bajo el paraguas de los instrumentos de la OMPI y de la OMC. Nos pareció un buen tema para desarrollar en un seminario internacional, especialmente en un momento en que

ambos sistemas del *copyright* y *droit d'auteur* comparten un reto común: la tecnología digital.

En 1993, el prof. Strowel publicó una obra fundamental *Droit d'auteur et Copyright*, en la que exploraba con detalle las diferencias entre ambos sistemas: formalidades, el concepto de autoría, el concepto de originalidad, los derechos morales, el plazo de protección y las licencias obligatorias. Es interesante visitar estos temas hoy, es decir, tras diez años, para ver si tales diferencias han sobrevivido y prever si sobrevivirán en el mundo digital.

Al otro lado del Atlántico, en un artículo titulado «A Tale of Two-Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America» publicado en la RIDA en 1991, la prof. Ginsburg demostró que algunos de los «mitos» sobre los cuales se han construido las diferencias entre *copyright* y *droit d'auteur*, y que han sobrevivido hasta nuestros días, no son más que esto: ¡mitos! Perpetuados a través de los siglos, ¿quizás para hacer más excitante el trabajo de académicos e investigadores de la propiedad intelectual?

Hoy tenemos el lujo de contar con ambos, junto con otros expertos en la materia: el prof. Ramón Casas, Agustín González, el prof. Juan José Marín, María Martín-Prat, Marta Malmierca y Javier Ramírez.

Junto con esta audiencia, empezaremos lo que confío que sea un seminario atractivo que nos remonte al viaje de los sistemas del *copyright* y del *droit d'auteur* hacia el «milenio digital». Veremos las cuestiones y las soluciones adoptadas tanto en Estados Unidos como en la UE para adaptar el derecho de autor a un mundo en constante cambio y cómo están reaccionando ambos al reto de la tecnología digital.

Con un poco de suerte, podemos llegar a la conclusión de que, con independencia del romanticismo que rodea al

binomio *copyright* y *droit d'auteur*, haya llegado el momento de dejarlo atrás y mirar hacia un futuro común que amplíe la protección de la propiedad intelectual más allá del mundo de las copias tangibles y de las fronteras nacionales, evitando así, en palabras de la prof. Ginsburg, un «ciber-cautiverio del derecho de autor».

Pero volvamos al tema de la convergencia. El derecho de autor siempre ha sido un derecho territorial: otorgado por cada país dentro de sus fronteras. A medida que las obras fueron vendidas, distribuidas e infringidas más allá de sus respectivos países de origen, la aproximación territorial se demostró insuficiente para proteger las obras en casa. Los tratados bilaterales pronto dejaron paso a los multilaterales, e incluso la ALAI de Victor Hugo se atrevió a promover una fallida «ley internacional del derecho de autor». Pronto nos dimos cuenta de que un acuerdo (por pequeño que fuera) era mejor que ninguno, y el Convenio de Berna vio la luz en 1886. Lejos de ser una ley supranacional para la protección de la propiedad intelectual a nivel internacional, tal como se pretendió inicialmente, el Convenio de Berna descansa en un mínimo de protección y un conjunto de principios y reglas generales que aseguran la protección de las obras extranjeras bajo la ley nacional de cada país miembro de la Unión de Berna.

Hasta 1989, los Estados Unidos rehusaron ratificar el Convenio de Berna, aduciendo que ello les obligaría a dar derechos morales a los autores, a renunciar a las formalidades de registro y noticia, así como a la renovación del derecho, y a extender el plazo de protección hasta el mínimo convencional. Lo mismo hizo la antigua URSS –aunque por otras razones– hasta la caída del régimen soviético. Desde entonces, los diversos estados de la ex URSS han ido ratificando el Convenio de Berna. Hoy, ha sido ratificado por más de 150 países, convirtiéndose en «El» Convenio internacional de protección de la propiedad intelectual.

Un convenio internacional que, además de asegurar la protección de las obras a nivel internacional, tiene un precioso efecto colateral (derivado de la combinación del trato nacional y el mínimo de protección): el de armonizar las leyes nacionales al mínimo convencional, para evitar dar a los autores nacionales un nivel de protección menos que a los autores extranjeros.

Desde la ratificación del Convenio de Berna, Estados Unidos ha otorgado de forma expresa (por primera vez) protección de los derechos morales dentro de la Copyright Act (aunque no sea de aplicación a todo tipo de obras, con lo cual, todavía es necesario acudir al *common law* y a la ley de marcas para asegurar la protección de los intereses morales de los autores). Recientemente, Estados Unidos adoptó el plazo de protección europeo de setenta años *post mortem auctoris* (podéis ver Sonny Bono Copyright Term Extension Act of 1998), que ha sido ratificado por la Corte Suprema (podéis ver Eldred frente a Ahscroft, 537 U.S. 186 (2003)).

En este lado del Atlántico, también se han hecho algunas concesiones. Varias directivas han forzado a países del sistema *droit d'auteur* (tales como Francia y España) a aceptar un criterio de originalidad «menor» (desplazando, en cierta medida, el criterio de la imprenta de la personalidad del autor) para proteger los programas de ordenador, las bases de datos, y las fotografías, así como una aproximación más flexible del concepto de autoría (que incluso llega a aceptar –en algunos casos– que una persona jurídica sea autor (podéis ver el art. 97(2) TRLPI).

En conjunto, todo ello nos hace reflexionar sobre cuántas de las diferencias entre *copyright* y *droit d'auteur* que el prof. Strowel examinaba en su obra sobreviven en la actualidad.

Sin embargo, esta «sucesiva» convergencia de las leyes nacionales (y el papel predominante del Convenio de Berna) se ha demostrado insuficiente con la llegada de las tecnologías digitales a la explotación y la infracción de

las obras. Las reglas del Convenio de Berna necesitan ser actualizadas para hacer frente al reto digital: en diciembre de 1996, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT) fueron adoptados para completar –respectivamente– el Convenio de Berna y el Convenio de Roma de 1961 (sobre derechos afines).

Al mismo tiempo, surgió un nuevo foro para la protección de la propiedad intelectual a nivel internacional: la Organización Mundial del Comercio. En 1994, la Ronda Uruguay del GATT produjo –bajo el liderazgo de Estados Unidos– un acuerdo sobre aspectos de los derechos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio (TRIP / ADPIC), que no sólo cubría el derecho de autor, sino también las patentes, marcas, diseños industriales, indicaciones geográficas, etc. El Acuerdo ADPIC de 1994 y los Tratados Internet de la OMPI de 1996 aseguraron la protección de los programas de ordenador (algo que la UE ya había aceptado en una Directiva de 1991 –aunque en la actualidad se esté reconsiderando la bondad de las patentes para dar protección adicional a los programas de ordenador) y las bases de datos (Directiva de 1996). El WCT y el WPPT de 1996 también obligaron a la protección de las medidas tecnológicas: obligación que fue recogida tanto por la Digital Millennium Copyright Act de 1998 norteamericana, como por la Directiva InfoSoc (Directiva 2001/29/EC, de 22 mayo 2001 sobre la armonización de algunos aspectos del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información, DOCE [L 167/10] de 22.06.2001).

Aquello que inicialmente parecía ser un paso inocente para asegurar la protección del derecho de autor en un entorno digital, está demostrando ser todo un reto, tanto para los sistemas del *copyright* como del *droit d'auteur*, por dos motivos:

1. La reformulación de los derechos de explotación «tradicionalmente» otorgados a los autores (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación).

En otras palabras, ¿existe un «derecho de acceso» amparado por las medidas tecnológicas que permita al autor controlar no sólo la explotación, sino el «uso» de las obras? Y de ser así, ¿existía tal derecho antes de la protección de las medidas tecnológicas? ¿Cómo definimos y distinguimos entre acceso, uso y explotación?

2. Por la dificultad de redefinir el «balance» entre protección de las medidas tecnológicas y los límites a la propiedad intelectual. Si las medidas tecnológicas permiten al titular controlar el acceso a sus obras, ¿hay (o debería haber) algún espacio para la supervivencia de las excepciones en un entorno digital? ¿Deberíamos distinguir entre las excepciones en función del interés público (o derecho constitucional) que las justifique, permitiendo que sólo las “fieras –en palabras del Prof. Hugenholtz– sobrevivieran en el mundo digital? De ser así, una excepción fundamental para el entorno digital podría verse desprovista de justificación para asegurar su subsistencia en el mismo. Éste será el tema de debate de la mesa redonda de mañana.

Todo ello nos conduce a otra cuestión fundamental: las excepciones. Las diferencias existentes en las excepciones al derecho de autor no tienen cabida en el mundo digital. El usuario en Internet no puede actuar al amparo de una excepción que puede no existir en los restantes 350 países, desde donde la obra podrá ser accedida. Y sin embargo, la Directiva InfoSoc demostró cuán difícil es alcanzar consenso en este tema: cuán difícil es «renunciar» a las tradiciones nacionales, a los intereses y a las industrias nacionales. Y ello sólo era en la UE; ¡es impensable imaginar solución alguna a nivel mundial!

Por el momento, el único acuerdo alcanzado en el Convenio de Berna y los Tratados Internet de la OMPI en materia de excepciones es el llamado «test de las tres etapas», que no es novedad: ha estado en el art. 9(2) del

Convenio de Berna desde la revisión de Estocolmo de 1967. Por lo cual, podemos concluir que no hemos avanzado demasiado en la armonización de las excepciones. Cierto es que el art. 9(2) del Convenio de Berna sólo se refiere al derecho de reproducción, y que el art. 13 del ADPIC y el art. 10 del WCT extienden la aplicación del test de las tres etapas a todos los derechos de explotación, y a todas las nuevas excepciones que los Estados miembros pudieran implementar en el futuro. Sin embargo, la aceptación «mundial» del test de las tres etapas no garantiza uniformidad alguna en su interpretación por los diversos tribunales y legisladores nacionales. Esperemos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tenga pronto la oportunidad de tratar este tema y pueda aportar alguna guía de interpretación para los Estados miembros.

La OMC ya ha tenido la oportunidad de examinar el test de las tres etapas, a través del sistema de solución de controversias que establece el ADPIC (y del que adolece tanto el Convenio de Berna, como la OMPI en general). Estoy seguro de que todos tenemos en mente la decisión del Panel de la OMC de 15 de junio del 2000 sobre la excepción de comunicación pública prevista en la sec. 110(5) de la *Copyright Act*¹ norteamericana, y que será objeto de examen en la mesa redonda de esta primera sesión. Aunque pueda servir de guía para examinar el test de las tres etapas, queda por ver si tendrá algún efecto en la interpretación «oficial» del mismo en el Convenio de Berna o en el WCT, y menos aún en la Directiva InfoSoc.

Así pues, si los convenios internacionales no ofrecen una ley supranacional de propiedad intelectual, debemos recurrir a diferentes leyes nacionales y al derecho internacional privado, para ayudarnos a establecer qué tribunal y qué ley van a decidir la protección de la propiedad intelectual a nivel internacional.

1. Véase el *Informe Panel OMC (WT/DS160/R)* de 15 de junio de 2000 (<http://www.wto.org>).

El Convenio de Berna fue diseñado para la explotación (y la infracción) de obras mediante copias tangibles, a lo largo del tiempo y del espacio (territorio). La tecnología digital permite una infracción simultánea y ubicua del derecho de autor; las normas de conflicto recogidas en el mismo, basadas en la territorialidad, se demuestran ineficaces para garantizar la protección del derecho de autor en Internet. De acuerdo con el art. 5(2) del Convenio de Berna, «[...] la extensión de la protección [...] se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección.» En un entorno digital, esta norma de conflicto conduce a la aplicación de tantas leyes nacionales como posibles países de acceso (de descarga) de la obra infringida existan. Mañana, la prof. Ginsburg comparará con nosotros su trabajo de los últimos años en materia de jurisdicción y ley aplicable, para la protección del derecho de autor en entornos digitales.

En resumen, la convergencia del *copyright* y *droit d'auteur* bajo el paraguas del Convenio de Berna ha acelerado el ritmo en los años recientes. La tecnología digital e Internet demuestran que la necesidad de convergencia es ahora mayor que nunca.

Las diferencias nacionales se convierten en insignificantes a medida que las fronteras nacionales desaparecen y las leyes nacionales se hacen más difíciles (e imposibles)

de aplicar de forma efectiva. Por ello, nuestra obligación es concentrarnos en lo que nos aproxima, en lugar de en lo que nos separa. Tal vez haya llegado el momento de dar un salto desde el territorialismo nacional hacia normas uniformes internacionales. ¿Estamos preparados?

Los tres ponentes de la primera sesión examinarán los sucesos más recientes en Estados Unidos (prof. Ginsburg), la Unión Europea (prof. Strowel) y España (Agustín González). Por la tarde, la mesa redonda se centrará en un tema que sigue abierto: la excepción de comunicación pública en espacios públicos. Una reciente sentencia del Tribunal Supremo español ha reabierto el debate en este país; un debate que debe tener en cuenta tanto el silencio de la Directiva *InfoSoc*, como la interesante decisión del Panel de la OMC sobre la sec. 110(5) de la USCA.

Mañana, los ponentes se centrarán en la agenda digital. Primero, la prof. Ginsburg examinará los temas de jurisdicción y ley aplicable para proteger el derecho de autor en un entorno digital. Después, de la mano de los profesores Strowel y Casas, nos adentraremos en el estudio de la Directiva *InfoSoc* y de cómo se prevé su incorporación a la normativa española. Finalmente, la mesa redonda de mañana se dedicará a un tema fundamental: la copia privada digital. ¿Debería existir o no? Y en caso afirmativo, ¿en qué condiciones?

Citación recomendada

XALABARDER, Raquel (2005). «*Copyright* y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital? Presentación». En: «*Copyright* y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 1. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa].
<http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/xalabarder02.pdf>
ISSN 1699-8154

Raquel Xalabarder

rxalabarder@uoc.edu

Profesora de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC. Especialista en propiedad intelectual.

Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?

1987-2003: ¿hacia una convergencia internacional?

Agustín González

Resumen

En esta ponencia se examina la evolución de la normativa sobre propiedad intelectual en España, desde 1987 en que se aprobó la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), hasta la actualidad, haciendo especial referencia a las sucesivas modificaciones acaecidas en virtud de la incorporación de las diversas directivas de la UE sobre propiedad intelectual y de los reales decretos en que se concreta el desarrollo reglamentario de la LPI hasta la actualidad, así como a la jurisprudencia más relevante. Entre otros temas, se examina la introducción de la protección de los programas de ordenador y de las bases de datos y el sistema de límites al derecho de autor (y la remuneración por copia privada), y se comentan las diversas cuestiones que siguen pendientes de solucionar, tales como la legitimación procesal de las entidades de gestión.

Palabras clave

propiedad intelectual, *copyright*

Tema

Propiedad intelectual

Quiero empezar por agradecer a la UOC la invitación a participar en estas jornadas de estudio de los derechos de propiedad intelectual, sobre *copyright* y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital? Agradecimiento que tengo que persona-

Abstract

This talk examines the evolution of intellectual property laws in Spain, from 1987 when the Law of Intellectual Property (LPI) was approved, until now, emphasising the successive modifications that have taken place following the incorporation of different EU directives concerning intellectual property and the royal decrees which regulated the legal development of LPI until now. Among other topics, it will analyse the introduction of computer programs and database within the protection of the IP regime and the system of exceptions to copyright (and the remuneration for private copies), and it will talk about, the different unresolved topics, such as procedural legitimization of management entities.

Keywords

intellectual property, copyright

Topic

Intellectual property

lizar en Raquel Xalabarder y Ramón Casas que han tenido la amabilidad de contar conmigo.

El tema que me han encargado es este recorrido por la propiedad intelectual en España desde 1987 al 2003.

Precisamente, éste es un viaje de especiales características porque es un viaje al pasado, por tanto, tenemos que empezar 16 años atrás, ¿dónde estábamos hace 16 años cada uno de nosotros? Éramos realmente diferentes y seguramente la mayoría nos ocupábamos de otras materias. No necesariamente de derechos de propiedad intelectual.

En segundo lugar, es un viaje conocido y ya recorrido por la mayoría de vosotros, si no por todos. De manera que no va a haber muchas novedades en este repaso, aunque, como sucede con las músicas que volvemos a escuchar, los temas que nos gustan, o con los libros que volvemos a leer y nos aconsejan que releamos porque se descubren otros aspectos del libro que no vimos en una primera lectura, del mismo modo, la relectura y el viajar a este pasado de la propiedad intelectual de España es conveniente, aparte de una obligación casi de todos los juristas, que cada vez que afrontamos un nuevo caso tenemos que volver a leernos aquel artículo 1, el 15, el 10, y hasta sabérmolos de memoria. De manera que cuento con vuestra compañía para este viaje, a pesar de que las cosas que hoy digamos a la mayoría de vosotros os suenan ya conocidas.

Y en tercer lugar, es un viaje veloz, porque hablar de 16 años de historia en 50 minutos significa que tenemos como 3 minutos por año, de manera que hay que ir a toda velocidad, con lo que vamos a ir muy, muy rápido.

Dicho lo cual, yo os invito a que os subáis a este tren del recorrido por la propiedad intelectual durante estos 16 años, poneos cómodos y no os durmáis (a pesar de la hora).

Empezaremos este recorrido... os voy a guiar por cuatro etapas diferentes. Pero, puesto que no se puede hacer un recorrido solamente por la legislación sin visitar nuestra jurisprudencia y otras instituciones que han tenido un importante protagonismo durante estos 16 años, nos aden-

traremos por distintas pequeñas junglas para recordar, más que para presentar las cosas, que por otro lado ya conocéis y para terminar con unas conclusiones.

Quiero distinguir, a efectos de claridad en mi explicación, estas cuatro fases. Primero, el establecimiento del sistema con la Ley de 1987. En segundo lugar, los desarrollos y los ajustes a esa Ley de Propiedad Intelectual que se producen antes de que, en tercer lugar, lleguen todas las directivas europeas que se han aprobado, y hasta la fecha han sido incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico. Sabéis que faltan dos por incorporar. Una, la Directiva sobre los Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información y, la segunda, la del derecho de participación o *droit de suite*. Ésa será una tercera etapa que vamos a recorrer y, en cuarto lugar, la reordenación en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Es cierto que después ha habido más acontecimientos, todos ellos importantes, como, por ejemplo, la ley que incorpora la Directiva sobre Protección Jurídica de la Base de Datos, que por una sistemática que me permitiréis he incorporado en el punto tercero. También con posterioridad ha habido reformas, como por el texto refundido en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, sobre todo en materia de acciones, procedimientos y legitimación de entidades de gestión. Y también, con posterioridad al texto refundido del 96, pues se ha aprobado la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, que incorpora importantes normas en materia de responsabilidad de los intermediarios. Pero ésa es una fase que mira más hacia el futuro, más al entorno digital y, por tanto, será la sesión de mañana la que se ocupe con mayor detenimiento de todo ello.

I. Comenzamos este viaje en una estación: la de 1987. Os invito a echar un vistazo en torno a esa estación de punto de arranque que fue **la Ley de Propiedad Intelectual en el año 1987**. Sin duda alguna, la ley establece un

sistema integral y moderno –no ya moderno por ser el último que llegó, sino porque comprendía todas las instituciones, todos los temas que era necesario abordar con una perspectiva de futuro.

En la Ley de Propiedad Intelectual vamos a encontrar muchas de las cosas que ahora algunos consideran que es preferible aclarar mediante la transposición de las directivas. Pero una correcta interpretación de las normas y los preceptos contenidos en la Ley del 87 permiten perfectamente llevarnos a la conclusión de que la puesta a disposición de obras y demás prestaciones protegidas a través de redes digitales es un acto de comunicación pública, conclusión que es la misma que contiene la Directiva sobre Derechos de Autor en la Sociedad de la Información.

La Ley del 87 también va a contener el **concepto de base de datos** como obra protegida, incluso va a calificar el acceso a las bases de datos como acto de comunicación pública. La ley va a contener toda una regulación de los programas de ordenador, bien es cierto que después modificada, y se va a ocupar de aspectos como los satélites mucho antes de que llegara la Directiva de satélite y cable, distinguiendo lo que por entonces eran satélites de punto a punto y satélites de comunicación. Quiero decir que era una ley integral, moderna y que fue bien recibida por todos los sectores afectados.

Este sistema integral recoge entre otros aspectos –por todos vosotros conocidos– el reconocimiento de los **derechos morales, los derechos patrimoniales o de explotación y otros derechos**.

Respecto a los derechos morales, antes de la aprobación de esta ley había que acudir al Convenio de Berna para ver si el artículo 6 bis era directamente aplicable a España –que lo era– pero para todos los nacionales, los

extranjeros; no para los españoles, y en la Ley de 1879, derogada en ésta de 1987, no había ninguna referencia expresa al reconocimiento del derecho moral y mucho menos con el alcance que tiene el artículo 14.

Además, se reconocen tanto los derechos de autor como los derechos afines. Los derechos afines no habían tenido un reconocimiento hasta el año 1987 y, por tanto, todas esas categorías de titulares como son artistas, productores de fonogramas, productores de grabaciones audiovisuales, entidades de radiodifusión, ven reconocidos por primera vez en la legislación española un elenco de derechos y unas medidas de protección.

La antigua Ley de 1879 recogía algunos límites –muy dispersos y sin ninguna sistemática. La Ley del 87 establece un capítulo dedicado a cuáles son los **límites a los derechos de autor**, a los derechos afines y a cada uno de esos límites, tema sobre el que podríamos extendernos.

También se establece, y esto es muy importante, un **sistema general de transmisión de derechos de propiedad intelectual** con, después, una especial atención a determinados contratos, como el contrato de edición literaria, el contrato de producción audiovisual, los contratos de ejecución musical, etc. Y no sólo se reconocen los derechos, sus límites y las formas de transmisión, sino que, además, se establecen unos mecanismos de protección que, en principio, resultan absolutamente adecuados sin perjuicio de los inconvenientes prácticos que después pueden existir, y que existen de hecho, en la aplicación de estas normas ante los tribunales de justicia. Pero las acciones de indemnización y de cesación por actos no autorizados están a la altura de las necesidades de lo que es un titular de derechos de propiedad intelectual, así como procedimientos, incluso de procepción urgente, de estos derechos a través del mecanismo de las medidas cautelares.

También se establece el **Registro de la Propiedad Intelectual** aunque su valor dentro de este sistema es menor dado que, como sabéis, no es un derecho que se constituya por registro, el derecho existe previamente al registro, que, por tanto, es facultativo, voluntario y no aporta mayor protección salvo la prueba de la titularidad y la presunción *prima facie* de titularidad que otorga la inscripción registral.

Por último, destaco la regulación del estatuto jurídico de las **entidades de gestión colectiva**, que también era novedad en España puesto que hasta esta fecha sólo existía la Ley de Constitución de la Sociedad General de Autores de España en el año 1941, que fue derogada también por esta norma. En cambio, aquí se establece todo un conjunto de derechos y obligaciones, presididos por la tutela de la Administración, para el funcionamiento de las entidades de gestión colectiva.

Como esto es un veloz trayecto, dejaremos muchísimos detalles al margen sin perjuicio de que si hay tiempo para el debate, podamos incidir en cualquiera de los temas, de los muchísimos temas que necesariamente se quedan por comentar respecto de esta ley como de las cuestiones que hoy vamos a citar.

II. En la segunda etapa, vemos que la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 destaca que no existe un reglamento de la ley. En su lugar se optó por el **desarrollo de un conjunto de reales decretos**, muchos, que iban cubriendo las necesidades que surgían a lo largo de la puesta en marcha de las normas de la Ley.

Basta con echar un vistazo a esta transparencia para ver dónde se han centrado los mayores problemas, ya que son precisamente éstos los que han llevado a un mayor desarrollo por la vía de reales decretos. Si el **control de tirada de libros** se reguló por el Real Decreto 397/88, después no se ha vuelto a modificar –no ha sido necesari-

rio. Ha habido un ejercicio pacífico de ese mecanismo de control de las tiradas de libros y, sin embargo, la copia privada ha sido uno de los temas más conflictivos –y lo sigue siendo– para el ejercicio de los derechos reconocidos en la ley. Lo que dio lugar a distintos reales decretos, cada uno de ellos regulando aspectos diferentes del derecho de copia privada.

La **Comisión Arbitral de Propiedad Intelectual** es una de las instituciones, a las que me referiré al final de nuestro recorrido, que no ha dado el resultado esperado cuando se aprueba la ley del 87. De ahí la necesidad de su reforma en distintos momentos del 87 hasta ahora, pero también, probablemente, la necesidad de incorporar modificaciones que conformen esta Comisión como algo más útil de lo que ha sido hasta ahora, no por la propia Comisión, sino por las normas que la regulan.

En cuanto al **registro**, también ha sufrido distintos avatares, fruto, en primer lugar, de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra la Ley de Propiedad Intelectual, de la descentralización del registro y de su condición, dicho sea con todo respeto para los registradores y especialmente para los que se encargan de los registros de la propiedad intelectual y de su función secundaria en el ordenamiento jurídico español.

Los ajustes a la Ley de 1987 se produjeron con esta **Ley 20/92**, que también conocéis sin duda, pero que me permitiréis que recuerde. ¿Qué temas eran los que modificaba, ajustando la normativa aprobada cinco años antes?

En primer lugar, el **derecho de participación o *droit de suite*** se declara irrenunciable y transmisible *mortis causa*; hasta ese momento, el derecho de participación era declarado por la ley como irrenunciable e intransmisible. Esto provocó una reacción por parte de los titulares de derechos de autor de obras plásticas, es decir, ¿por qué esa condena al autor de artes plásticas a que ni siquiera pudiera transmitir su

derecho *mortis causa* cuando, en cambio, esto no sucedía con el resto de los autores y artistas? Por tanto, se subsanó esta norma del artículo 24.3 de la Ley del 1987 para declarar la transmisibilidad *mortis causa* del derecho de participación.

Se cambió radicalmente el sistema de la regulación y ejercicio de la **excepción de copia privada**. Los principios eran los mismos: una remuneración dirigida a compensar los derechos dejados de percibir como consecuencia de la copia privada, de las reproducciones para uso privado en el sentido previsto en el artículo 31 de la ley. Pero el sistema, entre los sectores afectados por la copia privada, acreedores y deudores, fracasó durante el periodo del 87 al 92. No hubo ningún acuerdo en las distintas mesas negociadoras que tendieran a la fijación del importe del canon, a la definición de qué equipos, aparatos y materiales estaban sujetos al canon de copia privada, como en las excepciones, devengo de pago, la forma de ejercicio del derecho.

Esto hizo que cinco años después se cambiara radicalmente el sistema, determinando el importe del canon en la propia ley, el sistema de convenio entre los sectores afectados, por una parte deudores y por otro lado los acreedores, y previendo la intervención mediadora de un tercero, el mediador, designado por el Ministerio de Cultura, en caso de que no se produjera el convenio mediador que dictaba una resolución mediante escritura pública, que se constituía en un título ejecutivo especial.

De esta norma, cabe destacar, quizás, que aparece por primera vez el concepto de *idoneidad*, en relación con el pago por copia privada. Es aquí donde se habla de equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar la reproducción para uso privado. Palabra de enorme actualidad porque las resoluciones que se han dictado en primera instancia en materia de copia privada digital se han basado fundamentalmente en este concepto de idoneidad en cuanto a la reproducción para uso privado, a efec-

tos de someter al canon de copia privada a materiales como los CD-DATA y, por tanto, es aquí donde hay que arrancar para comprender el sentido de las resoluciones judiciales que se han producido hace escasos meses o las que estén por venir en un próximo futuro.

Tema también complejo en este recorrido, que viene a ser un frenazo en nuestro tren: una llamada de atención de los problemas que han existido a lo largo de estos años y probablemente de los que todavía existen. El **derecho de remuneración para la comunicación pública de fonogramas** fue reconocido en la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, pero se decía que el porcentaje de reparto entre los dos tipos de categoría de titulares, artistas por un lado y productores de fonogramas por otro, se tendrían que distribuir los rendimientos cobrados por el productor por partes iguales.

Esta ley lo que viene a aclarar es que la parte que corresponde a los artistas es la mitad del rendimiento íntegro, superando así, o tratando de superar, las diferencias entre artistas y productores que se habían producido como consecuencia de la implementación del derecho de remuneración por comunicación pública de fonogramas y sus desavenencias en cuanto a cuál era el porcentaje y a la forma de determinar ese porcentaje entre unos y otros. Éste es un derecho que seguirá dando problemas más adelante como vamos a ver, sobre todo por la convivencia del derecho exclusivo de comunicación pública del productor de fonogramas con el derecho de remuneración por comunicación pública de fonogramas comerciales –como dice la ley– que comparten artistas y productores. Esta compatibilidad de derecho exclusivo y de derecho de remuneración me parece que es uno de los grandes temas todavía pendientes de debate y que necesitan mayores aclaraciones de las que se han producido hasta el momento.

La Ley del 92 también reconoce un **derecho a los editores de obras no protegidas** –como dice, creo recordar, el artículo 119 de la Ley del 87– que se aproxima mucho a

una protección derivada de las características editoriales. Algo que no sólo para las obras no protegidas por el título primero, sino para el conjunto de las obras reclaman el sector de editores desde hace muchos años no sólo en España, sino en foros internacionales. Esa protección especial para las características tipográficas y editoriales de cada uno de sus productos. Bien, pues en esta Ley del 92 se va a reconocer un párrafo segundo, el 119 de la ley, en el que se establece esta protección para las ediciones de obras no protegidas por el título primero.

Además, creo que se produce un avance importante con la supresión de la referencia al artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de **medidas cautelares** de protección urgente de los derechos de autor. Hasta este momento, el artículo –creo recordar que era el 127– de la Ley del 1987 establecía que las medidas cautelares se adoptarían por el procedimiento establecido en el 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin perjuicio de una serie de normas específicas. Lo que reenviaba a los jueces a esta norma de la Ley de Enjuiciamiento Civil concebida para una protección que tenía por finalidad asegurar el cumplimiento de la sentencia dictada al término del procedimiento, cuando las cautelares de la Ley de Propiedad Intelectual tienen otra finalidad. Son unas cautelares de carácter interdictal, que tienen por objeto la cesación de la infracción con carácter inmediato, pero no tanto para asegurar la ejecución de la sentencia, como para evitar un daño que se está produciendo con el uso no autorizado, ya sea por una reproducción de obras no consentida, por una comunicación pública o por infracción de cualquiera de los derechos de explotación o ¿por qué no? también de los derechos morales. Por tanto, en 1992 se suprime esa referencia al 1.428 y hay que decir que inmediatamente después, de forma un tanto desigual pero con carácter general, los tribunales mejoran en la tramitación de las medidas cautelares. Siempre habrá excepciones pero esto supuso un avance importante en el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.

Además, en cuanto al Registro de la Propiedad Intelectual, se establece un **sistema descentralizado con registros de propiedad intelectual** en aquellas comunidades autónomas que decidieran crearlo. Hasta la fecha, creo que han sido diez las comunidades autónomas que han creado su propio registro de la propiedad intelectual y, por tanto, hay otras muchas que han optado por no crear este servicio en su comunidad.

Y, por último, hay una norma en la Ley del 92 relacionada con las **actividades asistenciales y culturales que desempeñan las entidades de gestión colectiva** de derechos de propiedad intelectual, decisión en la que se establece una distribución por partes iguales del 20% que se recauda del derecho de copia privada destinado para actividades asistenciales y actividad cultural. Como sabéis, de la cantidad que se recaudará en concepto de copia privada, las entidades de gestión han de destinar el 20% a este tipo de actividades. El reparto entre unas y las otras, a partes iguales, es lo que se reconoce en la Ley del 92.

III. Así llegamos a la tercera parte de este recorrido por la legislación, rapidísimo, como podéis entender. **La incorporación de las directivas aprobadas por la Unión Europea.**

La primera, ya en el 93, es la ley que incorpora la **Directiva 91/250 de protección de programas de ordenador**. Su incorporación no planteó grandes problemas. El reconocimiento de los derechos sobre el programa de ordenador como obra ya estaba en la Ley del 87. Y quiero llamar vuestra atención sobre dos hechos.

El primero es la posibilidad de que en determinados supuestos tenga la condición de autor una persona jurídica. Para lo que es una ley característica del derecho continental europeo, que es la concesión del derecho de autor en Francia, como es la nuestra, considerar autor a una persona jurídica es un nuevo frenazo. ¿Qué ha pasado en

este viaje? ¿Nos hemos desviado? Es algo extraño a nuestro sistema jurídico y criticado enormemente por grandes sectores de la doctrina.

Hasta el punto de que después el legislador corrigió el paso y lo hizo, como vamos a ver, al incorporar la Directiva de protección jurídica de la base de datos, donde teniendo la misma posibilidad de considerar autor a la persona jurídica que creara, que invirtiera en bases de datos estableció un régimen bien distinto. Autor es la persona jurídica, autor de la base de datos –no me refiero a la titularidad de derechos de explotación, que será siempre una persona física–, mientras que aquí, en la **Ley 16/1993**, se consideró que autor de un programa de ordenador podía serlo una persona jurídica.

Además, de las cosas que pueden ser más relevantes de esta incorporación de la Directiva de los programas de ordenador, nos encontramos con la ausencia de incorporación de este inciso final del artículo 9.1 de la directiva, según el cual, cualquier disposición contractual que sea contraria a lo dispuesto en el artículo 6, que se refiere a la descompilación, a las facultades que tiene el usuario legítimo de un programa de ordenador o a las excepciones contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 5, se considera nula y sin valor ni efecto alguno.

La pregunta que se han formulado muchos y que podemos repetir aquí a la vista de esta ausencia de incorporación de este inciso del 9.1 es si no se incorporó porque se estimó que con la normativa ya existente, la consecuencia de nulidad e invalidez de las disposiciones contractuales que impidieran la descompilación o que fueran contrarias, que prohibieran los límites reconocidos en el artículo 5, ya se producían (es decir, no era necesario incorporar esto porque la normativa existente ya llegaba a la misma conclusión); o si, por el contrario, lo que se pretendía es dejar abierta esta puerta y, por tanto, que en un contrato de licencia de software no sean nulas aquellas disposiciones

que impidan la descompilación o que restrinjan los límites y excepciones previstos en la legislación.

Pregunta, si queréis, más o menos retórica, pero no tanto, porque los que trabajamos con frecuencia con licencias de software vemos que en ocasiones nos encontramos con cláusulas en las que se limitan algunas de las excepciones previstas en la ley y, por tanto, cabe siempre la posibilidad de dudar si es o no, nula. Es una cuestión abierta y que habrá que contestar teniendo en cuenta esta ausencia de incorporación del artículo 9.1 de la Directiva del programa de ordenador.

La siguiente directiva en incorporarse es la de **alquiler y préstamo y otros derechos afines**. No exenta de problemas. La **Ley 43/1994** establece en primer lugar que los **préstamos realizados en determinadas instituciones** –y la referencia a «determinadas instituciones» es una forma de simplificar para no decir prácticamente todas las instituciones, porque están incluidas las bibliotecas, museos, archivos de titularidad pública, que actúan sin ánimo de lucro, pero también todas las que forman parte del sistema educativo, por tanto, prácticamente todas– lo son sin necesidad de autorización ni pago de remuneración. De este modo, optaba el legislador español por la menor protección de los derechos de autor, en este caso, para el supuesto del préstamo.

Nuevo conflicto en este caso entre el sector de bibliotecas y el sector de autores y editores de libros que es de absoluta actualidad. Siendo una norma del 94, luego incorporada en el 96, recientemente la Comisión Europea –como sabréis– ha hecho un informe en el que ha criticado al Gobierno español por optar por esta medida en lugar de haberlo hecho por otro tipo de fórmulas como hubiera sido el préstamo retribuido.

No es éste el único tema discutido en la Ley 43/1994. Si hay algo polémico para otro sector como es el de las obras y

grabaciones audiovisuales, es el reconocimiento del **derecho de remuneración por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales**. Así como en el Convenio de Roma se establece un derecho de remuneración por la comunicación pública de fonogramas, este derecho de remuneración por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales carece de antecedentes prácticamente en todo el derecho comparado. El legislador español, sin embargo, quiso ser diferente y la maquinaria no sabemos si se paró o si tomó un nuevo impulso, porque elevaba muchísimo el nivel de protección, o si estuvo a punto de descarrilar. No sabemos a ciencia cierta aún hoy lo que ha sucedido con esto. Pero lo cierto es que aparece un derecho inexistente en el entorno de los países próximos al nuestro y se copia el sistema de remuneración de productores de fonogramas para los productores de grabaciones audiovisuales.

También un **derecho compartido por artistas y productores**, añadido al derecho exclusivo de comunicación pública del productor de grabaciones audiovisuales, con escasa tradición jurídica también en el derecho comparado y que, sin embargo, nuestra legislación había considerado e incluido en la Ley del 1987. Por tanto, tema polémico donde los haya, que también está de plena actualidad.

Desde hace unos meses –tres, cuatro, cinco meses– se están produciendo una serie de procedimientos judiciales, con pronunciamientos de los tribunales que conocen de los casos, los que se enfrentan a organismos de televisión por un lado y a entidades de gestión colectiva de artistas, precisamente por el ejercicio de este derecho de comunicación pública de grabaciones audiovisuales que –como digo– es polémico y que todavía está siendo discutido desde que se incorporó en el año 94.

Nueva modificación del sistema de copia privada porque no terminaba de funcionar el sistema de mediador de convenio y, por tanto, se opta por un cambio radical al sistema en el que desaparece el convenio pactado, des-

aparece el mediador y se sujeta a un nuevo modelo –digamos menos tutelado– con menos intervencionismo de la administración, mucho más abierto y que detalla cuáles son las excepciones.

Sobre todo, hay una novedad importantísima que es el establecimiento de la responsabilidad solidaria de las cadenas de distribución junto con los deudores del canon de copia privada. Y además, se establece en cuanto a formas de gestión la necesidad de que el canon figure en factura, de que se distinga del precio del producto; y la posibilidad de embargos preventivos en el caso de incumplimiento del pago del canon. Éste es el sistema, el del 94, que después se recoge en el texto refundido del 96 y que todavía está en vigor.

La siguiente **directiva** es la del **plazo de protección**. Pocas novedades, es decir, respecto de la Directiva del 95, salvo que fue muy importante. La Ley del 87 redujo los 80 años *post mortem* (que era el plazo de protección en la Ley de 1879) a 60 años. La restricción era importante. Lo que sucede con la incorporación de la Directiva del plazo de protección es que se eleva a 70 años y es así como está en la actualidad.

Y en cuanto a la **Ley 28/1995 de incorporación de la Directiva de satélite y cable**, dos puntos sobre los que cabe llamar la atención. Primero, que así como se establece en esta directiva la gestión colectiva para el ejercicio del derecho de distribución por cable, no se establece el mecanismo de gestión colectiva ampliada para los nosocios de las entidades de gestión en el caso de la radiodifusión vía satélite. Las consecuencias son –a mi entender– prácticamente nulas, porque las entidades de gestión cuando han contratado con plataformas digitales han ofrecido unas garantías a los organismos de radiodifusión para comprender algo muy parecido a la gestión colectiva ampliada. Pero quizás hubiera sido adecuado incorporar esta fórmula también en la ley española, en lugar de dejarlo

para los contratos *inter-partes*. En cualquier caso, lo cierto es que no se incorporó esta posibilidad de la gestión colectiva ampliada, que sí que ha funcionado en algunos países del norte de Europa.

En la Ley 28/1995 se reordenan, se amplían las funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual para incluir también funciones de mediación, puesto que ésta era una de las condiciones, una de las posibilidades previstas en la Directiva satélite y cable.

La última **directiva** incorporada a nuestro ordenamiento jurídico hasta el momento es la **de protección jurídica de bases de datos** (incorporación que se efectuó por la **Ley 5/98**, que modifica el texto refundido de la Propiedad Intelectual de 1996). Quizás señalar que la mayor novedad, y la más importante, es la introducción del derecho *sui generis*, que se reconoce al fabricante de la base de datos para proteger su inversión; y también llamar la atención sobre las diferencias de tratamiento entre la base de datos y los programas de ordenador.

Diferencias como, por ejemplo, en primer lugar, que no se reconoce la condición de autor a una persona jurídica en materia de base de datos, en segundo lugar, que no cabe el pacto en contrario en materia de los derechos del usuario legítimo que se convierten en limitaciones para el titular a la hora de permitir determinados usos necesarios para el correcto funcionamiento de la base de datos y aquí se va a declarar que esos pactos son nulos –creo recordar que es el artículo 12 de nuestra ley el que lo reconoce así.

Además, se va a reconocer el derecho de transformación de la base de datos y, en particular, la reordenación de la base de datos. Como nos ha recordado Alain Strowel esta mañana, el nivel de originalidad que se exige es mínimo: que sea una creación intelectual del autor, propia del autor. Quizás ahí la cuestión que no ha resuelto en nin-

gún caso la jurisprudencia es qué nivel de originalidad debe tener la reordenación para que afecte al derecho de transformación de una base de datos. Tema quizás otra vez muy teórico, pero que en algún caso concreto puede generar conflictos.

Se establecen con precisión los límites de la base de datos. Así se introduce un artículo 34 –ya en el texto refundido– que precisa cuáles son los límites de las bases de datos y, por lo demás, creo que los añadidos de esta Ley 5/1998 eran previsiones que ya estaban contenidas desde el año 87. Por ejemplo, la consideración de base de datos como obra o el derecho de comunicación pública a través del acceso como citaba antes.

IV. Llegamos, pues, a la cuarta etapa: la **reordenación de todas estas normas en el texto refundido**. El Gobierno, con la facultad que se le había otorgado de unificar en un solo texto todas las disposiciones legales que se habían aprobado desde el año 87 hasta el año 96, aprobó este texto refundido en el **Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril** que fue cuestionado en determinados aspectos por el exceso en la facultad delegada del Gobierno en determinados aspectos del texto refundido. Cosas que conocéis también y que me permito recordaros.

En primer lugar, en cuanto al **derecho exclusivo de comunicación pública del productor de fonogramas**. Este derecho exclusivo desaparece en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, al entender el legislador que era incompatible con el derecho de remuneración por la comunicación pública de fonogramas comerciales. Ésta era una duda latente desde la aprobación de la Ley 43/1994 que no había derogado el artículo 109 de la Ley de 1987. Al aprobar el texto refundido, esto se aclara por la vía expeditiva de la desaparición del derecho exclusivo de comunicación pública declarando implícitamente la incompatibilidad entre este derecho exclusivo y el de remuneración por la comunicación pública de fonogramas.

El tercer aspecto que fue objeto de esta crítica fueron determinadas facultades concedidas a las entidades de gestión para el ejercicio de los derechos de gestión colectiva obligatoria. Me refiero, en concreto, al artículo 90 en su apartado 7, que establecía el régimen de gestión colectiva obligatoria para la remuneración por la comunicación pública de obras audiovisuales.

Además, hay toda una serie de preceptos en relación con derecho de gestión colectiva obligatoria, lo que se denominaba las segundas frases de los artículos 108, 116 y 122 que también sufrieron esta crítica al considerar que iban más allá de las facultades que tenía el Gobierno para aprobar el texto refundido.

Y, por último, el texto refundido introduce un párrafo segundo al por entonces artículo 145. Ha ido cambiando el artículo sobre la **legitimación *ad causam* de las entidades de gestión**. En el texto refundido (en su versión inicial era el 145) se añade un segundo párrafo. Se dicen dos cosas, primero, que la legitimación *ad causam* se acredita mediante certificación de la utilización concedida, certificación del Ministerio de Cultura sobre la autorización concedida a entidades de gestión, junto con una copia de los estatutos de la entidad, y se añade, en un segundo inciso, que el demandado sólo puede oponer una serie de causas, motivos de oposición, frente a esta legitimación, como son disponer de la autorización del titular del derecho, acreditar el pago de la remuneración –en caso de derechos de remuneración– u oponer la falta de representación de la entidad de gestión. Este segundo párrafo del 145 en su conjunto también va a ser criticado por los que consideran que el Gobierno se excedió en sus facultades.

V. Pasamos rápidamente a la **jurisprudencia**. Hay tres frentes que cabe destacar en lo que ha sucedido desde el año 1987 al 2003. Me voy a centrar en sentencias del Constitucional y del Supremo, porque hacer un resumen de las sentencias dictadas por las audiencias provinciales

o por juzgados de primera instancia sería absolutamente imposible.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de noviembre del 97. El Gobierno, el Parlamento Vasco y la Generalitat de Cataluña interpusieron recurso contencioso administrativo contra determinados artículos de la Ley del 87. En concreto, se criticaba que el registro fuera un Registro de la Propiedad Intelectual central, que la autorización y la revocación de las autorizaciones a las entidades de gestión fueran concedidas por la Administración central, por el Ministerio de Cultura, y se criticaba incluso a la Comisión de Propiedad Intelectual por ser un organismo arbitral de carácter central. También había una crítica, un recurso, contra el actual artículo 159 relativo a las facultades de la Administración para la vigilancia de los derechos y obligaciones de las entidades de gestión.

Estos recursos se acumularon y el Tribunal Constitucional decidió –en la citada sentencia del 97– que no era contrario a la distribución de competencias establecidas en la Constitución, el que fuera el Ministerio de Educación y Cultura el competente para conceder la autorización y para revocar la autorización a las entidades de gestión. En cambio, consideró que en lo relativo a la vigilancia de las obligaciones de las entidades de gestión, sí que se había producido una decisión contraria al orden constitucional, puesto que esta vigilancia mediante las inspecciones, los controles y la comprobación del cumplimiento por las entidades de gestión de esas obligaciones previstas en la ley, correspondía a las comunidades autónomas y no al Ministerio.

Además, en cuanto al Registro de la Propiedad Intelectual, el recurso había quedado vacío de objeto puesto que antes, la Ley del 1992 antes citada modificó la Ley de Propiedad Intelectual y estableció la descentralización de la gestión de la propiedad intelectual. La Sentencia del TC también desestima el recurso en lo relativo al arbitraje

que lleva a cabo la Comisión de Arbitraje de Propiedad Intelectual.

La situación que se ha generado desde entonces es, por lo menos, extraña. En primer lugar porque a pesar de que desde la sentencia del 97 han transcurrido ya casi seis años, todavía no se ha modificado el artículo 159 para seguir el criterio del Tribunal Constitucional. En segundo lugar, es extraña también la situación, porque el que tiene la facultad de revocar la autorización, no tiene facultad para investigar, para vigilar si ha habido algún incumplimiento y tampoco hay ningún mecanismo de comunicación entre las autoridades que tienen competencia para vigilar y el que tiene la facultad para revocarla. Con lo cual, se trata éste de un terreno que nadie se atreve a pisar, extremadamente político tanto en el sentido estricto de relación entre gobiernos de comunidades autónomas y de la Administración central, como en materia de entidades de gestión, puesto que es verdad que determinadas obligaciones previstas en esta ley parecen un tanto absurdas si se han de cumplir frente a 17 comunidades autónomas. Como por ejemplo, permitir o admitir a sus órganos de gobierno un representante de la Administración; ello significaría que un consejo de administración, una junta general, una junta directiva de una entidad de gestión, a lo mejor de 10 miembros, estuviera rodeada por 17 representantes de comunidades autónomas, de manera que fueran más los observadores que los que están allí para tomar decisiones. O como por ejemplo, la obligación de informar de todos los contratos generales que se subscriben con asociaciones de usuarios o de sus tarifas, multiplicada por 17, no parece demasiado eficiente. En cualquier caso es un tema pendiente de resolución.

Las sentencias del Tribunal Supremo son abundantes, en relación con distintos temas. He hecho una selección en relación con el concepto de obra y de originalidad y el reconocimiento de derechos, por un lado; la legitimación

o los recursos contencioso administrativos presentados contra el texto refundido, por otro; y, en tercer lugar, no hay que olvidar las resoluciones del tribunal de defensa de la competencia –algunas de ellas establecen una serie de criterios importantes en materia de ejercicio de los derechos (nunca en materia de reconocimiento, pues eso corresponde a los tribunales del orden civil).

Sentencias del Supremo en materia de reconocimiento de derechos ha habido muchas y muy importantes. Un resumen rapidísimo comprendería el **reconocimiento del derecho moral**. Son varias las sentencias que han reconocido este derecho moral, tanto en su aspecto de paternidad como de integridad, pero quizás puestos a hacer alguna observación más allá de describir, vale la pena mencionar que las indemnizaciones en materia de reparación de daños causados al derecho moral de los autores son modestas. Lamentablemente, los autores todavía no han ganado rango social suficiente para que, si se les lesiona su derecho moral, sean indemnizados convenientemente.

En segundo lugar, la consolidación del **derecho de remuneración por copia privada**. Aquí nuestros tribunales han ejercido una función capital en distintos órdenes. Primero para salvar las diferencias entre las propias entidades de gestión. Hay una sentencia del Supremo poco conocida en la que las entidades de gestión de artistas y de productores de fonogramas presentan un recurso contra la disposición legal que establecía la distribución de reparto de derechos de copia privada en una cuota del 25% para artistas, 25% para productores de fonogramas y 50% para autores. El Tribunal Supremo dictó sentencia en el año 95 estimando fundada esa distribución, esa discriminación positiva, y declarando que no había motivo para anular ese criterio de reparto de los derechos.

También en relación con las facultades de control de las entidades de gestión, son muchas las sentencias que se

han pronunciado sobre este tema y queda abierta esa gran polémica sobre si las normas previstas en el artículo 25 son aplicables o no para la copia privada digital. Tema que se abordará en la mesa redonda de mañana, y que afecta y preocupa a las partes involucradas. Por un lado, el titular de derechos; por otro lado, la industria de las tecnologías de la información que consideran que este canon de copia privada no ha de aplicarse sobre estos soportes digitales puesto que allí existe un derecho exclusivo; y finalmente, al consumidor, usuario final de la obra.

En tercer lugar, existen sentencias del Supremo que reconocen la **pluralidad de actos de comunicación pública**. Ya en el año 91, una importante sentencia condenó a una televisión a indemnizar a la entidad de gestión cuyo repertorio estaba siendo utilizado por no disponer de la autorización preceptiva, estableciendo el criterio importante de que a falta de convenio, las tarifas generales eran un criterio subsidiario para la determinación del importe.

Pero también ha habido sentencias en materia de ejecución musical y sobre la emisión en establecimientos abiertos al público a través de receptores de televisión. Por tanto, una pluralidad de actos de comunicación pública.

Cabe destacar la reciente sentencia de 10 de mayo del 2003 en materia de comunicación pública en habitaciones de hotel. Hasta la fecha se habían producido varios pronunciamientos del Supremo, el primero creo recordar que en el año 96, el segundo en el 99, el tercero en este mismo año. En enero del 2003, una sentencia del Tribunal Supremo establecía el criterio de que en las habitaciones de los hoteles se producen actos de comunicación pública cuando se accede a las obras y demás prestaciones protegidas a través de receptores de televisión, hilo musical o vídeos instalados en las habitaciones privadas de los hoteles. En cambio, en esta sentencia del pleno del Tribunal Supremo de 10 de mayo del 2003, se ha

cambiado de criterio, justificando que no hay comunicación pública. Probablemente, la cuestión seguirá abierta.

Otro tema fecundo es en materia de **legitimación de entidades de gestión**. Tras varias sentencias que comienzan en el año 99, hoy en día ya es –a mi entender– jurisprudencia consolidada, el reconocimiento de la legitimación *ad causam* mediante copia de los estatutos y el certificado del Ministerio de Cultura. Yo creo que es ésta una necesidad, ya que las entidades de gestión deben poder ejercitar los derechos que tienen encomendados y que, a pesar de las tremendas dificultades que ha habido en esta materia y las sucesivas reformas, hoy en día está plenamente reconocido por la jurisprudencia.

Los recursos contenciosos. Primero, en cuanto a legitimación *ad causam*, el Tribunal Supremo declaró la anulación del último inciso del párrafo segundo del artículo 145, que tasaba los motivos de oposición. La Ley de enjuiciamiento civil del año 2000, que entró en vigor en el año 2001, restituyó este mismo inciso y, por tanto, a pesar de quedar durante un periodo estrangulado, hoy en día está plenamente en vigor.

En segundo lugar, en cuanto a los derechos de gestión colectiva obligatoria, esto es el artículo 97 y las segundas frases de esos otros artículos, el Supremo declaró que el Gobierno disponía de facultades para incorporar estas segundas frases, referidas a facultad que tienen las entidades de gestión para negociar, para establecer el importe de la remuneración, para establecer convenios con asociaciones de usuarios en materia de derechos de remuneración.

Y, en tercer lugar, una sentencia complicada e interesantísima y que seguiré estudiando durante mucho tiempo, la de marzo del 2001. El Supremo declaró que el Gobierno había incurrido en *ultra vires* al suprimir el derecho exclusivo de comunicación pública de fonogramas, por tanto, declara la compatibilidad del derecho

exclusivo de comunicación pública y el derecho de remuneración por comunicación pública de fonogramas en una argumentación que arranca de la compatibilidad de esos derechos en materia de grabaciones audiovisuales en la Ley del 87. ¿Por qué –se pregunta el Supremo– va a ser incompatible el derecho exclusivo de comunicación pública de fonogramas y el de remuneración de fonogramas, cuando en la Ley 43/1994 se admite esa compatibilidad entre los productores de grabaciones audiovisuales y la remuneración?

A mi entender, el tema sigue abierto. Y me permito ahora exponer una opinión, por atrevida que parezca, de que estos derechos son incompatibles de por sí: donde existe un derecho de remuneración no ha de existir un derecho exclusivo. Creo que esto además perjudica gravemente al sector de titulares y de usuarios y que hasta que no se resuelva esta cuestión no terminará de cerrarse este sistema imperfecto que se abrió con el reconocimiento de un derecho de comunicación pública ya en el año 87. Y probablemente esto no debería existir sólo en el caso de los derechos de comunicación y remuneración de productores de fonogramas, sino que debería extenderse a todos los supuestos en los que se produzca la misma situación. Lo apunto, pues, para la polémica.

En cuanto a resoluciones del **Tribunal de Defensa de la Competencia**, se han producido varias resoluciones importantes en materia de adecuación del nivel de las tarifas aprobado por las entidades de gestión. También en relación con las condiciones desiguales establecidas por las entidades de gestión a empresas del mismo sector.

Recientemente –creo que la fecha concreta es 23 de mayo de este mismo año– se ha producido una tercera resolución: una sentencia muy importante en el caso que enfrentaba a unas entidades de gestión con un portal de Internet, y se discutía la existencia o no de abuso de posición de dominio por no conceder autorizaciones por parte

del que es titular del derecho exclusivo. Parecido al problema planteado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el caso Magill, existe una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de fonogramas.

VI. Otros protagonistas. En materia de publicaciones, aun a costa de sonar un poquito anticuados, recordemos que en el año 87 no había doctrina nacional. En cambio, hoy en día es posible consultar y estudiar un montón de publicaciones gracias precisamente al impulso de las universidades, gente que ha animado a hacer tesis sobre estos temas y a profesores que se han decidido a publicar y creo que en eso se ha avanzado muchísimo.

En formación de jueces, magistrados y fiscales, es un tópico decir que los jueces no saben nada de esto. Yo creo que saben más de lo que decimos a veces incluso en privado y, desde luego, saben mucho más hoy de lo que sabían en el año 87, así como también es mayor la preocupación por los propios órganos de formación del Consejo General del Poder Judicial en estos temas de lo que era antiguamente.

En cuanto a la Comisión Arbitral y Mediadora de Propiedad Intelectual, es ésta una de las asignaturas pendientes.

A modo de conclusión, hay un alto nivel de protección de los derechos en España igualable a cualquier otro de los Estados de la Unión Europea. Creo que la jurisprudencia ha contribuido –con alguna excepción, muy reciente alguna de ellas– a la consolidación de los derechos y a su ejercicio. Hay una enorme conflictividad en materia de reconocimiento y ejercicio de algunos derechos de comunicación pública, también algunos derechos de remuneración, en particular de la copia privada o digital, y esta conflictividad sólo se resolverá si ambas partes, ambas, ceden y rebajan sus pretensiones porque hay muchos motivos.

Finalmente, es urgente y necesaria la transposición de la Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información para que este nivel de protección que existe en España también cubra el entorno digital.

Citación recomendada

GONZÁLEZ, Agustín (2005). «1987-2003: ¿hacia una convergencia internacional?». En: «*Copyright* y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 1. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa].
<http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/gonzalez.pdf>
ISSN 1699-8154

Agustín González

Abogado de Uría & Menéndez en Madrid, especialidad de derechos de propiedad intelectual y propiedad industrial. Anteriormente era director del Departamento de Servicios Jurídicos de la Sociedad General de Autores y Editores.

Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?

MESA REDONDA

El test de las tres etapas y la comunicación pública

Mario Sol Muntañola (mod.), Juan José Marín, José Carlos Erdozaín, Agustín González

Resumen

El *three step test*, o test de las tres etapas, tiene su origen en los trabajos preparatorios del Acta de Estocolmo de 1967 de la Convención de Berna, en sede de los límites que los Estados miembros podían establecer al derecho de reproducción. Posteriormente, el test de las tres etapas ha obtenido reconocimiento general –para todos los límites al derecho de autor– a través de su reconocimiento en el Acuerdo ADPIC de 1995 y de los Tratados Internet de la OMPI de 1996 (WCT y WPPT). El test de las tres etapas puede ser entendido como criterio uniformador a nivel internacional de las excepciones al derecho de autor, o también como sistema para interpretar los límites ya existentes en las leyes nacionales. En esta mesa redonda se examina la adecuación al test de las tres etapas, de la exclusión del monopolio del autor, de los actos de comunicación pública de obras protegidas en locales abiertos al público, tales como bares, hoteles u hospitales. La normativa y jurisprudencia existente en esta materia es divergente, sin que exista una solución uniforme, ni a nivel nacional ni internacional. La mesa redonda recoge las diversas posiciones y justificaciones expuestas a favor y en contra de tal exclusión.

Palabras clave

derecho de autor, test tres etapas, comunicación pública

Tema

Propiedad intelectual

Abstract

The three step test has its origin in the preparatory works of the Stockholm Act in 1967 of the Berne Convention, when considering the limits that the Member States could establish for reproduction rights. Later, the three step test obtained general recognition –as a general limit to all rights– thanks to its recognition in the ADPIC agreement of 1995 and the Internet Treaties of the OMPI, 1996 (WCT and WPPT). The three step test can be understood as a basic uniform international criteria for the exceptions to author's rights, or as a system to interpret already existing limits in national laws. This round table will looked at the adequacy of the test, the exclusion of the author's monopoly, and the public communication acts of protected works in places open to the public, such as bars, hotels or hospitals. The norms and jurisprudence in this area are dissenting, so there is no uniform solution, either at national level or at international. The round table deals with the various positions and justifications in favour and against such limit.

Keywords

copyright, three step test, public communication

Topic

Intellectual property

1. Intervención de Mario Sol Muntañola

El *three step test* tiene su origen en las propuestas elaboradas por una comisión a la que en 1963 se le encargaron los trabajos preparatorios del Acta de Estocolmo de 1967 de la Convención de Berna. El inminente reconocimiento del derecho de reproducción obligaba a buscar una fórmula que sirviera de contrapeso a las grandes diferencias que en materia de límites a ese derecho existían entre los diversos Estados miembros. Claro está, en muchas legislaciones nacionales el derecho de reproducción ya estaba reconocido. Y también la existencia de límites al mismo, que eran de lo más diverso. A la finalidad de sosegar esos desequilibrios respondía el *three step test* (finalmente no entró en vigor, pero sus innovaciones sí que se incorporarían a la Convención de Berna en la revisión inmediatamente posterior, la de París de 1971).

La norma permitía la reproducción de obras protegidas si se cumplían las tres condiciones del test, que son: a) que sólo se permitiera en determinados casos especiales, b) que la reproducción no entrara en conflicto con la normal explotación de la obra y c) que no perjudicara injustificadamente el legítimo interés del autor.

Como límite, es importantísimo, pero en verdad de muy difícil manejo. En general las condiciones indican que la creación o aplicación del límite debe hacerse muy restrictivamente. Pero qué debe entenderse por «perjuicio injustificado» o qué por «explotación normal» son aspectos que complican su aplicación concreta. Sobre todo porque deben cumplirse las tres condiciones, y es difícil pensar en una explotación anormal que no provoque un perjuicio injustificado.

Esa fórmula ideada en Estocolmo tiene dos lecturas: como solución para unificar criterios funciona a nivel convencional y es de vital importancia. Recordemos que los países con poca producción intelectual tenderán a imponer muchos límites, al contrario de lo que harán los países con mucha industria cultural. De otra parte, como

sistema para interpretar los límites existentes en la ley, el test funciona como «manual de instrucciones del límite». Cuando lo que prima es la necesidad de homogeneizar los sistemas de límites de países con muchas diferencias, el *three step test* se dirige con más énfasis hacia la creación de esos límites, y cuando el objetivo sea normalizar su aplicación, el test adoptará la forma de decálogo del buen límite.

Así, en los acuerdos ADPIC, el test aparece en el artículo 13 para derechos de autor y de alguna forma en el artículo 14.6 en relación con los conexos, en ambos casos dirigiéndolo a la creación de límites por los Estados miembros. En el tratado OMPI de derechos de autor (TODA o WCT), en cambio, el test aparece en el artículo 10.1 y 2. El primer párrafo con relación a la creación de límites, el segundo, con relación a la aplicación de cualquier límite. También aparece en el tratado sobre interpretación y ejecución de fonogramas (TOIEF o WPPT). En la Directiva 29/2001/CE DASI, el test también aparece en el art. 5.5. refiriéndose a la aplicación de los límites. No parece que exista una obligación para los países miembros de incorporar en su derecho el test, aunque al ser una directiva norma dirigida al legislador, el test deberá ser tenido en cuenta, como mínimo, al redactar la lista de límites o excepciones por las que cada país opte.

Ya en España, en la LPI existían dos antecedentes antes de que se introdujera el test. Uno en el artículo 100.7 relativo a los programas de ordenador, y otro, menos evidente, en el artículo 39 sobre el límite de parodia. Sin embargo, el test se incorporó con ocasión de la trasposición de la Directiva 96/9/CE de Bases de Datos en 1998 como artículo 40 bis de nuestra ley. Aparentemente, sólo contiene las dos últimas de las tres condiciones, pues la primera está implícita, ya que la lista de límites en nuestra ley (pese a alguna especulación doctrinal) es taxativa y cerrada para casos especiales. Y por supuesto, el test no está limitado al derecho de reproducción, sino que se abre a todos los límites, sea cual sea el derecho que afecten.

Por ello, el objeto de esta mesa redonda no es sólo reflexionar en abstracto sobre el test, sino que hemos querido proyectarlo sobre un tema en concreto: el derecho de comunicación pública. Y ello por dos razones: la primera, por el debate tan de actualidad que se suscita principalmente en el sector hotelero en torno al derecho de comunicación pública en las habitaciones de los hoteles. Basta recordar las sentencias de los casos Hobijo, Hotel Don Juan, Gestión Hotelera Hispania, o más recientemente el caso South Paradise, que ha supuesto un giro radical en la doctrina del TS. La segunda, que la experiencia práctica con la que podemos contar con relación al *three step test* es un panel de la OMC que en junio del 2000 se pronunció sobre el conflicto planteado entre USA y las comunidades europeas en torno a la interpretación de una «excepción doméstica» que afectaba al derecho de comunicación pública. Así pues, nos moveremos entre la creación de una «excepción doméstica» o la reinterpretación del derecho de comunicación pública, de este modo quedaría planteado el tema.

En fin, son sólo unas notas para introducir tan interesante tema con las que concluyen mis funciones, pues como moderador no me corresponde entrar en el detalle, sino presentar el tema y dar paso a quienes van a desgranar con precisión, y desde diferentes ópticas, los problemas que el test, en relación con la comunicación pública, suscita.

2. Intervención de Juan José Marín López

Muchas gracias. Yo quería en primer lugar agradecer a los directores del seminario su amabilidad por haberme invitado a formar parte de esta mesa redonda, que en definitiva supone volver a tener la oportunidad de visitar esta hermosa ciudad, que todavía no conozco porque siempre hago viajes muy rápidos, y evidentemente no merced a algunas de las invitaciones que yo sugiero a los coordinadores, sino merced a que yo venga con más tranquilidad y con más tiempo, por lo que confío tener algún día la oportunidad de cono-

cerla aún mejor. Muchas gracias, pues, a Ramon Casas y a Raquel Xalabarder por su invitación.

Después de la introducción general que ha hecho el moderador, voy a plantear algunas cuestiones muy concretas, algunas de ellas relacionadas principalmente con el derecho de comunicación pública y otras a lo mejor no tanto. En primer lugar, hay que advertir, sin embargo, que entre la documentación que les han entregado hay un estupendo artículo de la profesora Jane Ginsburg precisamente a propósito de la decisión del panel de la OMC que acaba de citar Mario Sol. Yo creo que la lectura de este breve artículo es muy clarificadora sobre cómo queda en el plano o en el ámbito de la OMC la «interpretación» que hace este Panel a propósito del test de los tres pasos del artículo 13 del Acuerdo ADPIC.

Seguramente, todo eso es aprovechable también para interpretar el punto 9.2 del Convenio de Berna, a lo que habría que añadir también otro panel, menos conocido, que si les soy sincero yo no he leído, relativo a un asunto de interpretación del artículo 30 del Acuerdo ADPIC. Digo esto porque el artículo 30 del ADPIC es un artículo relativo a patentes, pero incluye, sin embargo, una advertencia a aquellos estados miembros del ADPIC que se decidan a introducir en su derecho interno limitaciones al derecho de patentes. Y es muy simpático porque evoca claramente el artículo 13 del ADPIC, «los miembros», dice el artículo 30, «podrán prever excepciones limitadas de los derechos exclusivos conferidos por una patente, a condición de que tales excepciones no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros».

Hay también otra decisión del grupo especial de la OMC, a propósito de un conflicto entre, si no me falla la memoria, Canadá y las Comunidades Europeas, en relación precisamente con la interpretación de este artículo 30 ADPIC. Como verán, aunque no es relativo a la propiedad

intelectual, en definitiva versa también sobre el alcance o la interpretación que ha de darse a este test de las tres fases.

Yo les voy a anticipar una conclusión, o una opinión un poco heterodoxa y un poco herética si quieren: en el derecho interno, no acabo de ver dónde puede jugar (les pondré algunos ejemplos de hipótesis al respecto), pero, insisto, no acabo de ver cuál puede ser la trascendencia en términos prácticos, en términos concretos, de la aplicación del artículo 40 bis de la LPI.

Durante mucho tiempo fui magistrado de la Audiencia Provincial de Toledo. Nunca tuve oportunidad de resolver ningún proyecto relativo precisamente a este artículo, que, por otra parte, no existe en nuestro derecho más que a partir del año 98. Pero una vez me pongo en el lugar del juez, creo que me sería muy difícil aplicar el 40 bis.

Ahora les pondré algunos ejemplos donde quizá puede tener cabida, desde la perspectiva de nuestro derecho interno –no en la perspectiva del derecho convencional. Creo que el test de las tres fases no tiene nada que ver con la comunicación pública en hoteles, en la perspectiva del derecho interno, repito, y esto quiero que quede claro, porque lo que acabo de decir va absolutamente en contra del panel de la OMC.

En la perspectiva del derecho interno, primero, el test de las tres fases, como bien saben, se queda en test de las dos fases. Y segundo, la aplicación de este test, mutilado, de dos fases, se reduce –si nos creemos lo que nos dice el 40 bis (otra cosa es que no le hagamos caso, que también podemos hacerlo nosotros si ustedes quieren)– al ámbito del capítulo 2.º del título 2 del libro 1 de la Ley de Propiedad Intelectual, integrado por los artículos 31 a 39 (excluyo el 40 porque se refiere al derecho de acceso a la cultura, posibilidad de acudir al juez, derechos de inéditos, etc.). Es decir, se refiere a los límites. Los límites, en sentido estricto, son del artículo 31 al artículo 39; y el artículo 40 bis donde –en virtud de la ley 5/98, que

añade este artículo 40 bis– se positiviza el test de las tres fases, señala a los artículos del presente capítulo, que son del artículo 31 al 39.

Por tanto, como inicialmente está contemplado en el artículo 9.2 Convenio de Berna y después en el 13 de ADPIC y en el art. 10 del WCT y en el art. 16 del WPPT y en el 5.5 de la Directiva sobre la Sociedad de la Información, el test de las tres fases es como mucho un test para controlar la aplicación, la interpretación o quizá, aún antes, la propia existencia de excepciones y limitaciones. Sin embargo, no parece que sea, por lo menos no lo es en el derecho interno, un instrumento de control del contenido, del alcance, de los derechos de explotación que se reconocen a los titulares, y, en este caso concreto, del derecho de comunicación pública del artículo 20 TRLPI.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2003 es una de las peores sentencias de la historia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo por muchos motivos, y seguramente algunos de mis colegas hablarán de ello más adelante. Si no, basta con que ustedes se lean la sentencia. Pero, no es mala precisamente por no hacer mención al test de las tres fases, ahí creo yo, por las razones que les vengo contando, no tendría mucha razón de ser. En cambio, el panel de la OMC aplica el test de las tres fases en el ámbito de la legislación norteamericana, porque ahí sí que existía –y como tal estaba concebida, en la propia *Copyright Act*– una limitación en beneficio de determinados bares, cafeterías, etc.

En la LPI española no es así, en los artículos 31 y siguientes no hay un límite, en sentido propio, en favor de este tipo de establecimientos para exigir el pago de derechos por comunicación pública. Salvo que se entienda que la excepción de ámbito doméstico del artículo 20 no tendría que estar en el artículo 20, sino en el capítulo 2, en los artículos 31 en adelante. Pero sólo entonces.

¿Por qué el test de las tres fases convencional se queda en el derecho interno en un test de las dos fases? Incluso

cabe la duda de plantearse si es lo mismo que, dentro de las tres fases, una fase esté antes que la otra. Digo esto porque no deja de ser singular la siguiente apreciación: En el derecho convencional, es decir, desde el Convenio de Berna, ADPIC, WCT, WPPT y el artículo 5.5 de la Directiva de Derechos de la Sociedad de la Información, las tres fases son:

- que esté previsto en casos especiales la limitación o excepción,
- que no afecte a la explotación normal del derecho de que se trate, y
- que no cause un perjuicio injustificado a los intereses del titular.

Cuando uno lee el 40 bis TRLPI, se da cuenta, primero, que ha desaparecido lo referente a los casos especiales (por lo que ahora les contaré), pero en segundo lugar se denota que curiosamente se han invertido los términos. Mientras que en el derecho convencional primero iba lo de que no atente a la explotación normal y segundo que no cause perjuicio, en el 40 bis es al revés: primero, que no cause perjuicio y segundo, que no afecte o que no vaya en detrimento de la explotación normal de las obras. Esto no deja de ser una constatación, por lo menos, simpática. Yo no sé si luego tiene alguna trascendencia de fondo.

Aunque se puede intuir que la tenga porque el panel de la OMC, en el caso que mencionaba Mario Sol, hace un análisis muy estratificado de los tres casos, sobre los que va indagando precisamente en el orden en el que vienen expuestos en el artículo 13 de los ADPIC. En el derecho interno no es así, en el 40 bis, incluso se aprecia un cierto trueque también dentro del ámbito comunitario, si se compara el 5.5 de la Directiva de la Sociedad de la Información con el precepto –cuyo número no recuerdo– de la Directiva sobre programas de ordenador que está en el origen del art. 100.6 y 7 TRLPI que mencionaba el moderador. También ahí hay un cierto trueque de anteponer primero el perjuicio injustificado a la explotación nor-

mal, siendo así que primero va la explotación normal y después el perjuicio injustificado.

Como les decía, en el derecho interno, el test de las tres fases se queda en test de dos fases. ¿Por qué? Creo que lo que el derecho convencional contiene en la primera fase de las tres es, en mi opinión, un mandato a los legisladores internos, es decir, un mandato a los legisladores de los estados que se adhieran a aquellos tratados o convenios donde esté recogido este test. Y viene a decir que las limitaciones o excepciones, cuando se contemplen, que lo sea en casos especiales.

El cumplimiento de ese mandato, procedente de una norma internacional en el caso del legislador interno español, se traduce en la necesidad de positivizar las limitaciones o excepciones en normas con rango de ley, y precisamente así, puesto que van a suponer una excepción a un derecho de propiedad intelectual, que es derecho de propiedad y está regulado por una norma con rango de ley; por lo que seguramente no podría estar regulado por norma de otro rango, en virtud de la reserva de ley que se contiene en el propio artículo 53 de la Constitución para determinados derechos, entre los cuales figura el de propiedad.

Por tanto, casos especiales, en el derecho interno, significa principio de legalidad. Casos especiales, en el derecho interno, significa necesidad de que una norma con rango de ley sea la de propiedad intelectual o cualquier otra, pero mejor la de propiedad intelectual por evidentes razones de homogeneidad y de seguridad jurídica y de evitar la dispersión, contemplen en qué casos va a regir una excepción o limitación y lo hagan con la precisión deseable. Como mínimo que aclaren, primero, qué facultad concreta, de las cuatro que según nuestro derecho prototípicamente integran el derecho de explotación (reproducción, comunicación pública, transformación...), va a quedar afectada por la excepción o limitación. Y en segundo lugar, que aclaren también si hay que pagar o no hay que pagar, es decir, si se trata de licencia legal o no.

Yo creo que eso es lo mínimo que el legislador tiene que cumplir, que el legislador interno ha de prever, a la hora de establecer en una norma con rango de ley una determinada limitación, una determinada excepción a un derecho de propiedad intelectual. Esto lo hace nuestro legislador, pienso que más bien que mal; seguramente se podría haber hecho mejor, en el derecho vigente me refiero, no en el anteproyecto de reforma, y luego en el artículo 31 a 39, por razones de política cultural, por razones de política legislativa, y establece una serie de excepciones o limitaciones de mayor o menor amplitud, señalando por regla general la facultad concreta del derecho de explotación que queda afectada, y señalando también, por regla general, si hay que pagar una remuneración a cambio o no.

Una vez que estamos en este estadio, es donde yo me planteo qué papel real va a desempeñar o puede llegar a desempeñar el test de las dos o de las tres fases, es decir, situado el juez en su estrado teniendo que hacer una sentencia. La pregunta mía sería más o menos la siguiente: ¿Constituye el test de las tres fases una especie de principio suprallegal, de tal manera que permita la invalidez, la inaplicación, la ineficacia, como quieran ustedes llamarlo, de aquellas excepciones o limitaciones que, aun establecidas por el legislador en una norma con rango de ley, supongan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o vayan en detrimento de la explotación normal de la obra?

Es decir, ¿sirve el test de las tres fases para que un juez inaplique, porque vaya en contra de ese test de las tres fases, una excepción legalmente prevista? En términos de derecho continental, en términos de un ordenamiento jurídico cuya Constitución dice –como no puede ser de otro modo– que los jueces están vinculados a la ley, se me hace francamente difícil suponer que eso pueda suceder en algún momento.

Les voy a poner inmediatamente un ejemplo: hay una de las excepciones que contempla nuestra Ley de Propiedad

Intelectual, que ha sido unánimemente criticada por la doctrina porque se entiende, en primer lugar, que no satisface intereses públicos dignos de la suficiente tutela, como simplemente un interés corporativo de la administración o de las religiones; y, en segundo lugar, porque se ha advertido, precisamente en esta segunda objeción es en la que yo quiero centrarme en este preciso momento, que la consecuencia de la aplicación de la excepción puede traducirse en términos reales en que los autores de determinado tipo de obras prácticamente no cobren nunca, porque la mayoría de las comunicaciones públicas de sus obras estarían, por sorpresa, amparadas por la excepción.

Me refiero, como alguno de ustedes habrá podido ya pensar, al artículo 38 de la LPI, según el cual la ejecución de obras musicales en el curso de actos oficiales del Estado, de las administraciones públicas y de ceremonias religiosas no requerirá autorización de los titulares de los derechos. La doctrina añade que tampoco hay que pagarles y creo que lo hace correctamente; siempre que el público pueda asistir a ellas gratuitamente y los artistas que en las mismas intervengan no perciban remuneración específica por su interpretación o ejecución en dichos actos. A raíz de esto, la doctrina ha dicho que puede ocurrir que haya autores de música religiosa, cuya comunicación pública se produzca casi siempre o de modo abrumadoramente mayoritario, en ceremonias religiosas y que, en virtud de la excepción, nunca o casi nunca o sólo en un pequeño porcentaje de casos, vayan a percibir una remuneración en concepto de comunicación pública, porque en la inmensa mayoría de los casos, la comunicación pública realizada en el curso de una ceremonia religiosa va a estar amparada por la excepción.

Alguien podría decir entonces que esa excepción, o al menos determinados supuestos reales de esa excepción, pueden entrar en conflicto y pueden desconocer las exigencias que se derivan del test de las tres fases. Colocado el juez en la tesitura de resolver algún pleito de estas características, yo estoy absolutamente convencido de que, por

mucho que se le razone al juez que eso –por no decir otra palabra más gruesa– es una gran *faena* para el autor de las obras religiosas, yo me inclino por pensar que el juez va a aplicar la excepción. Y creo que hace bien si aplica la excepción, como creo que hace bien si no aplica el test de las tres fases, porque la excepción dice lo que dice, y la excepción dice que las obras musicales que se interpretan en ceremonias religiosas no están sujetas al pago de comunicación pública porque están amparadas en la excepción.

Creo que éste es el problema de fondo de la cuestión. Me inclino por pensar que el 40 bis, tal y como está formulado, es, sin ningún género de dudas, un mandato dirigido al juez. Me refiero al juez como resolutor en última instancia de un conflicto concreto entre las partes. Está dirigido también a los intérpretes que nos dedicamos a decir qué opinamos sobre el artículo tal, en el sentido de que el 40 bis nos dice qué debemos interpretar de tal manera; pero el 40 bis va dirigido al juez, que a la hora de interpretar las excepciones debe hacerlo de manera tal que permita su aplicación de forma que no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieren.

Entonces, sinceramente, en términos prácticos, no veo yo dónde puede jugar, en el derecho interno español, entendida la cuestión en los términos en los que yo la he planteado, el test de las tres fases o, en nuestro caso, el test de las dos fases. Insisto, puede servir para decir que una determinada excepción está mal articulada por el legislador, porque acaba, la aplicación de esa excepción, por vaciar gran parte o la totalidad del contenido patrimonial de un derecho de autor. Pero eso es un problema del legislador, no es un problema del juez. Habrá que criticar la norma, pero el juez tendrá que aplicarla, por más que su aplicación, insisto, en términos prácticos, conduzca a un resultado de perjuicio material, ya que el pobre autor de la obra fundamentalmente religiosa que, además, se

interpreta fundamentalmente en ceremonias religiosas, sólo muy esporádicamente va a poder cobrar.

También hay otro ejemplo que es la interpretación del himno nacional o la interpretación de aquellos himnos que sean oficiales en las respectivas comunidades autónomas. Aunque aquí no quiero entrar porque, como ustedes saben, el régimen jurídico en materia de propiedad intelectual del himno español es un poco peculiar como consecuencia de una operación que yo siempre he visto con absoluta sospecha, y que no les quiero contar ahora. Sólo diré que el himno español les ha costado a los españoles 130 millones de pesetas comprárselo a los herederos de un sujeto que, en su momento, lo único que hizo fue tener la habilidad –porque no merece otro nombre– primero de adaptar una cosa que estaba en el dominio público y, segundo, de colocarlo, en el año 1937 –época altamente sospechosa– como himno español, a partir de cuyo momento sus herederos vendieron los derechos de propiedad intelectual al Estado por 130 millones de pesetas y además cobran un 5% cada vez que el himno suena.

Así, obras musicales en el curso de actos oficiales del Estado o de las administraciones públicas pueden ser también los himnos nacionales. Piensen ahora en un himno que no sea «propiedad» del Estado o de la Administración autonómica, sino que sea propiedad particular. Si las cosas se han hecho bien en las comunidades autónomas, cuando han encargado la composición de un himno a algún famoso compositor o algún famoso letrista, ya habrán tenido cuidado de hacerse ceder los derechos de propiedad intelectual sobre el himno, de tal manera que a lo mejor el ejemplo ya no es válido, pero me quedo con el anterior, el de la música religiosa.

Y con esto termino, por tanto, cierta desconfianza. Insisto, en el plano teórico el art. 40 bis TRLPI me parece una construcción hermosísima, muy bella, teóricamente inspirada;

pero detrás de un estrado, a la hora de poner una sentencia, no sé si vale para algo. Ya sé que esto es muy herético decirlo. Donde sí que vale, sin embargo, y aquí el legislador se «ha pasado tres pueblos» siendo redundante –si me permiten la expresión– es en materia de derechos *sui generis*, donde no contento con el artículo 40 bis, el legislador lo introduce también en los artículos 133 y 134 y 135. Nos encontramos en cada uno de estos tres artículos, tres menciones expresas al test de las dos fases: una con talante general en el 133.2, que no se sabe muy bien qué pinta ahí; otra en el 134 a propósito de los derechos del usuario legítimo, y otra en el 135 a propósito de las excepciones y limitaciones. Una sobredosis del test de las tres fases, derivada seguramente de la euforia que había en esa época, no tan lejana, sobre esta institución.

3. Intervención de José Carlos Erdozaín López

Muchas gracias a Raquel Xalabarder y a Ramón Casas por la amabilidad de invitarme a estar aquí, lo que hago con mucho gusto para compartir mis experiencias y mis opiniones en relación con la cuestión de las comunicaciones públicas en habitaciones de hotel que, como antes ha introducido magníficamente Agustín González, ha causado cierta desazón en los sectores afectados, que son particularmente los autores y los productores de grabaciones audiovisuales y fonográficas.

La sentencia de 10 de mayo del 2003 parece ser que confirma una postura de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en el sentido de considerar que las comunicaciones públicas en habitaciones de hotel no son públicas, es decir, no están sujetas al pago de derechos de autor. Digo que parece ser porque consta que la Sociedad General de Autores ha interpuesto un recurso de nulidad contra esa sentencia y no se excluye la posibilidad de interponer los correspondientes recursos de amparo o incluso pedir una posición prejudicial

al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En cualquier caso, por el momento, esta sentencia pone fin a una jurisprudencia errática, oscilante, reciente, de la Sala Primera del Tribunal Supremo respecto del carácter público o no de las comunicaciones públicas en habitaciones de hotel.

La discusión arranca de una sentencia cuya fecha concreta creo que es de 24 de septiembre del 2002, en la que en apenas un párrafo pone en cuestión si las comunicaciones en habitaciones de hotel son comunicaciones públicas o no, diciendo que no lo son y con el argumento de que las habitaciones de hotel son domicilios, esto es, que deben ser equiparados al domicilio particular de una persona física, de manera tal que entraría en juego la excepción del 20.1, apartado 2.º, de la Ley de Propiedad Intelectual que, como sabéis, excluye el acto de explotación de la autorización del respectivo titular del derecho exclusivo, cuando la comunicación pública tiene lugar en ámbitos que se denominan domésticos. Sin embargo, haría falta añadir el esencial requisito de que los aparatos de comunicación no estén conectados a una red de difusión de cualquier tipo, circunstancia ésta sobre la que el Tribunal Supremo parece no reparar. En suma, una discusión que podría llevarnos horas y cuya solución no es fácil, habiendo sido discutida muchísimo por la misma doctrina, y por muchísima jurisprudencia en países de nuestro entorno jurídico y cultural, es resumida por el Tribunal Supremo, en esta primera sentencia, en apenas un párrafo.

En enero del 2003, la Sala Primera del Tribunal Supremo parece que rectificó esa sentencia, básicamente por las críticas que había levantado el argumento utilizado, esto es, aplicar analógicamente una sentencia del Tribunal Constitucional que asimilaba la garantía de inviolabilidad del domicilio particular a las habitaciones de hotel, es decir, aplicar eso analógicamente al caso que estamos analizando parecía inapropiado. Y parecía inapropiado

porque una cuestión es que efectivamente una habitación de hotel, a efectos constitucionales, a efectos de inviolabilidad del domicilio, debe ser equiparada al domicilio particular, y otra cosa es mantener que eso constituye un ámbito doméstico en el sentido al que antes me he referido, en el apartado 2.º del artículo 20.1 de la Ley de Propiedad Intelectual. Y de nuevo llega a la conclusión de que sí que se trata de un acto de comunicación pública, desdiciendo expresamente el precedente establecido por la sentencia antes comentada de 24 de septiembre del 2002.

La sentencia de 10 de mayo del 2003 pone fin a este periplo de resoluciones judiciales que, en menos de un año, prácticamente entre septiembre del 2002 y mayo del año actual van de un lado a otro, prácticamente del escenario jurídico, de las posibilidades jurídicas de considerar una comunicación en una habitación de un hotel como un acto de comunicación pública.

Todo este tema arranca de un problema o de una cuestión que voy a ver si soy capaz de explicar en pocas palabras. Básicamente, lo que hay que decidir es si una comunicación que tiene lugar en una habitación de hotel es una comunicación en lugar accesible al público en el sentido en el que lo dice el artículo 20.2, letra G, creo recordar, de la Ley de Propiedad Intelectual. En otras palabras, si efectivamente una habitación de hotel es un lugar accesible al público en el sentido de la ley o si el hotel, alternativamente, es un organismo distinto al de origen en el sentido del artículo 36.1 de la Ley de Propiedad Intelectual. En cualquiera de los dos casos, si se diera esa condición, el acto estaría sujeto al derecho de autor, es decir, estaría sujeto al pago de una serie de remuneraciones a los titulares del derecho cuyas obras o prestaciones estuviesen en juego.

Básicamente, aquí la cuestión está en intentar asociar el carácter espacial de la habitación de hotel con el propio

concepto de público. En otras palabras, se trataría de crear una relación directa entre el espacio (o el tiempo, ya veremos) y el público que ocupa ese espacio, es decir, lo que ya hizo en su momento la doctrina alemana y luego la española, postura ésta que fue seguida por la doctrina de prácticamente la totalidad de las audiencias provinciales. Así, la idea es que el carácter doméstico de un espacio vendrá definido por el concepto de público, de manera tal que habrá un espacio doméstico si en ese espacio podemos llegar a la conclusión de que no hay público en el sentido del derecho de autor, mientras que al contrario, existirá o ese espacio será público, será un lugar accesible al público, si hay público en el sentido legal del término. La pregunta, pues, es saber cuándo existe público en el sentido del derecho de autor.

Y aquí se han ideado varias teorías. Los autores alemanes hablan básicamente de público espacialmente acumulado o público temporalmente acumulado y ésta es una teoría que ha sido admitida repetidamente por la «jurisprudencia» de las audiencias provinciales. ¿En qué se basa esta teoría? Esta teoría se basa en lo siguiente: se entiende que, aunque en un momento determinado, en la habitación de un hotel, sólo haya una persona (una persona, podemos pensar que no es público; público son pluralidad de personas), si sumamos todas las habitaciones del hotel en un momento determinado, podemos llegar a la conclusión de que sí que existe esa pluralidad de personas de la que habla el artículo 20.1 de la Ley de Propiedad Intelectual (esto desde el punto de vista espacial).

Y al contrario, desde un punto de vista temporal, si cogemos el número de personas que han ido ocupando una habitación en un espacio de tiempo determinado, de nuevo podemos llegar a la conclusión de que efectivamente hay un público acumulado en el tiempo, es decir, entre el 1 de enero de un año y el 31 de diciembre, seguramente por una habitación han pasado más de 50 o más

de 100 personas, y eso sí que es una pluralidad de personas en el sentido del derecho de autor.

Esta conclusión era algo pacíficamente admitido en la jurisprudencia nacional y, desde luego, extranjera: que una habitación de hotel era un lugar público precisamente aplicando esas teorías a las que me acabo de referir, es decir, la consideración de que por acumulación espacial o por acumulación temporal, existía público, existía una pluralidad de personas en el sentido del derecho de autor.

Ya entrando un poco en los argumentos jurídicos, la sentencia de 10 de mayo del 2003 me parece sumamente criticable por varias cuestiones. En primer lugar porque «rectifica», orienta su nueva jurisprudencia sobre la base del criterio interpretativo del artículo 3.1, es decir, adaptación a los tiempos, etc., y, en este sentido, parece grave que esa reinterpretación basada en el artículo 3.1 del Código civil se haga, en este caso, en perjuicio de los intereses económicos de los titulares de derechos de autor. Eso por un lado. En segundo lugar, reafirma la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional de equiparar a efectos constitucionales la habitación del hotel al domicilio, declarando su aplicabilidad al ámbito del derecho de autor. Por tanto, entiende que una habitación de un hotel es como si fuese mi casa, la casa de cualquiera de nosotros y, por lo tanto, estamos en un ámbito doméstico. Esto es sumamente criticable a la vista de las teorías a las que antes me referí.

Hay una tercera afirmación en esa sentencia que llama la atención por las consecuencias fatales que tendría para los titulares de derechos de autor, si llegase a interpretarse literalmente y que, en cualquier caso, no debería haber sido pronunciada por el Alto Tribunal. Dice algo así como que, al no haber demostrado el recurrente la efectiva percepción de las obras por los ocupantes de la habi-

tación del hotel, la conclusión era que no había tenido lugar comunicación pública. De nuevo la Sala Primera se olvida por completo del tenor literal del artículo 20.1 de la Ley de Propiedad Intelectual, que habla de que la mera posibilidad de poder tener acceso a una obra genera ya la obligación del pago de los derechos correspondientes. Aplicando literalmente ese párrafo de la sentencia, tendríamos que si se exhibe una película en un cine, pero nadie entra, no hay comunicación pública y no se pagan derechos de autor. ¡Glorioso!

Ya por último, se pueden observar algunos aspectos difusos en esa sentencia del Tribunal Supremo en otro orden de cosas. Hay un párrafo que viene a decir o a justificar que los titulares de derechos no cobren remuneración en los casos de los que estamos hablando porque ya reciben o ya cobran «derechos estatales» y digo derechos estatales literalmente. Uno se pregunta a qué derechos estatales se puede estar refiriendo el Alto Tribunal. No sé si realmente se está confundiendo con los impuestos que existen en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en el que los titulares de derechos reciben un tanto por calcular sobre el precio de electrodomésticos tales como televisores, etc., una especie de copia privada, pero aplicado a lo que es comunicación pública; o a qué otro posible concepto. Realmente no tiene explicación. Desde luego, si a lo que se está refiriendo es a esos impuestos, aquí no existen. Es decir, en España yo compro una televisión y el titular de derechos no recibe una cantidad por la pérdida que le supone el hecho de que la gente pueda estar viendo la película en la televisión y no comprando un vídeo o alquilando un vídeo.

En suma, éstas son mis reflexiones apuradas y breves. Quizás luego podríamos hablar también del tema que antes ha señalado Agustín de la compatibilidad, dentro de lo que es la comunicación pública de fonogramas, entre el derecho exclusivo y el derecho de remuneración.

4. Intervención de Agustín González

Muchas gracias. Creo que está casi todo dicho, con lo cual me dejáis poco espacio para añadir comentarios y quizás fuera más interesante pasar directamente al debate y que fueran los asistentes los que hicieran preguntas. No obstante, tres ideas muy breves.

En primer lugar, coincido con que la aplicación práctica del 40 bis no se ha visto clara durante estos últimos años. Yo no recuerdo, y ya hablo de muchos años de ejercicio profesional, ningún caso en que haya tenido que recurrir al 40 bis para presentar una demanda, defender unos argumentos, frente a un uso no autorizado; o al revés, ahora, cuando me toca hacerlo, acudir al 40 bis para justificar el alcance de una limitación. No recuerdo pues, en muchos años, la necesidad de recurrir al 40 bis.

Yo creo que se trata, fundamentalmente, no tanto quizá de un mandato al juez, como de un mandato al legislador. Cuando está recogido en Berna, es un mandato para legisladores locales; cuando está recogido en los ADPIC o en los tratados de la OMPI, es también mandato para el legislador local y lo mismo sucede cuando se recoge en el artículo 5.5 de la directiva. Para decirle al legislador local que usted tiene aquí esta lista de excepciones, puede elegir alguna de ellas, de las que están en 5.2 y 5.3, pero cuidado, no se olvide de que todas estas excepciones están dentro de un contexto que es la prueba de los tres pasos, previsto en el artículo 5.5 de la directiva de derechos de autor y sociedad de la información. Yo creo que es, en primer lugar, sobre todo, un mandato al legislador.

En segundo lugar, representa un límite a los límites. De la misma manera que cada uno de ellos está perfectamente definido: el derecho de remuneración por copia privada, cuándo, cómo, por qué, en qué condiciones; el límite de cita, de un fragmento, de una obra ajena,

citando la fuente para esta finalidad, etc. Además de todo eso, hay unos límites a los límites que serían los del 40 bis. Recordando los dos tipos de límites que recoge nuestra Ley de Propiedad Intelectual: primero, límites en los que se establece la posibilidad de utilizar obras y otras prestaciones sin necesidad de autorización, pero abonando una remuneración, y la segunda categoría de límites incluye aquellos en que no se requiere ni la autorización ni el pago de una remuneración. En algunos extraños supuestos que nos podemos encontrar en el capítulo 2, no se dice exactamente si es necesario o no el pago de una remuneración, no siendo necesaria la autorización, por lo tanto, queda ahí un margen de interpretación para ver si es necesario o no el pago de una remuneración cuando no está excluido por la ley.

Yendo directamente al número 40 bis, desde el despacho de un abogado (como el de Mario, el mío o el vuestro también), lo que nos encontramos son conceptos jurídicos absolutamente indeterminados. ¿Qué es la normal explotación de una obra? Porque la normal explotación de una obra dependerá de la obra en cuestión, del autor, y lo que es normal para un titular a lo mejor no lo es para otro titular; y desde la perspectiva del usuario, lo que es normal para uno puede que no lo sea para otro. Es un concepto indeterminado que siempre hay que completar con el caso concreto, por lo tanto, huir de generalidades cuando abordamos el 40 bis.

Y si esto es indeterminado, mucho más lo es el segundo paso, el tercero de los tres: que no perjudique injustificadamente los intereses legítimos del titular. Injustificadamente: ¿Cuándo está justificado perjudicar los intereses del titular? Porque parecería que hay un espacio de perjuicio a los intereses legítimos justificado. ¿Cuándo no está justificado? Y en segundo lugar, los intereses legítimos del titular es un concepto absolutamente subjetivo. Los intereses de A pueden diferir de los intereses de B.

Yo creo que esta ambigüedad es la que probablemente haya complicado, perjudicado y relegado el recurso al artículo 40 bis; para ello, la verdad es que es extraordinariamente ilustrativa la lectura de la resolución del panel de la OMC, porque sí que trata de objetivar sobre una serie de criterios, normas, indicios respecto a estos conceptos jurídicos indeterminados. Yo creo que eso sí que ayuda en un trabajo al que hay que acudir cuando se tenga que ver la aplicación práctica del 40 bis.

Hay que recordar, y con esto paso a otra cuestión, cuál es la causa de que tuviera lugar aquel panel de la OMC. Para los que no lo conozcan, quizá sea interesante analizar el origen: una entidad de gestión de derechos de compositores irlandesa que se quejó ante su homónima americana porque no recibía pagos por la utilización de todo el repertorio de autores irlandeses en Estados Unidos. La comunidad irlandesa en Estados Unidos es muy amplia y hay multitud de establecimientos en los que se hace uso de este tipo de obras. En un estudio económico del importe que deberían recibir los autores irlandeses vía su entidad de gestión, éstos ponían una cantidad realmente importante. Para justificar su postura de no enviar cantidades a la sociedad irlandesa, la entidad de gestión americana justificaba su decisión en una disposición del ordenamiento jurídico norteamericano, la famosa excepción de la sec. 110(5) de la *Copyright Act*.

Como nos recordaba Jane Ginsburg esta mañana, una decisión emanada de un tribunal americano que limitaba el derecho de percibir remuneraciones a determinados locales en función de una serie de características: metros cuadrados del local, número de altavoces y una serie de circunstancias más, no recuerdo todas. Aquella excepción se convirtió en norma y es lo que impedía a la sociedad de autores americana recaudar derechos de autor de los pubs irlandeses y enviárselos a la sociedad irlandesa. Ante esta situación, lo que decidió la sociedad irlandesa fue instar a la Comisión Europea para que pidiera la for-

malización de un panel en sede de la OMC con el fin de que se condenara a los Estados Unidos de América por incluir en su legislación esa excepción que iba más allá de las previsiones de los acuerdos TRIP. Y ése es el motivo que justifica la decisión del panel de la OMC que termina condenando a Estados Unidos por considerar que aquel límite previsto en la excepción va más allá de lo lícito de acuerdo con la correcta aplicación de los ADPIC. Ése es un supuesto claro en el que se está condenando, no a un particular, sino a un Estado, porque en su legislación introduce un límite que va más allá de lo que admiten los convenios internacionales precisamente por la incorrecta aplicación del test de los tres pasos.

Cambiando el escenario y yendo a nuestra ley, a la comunicación pública y al test de los tres pasos. Voy a distinguir dos escenarios: uno, ¿dónde podría ser aplicable el artículo 40 bis, con la disposición legal vigente? y ¿dónde podría serlo en un futuro una vez que se llevara a cabo la transposición de la Directiva de derecho de autor y sociedad de la información? Comunicación pública y test de los tres pasos. Capítulo 2 del título 3.º del libro 1.º de la Ley de Propiedad Intelectual: un primer caso de aplicación lo podríamos encontrar en relación con el artículo 36 (habría otros, pero ése es el más llamativo), que establece unos límites en el caso de distribución por cable de la incorporación a un programa dirigido a un satélite, en el supuesto de comunicación pública. Realmente, no veo cómo entraría aquí el 40 bis. No lo veo de ninguna manera, salvo que el Estado español hubiera establecido este límite, yendo más allá de lo que le permitían los convenios y tratados internacionales.

Al segundo caso ya se ha referido Juan José Marín, en los actos oficiales y ceremonias religiosas. No diré nada más.

Y sí quizás en relación con un tercer caso peculiar, que es el de la parodia. El artículo 39 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual establece que no va a ser considerada como transformación que exija el consentimiento del autor

la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor. Y hay como un doble bucle: uno, el que prevé el artículo 39, ya en el propio límite, que no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor, y el segundo bucle es esta cláusula de cierre que sería el 40 bis. Yo creo que aquí sí que puede haber espacio para que, ante determinadas transformaciones de una obra, ese caso concreto pudiera entrar dentro de las previsiones del 39 pero no dentro del artículo 40 bis, en un supuesto extremo. Por ejemplo, he conocido un caso de obras musicales en el que se transforma la letra para convertirla en algo soez, insultante, molesto e insalubre. Además de causar un daño, ahí quizás podría entrar el art. 39 (parodia), pero si no fuera así, el 40 bis sería un refuerzo a este argumento. No es una cuestión de comunicación pública. Por tanto, escasísimo margen para el 40 bis, como vemos, con las disposiciones ahora en vigor.

De futuro. Pues aquí sí. Yo creo que el legislador tiene que tener muy en cuenta el mandato del artículo 5.5 de la Directiva para aquellos límites previstos en los artículos 5.2 (y 5.3, puesto que estamos hablando de derechos de comunicación pública) a la hora de elegir estas excepciones e incorporarlas. Esto puede ser especialmente delicado en algunos casos, como el límite previsto en el artículo 5.3.a, cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, porque cabe, entre incorporar tal cual este límite, pero no incorporarlo, hasta incorporarlo con la misma gradación del 5.3.a, o incorporar algunos matices que a lo mejor excluyan la necesidad de autorización, e incluyan la obligación del pago de una remuneración. ¿Qué remuneración? No se sabe, pero del mismo modo que se pagan otra serie de materiales que se utilizan en la enseñanza, ¿por qué no pagar también a los autores y a los editores cuando se utilizan sus obras con fines educativos o de investigación? Ahí puede tenerse en cuenta quizás el límite del 5.5 de la Directiva.

Y en segundo lugar, otro caso complicado puede ser el de la letra N de este mismo apartado 5.3, cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o en la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en locales como bibliotecas, centros de enseñanza, etc. Porque también hay mucha diferencia entre no incorporar el límite, a incorporarlo con un amplio margen, hay espacios intermedios que pueden revisarse a la luz del test de los tres pasos del artículo 5.5. ¿Cuántos terminales? ¿Uno, quince? ¿En qué lugar? ¿Para qué uso? ¿Uso exclusivo para consulta? Pero otra vez nos encontramos en supuestos de mandato al legislador y no al particular.

Una última reflexión: si no recuerdo mal, el artículo 11 bis del Convenio de Berna permite que determinados actos de comunicación pública sean reconocidos en la legislación, en lugar de como derechos de autorización, como derechos de remuneración, pensando en la comunicación pública en lugares abiertos al público. Una posibilidad que tendría en su mano el legislador (polémica, arriesgada y que desde luego antes de aplicarla tendría que pensárselo una y dos veces) es convertir el derecho exclusivo de comunicación pública en estos locales en un derecho de remuneración. Y a continuación habría que determinar qué remuneración sería ésa, si fuera el caso, aunque este asunto pertenece de nuevo al legislador: qué establecimientos públicos, qué hoteles, qué bares, qué cafeterías están obligados a solicitar autorización y a pagar una remuneración, cuáles no tienen que pagar ninguna remuneración ni solicitar autorización y cuáles necesitan la autorización y el pago de la remuneración.

Ahí sí que sería un ejercicio complejo, donde los haya, en el que habría que tenerse en cuenta esta prueba de los tres pasos para, con suma delicadeza, decidir cuándo y cómo un bar situado en lo alto de una montaña de un pueblecito asturiano, de una barriada de un pueblecito

asturiano donde sólo está ese bar, pues no es necesario que pague derechos de comunicación pública a varias entidades de gestión colectiva a la vez, porque las características del local a lo mejor no causan un perjuicio a la normal explotación de la obra ni perjudica injustificadamente los intereses legítimos del autor. Pero ese mismo

local, situado en una capital de provincia, donde la gente acude asiduamente a tomarse sus copas o a escuchar a lo mejor el ruido de fondo del bar pero que acompaña, necesita de la autorización y del pago de la remuneración. Otra vez, el mandato respecta al legislador, más que a una aplicación del 40 bis en casos particulares.

Citación recomendada

ERDOZAÍN, José Carlos; GONZÁLEZ, Agustín; MARÍN, Juan José; SOL, Mario (2005). «El test de las tres etapas y la comunicación pública. Mesa redonda». En: «*Copyright* y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 1. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa].

<http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredonda01.pdf>

ISSN 1699-8154

Dr. Mario Sol Muntañola

Abogado de Sol Muntañola & Asociados en Barcelona. Doctor en Derecho y abogado especialista en propiedad intelectual.

Juan José Marín López

Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Castilla-La Mancha.

José Carlos Erdozaín López

Abogado de Gómez-Acebo & Pombo en Madrid, en el Departamento de Internet y Nuevas Tecnologías de este despacho.

Agustín González

Abogado de Uría & Menéndez en Madrid, especialidad de derechos de propiedad intelectual y propiedad industrial. Anteriormente era director del Departamento de Servicios Jurídicos de la Sociedad General de Autores y Editores.

Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?

MESA REDONDA

La copia privada digital

Raquel Xalabarder (mod.), María Martín-Prat, Marta Malmierca, Javier Ramírez

Resumen

La copia privada digital ha existido siempre en los sistemas de protección de la propiedad intelectual. En el mundo analógico, la copia privada no supone –por norma general– un grave perjuicio para los intereses económicos del autor; o cuanto menos, no se trata de un peligro que no se entienda compensado a través de los sistemas de remuneración por copia privada, dando cumplimiento así al test de las tres etapas. Sin embargo, con la aparición de la tecnología digital (facilidad de copias de calidad perfecta) la copia privada pone en jaque los intereses económicos del autor, hasta el punto de que el mero «uso privado» llega a convertirse (a través de los sistemas P2P) en una verdadera «explotación» de la obra ajena. La normativa y jurisprudencia existente en esta materia es divergente, sin que exista una solución uniforme, ni a nivel nacional ni internacional. La mesa redonda recoge las diversas posiciones y justificaciones expuestas a favor y en contra de la extensión de la excepción de copia privada al ámbito digital, por parte de algunos representantes de los intereses en conflicto: titulares de obras (IFPI), las entidades de gestión (CEDRO) y los productores de tecnología idónea para efectuar tales copias (Hewlett Packard).

Palabras clave

derecho de autor, copia privada digital

Tema

Propiedad intelectual

Abstract

The private digital copy has always existed in the intellectual property protection systems. In the analogical world, private copy does not mean -generally speaking- a serious damage for the author's economic interests; or, at least, it is not an danger that can not be compensated by means of remuneration systems, thus fulfilling the three step test. However, with the birth of digital technology (which facilitates the making of copies with perfect quality) private copy can endanger the author's economic interests, to the point that the mere “private use” can become (through the P2P systems) a real “exploitation” of the someone's work. The norms and laws in this area are dissenting, there is no uniform solution at either national or international level. The round table deals with the various positions and justifications exposed in favour and against the extension of the private copy exception in the digital area, raised by some representatives of the interests in conflict: rightholders (IFPI), collective management entities (CEDRO) and producers of technology used to make such copies (Hewlett Packard).

Keywords

copyright, private digital copy

Topic

Intellectual property

1. Intervención de Raquel Xalabarder

Me complace ahora iniciar y moderar la última mesa redonda de estas jornadas, sobre un tema apasionante y controvertido: la copia privada digital.

La copia privada digital ha existido siempre en los sistemas de protección de la propiedad intelectual. Ya sea como una excepción legalmente prevista en el cuerpo normativo (véase el art. 31(2) TRLPI y el art. 5(2)b DDASI), o a través del *fair use / fair dealing* que recogen los sistemas anglosajones del *copyright* (véase sec. 107 USCA) y que permite la exclusión del ámbito de monopolio del titular aquellos actos que no perjudican sus intereses económicos.

La justificación para esta exclusión varía según el contexto histórico y tecnológico en que nos encontremos. Inicialmente, se preferían justificaciones del tipo «*market failure*» (no cabe prohibir por ley aquello que es difícilmente coercible) para explicar la copia privada. Con la tecnología digital, que permite la superación de este «fallo», la justificación de la copia privada tiende recientemente hacia los conceptos de privacidad y de protección de la intimidad. Existe, sin embargo, otra posible justificación para la copia privada, que es menos tradicional y más arriesgada: la copia privada como «simple uso» de la obra, en lugar de como acto de explotación, de manera que queda excluida del ámbito de monopolio de explotación concedido al autor.

En el mundo analógico, las copias son normalmente de mala calidad (o de peor calidad que el original), no permiten fácilmente la copia sucesiva, y en general no suponen un peligro para los intereses económicos del autor; o cuanto menos, no se trata de un peligro que no se entienda compensado a través de los sistemas de remuneración por copia privada, dando cumplimiento así al test de las tres etapas.

Todo cambia con la aparición de la tecnología digital. Las copias digitales son de calidad perfecta (o imperceptiblemente imperfecta), permiten fácilmente la copia y sí que suponen un peligro para los intereses del autor. Todos conocemos las cifras de pérdidas de la industria discográfica y audiovisual a causa de la comercialización de TOP Mantas y KaZaA o Napster.

Antes de seguir adelante, es necesario distinguir entre dos tipos de copias digitales que no necesariamente merecen el calificativo de «privadas»:

- Las copias en soportes tangibles (normalmente, en CD-ROM), que –de no ser autorizadas o calificadas de «privadas»– infringen los derechos de reproducción y distribución sobre la obra.
- Las copias intangibles (normalmente, mediante los servidores de Internet que hacen posible la transmisión digital o guardadas en el espacio de memoria del ordenador), en cuyo caso los derechos afectados son los de reproducción y comunicación pública. Y no estamos hablando aquí de los nuevos modelos de explotación de obras, tales como el *webcasting* o la puesta a disposición del público a través de Internet (*on-line delivery*).

Las acciones emprendidas ante el «peligro» de la copia digital apuntan en dos direcciones:

1. Protección de las medidas tecnológicas. Tanto los tratados Internet de la OMPI de 1996, como la DMCA de 1998 y la DDASI de 2001 recogen expresamente la protección de las medidas tecnológicas de dos tipos: de control de acceso (que limitan el acceso al usuario legítimo) y de «anti-copia» (que impiden o limitan la posibilidad de copiar y/o modificar la obra).

2. Sistema de remuneración. Algunos países (por ejemplo, Francia) han grabado ya los soportes y equipos digitales bajo el sistema de cánones (*levies*) para la remuneración por copia privada. En España, los tribunales han resuelto sobre el tema –ante el silencio normativo– en varias ocasiones (véase casos Traxdata, Verbatim).

Mientras tanto, ¿cómo queda la excepción de copia privada digital? Las cuestiones que se plantean (que ya fueron apuntadas por el prof. Strowel) y que tendremos ocasión de debatir en esta mesa redonda, son múltiples y variadas:

1. La justificación de la copia privada digital. Ya apuntaba el prof. Bernt Hugenholtz en 1997 en su presentación «*Fierce Creatures. Copyright Exemptions: Towards Extinction?*»¹ que en un mundo digital, sólo sobrevivirán las excepciones «feroces», las que tienen una justificación amparada constitucionalmente (por ejemplo, el derecho a la información, la libertad de expresión, la parodia, etc.). Así pues, si entendemos que la justificación de la copia privada es el «*market failure*», no queda más remedio que vaticinar la desaparición de la copia privada digital. En cambio, la solución puede ser distinta si cuestionamos que sea ésa la verdadera (o la única) justificación de esta excepción, o si abrimos la puerta a la distinción entre uso (ver, escuchar, oír) y explotación.
2. La relación entre las medidas tecnológicas y la actual excepción de copia privada, que al ser –por lo general– tecnológicamente neutra, no excluye la copia privada digital. ¿Cómo asegurar que será posible hacer copias privadas también en formato digital? Nos enfrentamos aquí a un complicado engranaje a tres bandas. Por un lado, la DDASI deja a los Estados miembros decidir si se admite o no la copia privada digital como excepción

al derecho de autor (art. 5(2)b DDASI). Por otro lado, no obliga al Estado que así la admita a actuar para proteger el ejercicio de esta excepción (tal como hace con otras excepciones – las «feroces»): el art. 6(4) DDASI solamente se habla de «podrá adoptar» medidas para asegurar el efectivo ejercicio de la copia privada digital. En cambio, sí que obliga a que la remuneración establecida –en cumplimiento del test de las tres etapas– para compensar por la copia privada (también la digital, donde la haya) tenga en cuenta la existencia o no de medidas tecnológicas.

3. Lo cual nos lleva a otro tema de discusión: la convivencia entre sistemas de remuneración por copia privada digital y la implementación de medidas tecnológicas. ¿Sería correcto aplicar cánones a los CD-ROM, si todos los «CD» en el mercado incorporasen medidas tecnológicas que impidieran la copia? ¿Medidas tecnológicas y cánones compensatorios deberían excluirse, solaparse o convivir? Debemos recordar también el Cons. 35 DDASI, que exige la existencia de perjuicio económico («determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo, no pueden dar origen a una obligación de pago») para justificar y establecer la remuneración. En cualquier caso, parece lógico que la remuneración por copia privada digital no debe incluir (ni dar cobertura) a la piratería (Top Manta, P2P, etc).

Los panelistas de esta tarde nos expondrán las posturas de los distintos sectores afectados y su visión de futuro en el tema de la copia privada digital: María Martín-Prat, directora de Política Jurídica, International Federation of Phonographic Industry (IFPI), Marta Malmierca, servicios jurídicos de CEDRO, y Javier Ramírez, director de la asesoría jurídica de Hewlett-Packard.

1. HUGENHOLTZ (1997). «*Fierce Creatures. Copyright Exemptions: Towards Extinction?*». En: *Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance. Conference* (30-31 de octubre de 1997) [presentación]. IFLA/IMPRIMATUR.

2. Intervención de María Martín-Prat

Yo voy a hacer una cosa. Luego, en el debate, estaré encantada de tratar los temas que ustedes quieran, pero más que explicarles lo que va a hacer la industria discográfica en este tema –sobre el cual podría hablar largo y tendido–, yo me había tomado muy en serio el título de mi intervención: «Los límites y las consecuencias de la copia privada». Y me interesa especialmente hablar de ello, porque es una de las cosas de las que menos se habla. Siempre vamos de cabeza al tema de los cánones o al tema de las medidas tecnológicas y la relación con la limitación por copia privada, pero seguimos sin contestar a una pregunta que para mí es básica, que es: ¿de qué hablamos cuando hablamos de copia privada?

Muchas veces, si nos paramos a pensar, diferentes personas hablan de diferentes cosas, y en algunos casos, de ciertas barbaridades. Entonces, a riesgo de ser menos práctica en lo que voy a explicar por un lado, y sinceramente, corriendo también el riesgo de ser demasiado neutral, intentaré ver lo que para mí es una asignatura pendiente de los derechos de autor: la redefinición de la copia privada, ahora en el ámbito digital.

Es un debate que no se ha llevado a cabo en los últimos años, aunque debería haberse hecho, ni tampoco a nivel comunitario. Todos sabemos los problemas que tuvieron en su día los intentos de normalización, y de esto hace ya muchos años; tampoco se ha hecho ahora en la última directiva. No hay un debate serio tampoco, porque no es popular. Estamos en una situación muy complicada. Por un lado, vemos que la tecnología digital cambia el mercado de tal manera que se podría empezar a cuestionar –como apuntaba Raquel– la justificación de seguir manteniendo una excepción de copia privada. Se podría también empezar a cuestionar, y en muchos casos claramente, la compatibilidad de una excepción de copia privada con el test de los tres pasos. Pero al mismo tiempo, estamos viendo una

expansión de los canales por copia privada, una expansión a lo que son soportes digitales, discos del ordenador, etc., que en algunos países ya es un hecho y en otros está llegando. Y también la creación, que está muy ligada a los cánones, de una percepción de que ya no estamos hablando de una limitación a un derecho exclusivo, sino de un derecho del consumidor. Es un debate extremadamente pernicioso, porque no estamos hablando únicamente de derechos de autor, sino que hablamos también de derechos de consumidores y aquí es cuando entra la demagogia del derecho de acceso a la información... de acceso a una serie de cosas, y donde a veces es muy difícil tener un debate racional, porque hay percepciones muy encontradas.

Es en este marco, seguramente mucho más complicado que hace cinco años, donde hay que intentar redefinir lo que es la copia privada, sabiendo que hay intereses muy encontrados, incluso dentro de los propios derechohabientes: las posturas que se mantienen respecto, por ejemplo, a los cánones de copia privada entre productores por un lado y autores y artistas, intérpretes y ejecutantes por otro, son diferentes.

Los Estados miembros (y cuando digo Estados miembros, me refiero a esos países que reconocen la copia privada y el canon) no son necesariamente neutrales. Díganse a Francia, que recaudó un 30% de todo lo que se cobra por copia privada y que dedica esta cantidad a la producción de películas, grabaciones de música, cultura, promoción, etc. También se hace en España, si no me equivoco: si lo recuerdo correctamente, es un 25% lo que utiliza el Ministerio de Cultura. Los gobiernos empiezan a darse cuenta de que es una remuneración de la que ellos tampoco quieren desprenderse.

Este contexto donde nos encontramos es nuevo. La copia privada se utiliza más y más como una excusa para la piratería. Cada vez que hemos estado litigando en Esta-

dos Unidos –de lo que se habla también con frecuencia– sobre temas de distribución no autorizada en línea, a nosotros nos podrá parecer muy claro que están involucrados otros derechos, como es el derecho de comunicación pública, el de reproducción que no es copia privada, pero aun así, sistemáticamente se ha intentado utilizar el *fair use* o *fair dealing* o excepciones específicas cuando las ha habido (especialmente, en los pocos litigios que ha habido en el continente europeo), como una de las razones por las que se tiene que poder hacer lo que se está haciendo en línea con el contenido ajeno.

Lo que subyace en todo este debate no es baladí. Estamos viendo dos concepciones muy diferentes de donde podría acabar el derecho de autor dentro de cinco, diez o quince años. La industria discográfica seguramente es una de las primeras que va a estar en el banco de pruebas. Es la concepción tradicional de unos derechos exclusivos que permiten un control de la explotación de la obra por un lado, y que también, llamémoslo por su nombre, permiten una explotación comercial. En el otro extremo, lo que estamos viendo es que vamos hacia, o a algunos les gustaría ir, hacia un sistema de «pago por uso»; siguiendo la idea de lo que estaba diciendo Raquel, vamos hacia un sistema de licencias legales. Hay un acceso al que no se restringe el contenido y vamos a pagar por ello. Si no podemos controlar el uso que se hace en Internet de las obras, consideraremos que es un uso que vale tanto. De la misma manera que llevamos muchos años pagando por usos secundarios de fonogramas por radiodifusión, vamos a hacer lo mismo cuando se descarguen copias en ordenadores, teléfonos portátiles, lo que sea. Son evoluciones que cambiarían radicalmente el sistema de protección tal como se entiende ahora y también la forma en que las industrias funcionan.

Esto es precisamente a lo que me interesaría referirme en especial. Es un tema difícil para adoptar una opinión categórica, pero mi intención es ver de lo que hablamos

cuando hablamos de copia privada. Mi argumento es que es muy difícil intentar llegar a una solución única, que funcione en todos los casos. A mí a veces vienen y me preguntan: «Entonces, una copia privada, ¿qué es? Una copia, dos, tres...» ¿De qué estamos hablando? ¿De una copia hecha de un CD que usted ha comprado o de una copia que usted hace cuando acaba de pagar para un servicio de Internet que solamente le permite escuchar la música? Intervienen muchos factores. A mi entender, las definiciones que tenemos, sobre todo en los países continentales (porque si nos vamos al *fair use*, *fair dealing*, las hay más o menos específicas), suelen ser bastante generales. Es la misma definición de copia privada que encontramos en la última directiva (sobre derecho de autor en la sociedad de la información).

Copia privada es una reproducción efectuada por una persona para uso privado y sin fines comerciales, sin ánimo de lucro. Se puede decir casi que el tercer elemento «*va de soi*» desde el momento en que hablamos de uso privado, pero son tres elementos que se repiten más o menos con una formulación parecida en las definiciones de copias privadas. Quedan muchos elementos sin definir. Tres de ellos han sido siempre un problema:

- El primero, el número de copias que se permite hacer como copia privada no se encuentran normalmente en las leyes. La jurisprudencia a veces define, pero sería muy difícil, como estaba diciendo antes, dar un número específico, porque depende de muchos factores que comentaré luego.
- El segundo elemento «por una persona» no suele definirse (aunque en algunas leyes empieza a definirse ya). En España sí que está definida. ¿Cuál es la persona que está autorizada para hacer la copia? Era la discusión que teníamos esta mañana. Se puede decir, para el uso del copista, para el uso del que hace la copia, eso está claro; pero también pueden ser copias autorizadas, se puede autorizar para que la copia pri-

vada la haga una tercera persona (en tal caso, nos tenemos que acoger siempre a la condición de que haya o no un fin comercial, pero ya hay una diferencia importante que deja abierto un ámbito de interpretación importante).

- Tercer elemento: el límite del concepto de uso privado. El concepto de privado y público es imposible de definir. Nos hemos peleado muchas veces. Estoy segura que ayer, cuando hablasteis de comunicación y [...] se trató también, pero es verdad, no hay una clara definición de qué hablamos cuando hablamos de uso privado. ¿Es el uso privado, la copia que yo hago para mí del CD que yo tengo porque también quiero escucharlo en el coche? Eso todo el mundo supongo que estaría de acuerdo en que es uso privado. ¿Es un uso privado la copia del último CD que me compré para regalárselo a Raquel, porque pienso que le va a gustar? Yo diría que eso no es un uso privado, sobre todo si Raquel no es de mi familia. Ése es el tercer elemento.

Asimismo, hay tres elementos más que son particularmente complicados en el ámbito de la tecnología digital.

- Primero, la calidad de la copia. ¿De qué calidad tiene que ser la copia privada? Eso empieza ya a presentarse ante los tribunales. ¿Estamos hablando de que si yo no permito una copia privada de calidad digital no estoy permitiendo la excepción de copia privada, si, por ejemplo, es sólo posible hacer una copia analógica, como es el caso, a veces, con los DVD vídeos, que no tienen el sistema *macrovision*? Pero no debemos olvidar que no hay ninguna ley que diga que hay un derecho –no una excepción– de copia privada.
- Otro elemento que se está volviendo cada vez más importante: ¿cuál es la fuente de la copia privada? Es el famoso debate sobre fuente legítima o ilegítima. Hay muy pocas legislaciones, en Europa sólo lo tenemos en Dinamarca, y hay una gran discusión para incluirlo en la reforma alemana (todavía en tramita-

ción) sobre si tiene que especificarse que copias privadas son únicamente aquellas que se hacen de una fuente legal, para intentar tratar también todo el tema de piratería, en temas como Napster.

- Finalmente, el último elemento que de nuevo no se define en las leyes y es por lo que nunca nos ponemos de acuerdo de qué hablamos cuando hablamos de copia privada. ¿Es la excepción de copia privada una excepción para poder hacer una copia privada de una obra, o de una obra en un formato determinado? En otras palabras, yo como consumidor, no puedo hacer una copia de una obra audiovisual, por ejemplo, en un DVD vídeo, pero a lo mejor existe la misma película en VHS, o a lo mejor, se pasará por la televisión dentro de tres meses. ¿Es que eso es suficiente para que se pueda considerar que mi derecho de copia privada, perdón, de excepción de copia privada...? Represento a la industria discográfica, aunque parezca lo contrario, estamos en la lucha. ¿La excepción de copia privada se comprende o no?

(Marta Malmierca)

Se entiende todo lo contrario.

(María Martín Prat)

No, no, de verdad que estoy discutiendo muy libremente. No tengo ninguna duda de que no estamos hablando de un derecho, pero no sé por qué, ya se me ha escapado tres veces. Estos seis elementos que he dado ahora mismo, si ustedes lo piensan (además, son elementos que los estamos viendo ahora mismo ante los tribunales en más de una ocasión y en más de dos), son las causas por las que muchas veces no nos ponemos de acuerdo sobre lo que hablamos cuando hablamos de copia privada. Yo, lo que quería hacer rápidamente, para no alargarme, era dar algunas pistas de reflexión sobre lo que yo pienso que habría que llamar copia privada y lo que no habría que llamar copia privada.

Lo primero, y lo voy a decir muy claro, es que estamos hablando de una limitación a un derecho. Como limitación a un derecho, además, tiene que ser interpretada de forma restrictiva y tiene que ser compatible con la prueba de los tres pasos. Es decir, aunque me esté equivocando cada vez que lo diga, no estamos hablando de un derecho del consumidor. No hay ninguna legislación europea que presente la excepción de copia privada como un derecho del consumidor; ni siquiera en Francia, que tiene una de las excepciones de copia privada más complicadas al decir que el titular de derechos no puede impedir la copia privada. Es ésta la excepción de copia privada más ambigua que tenemos –pero en ningún caso, la doctrina francesa, y desde luego no en el resto de países– ha propuesto seriamente que estuviésemos hablando de un derecho del usuario o consumidor.

Segundo punto, muy importante, con el que a lo mejor aquí no estarían de acuerdo conmigo otros derechohabientes. Las cantidades que se cobran por copia privada no compensan las pérdidas de la industria. No nos equivoquemos. Las cifras a veces son bestiales. No es posible hacer el paralelismo de decir que por cada copia privada que se hace se hubiese vendido, por ejemplo, un CD; no es realmente un dato que se pueda manejar de esa manera. Pero aun así, cuando se hace la proporción de lo que se estaría recibiendo en términos de canon por copia hecha, con estimaciones muy conservadoras (por ejemplo, digamos que un 20% de las copias privadas reemplazan a lo que serían ventas de CD), está muy claro que la copia privada no compensa. O sea, hay un perjuicio económico que es muy difícil de justificar que se haya resarcido.

El tercer elemento de reflexión y seguramente el más complicado, es que es muy difícil dar a la excepción de copia privada una regla única. Y si lo piensan, esta dificultad ya está clara en la mayoría de legislaciones: no todas las obras están tratadas de la misma manera. No

hay copia privada de programas de ordenador o de bases de datos. La copia privada no afecta de la misma manera a un tipo determinado de obra a lo largo de la vida de esa obra. El ejemplo clarísimo son las obras cinematográficas. Hay una forma de explotación de la obra cinematográfica que exige, para que realmente pueda haber una explotación normal del contenido, que en un momento dado no se permita la copia privada. Y más adelante, a partir de un cierto momento, se pueda permitir la copia privada. Cuando ustedes van al cine, por otros muchos motivos también, a nadie se le ocurre que se puede ir con la cámara de vídeo y hacer una copia porque tienes un derecho a una copia privada de esa película. De la misma manera que los DVD de vídeo llevan ya muchos años en el mercado y no permiten la copia. Y muchos de los VHS tampoco permitían la copia. Luego se pasa a la explotación en las cadenas de pago, más adelante a la explotación en televisiones, donde no hay que hacer un pago y ya se va permitiendo un elemento de copia privada. Lo que quiero decir es que el efecto sobre la explotación normal y el perjuicio del interés legítimo del autor/titular (los dos puntos más esenciales en los que nos tenemos que fijar al ver la compatibilidad de la excepción con la regla de los tres pasos), puede ser diferente según la categoría de obras.

Tercer apunte. No es lo mismo hablar de una limitación al derecho de reproducción (de la copia privada) en relación con un ejemplar físico/soporte que se ha adquirido: «yo, me he comprado un CD», que cuando se habla de un soporte que no he adquirido: «me he alquilado un CD y por cierto voy a hacer una copia privada». De la misma manera, no es lo mismo cuando estamos hablando de soportes materiales, de bienes, que cuando estamos hablando de servicios. Además, es interesante saber cómo va a funcionar en Internet, porque tradicionalmente, una de las razones de la posibilidad de hacer copia privada o de las excepciones de *fair dealing* o de *fair use*, es lo que los anglosajones llaman *time shifting*

(ver en Estados Unidos el caso Betamax): no puedo ver esta película a esta hora, voy a hacer una copia privada para verla dentro de tres horas. Si nos vamos a un contexto de multitud de canales de televisión, pero sobre todo, de multitud de miles de miles de canales en Internet, esa idea de *time shifting* (tengo que tener acceso a algo, porque si no, más tarde no voy a poderlo hacer) empieza a debilitarse. Y, en consecuencia, la justificación para poder permitir copias privadas, también.

En conclusión, a algunos les gustaría pensar que voy a decir: se ha de prohibir la copia privada. Pero yo no pienso que se vaya a llegar a ese tipo de conclusiones tan absolutas. Sí creo que, en materia de legislación o de interpretación de las leyes, habría que ir hacia una clarificación por lo menos de ciertos aspectos, para evitar los abusos más obvios de la excepción de copia privada. Yo pienso que hay que estar atento a todo lo que es la referencia a fuentes legítimas o fuentes ilegítimas. No es tan obvio como parece. Como lo digo, las únicas legislaciones que hasta el momento están claramente pensando en poner esa condición las tenemos en Dinamarca y quizás en Alemania.

Es importante insistir en el término «uso privado del copista», porque si no, nos seguiremos encontrando con los mismos problemas de negocios que se basan finalmente en hacer aquello que ellos llaman copias privadas. Hay que tener una cierta flexibilidad en la aplicación de la limitación al derecho, con un estricto respeto a la prueba de los tres pasos y sin miedo a decir que, en ciertos formatos o en ciertas circunstancias, no se puede permitir la copia privada.

Supongamos que vamos a poner en línea un servicio que permita al consumidor pagar 10 euros al mes para escuchar música exclusivamente, o pagar 20, porque además de escuchar música, quiere bajarse el equivalente a 10 CD al mes. Si usted me viene aplicando una excepción de

copia privada para el primer tipo de servicio, lo que estamos haciendo es eliminar unas posibilidades de modelos de negocio, no solamente para perjuicio de la industria, evidentemente, sino también para perjuicio del consumidor, que finalmente va a acabar pagando veinte, porque vamos a tener que incluir allí la posibilidad de que se hagan las copias privadas.

Son temas complicados y con esto ya acabo. Yo pienso que muchas veces nos perdemos en el debate bajo los cánones sin darnos cuenta de que es una concepción hacia un lado o hacia otro, un derecho de autor basado en el subsidio, un derecho de autor basado en un derecho de propiedad, es un debate que afecta también mucho a la tecnología.

Yo les doy un ejemplo absolutamente actual, vamos a ver qué pasa. En Francia, tenemos ahora mismo –y no es la industria discográfica (ésta tiene otros)– un caso contra de una productora de cine por la comercialización de *Mulholland Drive* en un DVD vídeo que no permite copia ni digital ni analógica; no hay forma de hacer una copia de ese DVD. Los DVD llevan en el mercado muchísimos años y a nadie se le había ocurrido de repente que esto iba en contra del derecho del consumidor de la copia privada. Este caso está ante un juez en París, y básicamente hay una clara intención por parte de la Unión de consumidores –junto con algunos intereses políticos que, para mí, son bastante claros– de que el juez declare que se puede utilizar la tecnología DVD, porque es contraria al «derecho» de copia privada del consumidor; «derecho» que –recordarán– está claramente establecido en la sociedad francesa, dado los cánones que se pagan en Francia por copia privada. A mi entender, tal como está argumentada, la demanda no va a prosperar; pero el resultado podría ser sacar del mercado uno de los productos de consumidores que ha tenido más éxito en los últimos años, que es el DVD para películas y unas pérdidas también en inversión en tecnología bestiales.

En resumen, estoy intentando decir que debemos fijarnos en que el debate tiene incidencia en los modelos de negocio y también en el acceso a los productos y servicios que vayan a estar en el mercado para los consumidores. Me paro aquí, antes de que me digáis que hablo demasiado. Posiblemente he sido menos categórica o clara de lo que esperabais, pero todo lo que he dicho, salvo cuando me he equivocado tres veces hablando del derecho de copia privada, lo mantengo. Gracias.

3. Intervención de Marta Malmierca

Antes de dar mi opinión respecto a la necesidad o no de adecuar el sistema vigente de copia privada al entorno digital, considero necesario detenerme, aunque sea brevemente, en uno de los derechos de carácter patrimonial reconocidos al autor. Me estoy refiriendo al derecho de reproducción, del que trae causa la remuneración compensatoria por copia privada, definido en el artículo 18 del vigente Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante TRLPI) como

«la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella».

No es necesario acudir al nuevo concepto de reproducción, acuñado en la Directiva de la Sociedad de la información, más amplio y realmente adaptado a las características del entorno digital, [*derecho a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte (...) de sus obras*]² para apreciar que el elemento primordial

o definitorio del acto de reproducción es el de «fijación» de la obra.

Podemos afirmar que si hay fijación hay reproducción, con independencia de que posteriormente se hagan o no copias de la obra fijada y, por supuesto, sin importar el medio o soporte y la tecnología, ambos pueden ser analógicos o digitales, empleados en el acto de fijación de la obra.

Esta precisión es muy importante de cara al ámbito digital, ya que, conforme a la definición actual del TRLPI,³ la mera inclusión de una obra en la memoria de un escáner o un ordenador debe considerarse un acto de reproducción y, en consecuencia, estará sometido a la autorización previa del autor o, en su caso, de la entidad de gestión que lo represente.

Por otra parte, el TRLPI establece unos límites a los derechos exclusivos de los titulares y, en concreto, al derecho de reproducción, permitiendo que en casos concretos y en determinadas condiciones puedan realizarse reproducciones de obras sin necesidad de obtener dicha autorización previa.

Concretamente, el artículo 31.1 apartado 2.º TRLPI, relativo a los límites a los derechos exclusivos, establece que las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor y sin perjuicio, en lo pertinente, de lo dispuesto en el artículo 34 de esta Ley, en los siguientes casos:

«2.º Para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 99.a) de esta Ley, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa.»

La razón principal que justifica la existencia de esta excepción es de carácter meramente práctico, a diferen-

2. Artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante Directiva).

3. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

cia de otras establecidas en el propio texto legal y que encuentran su causa en la obligación de los poderes públicos de promover y garantizar el acceso de todos los ciudadanos a la cultura, o en razones de interés general. El motivo que genera la existencia de este límite es la imposibilidad fáctica para el titular de derechos de conocer y, en consecuencia, poder controlar (autorizar o prohibir) las reproducciones que de su obra se realizan para uso privado.

Por otra parte, el sistema de copia privada tiene una justificación de orden económico, consistente en la necesidad de compensar al titular de derechos por los derechos económicos no percibidos por la explotación de su obra.

Es decir, con el fin de aminorar los perjuicios que al autor de una obra le ocasiona la disminución de las ventas de ejemplares originales,⁴ como consecuencia de las reproducciones que de la misma se llevan a cabo sin su autorización, por ser copias para uso privado, se establece a favor del autor el derecho a percibir una remuneración que, de algún modo, le compense por la realización de dichas copias.

Del examen conjunto de ambas justificaciones: la absoluta falta del control por parte del autor, respecto del uso privado de su obra, y del perjuicio que el mismo le ocasiona, puede deducirse que la remuneración compensatoria retribuye la mera posibilidad de realizar copias privadas, que se deriva de la fabricación e introducción en el mercado español de determinados equipos o aparatos y materiales.

Éste es el motivo que justifica que se grave el aparato o equipo y/o el material en origen, puesto que incluso el propio destino del equipo y del soporte escapa al control del titular del derecho de reproducción.

.....
4. A este respecto, no podemos olvidar que los beneficios de un autor se calculan sobre las ventas de ejemplares originales de sus obras.

3.1. Situación actual / entorno tecnológico

La situación actual del mercado viene marcada por la continua evolución tecnológica que ha favorecido la aparición en el mercado de aparatos y dispositivos, baratos y fácilmente accesibles que permiten, mediante la utilización de métodos sencillos, obtener copias cada vez de mayor calidad, e incluso de idéntica calidad al original, de las obras objeto de propiedad intelectual.

Sin embargo, dicha evolución tecnológica no ha tenido como resultado, en paralelo a lo anterior, la aparición e implantación generalizada en el mercado de medidas de protección eficaces y de fácil implantación ni, por supuesto, al alcance de cualquier titular de derechos.

Como resultado de lo anterior, es una realidad el hecho de que las nuevas tecnologías, al menos de momento, han hecho inclinarse la balanza en perjuicio de los titulares de derechos, que asisten impotentes al incremento desmesurado de copias de sus obras realizadas en el ámbito privado, fomentado principalmente por la evolución de la tecnología y al amparo de la excepción prevista en la Ley sin que, por el contrario, la tecnología les permita, al menos por ahora, controlar de modo efectivo las copias para uso privado.

Dado que la justificación del derecho de remuneración compensatoria por copia privada está basada en un fundamento de orden práctico, la nueva situación generada por la evolución tecnológica hace necesario adecuar la legislación vigente en materia de copia privada, para responder a los intereses de todos los agentes implicados, acreedores y deudores, titulares y usuarios, tratando de mantener el equilibrio de intereses existente, alcanzado con mucho esfuerzo y tiempo en el ámbito analógico.

Por otra parte, dada la continua evolución tecnológica, dicha adecuación legislativa no puede tener carácter esporádico, sino que deberá ser revisada periódicamente en tanto en cuanto las medidas tecnológicas de protección que aparezcan en el mercado se vayan mostrando eficaces y, por tanto, permitan realmente a los titulares de derechos controlar los usos que los individuos hagan de las obras, pudiendo plantearse entonces, pero no antes, la desaparición paulatina del sistema de compensación previsto actualmente.

3.2. La Directiva 2001/29/CE

La Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (en adelante la Directiva), se ha encargado de abordar, de forma exclusiva, el régimen jurídico de los derechos de autor a la luz de los cambios producidos por las nuevas tecnologías.

A pesar de que la propia Directiva se denomina de «armonización en la sociedad de la información», el legislador comunitario no da una solución uniforme que asegure la pretendida armonización, sino que delega en los Estados miembros la incorporación de unas u otras forma de regulación, según incorporen o no todas, alguna o ninguna de las 20 excepciones previstas como potestativas y, entre ellas, la copia para uso privado. Si bien en caso de que ésta se incorpore deberá llevar necesariamente aparejada una compensación económica a favor de los legítimos titulares de las obras.

5. Tal como queda redactado el artículo 5 del Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, hecho público el mes de enero de 2003.

6. Artículo 6 de la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

7. Véase la nota anterior.

Analizando la Directiva, cabe distinguir:

1. **Ámbito en línea**, donde la explotación de los derechos de autor se realizará, con base en el derecho exclusivo, conforme a las autorizaciones otorgadas por los titulares. Esto es, los acuerdos o licencias de uso marcarán las prerrogativas y obligaciones, así como los usos permitidos y prohibidos rigiendo, en último lugar, la interpretación y aplicación de las normas del derecho contractual.
2. **Ámbito fuera de línea**, en el que regirá, si se mantiene por el legislador español,⁵ la excepción de copia privada, configurándose la compensación equitativa como obligatoria.

Para determinar la cuantía de dicha compensación, la Directiva señala como uno de los principales criterios a tener en cuenta el del empleo de medidas tecnológicas, siempre y cuando sean eficaces.

La Directiva no sólo nos proporciona una definición de lo que hay que entender por «medida tecnológica»,⁶ sino que, además, concreta el término «eficaz»,⁷ puntualizando que la medida tecnológica será considerada eficaz «*cuando el uso de la obra o prestación protegida esté controlado por los titulares de los derechos*» *condicionándola en todo caso a [...] «que logre ese objetivo de protección».*

Por otra parte, la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de establecer un marco adecuado de protección jurídica que evite e impida la elusión de las medidas tecnológicas, persiguiendo la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad o cualquier otra forma de comercialización de dispositivos que tengan esa finalidad.

Es decir, el legislador comunitario configura las medidas tecnológicas como el pilar del correcto funcionamiento de la sociedad de la información.

Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma TRLPI

Retomando las previsiones del sistema jurídico español a este respecto, debemos analizar a continuación el Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual,⁸ presentado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en enero de 2003.

Lejos de resolver los problemas detectados en el texto del vigente TRLPI, introduce unos cambios que, en general, no podemos valorar como positivos. El equilibrio, teóricamente buscado, entre los intereses de las distintas partes implicadas, cede en la futura normativa en perjuicio de los derechos de los titulares de las obras de propiedad intelectual.

El artículo 5 del mencionado Borrador modifica la redacción del vigente artículo 25 TRLPI.

Las principales novedades que presenta son las siguientes:

I. Inusual intervención del poder ejecutivo que se atribuye importantes funciones.

1. El Consejo de Ministros interviene como órgano decisor, siendo competente para determinar la relación de equipos o aparatos y materiales sujetos a la remuneración compensatoria por copia privada y cuantificar el importe de forma que las tarifas previstas actualmente en la Ley desaparecen para dejar paso al criterio del Consejo de Ministros formalizado en cada momento.

8. Nos estamos refiriendo en todos los casos al segundo Borrador de Anteproyecto, hecho público por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en enero del 2003, no al primero que el mismo Ministerio hizo público en noviembre del 2002.

9. Artículo 5 del Borrador de Anteproyecto de Reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

El único aspecto positivo que se puede extraer es una mayor agilidad en las actualizaciones, que se prevén, al menos, cada dos años para adecuar unos y otras a las características de una realidad cambiante.

2. La creación de una comisión de propiedad intelectual como órgano asesor. Dicho aspecto, si bien en principio debiera ser valorado positivamente al tratarse de un órgano especializado en la materia, se ve empañado por la remisión en la Disposición Transitoria Segunda del Borrador a un posterior desarrollo reglamentario. Será el Poder Ejecutivo quien intervendrá para decidir, esta vez, sobre la composición y funcionamiento de la Comisión. Consideramos que habría sido más deseable la opción de dotar de regulación a la Comisión en la propia Ley, otorgando a sus informes carácter vinculante.

II. Mayor confusión terminológica.

El Borrador mantiene la referencia a la idoneidad de los equipos sujetos al canon por copia privada y además introduce unos criterios indeterminados de difícil concreción.

Al tratar de las competencias del Consejo de Ministros⁹ incluye la de determinar, por un lado, «la relación de equipos o aparatos y materiales sujetos [...] atendiendo, para ello a su idoneidad objetiva y efectiva incidencia en la realización de las reproducciones [...]» y, por otro, «determinar las cantidades aplicables a cada equipo [...] atendiendo, entre otros criterios, a la modalidad o modalidades [...] a la capacidad o calidad de copia o almacenamiento de los mismos, a su incidencia en la realización de copias privadas y a los efectos de éstas en el mercado de obras y prestaciones afectadas».

Otro término que puede ser objeto de interpretación es el concepto de «polivalente», empleado respecto de los equipos y aparatos idóneos sujetos al canon por copia privada, cuya reclamación deberá ser conjunta por las diferentes entidades de gestión.

III. Medidas tecnológicas.

A pesar de que a lo largo del texto de la Directiva se insiste en que las medidas tecnológicas que se adopten deben ser eficaces,¹⁰ obligando a los Estados miembros a articular medidas de protección jurídica contra las actividades, aparatos o dispositivos que eludan las mismas, inexplicablemente, el Borrador suprime toda alusión a dicha eficacia.

Tanto es así, que uno de los baremos que se deberá tener en cuenta para cuantificar la remuneración compensatoria en el ámbito de la copia privada digital queda reducido al mero empleo de medidas de protección, con independencia de que consigan el objetivo para el que se aplican, es decir, con independencia de su eficacia.

IV. Cambio normativo en la regulación: de la ley al reglamento.

El reglamento, norma emanada del Poder Ejecutivo, se convierte en el principal instrumento jurídico por el que se regulará, pormenorizadamente, el régimen de remuneración por copia privada. Así, se remite a su desarrollo aspectos como el nacimiento de la obligación, los plazos de presentación de las declaraciones, del pago del canon o la existencia de la presunción *iuris tantum* en caso de no haber desglose del canon en la factura. Dichos aspectos se regulan, actualmente, en el propio TRLPI.

.....
10. Incluso estableciendo una definición de qué debe entenderse por «eficaz».

Este cambio implica, sin duda, una merma en las garantías y protección otorgada hasta ahora a los derechos de autor y derechos afines.

Conclusiones

Tras este breve análisis del sistema normativo de copia privada, tanto en el orden nacional como comunitario, podemos concluir lo siguiente.

En el entorno digital asistimos a un incremento exponencial de actos de explotación, o de uso de las obras de la creación, generado por la evolución de la tecnología característica de este nuevo ámbito.

No existen actualmente, al menos de forma generalizada en el mercado, medidas de protección eficaces de aplicación a las obras culturales, por lo que se hace patente y se acrecienta la imposibilidad real de control por parte de los titulares de derechos de propiedad intelectual de la explotación que se realice de sus obras, aumentando el perjuicio económico causado a los legítimos titulares.

Ante este panorama, entiendo que es imprescindible mantener el sistema de copia privada si bien adaptado al ámbito digital, por lo que sería conveniente y recomendable armonizar las legislaciones nacionales con el fin de evitar, por una parte, que el grado de protección de los derechos de autor y derechos afines alcanzado sea distinto según la normativa interna de cada Estado miembro y, por otra, que las medidas de protección adoptadas en un país, y que han demostrado ser eficaces, pierdan esta cualidad, bien por no existir en los otros Estados miembros los medios técnicos necesarios o compatibles, o bien porque la protección jurídica contra la elusión de las medidas tecnológicas sea insuficiente en el ordena-

miento jurídico interno de la nación en la que se lleva a cabo la explotación de la obra.

4. Intervención de Javier Ramírez

¿Privacidad o piratería? Los cánones por copia privada y el mercado

En primer lugar, quisiera dar las gracias a Raquel Xalabarder y a Ramón Casas por la invitación que nos hace, no sólo a mí, sino también a Marta Malmierca, porque últimamente la verdad es que los dos coincidimos en todas las mesas redondas que se celebran sobre este tema, lo que según me dicen garantiza un cierto debate.

Mi intervención se centrará en mostrarles las **graves deficiencias que presentan los sistemas de cánones como modelo de compensación por copia privada en relación con los dispositivos de la sociedad de la información**. Realizaré un recapitulativo de la situación actual evocando los orígenes del sistema y resaltaré una vez más la importancia de distinguir claramente entre copia privada y piratería y la inadecuación del sistema de cánones para luchar contra ésta última.

En relación con la copia privada digital, en primer lugar me gustaría destacar que en las intervenciones anteriores se ha planteado que existen dos posturas enfrentadas: una, la correspondiente a los titulares de derechos de propiedad intelectual, y otra, la correspondiente a los sujetos «pagadores» de los cánones. Por el contrario, yo no estoy totalmente conforme con ese planteamiento. He escuchado atentamente las intervenciones previas y creo que hay muchos puntos en común. Básicamente, porque Hewlett-Packard no se siente ajena a los titulares de derechos de propiedad intelectual, sino que está dentro de ese grupo. Somos una entidad que vive en gran medida del software, con lo cual somos los primeros interesados en que exista una protección de la propiedad

intelectual eficaz. Sin embargo, también creemos que no se debe abusar, diciendo que algo es para proteger la propiedad intelectual, cuando en realidad ése no es el objetivo que se persigue.

He seguido con gran atención la presentación de María Martín Prat y la verdad es que creo que estamos de acuerdo en todo. Ha dicho que **debería definirse claramente qué es la copia privada**, estoy totalmente de acuerdo. Ha hablado de que la excepción de copia privada no es un derecho, sino una excepción o límite, estoy totalmente de acuerdo. Ha comentado que debería poder plantearse la necesidad de definir si sólo el usuario legítimo tiene la facultad o puede ampararse en el límite de copia privada o no, y yo también estoy totalmente a favor. Precisamente, en el caso del software, la posibilidad de hacer copias de seguridad o la posibilidad de modificar o reproducir la obra cuando dichos actos sean necesarios para la utilización del programa conforme a la finalidad propuesta, se concede exclusivamente al usuario legítimo y yo creo que esto es algo muy importante para conseguir una efectiva protección de la obra. Finalmente, ha dicho que la existencia de cánones por copia privada no compensan suficientemente a los productores de fonogramas, y también ahí estoy totalmente de acuerdo, pero discrepo en que sí que hay algunos titulares de derechos a quienes sí que interesa y compensa con creces el mantenimiento de los sistemas de cánones, sin perjuicio de que haya copia privada o no.

Por el contrario, sí que tengo mayores discrepancias con algunas de las afirmaciones realizadas por parte de Marta Malmierca. Por ejemplo, cuando dice que los cánones tratan de compensar la mera posibilidad de hacer copias. Yo creo que **los cánones deben plantearse como una compensación por la copia efectiva, no por la mera posibilidad que tenga una persona de hacer copias con los productos**. En caso contrario, estarían haciendo pagar injustamente a una persona por unos motivos que son

totalmente ajenos a la misma y por un «presunto daño» que no se va a producir, lo que a su vez supone un «enriquecimiento injusto» por parte del beneficiario del canon. Asimismo, tampoco estoy de acuerdo en la explicación relativa a qué se entiende por medidas tecnológicas de protección eficaces y qué no debe entenderse como tal; sobre este punto hablaré un poco mas tarde.

Tienen ustedes copias de las transparencias que en principio pensaba proyectar. Les aconsejaría que se remitieran a la documentación contenida en los materiales que se les ha entregado, porque vamos a tratar diferentes datos allí detallados.

Como ya les he avanzado, a lo largo de mi intervención quiero mostrarles, básicamente, las graves deficiencias que presentan los sistemas de cánones como modelo de compensación por copia privada. Muchos titulares de derechos de propiedad intelectual, como hemos visto, plantean la idea de que se deben aplicar cánones sobre cualquier producto que potencialmente pueda utilizarse para copiar, pero no se nos explica, ni somos realmente conscientes del impacto económico y de los problemas de mercado que causan los cánones. El objetivo de mi presentación es trasladarles una cierta sensibilización desde el punto de vista jurídico y económico, sobre el impacto que tiene el mantenimiento de un sistema de cánones amparado en la excepción de copia privada, en especial en el ámbito digital.

En primer lugar, me gustaría hablarles sobre la **situación del sistema actual**, para lo que creo que es conveniente recordar el **origen del sistema de cánones**.

Básicamente, los sistemas de cánones surgieron en Alemania hace más de treinta años por dos motivos fundamentales. El primer motivo era que existían determinados productos o materiales que se destinaban de forma mayoritaria a realizar copias privadas. Eso era y es un hecho

constatado. El segundo motivo, que no se podía controlar esa copia, no se podía poner a una persona en casa del individuo para controlar dicho uso y saber quién está haciendo una copia privada y quién no. En base a estas dos circunstancias, habida cuenta de que la mayoría de las personas destinaba esos productos a realizar copias privadas y no era posible diferenciar, a efectos de pago, entre quiénes hacían realmente esas copias y quiénes no, la solución menos mala parecía que era imponer unos cánones sobre todos esos productos, de modo que los pagasen todos. Se trata de un sistema de justicia, por así decirlo, «a la gruesa»; habría algunas personas perjudicadas por tener que pagar el canon y no dedicar el producto a fines de copia privada, pero parecía que era la solución «menos mala» y en términos generales el sistema estaría equilibrado dado el carácter excepcional de quienes no harían copias privadas.

Precisamente, ésta era la situación que existía cuando en España y en otros países cuando se establece el sistema de remuneración por copia privada, que se contiene en el artículo 25 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual:

- Por un lado, conforme a las encuestas que se barajaban en 1992, quedaba constatado por ejemplo, respecto a la utilización de soportes vírgenes de casetes de audio, que un 88,5% de las casetes se utilizaban para fines de copia privada y además se establecía que dicho porcentaje era un mínimo, ya que cada una de las casetes se reutilizaba 2,5 veces de media. Con lo cual, habida cuenta de que el uso mayoritario de dichas cintas vírgenes era la copia privada de obras musicales, y que no era posible discriminar entre quienes hacían copia privadas y quienes no, parecía razonable aplicar un canon sobre todas las cintas, aunque se perjudicase a unos pocos.
- Por otro lado, a fin de determinar las obras objeto de compensación, no venía siendo suficiente con que fueran susceptibles de copia privada, sino que se planteaba

¿qué tipos de obras o prestaciones se están copiando realmente? Precisamente, en base a este planteamiento, se determinaba que únicamente las grabaciones de audio, los videogramas y los libros o publicaciones asimiladas a libros, de los cuales se excluyen las revistas, quedaban sujetos al sistema de compensatorio.

A este respecto, hay una sentencia muy interesante de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, del 10 de febrero del 97, que resuelve precisamente la reclamación de las asociaciones de prensa, que también quieren participar en el cobro de esta retribución por copia privada, en virtud de las copias privadas que hagan de los periódicos y revistas. Lo que viene a decir al final el Tribunal Supremo es que la remuneración compensatoria trata de compensar un perjuicio efectivo causado, una ganancia dejada de obtener. En este caso, se excluía la prensa diaria porque, habida cuenta de su precio y corta vida, no cabía concebir como comportamiento probable que un número significativo de ciudadanos sustituyera la compra de un periódico por una copia del mismo. De esta forma, sin perjuicio de que técnicamente fuera posible hacer copias privadas de revistas, no se les reconoce el derecho a dicha compensación, de modo que los únicos que quedan amparados como acreedores del derecho de compensación por copia privada serían los titulares de derechos sobre libros o publicaciones asimiladas, que incluyen publicaciones con una periodicidad superior a la mensual e inferior a la semestral, con un mínimo de 48 páginas.

Por otro lado, en medio de este debate de la compensación por copia privada, además, **aparece erróneamente el tema de la piratería**. En este sentido, muchos titulares de derechos de propiedad intelectual argumentan que tienen unas pérdidas tremendas por la piratería y han de ser compensados. La verdad es que la piratería afecta a casi todos los sectores de la propiedad intelectual y es una lacra que perjudica gravemente a la creación. Sin

embargo, no por ello se puede utilizar la excusa de los cánones para compensar las pérdidas que pueda causar la piratería.

En la documentación entregada tienen ustedes las últimas cifras que he podido conseguir sobre piratería en diferentes sectores. En el caso de CD musicales, afortunadamente ha bajado. En el primer trimestre del año 2003 ha bajado a un 21,3% del total, cuando en años anteriores estaba en niveles cercanos al 30%. En el caso de vídeo, DVD, sobre todo, ya empieza a subir y ya se habla de un 7% del mercado, conforme a las tasas de piratería anunciadas en noviembre del año pasado por la Unión de Videografía Española. No tenemos datos sobre cuál es la tasa de piratería en el sector de reprografía. CEDRO publicó el mes pasado que se copian 3.493 millones de páginas, lo que equivale a 17,5 millones de libros, pero no se identifica qué corresponde a copia licenciada y qué corresponde a copia no licenciada o a copia privada. De todas formas, para poner un poco en situación qué representan estos 17,5 millones de libros, esta cantidad sería equivalente a un 6,7% del mercado total de los libros vendidos. Hasta aquí, se han analizado los sectores que vienen recibiendo compensaciones por copia privada, mezclando en muchas ocasiones el discurso de la piratería para justificar la necesidad del canon.

Si analizamos el software, veremos que las tasas de piratería son del 47%, más altas que en cualquiera de los otros tres sectores que son acreedores de la remuneración por copia privada. Si analizamos el software de entretenimiento, los videojuegos, ya estamos en una tasa del 66%. ¿Qué quiero decir con esto? Que la piratería nos afecta a todos. La piratería está afectando a todos los sectores y no por ello creemos que sea lícito que se utilice la copia privada y los cánones por copia privada como excusa para compensar estas pérdidas.

El régimen español de compensación por copia privada actual, que tiene su origen en la Ley de Propiedad Intelectual del año 1987, y que fue modificado con detalle en 1992 y se volvió a modificar en 1994 establece que los principios básicos del sistema son:

- En primer lugar, establece unos cánones o importes fijos por ley. En este sentido, por un lado, determina como sujetos al pago a los productos idóneos, pero no dice qué tipo de productos son estos productos idóneos, y por otro lado, determina con posterioridad un canon fijo de 45,08 euros (7.500 pesetas) para equipos de copia de libros –pensando en fotocopiadoras– con capacidad de hasta diez páginas, por ejemplo. Los soportes de audio pagan 0,18 euros (30 pesetas) por cada hora de grabación; los de vídeo 0,30 euros (50 pesetas) por cada hora, etc. Este sistema tiene un planteamiento univalente: cada soporte únicamente se puede utilizar para un fin o tipo de grabación determinado. Determinado soporte sólo para copiar audio, otro soporte para copiar vídeo o determinado equipo para copiar libros. Y sólo se protegen estos tres tipos de prestaciones. No se protegen las fotografías, a menos que formen parte de un libro, no se protege el software, porque no tiene derecho de copia privada y no se retribuye. Son únicamente esos tres casos en los que queda constancia que se realiza copia privada de forma significativa.
- Por otro lado, establece también el principio de que debe repercutirse el canon al usuario final. El gran perjudicado de los cánones, en el fondo, no es otro que el usuario final, y la ley establece la obligación de repercutir el canon al usuario final. ¿Cuál es la razón de este principio? Pues que es el usuario final quien está autorizado y se presume que va a realizar la copia privada, por lo que es él quien en principio ha de pagar el canon correspondiente.
- Finalmente, se establece una definición de copia privada con unas líneas generales que permiten la copia

privada en la medida en que sea para uso privado del copista y la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa.

En relación con este sistema de remuneración por copia privada, han surgido diferentes disputas. Por un lado, nos encontramos estos últimos años con peticiones de todo tipo de algunas entidades de gestión; tampoco quisiera generalizar, porque hay comportamientos muy diferentes. Hay algunas entidades que piden la aplicación del canon en productos que se destinen de forma mayoritaria a fines de copia, como pueden ser los reproductores de MP3. Hay otras que piden la aplicación de los cánones sobre cualquier tipo de producto o soporte que eventualmente puede utilizarse para copiar, como pueden ser los soportes CD-R, los soportes DVD-R, e incluso los escáneres, las impresoras, las tarjetas de memoria, las PDA (agendas electrónicas), los ordenadores, los teléfonos móviles, y, en general casi sobre cualquier tipo de producto.

Junto con todo esto, viene el anteproyecto de Ley de modificación del actual Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, publicado en noviembre de 2002 y vuelto a modificar levemente en enero de 2003.

Nuestra experiencia nos ha demostrado que la situación legal actual origina **graves problemas** para todos:

- Por un lado, la incertidumbre no es buena ni para los titulares de derechos, ni para los deudores de la remuneración de copia privada. Nos gustaría que hubiese una seguridad jurídica total sobre qué productos quedan sujetos al pago de cánones y cuáles son los que no quedan sujetos. A la hora de operar en el mercado, no hay nada peor que no tener seguridad jurídica. Y para tener seguridad jurídica no basta con decir «pues paga el canon», ya que si una empresa paga el canon y el competidor que está en el mismo mercado vendiendo productos similares en competencia no paga el mismo

importe, se produce una situación de competencia desleal que hace imposible poder operar en el mercado.

- Por otro lado, además, los cánones están fijados por la ley y se aprobaron teniendo en mente unos equipos concretos (por ejemplo, las fotocopiadoras) que se comercializaban con unos precios concretos y mucho más elevados que los actuales. Con lo cual, en ocasiones, al asumir si determinado producto debe pagar, a veces se plantea también la cuestión de si se debe pagar el importe de la remuneración que está fijada por la ley y que es totalmente desproporcionada en relación con la situación actual, o si sería posible que las partes acordasen unas remuneraciones diferentes de las que determina la ley. Yo entiendo que sí que hay argumentos legales para justificar esas tarifas diferentes, aunque dicha argumentación no va a ser esto objeto de debate en este foro.
- **Asimismo, creemos que el sistema actual de cánones origina múltiples situaciones de enriquecimiento injusto:**

1) En primer lugar, hay que destacar que las excepciones al pago del canon por motivos profesionales son muy escasas, únicamente se aplican a entidades de radiodifusión y a entidades productoras de fonogramas y videogramas, cuando hay muchas empresas y organismos que adquirieren productos que quedan sujetos al pago del canon, que legalmente no están autorizadas para hacer copias privadas, ya que no se cumplen los requisitos del artículo 31.2, y que de hecho no hacen copias de obras protegidas, y que no obstante lo anterior, no pueden beneficiarse de una excepción profesional. Hablamos, por ejemplo, de los tribunales de justicia cuando están grabando en vídeo el juicio y tienen que pagar el canon correspondiente por las cintas que emplean, cuando en principio no están causando ningún daño a los titulares de derechos sobre grabaciones audiovisuales y están haciendo un uso que no es de copia privada.

2) En segundo lugar, nos encontramos con nuevos productos que entendemos que no se utilizan para

finde de copia privada, como pueden ser los equipos informáticos multifuncionales, que incluyen una impresora, una copiadora y un escáner para uso principalmente en un entorno de oficina, y que no se utilizan en el fondo para hacer fotocopias de libros.

3) En tercer lugar, y esto ya no es culpa de nadie, sino que es culpa de que el sistema es imperfecto por su propia naturaleza, te encuentras con que a la hora de reparar las cantidades, no hay ninguna forma de asegurarse de que quien va a recibir las cantidades por copia privada es quien realmente ha sufrido la copia. El reparto se basa en estadísticas y otros sistemas imperfectos, no queda claro qué se hace con los importes correspondientes a obras extranjeras, etc.

Todas estas situaciones llevan en muchas ocasiones a que cobre quien no ha sufrido un daño por copia privada de sus obras, con infracción del principio, que ya comentamos, recogido en la Sentencia de Tribunal Supremo del 10 de febrero de 1997, que venía a decir que la remuneración compensatoria trata de compensar un perjuicio efectivo causado, una ganancia dejada de obtener.

- Otro problema que nos encontramos es que **existe una doble imposición en determinados sectores**. Hablábamos antes de las máquinas «copy-play» y decíamos que «No son copia privada», al igual que las fotocopiadoras de una copistería. El Real Decreto 1434/1992, en su artículo 10, establece que las copias que se hacen en establecimientos abiertos al público dedicados a la realización de copias o que ponen a disposición los equipos para la realización de dichas copias, no entran dentro del concepto de copia privada. Con lo cual, en teoría, entendemos que dichos equipos no deberían pagar el canon por copia privada. Por el contrario, la situación es diferente y nos encontramos con que todas las fotocopiadoras, independientemente de que se destinen a una copistería pública o no, pagan el canon por copia privada. Además, si están en una copistería, tienen que

pagar la licencia de reproducción correspondiente, lo cual implica una contradicción, ya que tienen que pagar el canon por copia privada pero no pueden emplearse en hacer copias privadas, y una doble imposición.

- Asimismo, nos encontramos con que el canon supone en muchos casos hasta un 30% del precio del producto. El importe del canon previsto por la ley no se ha adecuado en todos estos años, a pesar de la posibilidad que existía en la propia normativa de adecuarlo con carácter bianual en base al desarrollo tecnológico, al índice de precios al consumo y a la realidad del mercado y que los productos de electrónica han estado sujetos a un proceso deflacionista. Por consiguiente, lo que antes suponía un 5% del precio del producto, actualmente supone el 30% en algunos casos. Esta situación a su vez, está provocando:

1) La existencia de operadores en el mercado que decidan no pagar el canon, operando de forma desleal a fin de ganar cuota de mercado a costa de los que sí que están cumpliendo. O te encuentras con empresas a quienes tú estás vendiendo tus productos en un país donde no hay cánones y lo importan en España sin pagar tampoco el canon, en competencia desleal con quienes sí que lo pagan.

2) Habida cuenta de la importancia relativa del canon, es posible encontrarse también con efectos restrictivos de las exportaciones, ya que en principio pagas el canon mientras lo estás distribuyendo en España; si en un momento dado el distribuidor que ha pagado el canon al importador (o a un mayorista) quiere sacar los productos fuera del país, el acreedor de la remuneración suele pedir que se le reclame ese importe no directamente al propio acreedor, sino a lo largo de toda la cadena de distribución y que además se solicita que demuestre dicha exportación de forma fehaciente. Esta situación causa graves trastornos, no sólo de tipo administrativo, sino también de tipo financiero, ya que lleva bastante tiempo tratar de

cobrarla, en caso de suponer dicho 30% del precio del producto supone una financiación bastante cara y de hecho supone restricciones a las exportaciones, más aún en caso de que en el país de destino también haya que pagar el canon correspondiente (diferente y con carácter territorial), al importar el producto.

3) Estos cánones tan elevados disminuyen la demanda interna de los productos en cuestión. Nosotros hemos hecho comprobaciones sobre cuál es nuestra cuota de mercado en determinados productos que en España pagan canon y cuál es el «*product-mix*» de los mismos productos en otros países, por ejemplo, comparando la cuota de mercado de los equipos multifunción que en España sí que pagan canon en comparación con los escáneres que en España no pagan canon, con la cuota de mercado que tenemos en países en que ninguno de estos dos productos paga canon, y la conclusión es que la penetración y presencia de mercado de productos multifuncionales que tenemos en España es la mitad, en número de ventas, que la que tenemos en otros países.

4) Por último, las propias empresas usuarias se ven gravadas injustamente. Van a comprar un producto que van a utilizar para fines profesionales, que no entran dentro del ámbito de la copia privada, pero a unos precios más caros. Con lo cual, en cierta forma, hay una pérdida de competitividad de la empresa española frente a otras empresas en el exterior que no tienen que afrontar estos costes.

En otro ámbito, me gustaría hablar sobre la sensación que tenemos muchas empresas, respecto a que **el sistema de cánones se utiliza para compensar la piratería o copia no autorizada**. Digo esto porque es importante que todos tengamos una visión de cuál es el impacto de los cánones y cuáles son los intereses que existen al respecto, y que reconozcamos que es un importe muy elevado de lo que estamos hablando.

Por ejemplo, conocen ustedes que existen sentencias dictadas en primera instancia, aplicando la remuneración por

copia privada sobre los CD-R informáticos. Según se defiende por las entidades de gestión, parece que se están utilizando para esos fines y que debería ser justo que se retribuyesen con un canon. ¿Qué ocurre si seguimos este principio? Si hacemos los números de qué supone este canon, tenemos que con 200 millones de discos CD-R vendidos en 2001, tanto a consumidores como a empresas, porque aquí no se distingue si va a consumo o a empresa, y aplicamos el canon que la ley determinó en su día, por ejemplo, para las cintas de audio, la recaudación total sería de 7.400 millones de pesetas, 44 millones y medio de euros. Lo cual, si lo comparamos con la recaudación habitual de la entidad que está litigando, en concepto de remuneración por copia privada, que es cercana a los 7,5 millones de euros al año, nos encontramos con que incrementaría sus actuales 7,5 millones de euros en más de 44,5 millones de euros adicionales, lo cual es un aliciente muy importante para pedir que se paguen los cánones correspondientes. Esta cantidad adicional es equivalente al 76% de lo cobrado por los autores en el 2001 en concepto de derechos de autor por las ventas de CD de música, o al 38% de dichos ingresos, si tenemos en cuenta que sólo el 50% de esos ingresos corresponderían a los autores, y lo restante se ha de dividir entre productores y artistas. Vistos los números, creo que cualquiera estará de acuerdo en que la aplicación del actual canon a los CD-R informáticos sería ciertamente excesivo.

Lo mismo ocurre con los productos informáticos multifuncionales. Las impresoras con escáner y copiadora que os estaba comentado, tienen un precio medio en el mercado de 200 euros, canon incluido. Se paga un canon de 45,08 euros, con lo cual, el canon representa para el usuario final un incremento del precio final del 25%. Esta situación es peor teniendo en cuenta los niveles de precio de las últimas semanas, en que existen productos en el mercado por 150 euros, canon incluido. Si tenemos en cuenta el precio medio de un libro, que es de 1.990 ptas., y cuál es el porcentaje de derecho de autor, que se encuentra en torno al 5,1%, nos encontramos con que por medio de este canon

se están compensando el equivalente a 75 libros. Si ya lo dividimos entre el 55% de autores y de editores, que es el reparto de derechos previsto por la Ley, estaríamos hablando de 42 libros. Es decir, que una persona podría fotocopiar hasta 42 libros, en teoría, para que hubiese una relación directa entre lo que ha hecho con este producto y lo que está abonando. Para ir más allá, si ponemos en relación por ejemplo, los ingresos por cánones y por licencias, vemos que en el último trimestre del 2002, la venta de este producto ha sido aproximadamente de 73.800 unidades, con lo que el canon pagado por estos productos ha sido alrededor de los 550 millones de pesetas, mientras que lo que se ha recaudado durante todo el año por licencias de reprografía son 137 millones de pesetas. Con lo cual, en concepto de copia privada, por este producto que no se destina normalmente a tales fines, se está pagando hasta dieciséis veces en base anual lo que se cobra por licencias, cuando está claro que donde se está fotocopiando realmente y donde se está causando un daño real es en los establecimientos abiertos al público, donde se hace copias. También tienen ustedes ahí las estadísticas publicadas sobre dónde se hacen fotocopias en España. Básicamente es en educación, en administración, en empresas, copisterías... Pues bien, viendo todos estos datos, hay algo en el sistema de cánones que no me cuadra. Me imagino que a ustedes tampoco.

La verdad es que tenía muchas cosas más que comentar con ustedes.

Me habría gustado hablarles **del nuevo marco normativo previsto en la Directiva 29/2001**, que supone un cambio sobre el régimen actual y debe tenerse en cuenta para la modificación de la actual Ley de Propiedad Intelectual, con especial atención a lo que esta normativa entiende como «justa compensación» y a la necesidad de suprimir los cánones habida cuenta de la disponibilidad de medidas técnicas de protección.

También me habría gustado hablarles de la problemática concreta de un potencial sistema de cánones en dispositivos

de la sociedad de la información, de la injusticia que dicho sistema supondría para los usuarios, incluyendo tanto empresas como particulares, del enriquecimiento injusto que dicho sistema supondría a favor de algunos titulares de derechos y del impacto que dicho sistema tendría en el desarrollo de la sociedad de la información.

Finalmente, me habría gustado poder compartir con ustedes algunas reflexiones sobre **cómo debería gestionarse la compensación por copia privada en el ámbito digital**, definiendo claramente los límites de la copia privada, analizando el daño realmente causado por la copia privada, distinguiéndolo de la piratería, explicando los criterios mínimos que se deben tener presentes para determinar los potenciales pro-

ductos sujetos al canon y el nivel de compensación y dando un papel predominante a las medidas tecnológicas como sistemas digitales de gestión de los derechos concedidos al usuario, incluyendo el pago de la correspondiente compensación por las copias privadas que realice el usuario.

El problema es que Raquel ya me ha puesto el cartel de que estoy fuera de tiempo, y me imagino que todas estas cuestiones irán surgiendo a lo largo del debate, con lo cual, ya casi prefiero que comentemos cualquier tipo de pregunta que tengan ustedes o cualquier comentario que se quiera hacer a otros partícipes de esta mesa. Muchas gracias por su atención y por su activa participación en el debate.¹¹

Citación recomendada

MALMIERCA, Marta; MARTÍN-PRAT, María; RAMÍREZ, Javier; XALABARDER, Raquel (2005). «La copia privada digital. Mesa redonda». En: «*Copyright* y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 1. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa].
<http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredonda02.pdf>
ISSN 1699-8154

Raquel Xalabarder

rxalabarder@uoc.edu

Profesora de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC. Especialista en propiedad intelectual.

María Martín-Prat

Deputy General Counsel, Director of Legal Policy and Regulatory Affairs de la Federación Internacional de los Productores Fonográficos (IFPI). Con anterioridad, trabajó en la Comisión Europea y en el Comité de asuntos jurídicos del Parlamento Europeo.

Marta Malmierca

Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid en 1991. Abogada especializada en propiedad intelectual. Responsable de los Servicios Jurídicos y Licencias del Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO).

Javier Ramírez

Secretario del Consejo y director de la asesoría jurídica de Hewlett-Packard. Profesor del Instituto de Empresa, Madrid.

11. Para mayor información sobre la posición de Hewlett-Packard en relación con los cánones por copia privada en dispositivos de la sociedad de la información, se puede visitar su página web sobre políticas públicas disponible en: http://www.hp.es/hpinfo/r_institucionales/Index.htm

Documentación del monográfico

1. Convenios y tratados internacionales

- Convenio de Berna
<http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/index.html>
- Tratado OMPI sobre derecho de autor
<http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/index.html>
- Tratado OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas
<http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wppt/index.html>
- ADPIC –OMC
http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf

2. Unión Europea y España

- Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (Directiva *InfoSoc*)
<http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l26053.htm>
- Directiva 2001/84/CE, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (Directiva *Droit de suite*)
<http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l26049.htm>

- Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y modificado por Ley, por la Ley 5/1998 de 6 de marzo, de transposición de la Directiva 96/9/CE de 11 de marzo de 1996 sobre la Protección Jurídica de las Bases de Datos y por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
http://www.mcu.es/Propiedad_Intelectual/indice.htm

3. Mesa redonda «El test de las tres etapas y la comunicación pública»

- EGEDA v. HOASA - TJCE, 3 febrer 2000.
- EGEDA v. HOASA – Audiencia Provincial de Oviedo, 7 marzo 2001
- EGEDA v. HOASA – Juzgado Primera Instancia, Oviedo, 24 abril 2000
- Recopilación de sentencias sobre comunicación pública (Fuente: Aranzadi)
- WTO Panel decision of June 15th, 2000 regarding the communication to the public exception of sec. 110(5) of the U.S. Copyright Act
http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_subjects_index_e.htm#bkmk31

IDP. Revista de Internet, Derecho y Política es una publicación electrónica semestral impulsada por los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, que tiene como objetivo la comunicación y divulgación científica de trabajos de análisis e investigación sobre los retos y cuestiones que las tecnologías de la información y la comunicación plantean con respecto al derecho y la ciencia política, relacionados con la democracia y la administración electrónica.

DIRECCIÓN: Pere Fabra. **CONSEJO DE REDACCIÓN:** Albert Batlle, Rosa Borge, Ana Sofía Cardenal, Agustí Cerrillo, Ana María Delgado, Rosa Fernández, Antoni Galiano, Jordi García, Albert Padró-Solanet, Miquel Peguera, Lourdes Salomón, Víctor Sánchez, Mònica Vilasau, Raquel Xalabarder. **CONSEJO EDITORIAL:** Amadeu Abril, Joan Barata, Joaquim Bisbal, Ramón Casas, Mark Jeffery, Jane C Ginsburg, Morton L. Janklow, Óscar Morales, Marta Poblet, Joan Prats, Alain Strowel. **SECRETARÍA DE REDACCIÓN:** Agustí Cerrillo, Antoni Galiano, Jordi García, Mònica Vilasau.

IDP. REVISTA DE INTERNET, DERECHO Y POLÍTICA. N.º 1 (2005).

EDITA: Àrea de Comunicació. Edicions i Projectes de Difusió. **DIRECCIÓN:** Toni Brunet. **EDICIÓN EJECUTIVA:** Lluís Rius. **SECRETARÍA EDITORIAL:** Maria Boixadera; **PRODUCCIÓN:** Israel García. **PROGRAMACIÓN WEB:** David Alcubierre. **CORRECCIÓN, TRADUCCIÓN DE TEXTOS Y MAQUETACIÓN:** Eureka Media. **ISSN:** 1699-8154. **DISEÑO:** Elogia. **WEB IDP:** www.uoc.edu/idp



Universitat Oberta
de Catalunya

www.uoc.edu