

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 lo 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 *Mullholland 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