



**MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO PRIVADO
CURSO 2010/2011**

"Cuestiones en torno al derecho de reproducción en la era digital: reproducciones provisionales, copia privada y compensación equitativa"

Autora: SARA RODRÍGUEZ MARÍN

Tutor: LUIS ANTONIO ANGUITA VILLANUEVA

Septiembre 2011

Calificación obtenida: Sobresaliente

Abreviaturas

AAPP: Administraciones Públicas

AN: Audiencia Nacional

Art: Artículo

BBDD: Bases de datos

CE: Constitución Española

DDASI: 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

EM: Exposición de motivos

LES: Ley 2/2011 de 4 de marzo, de economía sostenible.

LPI: Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996

LPI87: Ley 22/1987 de 11 de noviembre de 1987 de Propiedad Intelectual

LSSI: Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico

PI: Propiedad Intelectual

RD: Real decreto

RDL: Real decreto legislativo

S.: siglo

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

ABREVIATURAS	2
1. INTRODUCCIÓN	5
2. LA PROPIEDAD INTELECTUAL, LOS SOPORTES Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA	6
3. DERECHO DE REPRODUCCIÓN	14
4. REPRODUCCIONES PROVISIONALES	15
4.1 NATURALEZA JURÍDICA	16
4.2 CLASES DE REPRODUCCIONES PROVISIONALES	22
4.2.1 Copias efímeras	23
4.2.2 Copias caché.....	28
4.2.3 Copias RAM.....	32
5. LA COPIA PRIVADA	37
5.1 NATURALEZA JURÍDICA	37
5.1.1 La copia privada como límite o como excepción	37
5.2 HISTORIA DE LA COPIA PRIVADA EN ESPAÑA	41
5.3 LA COPIA PRIVADA EN LA ESPAÑA ACTUAL	44
5.4 LA RELACIÓN ENTRE COPIA PRIVADA Y COMPENSACIÓN EQUITATIVA	48
5.5 FUNDAMENTACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LA COPIA PRIVADA	50
5.6 LA CONCEPTUALIZACIÓN DE COPIA PRIVADA A PARTIR LAS PREVISIONES DEL ARTÍCULO 31.2 LPI Y DEL ARTÍCULO 5.2.B DDASI	53
5.6.1 La copia privada se predica exclusivamente del derecho de reproducción.....	54
5.6.2 Se puede efectuar la copia privada sobre cualquier tipo de soporte	55
5.6.3 La copia se debe efectuar respecto de una obra ya divulgada.	56
5.6.4 El acceso al original se ha debido efectuar de manera legal.	57
5.6.5 Ha de ser realizada por una persona física. Quedan exceptuadas las personas jurídicas así como la Administración.	61
5.6.6 La copia privada se ha de destinar a uso privado. En ningún caso puede tener un destino colectivo.....	62
5.6.7 No se puede destinar la copia a fines comerciales; el sujeto que realiza la copia no debe tener ánimo de lucro.	64
5.6.8 El límite de copia privada ha de ser compensada mediante la compensación equitativa por copia privada.	65
5.6.9 Se ha de armonizar, en todo caso, con las medidas tecnológicas previstas en nuestro art 161.	65
5.6.10 Quedan automáticamente excluidas del concepto de copia privada las BBDD electrónicas y los programas de ordenador.....	67
6. COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA	68
6.1 PRECEDENTES LEGISLATIVOS	69
6.2 CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.....	70
6.2.1 Sujetos implicados	72
6.2.2 El criterio de la idoneidad objetiva	74
6.3 CARACTERES DE LA COMPENSACIÓN	75
6.4 EL CRITERIO DE EQUIDAD DE LA COMPENSACIÓN	78
6.4.1 Las circunstancias de cada caso concreto.....	79
6.4.2 El daño causado a los titulares de los derechos	79
6.4.3 La exclusión de la doble remuneración	80
6.4.4 La implementación de medidas tecnológicas.....	80
6.5 LA NULIDAD DE LA ORDEN PRE/1743/2008 Y LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA	81
7. CONCLUSIONES	84
7.1 INTRODUCCIÓN: SOPORTES E INTERNET.....	84
7.2 DERECHO DE REPRODUCCIÓN	85
7.3 REPRODUCCIONES PROVISIONALES.....	85
7.3.1 Copias efímeras	86

7.3.2 Copias caché.....	87
7.3.3 Copias RAM.....	87
7.4 COPIA PRIVADA	87
7.5 COMPENSACIÓN EQUITATIVA	89
8. BIBLIOGRAFÍA	90
8.1 DOCTRINA	90
8.2 LEGISLACIÓN.....	94
8.3 JURISPRUDENCIA	95
8.4 OTROS DOCUMENTOS	96

1. Introducción

El derecho de reproducción siempre ha sido considerado como uno de los más relevantes dentro de todos los existentes en la propiedad intelectual. La actual realidad introducida a partir de la generalización de Internet y la digitalización de contenidos ha dado una nueva visión a las posibilidades de reproducción, con nuevas modalidades de este derecho como pueden ser el *sampling*, la digitalización de obras analógicas, la descarga de contenidos protegidos desde redes P2P o la descarga directa, las copias caché, y un largo etcétera. Si tenemos en consideración el hecho de que, efectivamente, existe una evolución constante en Internet y la imperiosa necesidad de un cambio en la legislación de la propiedad intelectual, me parece que el objeto de análisis del presente estudio resulta muy interesante.

A lo largo del presente trabajo me gustaría ir exponiendo y analizando las diferentes cuestiones a las que nos enfrentamos cuando analizamos el derecho de reproducción desde la óptica digital y de las nuevas tecnologías. En un primer momento me gustaría introducir el tema con una reflexión acerca del uso de los diferentes soportes y su evolución, que considero pareja a la de la propiedad intelectual. El lector podrá encontrar un claro sendero histórico que le guiará desde los primeros problemas que se suceden en la historia moderna en torno a los soportes hasta la revolución que supuso en el S. XX la democratización de Internet, pasando por el análisis de algunos de los inventos que han sido origen de fuertes cambios en la historia de la propiedad intelectual.

Realizando un análisis del derecho de reproducción podemos observar cómo las problemáticas se centran en unos temas muy determinados. Muchas veces, incluso independientemente de si estamos hablando del derecho de reproducción desde el punto de vista digital o desde el punto de vista analógico, encontraremos que los problemas son los mismos. Lo que viene a suceder en el caso de la copia privada o de la compensación equitativa. Tanto una como otra son temáticas fuertemente unidas al derecho de reproducción, sin embargo, tienen un impacto diferente según se apliquen al entorno digital o al entorno analógico. Y, a pesar de que este estudio pretende centrarse en la dimensión digital, sería imprudente no referir las diferencias existentes entre los entornos digital y analógico.

Sin embargo, el primer tema que se analizará será el de las reproducciones provisionales, que es una cuestión que, como puede resultar obvio, solamente puede darse en el entorno digital. Las copias efímeras, las copias RAM o las copias caché son propiamente copias que tienen lugar en un proceso técnico y, por lo tanto, no podemos extrapolar su contenido al ámbito de lo analógico. Pero sí podremos realizarlo en los estudios posteriores en torno a la copia privada y a la compensación equitativa.

A pesar de que no se puede perder una perspectiva global de las problemáticas, como expresa el título del trabajo, el análisis se centrará más en las problemáticas que se ocasionan de cara a la dimensión digital del derecho de reproducción.

2. La propiedad intelectual, los soportes y su evolución histórica

Antes de que pudiésemos hablar de un derecho de explotación, antes incluso de poder hablar de la existencia de un derecho de reproducción en concreto o mucho antes incluso de poder hablar de un soporte que pudiera albergar una obra de arte, nos encontrábamos con una realidad en la que no podía hablarse de propiedad intelectual *stricto sensu*. Y es que la propiedad intelectual como propiedad especial, como derecho de los autores y de los productores, de aquellos que crean y de los que proporcionan el soporte económico para las creaciones, nos parece hoy día materia de sobra consagrada en el sistema jurídico. Un tema sobre el que no cabe discusión. Pero, desde luego, no siempre ha sido así.

Decía MILLARES CARLO que *“la propiedad intelectual, tal cual hoy la entendemos, no existió entre los antiguos. Más que esperar del público beneficios pecuniarios, el autor se los procuraba dedicando sus trabajos a algún potentado”*.¹ A pesar de que es cierto que nuestra propiedad intelectual no existió como tal en épocas antiguas, sí considero acertado situar el germen de lo que hoy consideramos propiedad intelectual hace varios cientos, tal vez miles de años. Sin ir más lejos, los egipcios, con su invento del papiro, nos confirieron una de las claves del establecimiento de un derecho de propiedad intelectual sobre las creaciones del espíritu: un soporte duradero

¹ MILLARES CARLO, A., *“Introducción a la Historia del libro y de las bibliotecas”*. Fondo de Cultura Económica. México, 1971. Pág. 55

sobre el que plasmarlo. Si bien es cierto que no podemos situar de manera precisa el surgimiento de la propiedad intelectual con el de los soportes, sí que creo acertado considerar que fueron la revolución que el hombre necesitaba para ponerse en el camino de la actual protección de la producción intelectual. La evolución de los soportes desde entonces ha ido abriéndose paso, poco a poco, hacia el camino del cambio, del progreso y, consecuentemente, de la creación de derechos.

Fueron los romanos, posteriormente a los egipcios, los que siguieron haciendo evolucionar los soportes² y acabaron creando un verdadero mercado³ de libros. En un principio, éstos utilizaban tablillas enceradas para ciertos escritos más informales o domésticos que, gracias a su particular disposición, son los que más tarde inspiraron el nacimiento del códex.⁴ También comenzaron a usar otro soporte para los documentos más importantes. Eran los pergaminos. Este tipo de soporte se generalizó ya en el S. XIII, pues antes sólo se podían encontrar en los monasterios. Y es precisamente en torno a los pergaminos y a la escasez de los mismos que, en momentos puntuales, acontecía en los monasterios debido a la cantidad de libros que los monjes tenían que transcribir, que surgió una práctica muy peculiar que hoy consideraríamos impensable en relación a la protección de los derechos de la propiedad intelectual y que dio lugar a un particular tipo de documento: el palimpsesto.⁵ Ésta costumbre nos puede parecer hoy

² Y no solamente los soportes; los romanos fueron pioneros en sus planteamientos. De hecho, es de sobra conocida la referencia que hacía RENOARD, en su estudio *“Traité des Droits d’auteurs”* realizado en 1838, en el que situaba el origen del término “plagio” en los epigramas LII y LIII, pertenecientes al Libro I, de MARCO VALERIO MARCIAL, que hablan del “plagium” (DE BROGLIE y MARCO MOLINA citan los epigramas LIII y LIV, probablemente porque en su ejemplar están así transcritos). El “plagium” consistía en la venta de un esclavo por una persona a la que no le pertenecía o la venta como esclavo de un hombre libre. Es decir, cualquier simulación maliciosa sobre la identidad de algo. El que a MARCIAL se le ocurriera utilizar dicho término, con su significación jurídica, nos viene a demostrar que, ya en Roma, se tenía cierta idea de la existencia de algún tipo de propiedad en relación a las creaciones del espíritu, tildando de ladrón al que copiase de otro autor. DE BROGLIE, G., *Le droit d’auteur et l’internet*. Paris, 2001. Pág. 1; MARCO MOLINA, J., “Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos del Derecho de Autor” en *Anuario de Derecho Civil* 47 1994-I. Madrid, 1994, Págs. 122 y 123 y MARCIAL, M.V., *Epigramas I*. Libro I. Epigramas LII y LIII. Págs. 50 y 51.

³ Si bien en la época clásica no existía una PI como tal, es cierto que ya en Grecia parecía existir un comercio generalizado de libros, aunque los datos que se conservan de esa época son escasos. Sin embargo, sí hemos conservado datos sobre Roma donde, desde incluso la época de Cicerón, había un comercio de libros perfectamente organizado. Lo que hacía el autor del libro era vendérselo a un editor y éste podía elegir entre pagar un derecho por cada ejemplar o una suma fija total por la edición entera. MILLARES CARLO, A., *“Introducción...”* Pág. 54.

⁴ MILLARES CARLO, A., *“Introducción...”* Pág. 16.

⁵ Los palimpsestos son pergaminos con doble escritura. En un primer momento, contenían un texto determinado; en época de escasez de pergaminos, cuando hacía falta copiar algún texto diferente en los monasterios, se acudía a textos almacenados que eran lavados y raspados para eliminar la antigua escritura y poder así escribir encima. Normalmente, primaban los textos religiosos sobre los no religiosos. De esta manera, los estudiosos de hoy día suelen encontrar, normalmente, textos clásicos bajo los textos religiosos.

día tan abominable como el hecho de que una maestra de primaria decidiera un día borrar el Guernica de Picasso porque se quedase sin soporte alguno para los dibujos de sus alumnos.⁶

Avanzando más en el tiempo encontramos el soporte papel. Si bien se considera un invento chino del S. I, fue traído a Europa por los árabes a mediados del S. VIII y no fue hasta los siglos XIII y XIV cuando se generalizó entre los cristianos, que empezaron a usarlo ya como soporte principal de sus obras.⁷

La evolución en el tiempo de los soportes, como hemos visto hasta ahora, nos lleva a entender que los soportes han sido fundamentales a lo largo de la historia⁸, tanto para el autor, como para la obra y como para la futura protección de los derechos. A lo largo de esta evolución de los soportes y, de hecho, desde que se inventa la escritura, la historia de la propiedad intelectual relacionada con la historia del documento, no sufrió grandes cambios.

Y así se mantuvo hasta el año 1454 cuando, en Alemania, un hombre revolucionó el comercio de libros, que hasta entonces había sido un comercio elitista y bastante escaso de libros. JOHANNES GUTENBERG había inventado la imprenta de tipos móviles.⁹ Es opinión generalizada en la doctrina¹⁰ que la imprenta nos proporcionó el

⁶ Aunque, a la vista de cómo evoluciona a día de hoy el concepto de cultura, de arte o de creación, no resultaría sorprendente encontrarnos con que hechos como el mencionado de la profesora, acaban siendo aceptados como artísticos. Resulta muy ilustrativo el punto de vista que se aporta en el relato del caso de AARON BARSCHAK vs. los hermanos CHAPMAN, del año 2003, en el cual los hermanos CHAPMAN modifican una serie de originales de GOYA introduciendo dibujos y BARSCHAK irrumpe en la exposición vertiendo pintura sobre los mismos. Mientras el primer acto de transformación es considerado arte, el segundo es considerado como un acto criminal. ANGUITA VILLANUEVA, L.A. y AYLLÓN SANTIAGO, H.S., *“Nuevas fronteras del objeto de la Propiedad Intelectual”*. Madrid, 2008.

⁷ MILLARES CARLO, A., *“Introducción...”* Pág. 23.

⁸ Son autores que también consideran el soporte como fundamental en la historia de la propiedad intelectual HERRANZ CASTILLO, R., NOGUEROL CARMENA, A. Y ROSÓN OLMEDO, T., “Obras en acceso abierto y responsabilidad por hecho ajeno en Internet” en *El derecho de autor y las nuevas tecnologías (Reflexiones sobre la reciente reforma de la LPI)*. Madrid, 2008, Pág. 239 o LACRUZ MANTECÓN, M., “Las máquinas de entretener, o cómo se hace el Derecho de Autor” en *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial* Madrid, 2005, pág. 93. Nuestra propia LPI tiene en cuenta igualmente la importancia del soporte, al hacer expresa mención en la enumeración de su art 10.a “todos los que se inventen en el futuro”, refiriéndose a los soportes.

⁹ A pesar del éxito y la revolución que supuso la invención de la imprenta, como es sabido, GUTENBERG nunca vio ninguna compensación económica en su vida. Murió en Maguncia en 1468, en medio de la más absoluta ruina económica. Sin embargo, hacia 1470 ya había prensas en Italia, Suiza y Francia. En 1476, WILLIAM CAXTON fundó la primera imprenta en Inglaterra y en 1535 se estableció en la Ciudad de México. El invento corrió como la pólvora tras la muerte del autor. Puede el lector apreciar un sutil parecido con la motivación que originó el establecimiento, varios cientos de años después, del “*droit de suite*” de los artistas plásticos. Un estudio muy ilustrativo sobre la cuestión del “*droit de suite*” se puede encontrar en ORTEGA DOMÉNECH, J., *“Obra plástica y derechos de autor”*. Madrid, 2000. Págs. 147 a 193.

instrumento que dio lugar a las novedades que eran necesarias e introdujo las posibilidades de reproducción de las obras que nos hicieron dar el paso adelante definitivo hacia la propiedad intelectual como la conocemos hoy día. La posibilidad de reproducir un mismo ejemplar de manera mucho más rápida y sencilla que cuando se hacía a mano hizo que, aunque el soporte seguía siendo el papel, el modelo de negocio y, por lo tanto, el modelo de protección, estuviera avocado a un cambio que resultaba necesario.¹¹

Desde este momento, la historia del Derecho de autor es una historia de continuas adaptaciones a las nuevas técnicas de reproducción y soportes de almacenamiento y su continua debilidad frente a las novedades.¹²

Para empezar, la posibilidad de multiplicación de las obras dio origen al cambio en el modelo de negocio que antes se ha mencionado; el peso del editor empezaba a ser notable y se crearon los privilegios del librero sobre la obra impresa hacia el S. XVI. Las motivaciones que acompañaron al establecimiento de ese privilegio fueron, principalmente, la posibilidad de establecer una censura, el control de la comercialización de esos libros y la regulación de la profesión de impresor. Este privilegio del librero sería el antecedente de los actuales derechos patrimoniales, mientras que, posteriormente ya en el S. XVIII se establecería el privilegio del autor, precedente de los actuales derechos morales.

La primera vez que estos privilegios fueron regulados por ley, tanto los del impresor como los de los autores, fue en 1710 cuando se promulgó en Inglaterra el Estatuto de la Reina Ana, que reconocía ambos privilegios: el del librero o editor y el del autor.¹³ En España tenemos varios precedentes; empezando con los Reyes Católicos

¹⁰ Se pueden encontrar claros ejemplos en LACRUZ MANTECÓN, M., “Las máquinas de entretener...” Pág. 95; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord) *Manual de propiedad intelectual* 4ªed. Valencia, 2009, Pág. 38; MARCO MOLINA, J., “La formación del concepto de derecho de autor...” Pág. 299; Comentario al artículo 18. RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* Pamplona, 2007. Pág. 181.

¹¹ A pesar de que esto no sucedió hasta mucho después en el tiempo puesto que durante años solo se dedicó a la impresión de textos de la iglesia.

¹² Merece la pena atender al profundo e interesante análisis que realiza LACRUZ MANTECÓN, M., “Las máquinas de entretener...”. Págs. 95 a 133.

¹³ Resulta muy iluminador el análisis que realiza LESSIG de la situación del momento y de cómo se enfrenta la Ley a los conceptos y necesidades de la época. LESSIG, L., *Free culture*. Nueva York, 2004. Págs. 85 - 94.

que ya en 1502 regulaban un privilegio para los impresores; pero no fue hasta 1762 cuando Carlos III les empezó a reconocer el privilegio también a los autores.¹⁴

Lo que sucede es que hasta este momento sólo se hablaba de privilegios, es decir, que no tenían el sentido de un derecho estricto sino el carácter discrecional del privilegio. Hacía falta una evolución más allá en la concepción de la necesidad de protección de los individuos intervinientes en la creación y comercialización de las obras del espíritu. De esta manera, no fue hasta 1789, con la Revolución Francesa y el establecimiento del Estado moderno, cuando la sociedad se empezó a plantear la necesidad de reconocerle al autor un auténtico derecho de propiedad sobre sus creaciones. Pero también era necesario reconocer el derecho a los editores, a aquellos que invertían el dinero para la difusión de la obra.

Hasta este momento, podemos observar que la propiedad intelectual ha estado muy relacionada con la historia del libro como soporte, es decir, autores, editores y libreros. Y es que hasta el siglo XVIII, los libros constituían uno de los más relevantes soportes para las creaciones del espíritu. Pero ya en el siglo XIX, la historia se vuelve a enfrentar, como en su día lo hizo con la imprenta, a un cambio en el modo de reproducir ciertas obras del espíritu, a un cambio en el soporte y en el modo de almacenarlas y, por lo tanto, a un cambio en el modelo de negocio: se inventa el fonógrafo.¹⁵

Hasta ese momento, la comercialización de la música se reducía a las partituras escritas que se vendían.¹⁶ La reproducción no tenía ni de lejos el mismo interés comercial que podían tener las partituras. Pero con la invención del disco de fonógrafo, su correspondiente instrumento para reproducir los discos y con el hecho de que el fonógrafo pudiera reproducir cualquier pieza musical, siempre que estuviera grabada en ese soporte, surgieron nuevas necesidades. El negocio ya no estaba en las partituras, sino en los fonogramas, lo que provocaba otra convulsión en los criterios asentados de la propiedad intelectual: el intérprete, que hasta el momento no había tenido apenas relevancia¹⁷ para el legislador de la propiedad intelectual, pasaba ahora a tener un papel

¹⁴ Los elementos legislativos que contenían esos privilegios fueron la Real Orden de 14 de noviembre de 1762 y la Real Orden de 22 de marzo de 1793, para los impresores y la Real Orden de 20 de septiembre de 1764 para los autores.

¹⁵ Inventado, como es sabido, por Thomas A. Edison a finales del S. XIX

¹⁶ La música, en definitiva, formaba también parte de la industria, de la impresión y el papel ya que el soporte, al igual que en el caso de los libros, seguía siendo ese papel.

¹⁷ Como la interpretación de la obra musical, hasta el invento del fonógrafo, no podía ser fijada en un soporte, la única dimensión de la obra en la que el intérprete tenía relevancia era en las actuaciones en directo.

fundamental a la hora de comerciar con las obras musicales. Además, otro paso más en la evolución de los derechos consiste en que el propio derecho de reproducción, que se adquiriría con el texto, en concreto con la partitura, empieza a considerarse como independiente de ese soporte físico cuando se realiza una reproducción mecánica. Es decir, la grabación de un fonograma requería la concesión de un derecho de reproducción diferente al que se hubiera obtenido para la reproducción de las partituras.

Lo que hemos podido apreciar hasta el momento es que, en primer lugar, la persona por naturaleza crea y las obras del espíritu existen, haya o no propiedad intelectual. Posteriormente, empezamos a disponer de un soporte duradero e intercambiable, donde sus creaciones pueden permanecer y pueden enajenarse. Esa enajenación da lugar a nuevas formas de negocio que van moldeándose y evolucionando a la sombra de los inventos revolucionarios que se van abriendo paso a lo largo de los últimos seiscientos años.

En relación a esos avances de la tecnología, de la ciencia y del derecho es cuando empiezan a aparecer los problemas: la invención de la imprenta y su correspondiente cambio en el modelo de negocio; la necesidad de proteger la inversión de los comerciantes que veían una oportunidad en los libros y de los autores, creadores de las obras; la invención del fonógrafo y la transformación, no solo en relación al modelo de negocio, sino también en el soporte de las obras, lo que conllevó aún más cambios, incluso en la regulación específica necesaria para proteger las nuevas realidades que acontecían.

Finalmente, nuestro periplo por la historia nos lleva a mediados del siglo XX, con la invención de las bases que darían lugar a lo que más adelante sería conocida como la red de redes: Internet. En los años 80 se empezó a expandir la tecnología relacionada con la red y fue ya en los años 90 cuando se inventó la *World Wide Web*. Fue un proceso tecnológicamente rápido, que poco a poco fue abriendo las puertas a la democratización de la información a nivel mundial y al acceso instantáneo a todo tipo de obras y prestaciones protegidas. Pero lo que deberíamos poder incluir como un momento más dentro de la historia de la evolución de los soportes y de la propiedad intelectual, no está resultando de ese modo.

La industria de la propiedad intelectual se enfrenta, con la generalización de Internet, a problemas a los que no se enfrentó con la imprenta y tampoco con el fonógrafo. Se enfrenta no a una multiplicación de las copias susceptibles de ser objeto

de comercio, sino a un aumento exponencial de cada una de esas copias, sin posibilidad de control por parte del autor o del titular del derecho de explotación. Se enfrenta, igualmente, a que la copia ya no está en un soporte físico, sino que el soporte ahora es digital lo que implica que la obra, a pesar de haber sido copiada numerosas veces, mantiene intacta su calidad y su capacidad de seguir reproduciéndose *ad infinitum*.

Antes del advenimiento de Internet, industria y doctrina partían de un mundo donde los bienes objeto de propiedad intelectual eran, por norma, individualizables y tangibles. La aparición de Internet da lugar al surgimiento de nuevos tipos de obras, de un aumento en el número de éstas y, a su vez, a nuevos usos y formas de utilización de las obras. Nos enfrentamos al comercio de bienes intangibles que son, literalmente, incontrolables. Y esta idea de control, dentro de los derechos de explotación, es muy relevante. Sin ir más lejos, LACRUZ MANTECÓN afirma que *“la reproducción es una actividad industrial, por lo que el componente económico es esencial, y por tanto debe aplicarse la regla de que <los costes de control necesario para el mantenimiento de la explotación no pueden superar los de los beneficios de dicha explotación>, común a cualquier actividad industrial o comercial”*.¹⁸ En este concepto de control, puede residir una de las claves de la problemática de Internet: éste es un terreno incontrolable para cualquiera, ya sea autor, productor, editor, etc.¹⁹ De ahí que nos encontremos con la problemática en relación a la descarga de contenidos en la red y su cuestionada legalidad.²⁰ Como dice SERRANO GÓMEZ, *“la mayor dificultad procede del hecho que los sujetos infractores gozan de un anonimato que indudablemente, juega a su favor, pues es casi imposible su identificación, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos tradicionales de violaciones de la propiedad intelectual”*.²¹

Del mismo modo, también surgen alternativas a la rigidez de las leyes de propiedad intelectual cuya efectividad, vistos los resultados hasta el momento, es también cuestionable. Como claro ejemplo tenemos las licencias Creative Commons o el movimiento Cultura Libre.

¹⁸ LACRUZ MANTECÓN, M., *“Las máquinas de entretener...”*. Pág. 94.

¹⁹ También hace referencia a la problemática con que se encuentra la industria a la hora de adaptarse a los nuevos soportes DE ANGELIS, D., *La tutela giuridica delle opere musicali digitali*. Milano, 2005. Pág. 188.

²⁰ Me remito a la nota a pie de página número 134 en la que se incluyen ciertas citas bibliográficas que considero fundamentales en relación al tema de las descargas y redes P2P.

²¹ SERRANO GÓMEZ, E., *“La Propiedad Intelectual y las nuevas tecnologías”*. Madrid, 2000. Pág. 88.

Hay un momento en el que Internet pasa de tener el carácter de recurso con el que fue inventado a convertirse en un fin en sí mismo; de esta manera todos estamos acudiendo a un imparable advenimiento del mundo digital en todos los aspectos de la vida. Las prestaciones y los conceptos de la realidad analógica pasan al entorno digital. Así las cosas, lo que creo que se convierte en realmente urgente y necesario es un cambio en los conceptos que se venían concibiendo hasta el momento.

Ya dijo en su día CASTRO CASTRO que *“cabe pensar que un cambio de naturaleza en el objeto central de una ciencia, debe provocar un cambio de naturaleza de la propia disciplina”*²²

Las posibilidades que se han abierto con el desarrollo de las transmisiones digitales a través de Internet, que configura el medio idóneo para compartir y explotar las obras y prestaciones protegidas, va íntimamente relacionado no solo con los nuevos soportes sino además con las nuevas técnicas de reproducción: la digitalización, el almacenamiento masivo, la puesta a disposición en línea, la visualización en pantalla, la grabación en disco duro y un larguísimo etcétera.²³

Como hemos podido comprobar, la llegada de Internet y de las nuevas tecnologías a un nivel completamente globalizado nos ha empujado hacia una nueva era. El mayor problema con el que se encuentra el ser humano para hacer frente a lo que viene es, precisamente, su incapacidad natural para hacer frente a las novedades al mismo ritmo que aparecen. Y para muestra, ninguna cita puede ser tan reveladora como la que recoge el considerando 5 de la DDASI, cuando dice que:

“El desarrollo tecnológico ha multiplicado y diversificado los vectores de creación, producción y explotación. Si bien la protección de la propiedad intelectual no requiere que se definan nuevos conceptos, las actuales normativas en materia de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor deben adaptarse y completarse para responder adecuadamente a realidades económicas tales como las nuevas formas de explotación”.

Considero que, si la Directiva que pretende precisamente dar una visión global y, de algún modo, instaurar una uniformidad en las diferentes regulaciones de los derechos de autor en los diferentes países de la UE, el hecho de que parta directamente de descartar la posibilidad de que sea necesario establecer nuevos conceptos, creo que provoca que partamos desde un punto de vista erróneo, pues puede suponer un gran

²² CASTRO CASTRO, C., *“Internet: sociología y cultura”* Madrid, 1999. Pág. 14.

²³ DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de Internet*. Pamplona, 2011. Pág. 670.

problema de cara al manejo de unos conceptos ajustados a la realidad.²⁴ Sin embargo, no todos los autores lo consideran de ese modo y podemos encontrar opiniones divergentes. Por ejemplo, SERRANO GÓMEZ²⁵ afirma que *“la cantidad de material protegido que se encuentra en Internet es amplia y, en principio, no debe existir ningún obstáculo para que sea protegido de la misma manera que lo es un libro o una pintura”*.

Personalmente, sigo considerando que debemos adaptar los derechos actuales a la nueva era, por lo que no me parece acertado el punto de partida de negar de raíz, aunque solo sea la posibilidad, de que sea necesario establecer nuevos conceptos en torno a la propiedad intelectual y a su nueva realidad con Internet y la digitalización de contenidos.

3. Derecho de reproducción

Como bien es sabido, el derecho de reproducción es uno de los derechos de explotación regulados en los art 17 y 18 LPI. El primero de ellos hace una referencia genérica a todos los derechos de explotación, incluido el de reproducción, y es el segundo el que se encarga específicamente del contenido de este derecho. RIVERO HERNÁNDEZ²⁶ considera que el art 17 LPI contempla la reproducción como derecho y que el art 18 LPI lo conceptúa y regula como el acto por medio del cual se ejercita el derecho.

La propia noción de reproducción ha ido variando a lo largo de la historia; desde la época en la que la reproducción solo podía aplicarse a los libros hasta hoy día, cuando la digitalización de contenidos y la posibilidad de compartir obras y prestaciones en la Red ha convertido el concepto de reproducción en algo mucho más grande. Hoy día incluye también las complejas figuras de las reproducciones provisionales, que se verán

²⁴ En el mismo sentido se pronuncia BARBERÁN MOLINA, cuando dice que “Los nuevos tiempos han sorprendido a las regulaciones nacionales e internacionales sobre propiedad intelectual, todavía basadas en conceptos del siglo XIX (...) creando frecuentes tensiones entre los que defienden la legítima pretensión de defensa de las obras por parte de sus titulares y los que argumentan el justificado derecho de acceso a la cultura y a la información por parte de los ciudadanos”. Un enfrentamiento que, posiblemente, se podría evitar. BARBERÁN MOLINA, P. *Manual práctico de Propiedad Intelectual* Madrid, 2010. Pág. 14.

²⁵ SERRANO GÓMEZ, E., *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías* Madrid, 2000, Pág. 87

²⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., Comentario al artículo 18. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed. Madrid, 2007. Pág. 284.

en el tema siguiente. Desde luego si hay un derecho que realmente se ha visto afectado por la revolución de la tecnología digital,²⁷ ha sido el de reproducción. Podemos observarlo en el cambio que ha acontecido al concepto de reproducción en los últimos años.

Nuestra propia LPI en su art 18 define la reproducción como *“la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”*. Una definición mucho más alejada y, por supuesto, mucho más completa que la que daba, hace ya casi un siglo y medio, nuestra Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879. Ésta ni tan siquiera recogía un concepto de reproducción como tal, sino que se limitaba a requerir una autorización para reproducir contenidos.²⁸

De esta manera, cuando hablamos hoy día de reproducción no nos estamos refiriendo a la multiplicación de obras sino a la fijación de la misma en un soporte material;²⁹ concepto cada vez más complejo en el entorno digital.

No es mi intención hacer un exhaustivo análisis en relación al derecho de reproducción puesto que considero que es más relevante pasar directamente a un estudio más pormenorizado de las cuestiones problemáticas que plantea.

Comencemos por las reproducciones provisionales.

4. Reproducciones provisionales

Como hemos ido viendo hasta ahora, podemos establecer claramente que los avances tecnológicos e Internet han afectado directamente al concepto de reproducción. Resulta indudable reconocer como reproducciones las digitalizaciones de obras analógicas. También es indudable que los actos de carga de una obra a un ordenador o

²⁷ De hecho, resulta muy reveladora la opinión que vierte De MIGUEL ASENSIO: *“La tecnología digital ha supuesto una profunda transformación de la realidad social en lo que a la reproducción de las obras se refiere: no sólo posibilita la realización de copias idénticas a la obra original con gran rapidez y costes mínimos, sino que también hace posible la realización de copias inmateriales, pues se reproduce de forma intangible, no perceptible por los sentidos, en un soporte electrónico, lo que permite su transmisión en línea, sin perjuicio de que la obra digitalizada pueda también almacenarse en un soporte material para su comercialización”*. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de Internet* 4ª Edición. Pamplona, 2011. Pág. 671.

²⁸ En concreto, el artículo 7 de la Ley de 1879 decía que: *“Nadie podrá hacer, vender ni alquilar copia alguna sin permiso del propietario de las obras dramáticas o musicales que después de estrenadas en público no se hubiesen impreso”*.

²⁹ En el mismo sentido se pronuncia RIVERO HERNÁNDEZ, F., Comentario al artículo 18. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 287.

servidor (*uploading*) y la posterior descarga de esos contenidos almacenados en la red (*downloading*) para almacenarlos en un soporte tangible, como puede ser un disco duro de ordenador o un *pen-drive*, son ejemplos de reproducciones propiamente dichas.³⁰

El problema que se suscita en torno a esta cuestión en la era de la información es que, en el estado actual de las nuevas tecnologías, se hace imprescindible la creación de ciertas copias intermedias en el proceso de transmisión de datos que tienen carácter instrumental respecto de ese proceso principal y que se conocen como reproducciones provisionales.

Estas reproducciones provisionales fueron recogidas por primera vez en un texto legislativo en 2001, a partir de las previsiones incluidas en la DDASI; y fueron concebidas como excepciones al derecho de reproducción. Su finalidad, tal y como marca el Considerando 33³¹ es la de proveer un espacio de maniobra a los adelantos tecnológicos que se van sucediendo en la era actual.

Son, básicamente, reproducciones típicas que tienen lugar en Internet y que conocemos como “copias efímeras o técnicas”, “copias caché” y “copias RAM”.

Como podremos ver en este capítulo, no sólo supuso el establecimiento del concepto de reproducción provisional y de su finalidad, sino que incluso quedó configurado como límite obligatorio para todos los Estados miembros a partir de la Directiva.

4.1 Naturaleza jurídica

El concepto de reproducción provisional se prevé, como hemos visto, por primera vez dentro de la DDASI en el Considerando 33. Éste recoge un contenido orientado a establecer una excepción que se presenta necesaria en el estado actual de nuestra sociedad de la información. Así las cosas, se plantea el establecimiento de una excepción³² que extraiga del ya antiguo derecho exclusivo de reproducción un tipo muy concreto de fijación que tiene lugar en cualquier proceso tecnológico típico.

³⁰ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., Comentario al art 31. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed. Madrid, 2007. Pág. 534

³¹ Este Considerando resulta ampliamente ilustrativo a los fines de determinar el concepto de “reproducción provisional” pues más adelante, cuando se contiene el límite en el art 5.1 DDASI parece que el legislador ya parte de un conocimiento completo del concepto y no entra en detalles.

³² La DDASI habla expresamente de “excepción” pero, al igual que ocurre con el límite de copia privada, se puede plantear en este punto la misma disquisición sobre si es límite o excepción que se explica en el

Un análisis detallado de ese Considerando, para comenzar, nos puede dar las pistas sobre su fundamento y finalidad jurídica así como los requisitos que se consideran necesarios para que exista la reproducción provisional objeto del límite.

El Considerando 33 viene a decir lo siguiente:

“Conviene establecer una excepción al derecho exclusivo de reproducción para permitir determinados actos de reproducción que formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico desarrollado con la única finalidad de permitir una transmisión eficaz en una red entre terceras partes, a través de un intermediario, o bien la utilización lícita de una obra o prestación. Tales actos deben carecer en sí de valor económico (...)”.

En primer lugar, lo que pretende es establecer una limitación al derecho de reproducción, en aquellos casos en que tienen lugar ciertas reproducciones provisionales, que resultan necesarias para el buen funcionamiento de las transmisiones en red.

Como ya se vio en la evolución histórica del presente trabajo, Internet ha supuesto un cambio radical en prácticamente todos los aspectos de la vida, no sólo de la propiedad intelectual. Los avances tecnológicos nos han permitido mejorar en calidad de vida, calidad de información, rapidez de comunicación, etc. Y es natural que el ánimo de la DDASI responda, precisamente, a la protección de estos avances. La previsión de las reproducciones provisionales es claro ejemplo de ello.

De no existir esta previsión, la dificultad técnica y jurídica que supondría el considerar a las reproducciones provisionales como un tipo más de reproducciones subsumidas dentro del derecho de reproducción, conllevaría que el resultado fuera desastroso; los avances en comunicación y transmisión de datos se harían prácticamente imposibles, porque los costes de transacción³³ serían imposibles de asumir por ninguna de las partes intervinientes en el proceso de intercambio de información. Tal vez esta postura pueda parecer demasiado economicista, pero considero que encaja a la perfección con el ánimo del legislador, que lo que pretende es disminuir los problemas que puedan suscitarse en el intercambio de información para que ésta pueda

punto 5.1.1 del presente trabajo. Considero que la naturaleza responde a los mismos parámetros que los de la copia privada, aunque no lleve aparejada una compensación económica. A pesar de que sea la misma DDASI la que utiliza el término “excepción”, sigo considerando que sería más sencillo y claro utilizar el término “límite” igualmente para esta previsión.

³³ “Los costes de transacción son los costes en los que incurren las partes en el proceso de llegar a un acuerdo y de velar por su cumplimiento” MOCHÓN, F., *Economía, teoría y política*. 5ª Ed. Pág. 202.

producirse.³⁴ Sin embargo, ciertos autores, como veremos más adelante, consideran que el ánimo de esta excepción reside más bien en no dotar de mayor relevancia a este tipo de reproducciones que tienen que estar exentas del derecho de reproducción por el mero hecho de no considerarse ni tan siquiera reproducciones en sentido jurídico.

Una vez establecida la idea de que es necesario configurar ese concreto límite, el Considerando pasa a trazar la configuración real de éste.

Para comenzar, nos proporciona la clave sobre cuál ha de ser el objeto del límite: “*actos de reproducción que formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico*”. La clave de esta afirmación está en que son reproducciones no sólo integrantes, sino esenciales de un proceso tecnológico determinado. Es decir, si no existen estas reproducciones no se puede concluir el proceso de que se trate.³⁵

Continúa el Considerando proporcionándonos la finalidad del objeto: “*permitir una transmisión eficaz en una red entre terceras partes, a través de un intermediario, o bien la utilización lícita de una obra o prestación*”. Hace referencia el legislador, en este caso, al hecho de que lo que se ha de permitir son, precisamente, las comunicaciones o reproducciones de obras en la red. La finalidad es permitir que se acometan esos procesos tecnológicos de los que venimos hablando.

Por último, el Considerando de la DDASI hace referencia a un requisito inexcusable que han de cumplir las reproducciones provisionales para poder ser consideradas como límite: “*carecer en sí de valor económico*”. Esto significa que el proceso tecnológico del que habla la DDASI es el que debe tener el contenido

³⁴ Una aproximación desde el análisis económico del derecho creo que puede ayudar a iluminar la cuestión que estamos tratando. Dice el Teorema de COASE que si dos partes, independientemente de cuál fuera la asignación inicial de derechos, pudieran negociar sin costes de transacción, llegarían por sí solos al acuerdo más eficiente. El problema en este caso es que esos costes de transacción no solo sí existen, sino que son desproporcionados. Si dejásemos a las partes tomar la decisión de cómo asignar esos derechos (derecho de reproducción/límite de las reproducciones provisionales) nunca llegarían por sí mismas al resultado más eficiente. En términos jurídicos, al más justo. Por eso queda justificada la inclusión de este límite. De hecho, no solamente su inclusión sino, como se verá más adelante, el hecho de que ésta no sea potestativa para los Estados, sino obligatoria. COASE, R. “The problem of social cost” en *The firm, the market and the law*. Chicago, 1988. Págs. 95 a 156.

³⁵ Este extremo es uno de los que ha creado más problemas interpretativos en relación a las copias caché del sistema pues parece ser que, como bien dice GARROTE, son copias que tienen lugar durante un proceso tecnológico y, por lo tanto, integrantes de éste, pero que no son esenciales y por lo tanto no podrían considerarse como reproducciones provisionales exentas del derecho de reproducción. Es este un tema que se tratará más profundamente cuando hablemos de las copias caché. GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, I., *El derecho de autor en Internet*. Granada, 2001. Exactamente en el mismo sentido se pronuncia también CARBAJO CASCÓN, F., *Publicaciones electrónicas y Propiedad Intelectual* Madrid, 2002.

económico, si es que lo hubiera, pero las reproducciones provisionales intermedias han de carecer de contenido económico independiente.

Se ha discutido mucho, como es obvio, sobre cuál debe ser el sentido que se le ha de dar al hecho de que esas reproducciones provisionales han de carecer de valor económico. Creo que la postura más adecuada es considerar valor económico a la mera posibilidad de que estas reproducciones entren en conflicto, aunque sea indirectamente, con la “normal explotación de la obra”.³⁶ Esta definición nos proporciona además un acomodo en la regla de los tres pasos³⁷, contenida también en la misma DDASI en el art 5.5 o en nuestra LPI en el art 40 bis que sirve, precisamente, para la interpretación de los límites a la hora de su aplicación.³⁸

Como ya ha declarado el TJCE³⁹, todos los requisitos que se acaban de tratar son acumulativos y, por lo tanto, cualquier tipo de reproducción provisional que incumpla aunque sólo sea uno de los requisitos, quedaría automáticamente fuera del límite previsto y debería ser entendido como reproducción sujeta a licencia de los derechohabientes.⁴⁰

Sentadas las bases del límite de las reproducciones provisionales es ya en el articulado de la DDASI donde encontramos más concretamente la previsión de estas reproducciones, esta vez ya contenido dentro del art 5 titulado “Excepciones y limitaciones”⁴¹. En concreto, es el art 5.1 el que recoge el límite; y lo hace en primer lugar y separado del resto. Este orden sistemático responde a una finalidad muy concreta: dejar patente a los Estados que éste es el único límite sobre el que no pueden disponer, pues es de obligatoria transposición.⁴²

³⁶ CARBAJO CASCÓN, F., *Publicaciones electrónicas y Propiedad Intelectual*. Pág. 112.

³⁷ En este mismo sentido se pronuncian GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., Comentario al art 31. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 544.

³⁸ En concreto, el contenido del art 5.5 DDASI dice lo siguiente: “*Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1,2,3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.*” Es decir, las tres reglas que contiene es que deben aplicarse a casos concretos, que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra y que no perjudiquen los intereses del titular. Una interpretación a favor de este precepto nos puede dar una visión más acertada de qué debemos considerar un efectivo “valor económico”.

³⁹ En este sentido se pronuncia la STJCE de 16 de junio de 2009, Infopaq, C-5/08, ap 55.

⁴⁰ Esta observación también la realiza DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de Internet*. Pág. 676.

⁴¹ Considero, de nuevo, este título que otorga la DDASI a su art 5 como otro escollo más en el camino hacia dilucidar cuándo estamos ante una excepción y cuándo estamos ante un límite. Duda que es más que razonable cuando, como podemos observar, incluso la propia Directiva no toma posiciones a la hora de determinar qué es cada concepto y qué se encuadra dentro de cada uno.

⁴² Resulta interesante en este punto una nueva lectura de la nota a pie de página nº 34 que habla sobre el Teorema de COASE. La relevancia que tiene el hecho de que estos actos sin contenido económico queden

El art 5.1 en su contenido no varía en absoluto de lo que ya preveía el Considerando 33, analizado anteriormente. El legislador únicamente ha dado cuerpo de artículo a los preceptos del Considerando.

Nuestro derecho interno traspuso cinco años después⁴³, mediante la Ley 23/2006, el contenido a nuestra LPI, incluyendo el límite en el art 31.1 junto a la copia privada, que se prevé en el art 31.2. Para nuestro legislador parece que no supuso un problema la transposición, pues sigue a pies juntillas el sentido de las previsiones que la DDASI hace en su art 5.1. Desde luego que el hecho de que el artículo fuera de obligatorio cumplimiento por parte de todos los Estados miembros hacía necesaria una transposición adecuada, con un contenido que se pronunciara en el mismo sentido que lo hacía la DDASI. Así, nuestro legislador las incluye dentro del Capítulo II del Título III de la LPI, dedicado a los límites, sin variación notable.

Lo que sí hay que tener presente es que, a pesar de que nuestro legislador aúna la copia privada y las reproducciones provisionales en un mismo artículo, son conceptos completamente diferenciados. Las reproducciones provisionales no son límites del derecho de reproducción porque sean un tipo de copia privada. Tienen su finalidad y su justificación jurídica independiente.⁴⁴

Cuando hablamos de la finalidad de este límite, GARROTE parece entender que el establecimiento de las reproducciones provisionales como límite, no responde a la existencia de un interés público, sino más bien a la necesidad de excluir lo que deben ser consideradas copias en sentido técnico y no jurídico. Desde mi punto de vista, no acabo de ver adecuada esta postura puesto que parece ser que el ánimo contenido en la DDASI lo que invita es a crear un límite que permita a los usuarios y proveedores de Internet un uso más cómodo de la red, donde no haya que solicitar una autorización cada vez que nos encontremos con un tipo de reproducción de esta clase, a la vez que

exentos del derecho de reproducción de cara a fomentar los avances tecnológicos y la posibilidad de comunicación, justifican no solo su previsión, sino su obligatoriedad.

⁴³ Y hay que decir que con un retraso que nos supuso una sanción por parte de la UE.

⁴⁴ En el mismo sentido se pronuncia CADARSO PALAU, dándole entidad porque se tratan de “reproducciones asociadas al proceso técnico de transmisión de las obras por Internet sin un significado económico independiente”. CADARSO PALAU, J., “Sobre algunos límites del derecho de reproducción: reproducciones para constancia en un procedimiento. Reproducciones para uso privado. La remuneración compensatoria por copia privada. Reproducciones hechas por bibliotecas y entidades de género”, en *Los límites del Derecho de Autor*. Pág. 113. GARROTE va un paso más allá y afirma que no se pueden siquiera considerar excepciones puesto que no hay una reproducción en sentido jurídico, sino simplemente en sentido informático. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de propiedad intelectual*. Pág. 123 y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., Comentario al art 31. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 540.

este servicio no sea demasiado incómodo, por esas mismas razones, también para los usuarios. Y, por lo tanto, lo que prevalece sí que es un interés público; el interés público del desarrollo de las nuevas tecnologías e Internet.

El hecho de que se debiera transponer obligatoriamente y de que el contenido debía adecuarse perfectamente a la previsión de la DDASI, no era impedimento para que el artículo hubiera ido más allá y la previsión de nuestra LPI lo hubiera desarrollado.⁴⁵ Pero no fue así. El concepto de reproducción provisional quedó configurado como un concepto amplio, que no tenía en cuenta las dificultades que podía plantear el efectivo uso continuo y en constante evolución de los medios técnicos.

Esta realidad técnica nos ha llevado a darnos de cara con la excesiva amplitud y falta de concreción del concepto; el problema principal con el que uno se encuentra consiste en que estas reproducciones provisionales son muy variadas. Responden a distintos tipos de provisionalidad, de finalidad y de contenido económico.

Hay autores que defienden que la técnica legislativa utilizada para tratar estos casos de reproducciones típicas de Internet no fue la más apropiada y que no debería haberse creado una excepción o límite respecto de las reproducciones provisionales, sino que había que haber dejado ese concepto como delimitación del concepto de reproducción en sí mismo.⁴⁶

Ya se tratará el tema, cuando se hable de las copias efímeras, en torno a la discusión principal respecto a este tema y que se centra en determinar si estas reproducciones provisionales, a las que hace referencia el art 31.1 LPI, son o no copias jurídicas o si solamente debemos considerarlas como un tipo de copias técnicas. Esta discusión determinará la corrección o no del establecimiento del límite del art 31.1 LPI, puesto que, si no son copias jurídicas como tal, no debería haberse instituido nunca un límite sino que deberían haber sido incluidas, como defienden algunos autores⁴⁷, dentro del art 18 LPI o del art 2 DDASI, como delimitación del concepto de reproducción.

⁴⁵ En el mismo sentido se pronuncia GARROTE cuando dice que *“esta fidelidad no quiere decir que no haya un cierto campo de actuación para introducir mejoras de redacción que ayudarían a aclarar aspectos oscuros de la propia Directiva”*. Si bien la crítica me parece adecuada y el artículo adolece de falta de concreción, posiblemente se deba a la falta de previsión en su momento, por parte del legislador, a la hora de valorar los conocimientos técnicos necesarios para determinar los tipos de reproducciones provisionales que realiza cualquier ordenador o servidor cada vez que intercambia información. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de propiedad intelectual*. Pág. 121.

⁴⁶ De esta manera se pronuncia GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de propiedad intelectual*. Pág. 122.

⁴⁷ Entre ellos, CARBAJO CASCÓN, F., *Publicaciones electrónicas y Propiedad Intelectual*. Págs. 108 y 109.

Una vez que han sido tratados tanto el concepto de reproducción provisional como sus requisitos y la problemática sistemática que plantea, considero que resulta de interés realizar un análisis de otro de los problemas que también plantea éste y es que las reproducciones provisionales son de muchos tipos y de variado carácter.

Veamos con detalle cada uno de los supuestos que, a día de hoy, podemos encontrarnos en los procesos tecnológicos.

4.2 Clases de reproducciones provisionales

En primer lugar, para dar comienzo a este epígrafe, hay que tener presente que no todas las reproducciones provisionales pueden ser incluidas como objeto del límite contenido en nuestro art 31.1 LPI. Si acudimos al art 18 LPI o al art 2 DDASI, podemos observar que el concepto de derecho de reproducción que contienen es amplio y que por lo tanto, en un primer lugar, las reproducciones provisionales podrían encajar como objeto del derecho de reproducción.⁴⁸

Será solamente en los casos en los que esa reproducción provisional cumpla, no sólo su propio requisito de ser provisional, sino también los incluidos dentro del mencionado art 31.1, cuando podremos considerar que estamos ante una reproducción provisional subsumida dentro del límite previsto y, por lo tanto, ante reproducciones exentas de la autorización que impone el derecho de reproducción.

Por la complejidad que presentan las comunicaciones hoy día, el intercambio de información, la transferencia de datos y, básicamente, el funcionamiento de la tecnología, nos hayamos ante una situación compleja en la que los caracteres previstos por el límite de reproducción provisional los reúnen varios tipos de reproducciones. Éstas no dejan de ser reproducciones, normalmente creadas por el sistema en su proceso de transmisión de datos. Pero no siempre es así.

Lo que tenemos que determinar claramente es si un supuesto entra dentro de la previsión que hace el art 18 de reproducciones provisionales y, por tanto, está sujeta al

⁴⁸ De hecho, GARROTE llega a proponer la conveniencia de que esta excepción se hubiera incluido dentro del propio art 18, en un segundo apartado. No considero esta apreciación acertada puesto que hasta la propia DDASI configura este tipo de reproducciones como una limitación o excepción al derecho de reproducción. Por lo tanto, desde mi punto de vista y sistemáticamente, creo que debemos considerar como correcta la opción del legislador de incluir las reproducciones provisionales dentro del Capítulo II del Título III de la LPI, dedicado a los límites.

derecho de reproducción o si bien entra dentro de las previsiones del art 31.1 y, por lo tanto, se encuadra dentro de los límites a ese derecho de reproducción.

En el fondo, se debe entender que una clasificación *a priori* de los tipos de reproducciones provisionales que tendrían o no tendrían que ser incluidos en el límite del art 31.1 sería errónea, puesto que no podemos aferrarnos a ningún concepto distintivo que los defina como grupo exento. Habrá que atender, caso por caso, a la problemática que plantean. Para ello resulta de gran utilidad conocer cuáles son los tipos de copias o reproducciones provisionales que podemos encontrar.

4.2.1 Copias efímeras

También conocidas como copias técnicas, dentro de los diversos tipos de copias a los que pueden dar lugar las reproducciones provisionales estas copias efímeras son las que menos problemas han causado a la doctrina que, en general, no parece ofrecer oposición a que sean consideradas reproducciones provisionales. Aunque, como es natural, tampoco es un concepto pacífico.

El problema interpretativo que se ha planteado en relación a este tipo de copias ha sido el determinar, en primer lugar, si es correcto establecer una limitación al derecho de reproducción incluyendo en su contenido este tipo de copia efímera o si, por el contrario, sería más correcto considerar las copias efímeras o técnicas como parte del concepto mismo de reproducción, delimitándolo en sentido negativo. Es decir, excluyéndolo.⁴⁹

Lo cierto es que, como dice GARROTE, *“parece deducirse que hay un consenso en la arena internacional acerca de que las reproducciones efímeras no necesitan de la autorización del titular del derecho de reproducción, bien porque no entran dentro del concepto mismo de reproducción, bien porque aunque se trata de reproducciones en sentido legal deben quedar exentas del derecho de reproducción debido a su carácter meramente instrumental”*.⁵⁰ Esta afirmación lo que deja claro sin duda es que, si bien

⁴⁹ De esta forma se manifiesta GARROTE que, una vez que ha descartado el hecho de incluir dentro de las copias efímeras, a las copias que se efectúan en el proceso de enrutamiento, considera que las copias técnicas o efímeras no deberían constituir un límite, como se recoge en la DDASI y en la LPI, sino que deberían haberse conceptualizado como parte del concepto del derecho de reproducción, si acaso en el mismo art dedicado a éste. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ. Comentario Artículo 31. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 537.

⁵⁰ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El derecho de autor en Internet: La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*. Granada, 2001. Pág. 281.

sobre el propio concepto de las copias efímeras y su exclusión del derecho de reproducción parece que no existe discusión, sí se plantean diferencias en cuanto a la naturaleza misma de la propia exclusión. Y es que si partimos desde una interpretación amplia del concepto de reproducción podemos encontrarnos con ciertos problemas que, sin duda, pueden complicar una interpretación correcta del concepto.

Y si partimos de esa interpretación amplia, nos encontramos, en primer lugar, con el hecho de que los usuarios van a considerar imposible llevar a la práctica la necesidad de someter todos los actos intermedios de reproducción a la autorización de los titulares de los derechos. También existe la cuestión de que podemos crear un riesgo de monopolio en el uso de las obras y en el ejercicio de los derechos por parte de los titulares de los mismos si a éstos les otorgamos una protección tan amplia. Y, en tercer lugar, nos encontramos con que, en el fondo, un concepto demasiado amplio del derecho de reproducción lo único que conllevaría es una necesidad imperiosa de crear límites y más límites para poder permitir las actividades cotidianas en la red. Si todo es reproducción, al final el tráfico de datos e información, con sus necesarias autorizaciones, se vuelve un imposible.

Entrando más profundamente en el concepto concreto, cuando hablamos de copias efímeras, se podría decir que éstas son aquellas copias que se realizan en los servidores intermedios de Internet durante un proceso de intercambio de información determinado. No debe llevarnos a confundir este tipo de copias con aquellas que quedan en los enrutadores (*routing*)⁵¹ cuando se transmite una obra por la red, puesto que en las copias efímeras estamos considerando la realización de una copia completa de la obra o prestación protegida.⁵²

En relación al *routing* debemos tener siempre en cuenta que los pequeños paquetes en los que se descompone la información que es transmitida, la cual se almacena provisionalmente (o más bien podríamos decir que rebota en cada uno de los servidores que sirven de canal para la información), son copias incompletas y sin

⁵¹ Tal y como dice GARROTE “*En el routing, la obra se descompone en paquetes numerados, y aunque dichos paquetes se copian en los ordenadores intermedios o enrutadores, cada fragmento es reproducido por separado, y, no puede por tanto mantenerse que la copia de dichos fragmentos amorfos de la obra constituya una reproducción*”. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ. Comentario Artículo 31. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 535.

⁵² En el mismo sentido se pronuncia GARROTE, que distingue entre los dos tipos de reproducciones, las copias técnicas y las copias que se originan en el proceso de enrutamiento. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ. Comentario Artículo 31. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 535.

sentido propio que no pueden ser extraídas ni utilizadas para ningún otro fin que no sea el de la transmisión que se está llevando a cabo. No sólo no tienen entidad económica; ni tan siquiera tienen entidad propia como obra o prestación protegida, puesto que los fragmentos no son reconocibles. Y por lo tanto, no se puede encuadrar siquiera dentro del derecho de reproducción. Cuanto menos, dentro del límite a ese derecho de reproducción.⁵³

Como hemos podido observar, la diferencia fundamental que encontramos entre los dos tipos de copias comentados previamente es que, en el caso de las copias de enrutación no podemos hablar como tal de copias, pues son pedazos de la obra que por sí solos no tienen entidad suficiente siquiera para ser considerados un acto de reproducción de la obra o prestación protegidas. Debemos entender, por tanto, desde mi punto de vista, que cuando el art 31 LPI hace referencia al límite de las reproducciones provisionales, las copias propias del proceso de *routing* no están incluidas. Pero no porque no sean reproducciones provisionales. Sino porque este tipo de reproducción no llega a tener la entidad suficiente no tan siquiera para considerarse un acto sujeto al derecho de reproducción.⁵⁴

Por lo tanto, nos referimos a las copias efímeras como las que transmiten información de un punto a otro de la Red, haciendo copias completas de las obras protegidas en el proceso.

Y es, precisamente, la naturaleza propia de la copia efímera la que hace pensar que cuando el legislador de la DDASI introdujo el límite obligatorio de las reproducciones provisionales, se estaba refiriendo a este tipo de copias. Únicamente a este tipo de copias; y no a las que vamos a ver a continuación. Es decir, a la copia RAM o a la copia caché.

Cuando el art 31.1 LPI hace referencia al límite de las reproducciones provisionales, a la par que lo hace la DDASI en su art 5.1, su deseo es que cumplan con varias condiciones. La primera de ellas es que esas copias o reproducciones sean

⁵³ De la misma manera se pronuncia GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, I., *El derecho de autor en Internet: La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*. Pág. 310.

⁵⁴ Se pronuncia en un sentido muy diferente al que se ha podido observar hasta ahora CARBAJO CASCÓN, puesto que él considera que las copias que se realizan en los puntos de enrutación, así como las copias caché del sistema y las copias *mirror*, deben tener el mismo tratamiento, pues las tres tienen la misma naturaleza. CARBAJO CASCÓN, F., *Publicaciones electrónicas y Propiedad Intelectual*. Pág. 106

efectivamente provisionales⁵⁵; una segunda es que carezcan por sí mismas de entidad económica y también que formen parte esencial de un proceso tecnológico y tengan por finalidad la correcta transmisión de datos.

Sin duda, en relación a las dos últimas condiciones parece pacífico afirmar que se cumplen en todos los casos a los que nos enfrentamos; tanto en las copias efímeras, como en las copias caché y también en las copias RAM, pues forman parte esencial de un proceso tecnológico y su finalidad es la correcta transmisión de datos en la red.

Sin embargo, no queda tan clara la aplicabilidad que pueden tener, en general, las primeras dos condiciones. En primer lugar, la provisionalidad. Parece que las copias efímeras sí cumplen con esta condición pues su perdurabilidad es muy escasa y está restringida exclusivamente al propio intercambio de datos y de información. Ya veremos en los casos siguientes si ocurre lo mismo con este tema. Además, son copias automáticas en las que no interviene el usuario.

En cuando al contenido económico independiente parece ser que, sin duda, es la cuestión que más problemas interpretativos plantea en la doctrina a la hora de incluir o no dentro del límite de reproducciones provisionales a los diferentes tipos de copias. Sin embargo, en el caso concreto de las copias efímeras, precisamente por su poca perdurabilidad y la imposibilidad por parte del usuario de acceder a las mismas y poder hacer un uso independiente de éstas, me parece correcto afirmar que sí carecen de contenido económico independiente; desde luego que considero que no deberían formar parte del derecho de reproducción.

Surge ahora la posibilidad de retomar la discusión doctrinal con la que iniciábamos este apartado. Partimos del hecho de que las copias efímeras han de quedar excluidas del derecho de reproducción, pero ¿es correcto entenderlas incluidas, en un primer momento, dentro del concepto de reproducción del art 18 LPI y, posteriormente, crear un límite que las excluya, dentro del art 31.1 LPI? ¿O sería más correcto, como ya se ha visto *supra*, el excluir directamente las copias efímeras delimitando el concepto de reproducción ya en el art 18, sin necesidad de crear un límite posterior?

⁵⁵ En este sentido, si bien hay autores que consideran que la provisionalidad o no de la copia puede determinar una diferente clasificación, como es el caso de CARBAJO CASCÓN, F., *Publicaciones electrónicas y Propiedad Intelectual*. Pág. 109 cita 160, creo que no es relevante a la hora de hacer una distinción porque, si bien la naturaleza de unos o de otros puede ser más o menos corta, es demasiado variable como para sentar unas bases válidas.

La duda verdadera que subyace bajo esta cuestión anterior consiste en determinar si, realmente, estas copias son reproducciones en el sentido jurídico de la expresión. Y no es una cuestión llana. Si cuando hablamos de copias efímeras, realmente no estamos hablando de un tipo de copia que deba tener entidad jurídica, es posible que sea del todo incorrecto incluirlas desde el principio dentro del concepto de reproducción y, cuanto más, crear un límite jurídico exclusivo para ellas.⁵⁶ Pero ésta, aunque me parece una postura que resulta sostenible, no considero que sea adecuada.

Que una reproducción determinada no tenga el contenido jurídico a que hace referencia el art 5.1 DDASI o el 31.1 LPI lo que conlleva, precisamente, es su reenvío desde el art 2 DDASI o desde el 18 LPI, que es el que recoge el derecho de reproducción, hasta los artículos mencionados que recogen el límite; que una realidad jurídica no tenga contenido económico independiente no significa que no deba tener contenido jurídico.

Tanto GARROTE como CADARSO PALAU⁵⁷ van más allá y hablan de una diferencia que consideran fundamental entre lo que se entiende por “copias legales” y “copias técnicas”. Ilumina bastante la cuestión una de las citas que realiza GARROTE de BECHTOLD, puesto que éste *“distingue las “copias legales” de las meramente técnicas. Las copias legales son las que hacen posible una utilización ulterior de la obra y están por tanto sometidas a la autorización del titular del derecho de reproducción. Por el contrario, las copias técnicas, como las que ocurren en el proceso de transmisión de una obra deben quedar fuera del control de los titulares de los derechos, ya que no añaden nada a la explotación de la obra desde un punto de vista económico”*.⁵⁸

Estoy de acuerdo con el hecho de que esas copias que los anteriores autores denominan como “copias técnicas”, deberían quedar fuera del control de los titulares de derechos. Fuera del derecho de reproducción en concreto que, a la postre, es lo que hace, con más o con menos tino, el actual art 31.1; pero no quedar fuera, directamente, del sistema jurídico.

⁵⁶ De hecho, GARROTE asegura que no las considera *“reproducciones en sentido legal puesto que no permiten un uso ulterior de la obra”*; o incluso que *“es incorrecto entender que una copia efímera es una reproducción provisional, puesto que no llega ni siquiera a dicho estatus”*. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de propiedad intelectual*. Granada, 2005 Págs. 42 y 125. En el mismo sentido se pronuncia CADARSO PALAU, J., *“Sobre algunos límites del derecho de reproducción...”*. 113.

⁵⁷ CADARSO PALAU, J., *“Sobre algunos límites del derecho de reproducción...”*. Pág. 114.

⁵⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El derecho de autor en Internet: La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*. Págs. 281 y 282.

Sin embargo, el planteamiento anterior de excluir las “copias técnicas”, sí deja fuera de la ley a este tipo de copias. Plantea dejar sin cobertura jurídica a un tipo de reproducción o copia que lo único que va a acarrear es una laguna jurídica que resulta innecesaria teniendo en cuenta la amplia legislación que tenemos actualmente. No veo necesaria la exclusión de ciertos conceptos y menos si se plantea esa exclusión por su mera carencia de relevancia para el mundo jurídico. Más aún, creo que es importante su inclusión dentro de los textos jurídicos de la manera correcta para evitar, precisamente, su indeterminación o un vacío en su contenido.⁵⁹

Otra cuestión sería plantearse que, en realidad, el problema es que el precepto que se encarga de recogerlo sea abstracto, incompleto o deficiente. Pero la culpa de esta circunstancia no es del concepto en sí, sino del legislador. La solución, por tanto, no pasa por sacar del concepto de reproducción a las reproducciones provisionales o a parte de ellas⁶⁰ sino en crear un adecuado modelo de limitaciones en torno a estas reproducciones provisionales donde estuvieran correctamente individualizadas, conceptuadas y permitieran, de manera eficaz, la inclusión de cada uno de los casos concretos en un supuesto jurídico diferenciado y con distinto trato legislativo y judicial.

Podría concluir el presente epígrafe afirmando que, en efecto, las copias efímeras son, sin lugar a dudas, un tipo de reproducciones provisionales que están incluidas dentro de la limitación del art 31.1 y, por lo tanto, fuera del objeto del derecho de reproducción contenido en el art 18; de esta manera, no considero acertada la postura de excluirlas de la letra de la ley por su mera carencia de relevancia jurídica.

4.2.2 Copias caché

De cara a delimitar apropiadamente el concepto de lo que son las copias caché, hemos de distinguir, en primer lugar, las copias caché del sistema⁶¹ (también nombradas

⁵⁹ Es curioso observar que en la doctrina, los mismos que defienden el hecho de que el precepto del 31.1 LPI está incompleto y que debería contener una precisión en cuanto a los diferentes tipos de reproducciones provisionales que existen, sean los mismos que defienden la idea de que son copias técnicas que no deberían contemplarse jurídicamente. Un completo contrasentido.

⁶⁰ Lo que a la postre supondría sacarlo del texto legislativo, pues quedaría fuera del alcance de cualquier Ley de propiedad intelectual.

⁶¹ Las copias caché del sistema hay que distinguirlas también del proceso de *mirroring*, pues estamos ante un proceso de reproducción diferenciado. Así lo determina GARROTE que dice que debemos contemplar el *mirror* como un sitio *web* que es una copia idéntica a la *web* original, pero que se aloja en un servidor que se encuentra más cercano al usuario final. Desde luego en este caso, la importancia económica está clara y no son copias automáticas, como las del *system caching*, sino que son copias intencionales. Es por eso

como *system caching*) de las copias caché locales. Las primeras, siguiendo lo que dice GARROTE, son “*aquellas reproducciones temporales que forman parte de un proceso técnico que tiene como única finalidad permitir la utilización en línea de una obra por los abonados de un proveedor de acceso*”.

Lo que hacen los servidores es almacenar la información a la que han accedido los usuarios por primera vez, para que en las visitas sucesivas sea más sencillo el acceso a la información, puesto que no se tiene que efectuar de nuevo la descarga completa de datos. De esta manera, lo que consiguen los proveedores de servicios de Internet⁶² es una mayor velocidad; siempre teniendo presente que las copias caché son copias completas de las páginas *web* a las que accede un usuario, no copias fragmentadas como ocurre con las copias efímeras.

Por otro lado, las copias caché locales “*se crean en el ordenador del usuario de un modo automático cuando éste visita una página web determinada*”. La diferencia entre ambas como podemos observar es que una se realiza (y por tanto, se almacena) directamente en el ordenador del usuario, mientras que el *system caching* tiene lugar en servidores ajenos al usuario.

Si bien ambas son copias caché, al tener un origen y naturaleza diferenciados, merece la pena analizarlos como realidades diferenciadas. La duda sobre si cualquiera de las dos han de considerarse límites o no, reside precisamente en que éstas sí suponen

que, al igual que hace GARROTE, considero que no debe encuadrarse dentro de límite alguno. GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, I., *El derecho de autor en Internet*. Pág. 309.

⁶² Los proveedores de servicios de acceso a Internet son, en este caso, los legitimados pasivos. De hecho, las copias caché del sistema solo pueden ser efectuados por estos operadores de Internet. La regulación en concreto de este tema se encuentra en la LSSI, cuyo art 15 puede ser de utilidad a la hora de iluminar el asunto: *Los prestadores de un servicio de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio y, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal, no serán responsables por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, si:*

- *No modifican la información.*
- *Permiten el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita.*
- *Respetan las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información.*
- *No interfieren en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada y empleada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y*
- *Retiran la información que hayan almacenado o hacen imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento efectivo de:*

1. *Que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente.*
2. *Que se ha imposibilitado el acceso a ella, o*
3. *Que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.*

una pérdida⁶³ del control de los contenidos incluidos en los sitios *web* y, por lo tanto, hay un contenido económico independiente.

GARROTE hace referencia a ciertas consecuencias perjudiciales; en este punto podemos traer a colación la última de ellas, cuando indica que la creación de las copias caché puede llegar incluso a servir para burlar el acceso restringido que tenga una *web* determinada. De la siguiente manera: un usuario autorizado accede a la página protegida, de la cual se almacena una copia (esta vez, ya sin protección) en un servidor *proxy*. A partir de esta copia en el servidor, los usuarios ya pueden acceder libremente a esa copia.⁶⁴

Sirva este ejemplo para trasladar al lector la idea de que las copias caché, tanto las de sistema como las locales, tienen una entidad propia suficiente para hacer necesaria su inclusión dentro del límite de las reproducciones provisionales.⁶⁵ Y hemos de tener en cuenta que el art 31.1 LPI exige que estas reproducciones provisionales no tengan relevancia económica independiente.

En el caso del caché del sistema podemos observar que, en primer lugar, existe un interés económico puesto que al proveedor de servicios le va a interesar ofrecer un servicio con mayor rapidez de acceso a los contenidos. Su interés económico se centra en la competencia del mercado. Por lo tanto, desde esta óptica, no podemos decir que las copias caché del sistema carezcan de contenido económico. Lo mismo podríamos alegar en relación con el usuario, pues al acceder a un contenido determinado le va a suponer una diferencia notable en cuanto a rapidez, por lo tanto, elegirá un navegador que realice copias caché del sistema y que así le proporcione un acceso más rápido a la información que busca. Tiene este tipo de copia unos claros efectos beneficiosos para el usuario, puesto que aumenta su velocidad de acceso a los contenidos a la par que rebaja la congestión de transferencia de datos en la Red.⁶⁶

⁶³ GARROTE considera que esa pérdida es parcial. Sin embargo, yo creo que la pérdida puede ser parcial o incluso llegar a ser total puesto que, como se verá más adelante, el hecho de que la copia caché sea provisional no significa que no pueda tener una vida larga. Tan larga que al almacenarse en un momento dado, si la página *web* de la que hemos obtenido los contenidos cambia radicalmente y la copia caché no se actualiza, lo que tenemos delante es una pérdida total del control sobre los contenidos incluidos en la citada página *web* con el autor. Esta desactualización supone una consecuencia bastante perjudicial para el titular de los derechos. GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, I., *El derecho de autor en Internet*. Pág 307.

⁶⁴ GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, I., *El derecho de autor en Internet*. Pág. 307

⁶⁵ En el mismo sentido GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de propiedad intelectual*. Pág. 45

⁶⁶ Puede resultar de gran interés la reflexión sobre el caché del sistema en el derecho comparado que se contiene en GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, I., *El derecho de autor en Internet*. Págs. 310 a 313

En cuanto a las copias caché locales, como ya se ha dicho, éstas sí se realizan en el ordenador del usuario directamente. Por lo tanto, debemos tener siempre en consideración que la duración de las mismas depende, en gran medida, de lo que tarde el propio usuario en deshacerse de ellas. Este tipo de copias parece que pudieran invitar más a subsumirse dentro del límite de la copia privada que el de las reproducciones provisionales.⁶⁷

Sin embargo, siguen siendo copias técnicas ligadas irremediabilmente al proceso tecnológico de que se trate: a la transmisión de una obra determinada, la visualización de una *web* determinada, etc. Y la diferencia con la copia privada es que, en este caso concreto, no existe voluntad por parte del usuario de crear estas copias. De hecho, no considero que pueda existir un disfrute independiente de esa copia.

El desarrollo que se está llevando a cabo en relación a las medidas de protección frente al *caching* parece que tiene más sentido que el hecho mismo de incluir el proceso dentro de alguno de los límites del derecho de reproducción. No debemos buscar exenciones a la responsabilidad por la copia sino, directamente, permitir a los titulares de los derechos que puedan decidir si quieren evitar la copia en los casos en los que no se quiera efectuar. Así, encontramos tanto las páginas *web* dinámicas⁶⁸, por ejemplo, como los programas informáticos *anticaché*, que marcan la página como no susceptible de ser objeto de *caching*.

En cuanto a esta responsabilidad en relación con las copias caché, lo que ha hecho el legislador es extraerla y reenviarla a la LSSI. El hecho de que la copia caché del sistema se haga de manera automática, sin que el usuario pueda intervenir en ese punto, parece que viene a excepcionar cualquier culpa que se pudiera derivar del usuario. Sin embargo, como los sujetos que en efecto realizan estas copias son los proveedores de servicios de Internet, lo que ha hecho el art 15 LSSI es recoger la responsabilidad de estos intervinientes en el proceso tecnológico. Me remito en este punto a lo que ya comenté en la nota a pie de página nº 62.

⁶⁷ En este mismo sentido GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, I., *El derecho de autor en Internet*. Pág 313.

⁶⁸ “Las páginas dinámicas solo se muestran en el ordenador del usuario cuando éste activa un programa que reside en el ordenador que actúa como servidor denominado CGI Script.” Por lo tanto, lo que conseguimos en este caso es saber si la página está siendo objeto de *caching* y así permitir a los titulares de derechos que puedan incluir en la página *web* un dispositivo anticopia. GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, I., *El derecho de autor en Internet*. Pág. 315.

4.2.3 Copias RAM

La primera vez que fue planteada en la legislación comunitaria la necesidad de que las copias en la memoria RAM de un ordenador constituyeran un límite al derecho de reproducción, fue con los programas de ordenador⁶⁹. Posteriormente, se produjo la misma situación con las BBDD⁷⁰. Las copias RAM se conceptuaban como copias necesarias para el propio funcionamiento del programa de ordenador o la utilización de las BBDD. La creación de esas copias no convertía al usuario en un usuario ilegítimo, siempre y cuando hubiese adquirido la licencia de uso de ese programa o BBDD.

El problema surge en el momento en el que se generaliza el uso de Internet y la transmisión de información en red se vuelve un proceso cotidiano; de esta manera las copias RAM también se hacen necesarias para cualquier visualización de contenidos audiovisuales o de una página web, por ejemplo.

Consideramos que la copia RAM es aquella que se realiza en el ordenador de un usuario cuando éste visualiza o escucha alguna obra en la pantalla. Una de sus características principales es que la perdurabilidad de este tipo de copias es muy breve. Normalmente la copia dura lo que dura la visualización o audición de la obra en concreto o, como máximo, hasta que se vuelve a reiniciar el ordenador. No hemos de olvidar, por lo tanto, que cada vez que visualizamos una página web, escuchamos una canción en red o vemos una película on-line, se está creando una copia de esa obra en la memoria RAM de nuestro ordenador.

Desde luego, ante la anterior definición, lo que hemos de tener claro es que la copia RAM es una auténtica reproducción en el sentido más legal de la expresión. Estamos creando una copia completa de la obra o prestación protegida que tiene entidad propia.⁷¹ Pero si todas estas reproducciones estuvieran incluidas dentro del derecho de reproducción y, por lo tanto, sujetas a autorización de los derechohabientes, nos encontraríamos ante una paralización total del uso e intercambio de datos en la Red. Sería imposible navegar, porque cualquier visualización de una página web, ya requeriría autorización. Es por esa razón por la que parece lógico que las copias RAM

⁶⁹ Fue en el año 1991, con la promulgación de la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo, sobre protección jurídica de programas de ordenador.

⁷⁰ En este caso estamos ya hablando del año 1996, con la promulgación de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

⁷¹ En el mismo sentido GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de propiedad intelectual*. Pág. 42

estén incluidas dentro del límite del art 31.1. Sin embargo, las cosas en la práctica no resultan tan sencillas.

Como ya se ha dicho, las copias que se realizan en la memoria RAM son, efectivamente, provisionales. Su durabilidad es muy limitada. También, como se vio en las copias efímeras, las copias RAM cumplen con los otros dos requisitos finales del art 31.1 LPI, es decir, formar parte esencial de un proceso tecnológico y además, tienen el fin de servir a la correcta comunicación y el intercambio de datos. Hasta aquí ningún problema.

Sin embargo, tanto la DDASI como la LPI exigen que, además de las condiciones anteriores, las reproducciones provisionales carezcan de una significación económica independiente. Y en este punto, parece ser que es más que cuestionable la inclusión de las copias RAM como parte de ese grupo de reproducciones provisionales.

En el caso de las copias RAM, desde mi punto de vista⁷², no creo que podamos considerar que sean un tipo de copias carentes de sentido económico independiente. Esto es así puesto que las copias RAM sí tienen significación económica y la prueba está en que, de hecho, ya hay negocios en Internet que se sustentan única y exclusivamente sobre la posibilidad de visualización de contenidos audiovisuales o la audición de contenidos musicales *on-line*. Sin ir más lejos, tenemos el ejemplo del modelo de negocio cada vez más generalizado de SPOTIFY.⁷³ O lo que es lo mismo, la generalización de los modelos de negocio basados en la visualización de contenido en sistema *streaming*.

Pero claro, llegados a este punto en el que se enfrentan las dos posturas, la que considera que no incluir las copias RAM en el derecho de reproducción imposibilitaría la navegación en Internet e incluso los futuros avances tecnológicos, contra la que considera que las copias RAM sí tienen contenido económico que permite la implantación de nuevos modelos de negocios, hemos de intentar llegar a un consenso.

⁷² Y también, en el mismo sentido de considerar las copias RAM como copias con sentido económico independiente se pronuncia GARROTE, cuando hace igual referencia al hecho de que son las copias RAM las que han posibilitado una apertura de modelos de negocio en torno a la visualización, audición y lectura de contenidos *on-line*. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de propiedad intelectual*. Págs. 43 y 44.

⁷³ SPOTIFY es un reciente modelo de negocio que permite la escucha de música *on-line*, sin necesidad de descargarla. Tiene varias modalidades, desde la gratuita con publicidad incluida, hasta la de pago sin publicidad, que permite la descarga y almacenamiento de las pistas musicales en un reproductor personal sincronizado con el programa. Pasando incluso por otro servicio de pago, en este caso más barato, que permite, por ejemplo, la escucha de música *on-line* sin publicidad pero que no permite el almacenamiento de pistas en el reproductor personal.

Y, en principio, éste parece complicado. Sin embargo, sí podríamos llegar a un acuerdo amistoso entre posturas si tenemos en cuenta que tanto en la doctrina como en el propio Internet hay una tendencia generalizada a considerar que hay una especie de “licencia implícita” cuando se *cuelgan* los contenidos en abierto en la Red.

Esto es así porque se entiende que quien no quiere que el público acceda a sus contenidos, no los publica en abierto. Por lo tanto, si accedemos a una obra o prestación protegida, como puede ser una página *web*, que está publicada en abierto, se entiende que el autor ha dado un “consentimiento implícito” para la visualización de la obra. GARROTE hace referencia a que se puede encuadrar en el principio de la buena fe, la apariencia y “a la misma lógica de Internet”.⁷⁴ Si hablamos de principios, yo estaría más de acuerdo con ir incluso un paso más allá y creo que sería también adecuado considerar que, como estamos hablando de un contenido al que el acceso es libre y, por lo tanto, su disfrute o visualización no tendría relevancia jurídica alguna hasta que el titular de los derechos interpusiera demanda por quebrantamiento de su derecho de reproducción. En este caso lo que sería más lógico alegar que el derechohabiente estaría actuando en contra de los actos propios.⁷⁵

Nos encontramos, en este caso, ante una necesidad de que el titular de los derechos se pronuncie en sentido negativo en relación a la cesión de ese derecho de reproducción. Por ejemplo, si navegando por Internet nos encontramos con una página *web* cerrada con una contraseña o bloqueada de alguna manera, las copias en la memoria RAM que se deriven de esa navegación, no serían reproducciones provisionales objeto del límite del art 31.1 LPI⁷⁶, puesto que el titular del derecho de reproducción sí se ha manifestado, aunque sea implícitamente, contra la posibilidad de efectuar copias de su obra.

En todo caso, en la aplicación del límite del 31.1 LPI a las copias RAM, más que en ningún caso, deberá pasar por una correcta interpretación previa de la regla de los tres pasos, tan necesaria en la interpretación general de los límites y que ya hemos visto,

⁷⁴ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de propiedad intelectual*. Pág. 44 y 127.

⁷⁵ También se pronuncia en este sentido GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada*. Pág. 127.

⁷⁶ Tal vez sí se podrían considerar copias privadas del usuario, siempre y cuando cumplan con los requisitos propios de la copia privada del art 31.2, que se analizarán con detalle en el próximo capítulo del presente trabajo.

para conseguir una equilibrada asignación de los derechos a los titulares de los mismos.⁷⁷

Antes de terminar el presente epígrafe, creo que puede resultar de interés comentar uno de los problemas que nos encontramos en relación a las copias RAM, ocasionado por la amplitud del concepto contenido en el mismo art 31.1 LPI y que ocasiona, en nuestro derecho interno, una incómoda paradoja. Hablando de las copias RAM hay que tener presente que su precedente más claro, como ya comentamos que sucede en el derecho comunitario, es el de los programas de ordenador.

Resulta conveniente tener presente la siguiente consideración y es que la relación que se establece en cuanto a las reproducciones provisionales del art 31.1 LPI y, más concretamente, con las copias RAM, no solo se establece con relación al art 18 LPI, sino también con relación al art 99.a LPI, que aún sigue recogiendo la idea de que la copia RAM de un programa necesita la autorización necesaria de los derechohabientes para poder ejecutarse lo que conlleva que, en los casos de los programas de ordenador, la copia RAM esté obligatoriamente unida al derecho de reproducción.⁷⁸

Teniendo en cuenta esta situación, podemos plantearnos dos opciones; o bien el legislador lo que ha pretendido es seguir manteniendo en relación a las copias RAM una excepción especial para los programas de ordenador, en cuyo caso parece necesario contar con que las copias en memoria RAM son reproducciones provisionales pero en tanto no pertenezcan a un programa de ordenador. Es decir, el mismo sistema que existe para la copia privada; o bien, podemos entender y creo que es más adecuado, que los art 31.1 y 99.a son independientes y que no podemos plantear una interpretación conjunta de ambos conceptos puesto que, aunque en ambos artículos se contienen previsiones en torno a las copias RAM, el tratamiento que reciben es independiente uno de otro. Por lo tanto, lo que creo que debemos entender es que la copia RAM y el art 31.1 han de llevar aparejados una interpretación amplia, y no una interpretación reducida como podemos extraer del contenido del art 99.a.

En el caso del art 99.a las copias en memoria RAM que se efectúan de los programas de ordenador y de las BBDD sí que tienen una contrastada entidad

⁷⁷ De la regla de los tres pasos y su importancia en cuanto a la interpretación de los límites de habló con anterioridad, en la nota a pie de página 38.

⁷⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de propiedad intelectual*. Pág. 124

económica independiente pues la carga de éstos, exclusivamente en la memoria RAM, permite una efectiva y completa explotación de la obra. Desde luego el límite del art 31.1 LPI que cubre las copias RAM, más propias de la navegación en red, no cubre las copias RAM de los programas de ordenador y de las BBDD.

Sensu contrario, podríamos plantearnos si sería posible trasladar la interpretación, más restrictiva, del art 99 al 31.1 LPI. Desde mi punto de vista, parece ser que no, pues en los casos en los que no estemos ante una copia RAM de programas de ordenador o de BBDD parece más adecuado atender al caso concreto y valorar en ese momento si estamos o no ante una copia que tenga entidad económica independiente, en lugar de partir, directamente, de una interpretación tan restrictiva. Al final, de este modo, el límite del art 31.1 LPI perdería todo el sentido en relación a las copias RAM, pues si la interpretación parte del precepto del 99.a, todas éstas quedarían sin duda fuera de las previsiones del límite.

5. La copia privada

Cuando hablamos de copia privada nos estamos refiriendo en concreto al límite que nuestra actual LPI recoge en su art 31.2. Al final del presente tema se hará un análisis de cada uno de los requisitos que podemos ver que acompañan a este concepto; éstos responderán no sólo al contenido del artículo mencionado, sino también al contenido previsto en el art 5.2.b DDASI.

De manera introductoria y apoyándome en el clarificador concepto que utiliza SÁNCHEZ ARISTI, podremos decir que la copia privada es un *“límite al derecho de reproducción que ampara al legítimo tenedor o receptor de un soporte tangible o intangible de una obra a fin de que, sin necesidad de autorización del autor, pueda efectuar reproducciones para su uso privado, bien entendido que las mismas no podrán ser objeto de utilización colectiva ni lucrativa”*.⁷⁹ Desde mi punto de vista, éste puede ser, sin duda, el concepto más completo y claro que he visto hasta ahora acerca del límite de copia privada.

Procedamos, una vez expuesto el mapa conceptual, a analizar su naturaleza, origen y problemáticas.

5.1 Naturaleza jurídica

5.1.1 La copia privada como límite o como excepción

La primera duda que puede asaltar a cualquier lector que se interese por el concepto de copia privada es, precisamente, si se considera un límite, una excepción o se pueden usar ambos términos indistintamente.⁸⁰ Si nos dejamos guiar únicamente por dice nuestra actual LPI llegamos pronto a la conclusión de que ésta lo considera un

⁷⁹ SÁNCHEZ ARISTI, R., “La copia privada digital” en *Revista de Propiedad Intelectual* nº14. Madrid, 2003. Pág. 11

⁸⁰ GARROTE se plantea también esta cuestión. Si bien él también reconoce que la LPI recoge el concepto de copia privada como límite y así queda claro al establecer la denominación del Capítulo II del Título III, que contiene el “límite de copia privada” opina, sin embargo que el término que sería más adecuado emplear sería el de “excepción”. Esto es así porque afirma que el término “excepción” hace referencia a ciertos actos de explotación que están, por Ley, exentos de la necesidad de autorización del titular del derecho. Por otro lado, considera que el término “límite” debe reservarse a lo que él considera *“los recortes “naturales” del derecho de autor o de los derechos afines”*. Extremo que no considero del todo acertada, como ya se explicará más adelante en el presente trabajo. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ. Comentario al artículo 31. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Págs. 555 y 556.

límite y así lo demuestra al incluirla dentro del Capítulo II del Título III de la misma, denominado “Límites”. A pesar de ello, y de la confusión que puede acarrear, la doctrina suele utilizar de manera indiferente los conceptos de “límite”⁸¹ y de “excepción”⁸².

Desde mi punto de vista, es necesario un buen uso de los términos y conceptos para partir de un conocimiento común y adecuado a la realidad. Cuando hablamos de un tema es importante que nuestro interlocutor nos siga, que no se pierda y que tengamos la seguridad de estar hablando de lo mismo. De hecho, si atendemos a la doctrina española sobre propiedad intelectual, encontramos que nadie utiliza la expresión “excepción de la parodia”, sino “límite de la parodia”; como tampoco se utiliza “la excepción de la cita” y sí “el límite de cita”.

Para establecer un buen uso de los términos tampoco creo que sea necesario hacer un análisis lingüístico de cada una de las palabras sino, más bien, una reflexión sobre el uso jurídico que podemos dar a cada una. Para ello, me parece acertada la opción por la que opta VÁZQUEZ LÓPEZ⁸³ cuando distingue entre dos tipos, a grandes rasgos, de limitaciones: las excepciones y las licencias obligatorias. Cuando se refiere a excepciones dice que son aquellas “utilizaciones permitidas sin autorización y sin pago”; sin embargo, cuando habla de las licencias obligatorias, habla de aquellas que “permiten una determinada utilización del material protegido por el derecho de autor, previo pago al titular de dicho derecho”.

En otro sentido, sigue diciendo que el interés público se esconde detrás de la existencia de la excepción, mientras que parece ser que en la licencia obligatoria el interés público está, de alguna manera, matizado mediante el pago de un precio. ¿Supone esto un interés prevalente cuando nos encontramos ante una excepción y un interés “de segunda categoría” cuando nos encontramos ante una licencia obligatoria? En este punto sí he de mostrar mi disconformidad con el aporte de VÁZQUEZ LÓPEZ pues considero que la diferenciación entre uno y otro no reside en la existencia o prevalencia de un interés público (o al menos no siempre y, desde luego, no en nuestro

⁸¹ Por ejemplo, autores como SÁNCHEZ ARISTI, en su artículo “La copia privada digital” RPI nº14, habla siempre de la copia privada como límite. De la misma manera lo hace TORAL LARA, E., “Algunas consideraciones sobre la “idoneidad” del sistema de compensación por copia privada” en *El derecho de autor y las nuevas tecnologías (Reflexiones sobre la reciente reforma de la LPI)*. Madrid, 2008, pág. 443.

⁸² Sin ir más lejos, autores como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en su obra *La reforma de la copia privada en la Ley de propiedad intelectual*. Págs. 260 y ss., habla de la copia privada como excepción.

⁸³ VÁZQUEZ LÓPEZ, V., “Perspectivas de futuro en torno a los límites del derecho de autor. Las tendencias internacionales y la posición de la OMPI” en *Los límites del derecho de autor*. Madrid, 2006. Pág.296

caso de la copia privada). Más bien responde a que hay ciertos límites o excepciones más susceptibles de causar daño a la industria o a los autores, como es el caso de la copia privada (y más aún cuando tratamos la vertiente digital del asunto). Esa concepción de prevalencia de interés público, además, le conferiría al límite un carácter de derecho⁸⁴ que, en general se ha negado rotundamente.⁸⁵

Si nos limitamos a la distinción efectuada anteriormente, el ánimo del concepto de límite que recoge nuestra Ley podría asimilarse más al de licencia obligatoria del que habla VÁZQUEZ LÓPEZ. En este sentido, resultaría obviamente diferente al de excepción, concepto que sería de aplicación a otros tipos de límites, por ejemplo el de cita, cuando no fuese necesaria la compensación ni el pago al titular del derecho.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, dentro de los propios límites o excepciones, hay otros límites o excepciones, y el caso de la copia privada es un claro ejemplo de ello. La propia copia privada tiene el límite o excepción de los programas de ordenador y las BBDD⁸⁶ que, a su vez, tiene la excepción o límite de las copias de seguridad.⁸⁷

⁸⁴ Sin ir más lejos, CABRERA BLÁZQUEZ deja claro que no lo considera un derecho del usuario y que no ha de ser considerado como tal en ningún caso: CABRERA BLÁZQUEZ, F.J., “Regulación de la copia privada a nivel europeo y jurisprudencia reciente en materia de redes P2P” en *@utor y Derecho*, 2006. Se puede consultar el texto en Internet en el siguiente enlace:

http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/Cabrera_p2p.pdf. En idéntico sentido se pronuncia GARROTE Fernández-Díez, que sí que entra en la disquisición sobre si es límite o excepción, pero que deja claro que “...la copia privada en ningún caso es un derecho del usuario. (...) No es posible en este esquema entender la existencia de un “derecho” a usurpar la propiedad de un tercero.”. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ. Comentario al artículo 31. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 556

⁸⁵ Desde mi punto de vista, no deja de ser una visión bastante sesgada del concepto de copia privada. Me cuesta entender el miedo a considerar la copia privada como un derecho (además de como un límite, pues creo que ambos conceptos no deben de ser excluyentes). Sin ir más lejos, es bastante frecuente oír hablar del “derecho de cita”, pero la doctrina no da el paso de hablar del “derecho de copia privada”, supongo que porque las posibilidades de control se perderían aún más en la inmensidad de la Red de redes y porque al final, las posibilidades que ofrece la copia privada digital a la hora de multiplicarse sin perder ni un mínimo de calidad, es una de las situaciones que más horroriza a la industria hoy día, dado que las pérdidas que puede llegar a ocasionar son mucho mayores de las que puede acarrear la aplicación de cualquier otro límite.

⁸⁶ Así lo recoge el artículo 31.2 LPI en su última frase cuando dice que: “*Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las BBDD electrónicas y, en aplicación del art. 99.a, los programas de ordenador*”. Esta excepción al límite está reconocida en nuestra legislación desde la LPI87, cuando en su art. 99.2 decía que: “*La reproducción del programa, incluso para uso personal, exigirá la autorización del titular del derecho de explotación, con excepción de la copia de seguridad*”

⁸⁷ También reconocido desde la LPI87, como hemos visto *supra*, la copia de seguridad está incluida, como no podía ser menos, en la actual LPI. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría con la LPI87, está recogida en un artículo diferenciado del que reconoce la propia excepción (es decir, el mencionado art 99.a). Se prevé en el artículo 100 cuyo título es “Límites a los derechos de explotación” (que vuelve a dar validez a la “teoría piramidal” de los conceptos) y dice lo siguiente: “*La realización de una copia de seguridad por parte de quien tiene derecho a utilizar el programa no podrá impedirse por contrato en cuanto resulte necesaria para dicha utilización*”.

Y en último lugar, hay que tener en cuenta la protección que otorgan las reconocidas medidas tecnológicas que, si bien no dejan de constituir un límite a la copia privada, no viene constituido como tal ni en la DDASI ni en nuestra legislación interna.

En sentido diferente al planteado se pronuncia GARROTE, que afirma que el uso del término excepción *“encaja mejor en el derecho español para reseñar los supuestos en los que determinados actos de explotación se encuentran por ministerio de la Ley exentos de la autorización de los respectivos derechohabientes”*, mientras que, cuando se refiere al término de límite dice que debe reservarse *“para los recortes “naturales” del derecho de autor o de los derechos afines, como pueden ser la duración limitada del plazo de protección o el principio de que el derecho de autor no protege las ideas sino su expresión”*.⁸⁸ Si bien me parece una postura respetable y con una fina lógica, creo que al final GARROTE lo que tiende es a intentar utilizar los conceptos para separar un tipo de derechos que considera más bien “creados por el hombre” y otros más de origen “divino”, lo que vagamente evoca unos principios del derecho natural que no me parecen apropiados en relación al tema que estamos exponiendo, ni resultan útiles o clarificantes a la hora del estudio o el análisis de la materia.

Por todo lo expuesto, desde mi punto de vista y dada la existencia de diferentes niveles dentro del reconocimiento de un simple límite, me parece correcto considerar los conceptos de límite y de excepción sin duda como diferenciados. Podríamos entender el funcionamiento de la copia privada desde de una teoría conceptual que sigue un patrón piramidal:

- En primer lugar, el límite, constituido por la copia privada.
- En segundo lugar, la excepción al límite: el caso de los programas de ordenador y la excepción que se recoge respecto a la imposibilidad de hacer copias privadas de éstos.
- Y, en tercer lugar, hablamos del límite a la excepción del límite. En este caso nos referimos a la posibilidad que se establece respecto a la creación de copias de seguridad en el caso de los programas de ordenador.

Apreciándolo de esta manera resulta sencillo entender que no es igual el concepto de límite y el de excepción, pues una diferente denominación nos permite una

⁸⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., Comentario al artículo 31 LPI. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Págs. 555 y 556.

aproximación más adecuada al concepto concreto que queremos tratar.⁸⁹ Y es por ello por lo que me inclino a pensar que una buena diferenciación conceptual atrae más la comprensión de los diferentes niveles de protección y limitación que nos ofrece la copia privada. Concretamente considero a la copia privada, y así lo voy a tratar en el resto del presente trabajo, como límite al derecho exclusivo de reproducción.

Una vez hecha la anterior introducción y dejado claros los conceptos que vamos a tratar, veamos, con mirada retrospectiva, de dónde viene la copia privada a través de nuestra historia legislativa y a partir de qué momento contamos en la normativa patria con dicho límite.

5.2 Historia de la copia privada en España

Para ser capaces de encontrar, por primera vez, la copia privada en nuestra legislación debemos remontarnos al año 1987. Lo que hoy supone un clásico límite dentro de la gran parte de legislaciones de los Estados de la UE fue entonces una novedad.

Y fue concretamente la Ley 22/1987 de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual la que introdujo el concepto de copia privada y lo hizo de la misma manera que lo recoge nuestra actual LPI. Este concepto de copia privada aparecía por primera vez en su art. 25, dedicado a la compensación equitativa. Parece ser que el legislador, desde el principio, eligió la opción de empezar la casa por el tejado en lugar de por los cimientos. En concreto, el art. 25.1 decía lo siguiente:

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

Como se puede apreciar, la idea del legislador es regular una remuneración para compensar un tipo de copias que tal sólo se mencionan de pasada, por resultar necesario

⁸⁹ Las medidas tecnológicas están presentes siempre en los diferentes niveles de la pirámide, pero incluirlas dentro me parecería un error, puesto que supondría considerarlas también un límite y, a pesar de que su finalidad es limitar esa posibilidad de reproducción y copia privada, no se conceptúan de esa manera en la legislación vigente, sino que vienen a considerarse como una medida de protección.

para la comprensión del artículo citado y que no se va a regular estrictamente hasta seis artículos más adelante. En concreto, hasta el art 31⁹⁰ en su punto segundo⁹¹. Sin duda, una previsión de la copia privada mucho más parca que la actual del art 31.2 LPI, pero con el mismo ánimo de protección.⁹²

Tanto la excepción de los programas de ordenador como el límite a esa excepción que configuran las copias de seguridad, también estaban presentes en esta LPI 87 en su art. 99.2. Este extremo resultó de gran importancia a la doctrina cuando surgió el concepto del límite de las copias provisionales, pues su interpretación chocaba de lleno con la previsión de los programas de ordenador.⁹³

Dando un salto en el tiempo, la Ley 20/1992 de 7 de julio vino a reformar el anterior art 25 de la LPI87. Como dejó patente en su EM⁹⁴, parece que la reforma aconteció después de un estrepitoso fracaso a la hora de aplicar en la práctica sus previsiones sobre la compensación equitativa. Si bien lo que se pretendía era modificar el método de recaudación y reparto, lo que se hizo fue cambiar completamente el art 25. Esta vez el propio artículo hablaba, en primer lugar, de la copia privada y además, remitía al propio art 31.2 de la misma.⁹⁵ El sentido del artículo en este caso empezaba a tomar un cuerpo más parecido a lo que conocemos hoy día y es que tanto la copia privada como la compensación equitativa están íntimamente relacionados.⁹⁶ Considero

⁹⁰ El artículo 31 de la LPI87 recoge en su contenido diversos límites que tienen relación con el derecho de reproducción pero que hoy, sin embargo, tienen cabida en nuestra LPI y en el Derecho Comunitario por separado.

⁹¹ En concreto, el art 31 de la LPI87 dice que: *“Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos: 2º Para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa”*.

⁹² La LPI, a diferencia de la LPI87, ha recogido numerosos requisitos para considerar una copia como copia privada que se verán más adelante, al igual que ha retirado de su contenido el término “copista” y lo ha sustituido por el de “persona física”.

⁹³ Para consultar la reflexión realizada en torno a la relación entre los artículos 31 y 99, el lector puede acudir de nuevo al epígrafe sobre las copias RAM.

⁹⁴ El punto segundo de la EM de la Ley del 92 dejaba claro que el art 25 había sido uno de los que más problemas prácticos había presentado. Lo atribuían disimuladamente al hecho de que *era “una institución nueva en nuestro OJ, aunque no en el Derecho comparado”*. Precisamente por ese hecho y dado que el fallo vino, precisamente, ocasionado por la aplicación el modelo de remuneración compensatoria, tal vez habría que haber pensado en una solución más parecida a los ejemplos que teníamos en ese Derecho comparado en el que sí existía la figura.

⁹⁵ Lo que no sucede en la actual LPI, pues su art 25 dedicado a la remuneración compensatoria por copia privada hace mención de lo que considera copia privada pero sin embargo, no remite al art 31.2, que expresamente recoge el concepto de lo que hemos de considerar copia privada. La posible confusión de interpretación considero que queda resuelta al ser el propio art 31.2 el que sí remite al 25 y parece que viene a fusionar la interpretación de ambos conceptos.

⁹⁶ Íntimamente relacionados aunque tal vez no tanto como le hubiese gustado a nuestro legislador, puesto que, como veremos en el epígrafe dedicado a la relación existente entre la copia privada y la remuneración compensatoria, parece que no dependen tanto el uno del otro para su existencia como dejan entrever las disposiciones de nuestra LPI.

relevante el hecho de que esa vez el legislador tomase la decisión de anteponer el concepto de copia privada al de compensación equitativa pues parece que tiene más sentido que la disposición anterior, que anteponeía la compensación equitativa. Esto es así porque está claro que la compensación equitativa se origina una vez que se ha creado la copia, por lo tanto, la copia privada tiene que existir *ex ante* para que origine el derecho de los titulares de los derechos a una compensación equitativa. Como no va a existir una compensación de este tipo si no se crea una copia privada, no tiene sentido hablar en primer lugar de la compensación para luego explicar el origen de ese derecho compensatorio.

Esta versión de los artículos de la LPI87 que proporciona la Ley 20/1992 fue desarrollada posteriormente por el RD 1434/1992 de 27 de noviembre, en el que se regulaba a conciencia la entonces llamada remuneración compensatoria por copia privada y en la que, como es lógico, tenía cabida, aunque fuera de pasada, la copia privada.

Así se podía observar en el art 9.1 del RD 1434/1992, que marcaba el supuesto de hecho sujeto a la obligación de compensar y que era la copia privada definida en el art 31.2 LPI87⁹⁷; el 9.2 seguía considerando exclusiones al límite de la copia privada a las reproducciones de los programas de ordenador; el art 10 recogía ciertos supuestos excluidos de la consideración de copia privada del copista. Uno de ellos, la de ser objeto de utilización colectiva o de distribución mediante precio, se mantiene hoy día en nuestra legislación pero concebida dentro del concepto mismo de copia privada y en sentido negativo, puesto que no se consideran copias privadas las que tengan utilización colectiva o fines lucrativos. Estos casos pasan a estar subsumidos dentro de la protección que otorga el derecho de reproducción a los titulares de derechos y por lo tanto, para efectuarlos se requiere autorización de los derechohabientes.

Es ya en 1996 cuando se promulga el RDL 1/1996 de 12 de abril, que constituye el texto definitivo y el que está actualmente en vigor como el RDL que aprueba el texto refundido de la LPI87.

Ese RDL ha venido sufriendo otras modificaciones y probablemente, la que más nos interese a los fines del presente trabajo es la que sufrió en el 2006 a raíz de la transposición en el territorio español de la DDASI, con la Ley 23/2006 de 7 de julio.

⁹⁷ La Ley 20/1992 había venido a modificar ciertos artículos, sin embargo, el art 31 de la original LPI87 no había sido modificado así que, hay que atender al contenido de la LPI87 original.

Esta Ley modificó, como veremos en el análisis de la legislación actual sobre copia privada, tanto el derecho de reproducción como la compensación equitativa y también la copia privada introduciendo, por primera vez, el concepto de reproducciones provisionales del que se habló en el tema anterior.

De momento, pasemos a ver la situación actual que presenta la legislación de nuestro país.

5.3 La copia privada en la España actual

Como hemos podido apreciar hasta el momento, el concepto de copia privada en la legislación española no es un concepto nuevo. A pesar de que el actual concepto ha evolucionado mucho desde su primera concepción dentro de nuestras fronteras. De hecho, la definición actual de copia privada deriva no sólo de nuestros precedentes legislativos plasmados en nuestra LPI, sino también de las directrices que han sido impuestas desde la UE a través de diversas directivas.

En concreto, la DDASI es la directiva que más nos interesa de cara a analizar la cuestión de la copia privada. La DDASI⁹⁸ incluye en su texto el límite de la copia privada como uno de sus principales caballos de batalla⁹⁹, al igual que hace con la compensación equitativa por copia privada, como se verá en el tema siguiente. La ordenación sistemática que utiliza en los considerandos no llega a convencerme, puesto que repite el modelo español en el que primero se regula de la compensación equitativa por copia privada y después se regula la copia privada.

La DDASI plantea, en primer lugar, la idea de que los autores deben recibir una compensación por el uso de su trabajo,¹⁰⁰ extremo que me parece lógico situar en uno de los primeros considerandos puesto que puede tener aplicación general y supone el

⁹⁸ Una de las novedades que contenía la DDASI era la armonización en los Estados miembros del límite de la copia privada precisamente. Pero, igual que se pronuncia en este sentido GARROTE, creo que la armonización conseguida, si es que se ha conseguido alguna, se debe al buen hacer de los Estados a la hora de interpretar y trasponer la Directiva dado que, tanto el límite de la copia privada como la compensación equitativa por copia privada estaban configurados como facultativos para los Estados, lo que ha ocasionado que ciertos países, como por ejemplo el Reino Unido, decidieran no implantarlo. En el mismo sentido, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., Comentario al artículo 31 LPI. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 551.

⁹⁹ Este hecho también lo pone de relevancia SÁNCHEZ ARISTI, R., “La copia privada digital”. Pág. 11.

¹⁰⁰ DDASI, Considerando 10: “*Para que los autores y los intérpretes puedan continuar su labor creativa y artística, deben recibir una compensación adecuada por el uso de su obra, al igual que los productores, para poder financiar esta labor. (...)*”

fundamento de la finalidad de todos y cada uno de los derechos de contenido patrimonial.

Una vez establecida la necesidad de compensar al autor por su obra para que de esta manera pueda seguir creando encontramos, en segundo lugar, el Considerando que desarrolla la idea de la necesidad de que exista una compensación equitativa en el caso de que se apliquen ciertos límites.¹⁰¹ Y es más adelante cuando se configura la idea de la copia privada como límite, aunque íntimamente relacionada con el concepto de compensación equitativa.¹⁰² La Directiva parece dejar claro en este punto que la copia privada no podrá existir si no hay una contraprestación materializada en una compensación monetaria; de la misma manera que deja claro que debe compensarse más cuando se trate de copias privadas digitales respondiendo, probablemente, al ánimo que mueve la institución de la compensación equitativa y que es compensar las pérdidas de la industria ocasionadas por la permisividad que ofrece la copia privada y cuyas pérdidas serán significativamente superiores en el caso de la copia privada digital precisamente por las posibilidades que ofrece la Red, de lo que se habló en la introducción del presente trabajo.

No me parece cuestionable la relación de dependencia que se establece entre la copia privada y la compensación equitativa puesto que, si nos atenemos al contenido estricto de la DDASI lo que parece dejar es, ante todo, un amplio margen a la actuación de los Estados. Otro tema diferente es analizar qué han hecho los Estados con esa libertad y, más concretamente, qué ha hecho España. Pero ese tema se tratará más adelante cuando se considere la relación existente entre copia privada y compensación equitativa en el epígrafe correspondiente.

El articulado no ofrece, desde mi punto de vista, problema alguno. Se ha limitado a reproducir lo expuesto en los considerandos. Es el art 5 el que hace referencia

¹⁰¹ DDASI, Considerando 35. Resulta curioso que el tema de la compensación equitativa descrita no se desarrolla posteriormente en el articulado, mientras que los límites de los que venimos hablando sí. Su contenido ha de ser directamente extraído del Considerando comentado. Se tratará este tema de manera más profunda en el tema dedicado a la remuneración compensatoria por copia privada.

¹⁰² DDASI, Considerando 38: *“Debe facultarse a los Estados miembros para que establezcan una excepción o limitación al derecho de reproducción en relación con determinados tipos de reproducción material sonoro, visual y audiovisual para uso privado, mediante una compensación equitativa. Ello puede suponer la introducción o el mantenimiento de los sistemas de retribución para compensar a los titulares de los derechos por los perjuicios sufridos. (...) La copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico. Por consiguiente, deben tenerse debidamente en cuenta las diferencias entre la copia privada digital y la analógica, y debe establecerse entre ellas una distinción en determinados aspectos”*.

a las excepciones y limitaciones. El 5.2 recoge las excepciones o limitaciones que se pueden establecer al derecho de reproducción entre las que encontramos, en el punto b), la definición de copia privada y que veremos con detalle en el epígrafe correspondiente. El art 5.5 establece de nuevo los requisitos de la regla de los tres pasos¹⁰³, de la que ya se habló en la nota a pie de página nº 38.

Como ya se dijo *supra*, en España y con retraso, fue la Ley 23/2006 la que vino a trasponer la DDASI a nuestra legislación. Nuestra LPI, con las modificaciones introducidas por esta Ley, es el texto base sobre el que iremos construyendo los siguientes análisis.

La propia Ley 23/2006 dejaba patente en su EM que el legislador entendía la copia privada como el mero hecho que daba origen a la debida compensación, lo que parecía que iba a quitar importancia al desarrollo de la copia privada, como así ha sido, puesto que no hay comparación entre el desarrollo que contiene el art 25 con el del 31.2 LPI. La EM establece claramente que la nueva regulación atendía a la necesidad de armonizar la coexistencia de los titulares de los derechos de propiedad intelectual afectados por el límite de copia privada y los distribuidores de equipos sujetos al pago de la compensación. No hace mención en relación con los usuarios que realizan esas copias privadas ni la importancia de establecer un correcto concepto de copia privada para saber cuándo debe aplicarse y, por lo tanto, cuándo ha de devengarse la consabida compensación equitativa. Probablemente esto sea así porque la configuración de ésta ha sido establecida de manera tal que se devenga siempre en relación a los aparatos susceptibles de almacenar copias privadas y no realmente cuando se efectúan esas copias privadas.

El articulado de nuestra LPI, con las nuevas modificaciones introducidas, considero que perdió una oportunidad única para darle un sentido y una organización sistemática mucho más adecuada. Para comenzar, sigue estando recogida la compensación equitativa por copia privada en primer lugar, antes de la copia privada. Este orden sistemático se entiende pues responde a la unificación de los derechos de los

¹⁰³ DDASI Art 5.5: “Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudique injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho”. La regla de los tres pasos lo que pretende es sentar una base genérica de interpretación de la aplicación de los límites, basada en tres aspectos: 1) Que se aplique a casos concretos; 2) Que no entre en conflicto con la explotación normal de la obra y 3) Que no perjudique injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho. El límite resultará de aplicación y se podrá ejercitar legítimamente si cumple con esos tres extremos.

autores; sin embargo tanto la compensación equitativa como el derecho de participación forman parte de una sección diferenciada que lleva por título “Otros derechos”, lo que hace pensar que perfectamente podrían haber sido extraídos de ese título y llevados a otro lugar. Al menos el derecho de compensación equitativa, puesto que éste no es un derecho de explotación propiamente sino que se devenga única y exclusivamente cuando existe copia privada. Dado que su existencia está tan íntimamente ligada la una a la otra, considero que deberían haber sido concebidas de manera conjunta. O al menos, la copia privada de manera preferente respecto a la compensación equitativa.

Sin embargo, como podemos apreciar en un simple vistazo a la LPI, esto no es así. La compensación equitativa se sitúa en primer lugar respecto de la copia privada. Este hecho ocasiona la situación esquizofrénica de que la copia privada ha de ser definida dos veces en la Ley; una primera en el art 25 LPI, como resulta obvio, pues no se puede explicar la compensación equitativa por copia privada sin saber lo que es la copia privada y cuándo estamos ante una copia privada. Y una segunda cuando nos hayamos, por fin, en el art 31.2 LPI ante el precepto específico de la copia privada.

Otra cuestión que puede resultar llamativa al analizar la LPI se sitúa, precisamente, dentro de ese art 31. La DDASI configuró como obligatoria la trasposición del límite de las reproducciones provisionales a las legislaciones de los Estados miembros; nuestro legislador patrio consideró (desde mi punto de vista de manera errónea), que las reproducciones provisionales y la copia privada debían ir en el mismo artículo. No solo eso. Las reproducciones provisionales, totalmente nuevas en nuestra legislación interna, debían ir en primer lugar respecto a la copia privada, institución que ya llevaba un par de décadas implantada en nuestro país. Posiblemente podamos hallar la respuesta a esta organización sistemática en el hecho de que ambos son límites que se aplican al derecho de reproducción exclusivamente; sin embargo, su naturaleza tan diferenciada hace que me cueste entender la motivación de regularlas en conjunto.

Como podemos observar, de nuevo el legislador pierde una ocasión de oro para configurar un precepto específico para la copia privada, que deje clara su naturaleza y que lo haga de manera previa a la previsión de la compensación equitativa o bien, que

ésta remita al artículo correspondiente de la copia privada. Lo que tampoco ocurre en la nueva modificación y que hubiera sido de agradecer.¹⁰⁴

Una vez hecho este breve análisis de lo que actualmente podemos encontrar en nuestra LPI y los problemas interpretativos que considero que existen, sólo me queda remitirme a un análisis más concienzudo del concepto de copia privada a partir de las previsiones tanto de la LPI como de la DDASI, que se verá en uno de los epígrafes siguientes, para dar por terminado el estudio de la copia privada en nuestra legislación.

5.4 La relación entre copia privada y compensación equitativa

Resulta obvia, a colación del análisis realizado anteriormente de la legislación española, la íntima relación que guardan copia privada y compensación equitativa y parece ser que esa relación le acompaña desde el principio. Si nos atenemos únicamente a la lectura y análisis de los preceptos de las Leyes precedentes y de la actual LPI que hemos realizado con anterioridad, podemos fácilmente llegar a la conclusión de que esa relación es tan íntima que una no puede existir sin la otra ni la otra sin la una. Es decir, no podemos concebir la existencia de una copia privada que cumpla las condiciones del art 31.2 LPI sin que exista una compensación equitativa¹⁰⁵ y viceversa: no se puede concebir una compensación equitativa que compense un acto que no sea una copia privada pues, como hemos visto, este tipo de compensación equitativa se configura única y exclusivamente para esa finalidad: compensar las pérdidas ocasionadas a las recaudaciones de los autores por sus derechos exclusivos que causa la existencia del límite de las copias privadas.

Sin embargo, es la propia configuración de la recaudación de la compensación equitativa la que parece dejar claro que nuestra afirmación anterior no es tan verdadera

¹⁰⁴ Nuestro actual art 25 LPI contiene un concepto podríamos decir que más que introductorio de lo que es copia privada, pero no se molesta en remitir al art 31.2, que sería lo apropiado. Lo que más sorprende es que esta práctica sí se ha utilizado por nuestro legislador. En concreto, fue la Ley 20/1992 la que, en su art 25 remitía a las previsiones que recogía el art 31.2 sobre la copia privada. No alcanzo a comprender el porqué de la pérdida de esa práctica que resulta más cómoda que la que actualmente tenemos en nuestra LPI.

¹⁰⁵ Este extremo nos lo dejan claro tanto el propio art 31.2 LPI, cuando dice que la copia privada no necesita autorización del titular de los derechos “sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el art 25”, como el art 5.5 DDASI, que recoge la regla de los tres pasos e impide cualquier inferencia o conflicto en la explotación normal de la obra, así como también el art 9.2 del Convenio de Berna que recoge la misma idea de permitir ciertos límites en las legislaciones estatales siempre y cuando “no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

como parece. Y es que como es el soporte que almacena las obras el que se grava con la remuneración compensatoria del art 25 LPI, al final pueden escapar a nuestro control tanto copias como soportes. Veámoslo en un ejemplo concreto.

El último servicio de moda en Internet es el almacenamiento masivo “en la nube”.¹⁰⁶ Este tipo de servicios permite almacenar copias de nuestros archivos y documentos en alojamientos remotos. Y no solamente archivos y documentos; las posibilidades que nos brindan este tipo de servicios hace que sea posible que también podamos almacenar cualquier tipo de obra que pueda estar protegida por los derechos de propiedad intelectual.

El problema con el que nos encontramos en este ejemplo en concreto es el de que si nos valemos de alguno de estos servicios¹⁰⁷, podremos tener a nuestro alcance copias privadas de obras protegidas por las que no hemos pagado compensación equitativa. Imaginemos que ese almacenamiento remoto se efectúa en servidores de países diferentes a España, como suele suceder. Los autores de las obras que podemos almacenar “en la nube” no recibirán ni un céntimo por compensación equitativa. Y, sin embargo, nosotros tenemos una copia privada a la que podemos acceder cuando deseemos. Cabe entonces la duda de si estamos entonces ante una copia privada *stricto sensu* o no. Desde mi punto de vista la respuesta debe ser afirmativa puesto que esa copia privada que hemos almacenado en el espacio que nos ha proporcionado el servidor cumple rigurosamente con los caracteres y los requisitos que el art 31.2 LPI exige a la copia privada; salvo que no se abona compensación equitativa.

Reconocer en este punto que, dado que no se ha abonado compensación equitativa, no estamos ante un tipo de copia privada considero que ocasionaría una interpretación tan restrictiva del concepto que haría perder la propia naturaleza del límite de copia privada, restringiendo incluso actos que se realizan en la más auténtica intimidad y que son aquellos que proporciona un tipo de servicio como el de los servidores de almacenamiento, al que solo se puede acceder con una clave personal y que, en ningún momento, tiene ningún tipo de ánimo de colectividad o de lucro, ya sea directo o indirecto.

¹⁰⁶ La expresión, cada vez más popular, “en la nube” hace referencia al hecho de poder almacenar o consultar las obras “colgadas” en la Red, es decir, no tenerlas almacenadas en ningún soporte físico. Ni tan siquiera en el disco duro.

¹⁰⁷ Los servicios de almacenamiento no son una novedad. Los venían ofreciendo *Megaupload* o *Rapidshare*. Uno de los últimos servicios lo proporciona *Dropbox*, que permite almacenar en Red y a la vez, almacenar en distintos discos duros, sincronizándose todos con la base de datos que hayamos creado.

Por otra parte, resulta bastante más claro el caso de la existencia de compensación equitativa sin copia privada y son todos aquellos casos en los que pagamos una compensación equitativa a la hora de comprar un dispositivo de almacenamiento que, finalmente nunca llega a almacenar ninguna obra o prestación protegida por la propiedad intelectual.¹⁰⁸

Como hemos visto, aunque la legislación parte de una idílica realidad en la que no es posible la existencia de copia privada sin remuneración compensatoria ni tampoco es posible que exista la remuneración compensatoria sin una copia privada, la realidad es bien diferente.

5.5 Fundamentación de la existencia de la copia privada

La naturaleza y fundamentación de la existencia del límite de copia privada ha venido siendo objeto de discusión en la doctrina desde que se configurase en la LPI87. Siguiendo los cuatro apoyos fundamentales de los que habla GARROTE y que considero que, en general, responden a esos que han alegado los autores en su mayoría para justificar la existencia del límite de copia privada es variada y compleja, podríamos resumirlos del siguiente modo:

1. La falta de una verdadera posibilidad de control sobre los usuarios en la práctica, respecto a la posibilidad o no de efectuar una copia privada de

¹⁰⁸ No deja de resultar curioso el caso que trata la SAP de Madrid 247/2008 de 17 de octubre, en el cual, cuando la AP se pronuncia sobre el fondo en el Fundamento de Derecho número tercero en relación al pago de la compensación equitativa por parte del fabricante. El caso trata del uso en establecimiento público de unas máquinas de COPYPLAY que permiten la creación de copias en CD a partir de originales en vinilo, CD o cassette y dice, textualmente: *“El pago de dicha remuneración compensa la limitación que para los derechos de los autores y otros sujetos titulares de derechos afines a aquellos supone la realización de copias privadas, caso de que sean de esta naturaleza las realizadas con el aparato o equipo en cuestión, pero no tiene la virtud de “transmutar” cualquier utilización de los aparatos o equipos cuya fabricación, importación o comercialización supone el devengo del canon compensatorio (...)”*. Probablemente el hecho de que no sea posible la conversión de cualquier tipo de copia en una copia privada por el mero hecho de haber pagado la compensación equitativa sea un tema que es mejor tratar en el epígrafe correspondiente a la compensación equitativa; sin embargo me parece relevante la conclusión indirecta a la que llega la sentencia cuando da por hecho que se puede abonar el canon compensatorio sin que efectivamente llegue a producirse ninguna copia privada en la vida de la máquina que se ha adquirido. Nuestros amigos los penalistas probablemente afirmarían en este punto que por parte del recaudador existe, cuanto menos, un dolo eventual respecto a la existencia o no de la copia privada. Pero por si acaso o por todos los que no abonan los derechos, la mejor solución, parece ser, es cobrarlo *ex ante*.

alguna obra.¹⁰⁹ El concepto de control considero que es, posiblemente, el más relevante de todos los argumentos puesto que, si partimos de la base de que de cara a la realización de copias privadas, precisamente por ese ánimo de privacidad del que se acompaña, nos resulta imposible plantear un seguimiento a cada uno de los individuos que quiera realizar esa copia privada. En primer lugar, porque la tecnología que realmente permitiera ese control sin interferir en el correcto funcionamiento del soporte o sin interferir en la posibilidad que tiene el usuario de realizar una copia privada una vez que ha abonado la correspondiente compensación equitativa por copia privada, está bastante alejada de la tecnología que actualmente acompaña a nuestras medidas tecnológicas. Además, los costes de transacción de la implementación de esas medidas y de su consecuente control, serían inabarcables.¹¹⁰ Y, en segundo lugar, porque la invasión de la privacidad que supondría un control de este tipo de actividad entraría en conflicto con el siguiente argumento que se ha esgrimido para la defensa de la existencia del límite de la copia privada.

2. Este segundo argumento basa su existencia en el hecho de que incluso si la industria o los titulares de los derechos tuvieran a su alcance la tecnología y los medios suficientes para hacer frente a ese control necesario, la existencia de un derecho al secreto de las comunicaciones y el de la inviolabilidad del domicilio¹¹¹, que hace que sea necesario respetar el ámbito en el que se efectúa la copia privada.¹¹²
3. Un tercer argumento, que puede resultar obvio, es el hecho de que la existencia del límite de copia privada causa graves daños al patrimonio de los titulares de los derechos y por ello han de ser compensados, pero que el daño no llega a ser tan grande como para causar anomalías en

¹⁰⁹ En este sentido también se han pronunciado RIBERA BLANES, B., *El derecho de reproducción en la Propiedad Intelectual*. Ed. Dykinson. Madrid, 2002. Pág. 329 y SÁNCHEZ ARISTI, R., “La copia privada digital”. Pág. 14.

¹¹⁰ En el mismo sentido GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., Comentario al artículo 31 LPI. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 553.

¹¹¹ Todos estos derechos, reconocidos como es sabido, en el art 18 CE.

¹¹² En este mismo sentido se pronuncia GARROTE, cuando hace referencia al hecho de que el tener que verificar, en el caso de que fuera posible, que se cumplen la prohibición de hacer copias privadas, el gasto en medios judiciales y policiales sería inabarcable. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., Comentario al art 31. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 554.

la explotación de la obra.¹¹³ Esta afirmación, por mucho que pese a los representantes de la industria, resulta cierta en la medida en la que no podría reconocerse ningún límite que no cumpla con la regla de los tres pasos, vista con anterioridad. Y la copia privada parece que se reconoce como un límite que cumple con esa regla.

4. En cuarto y último lugar, la existencia de un límite de copia privada resulta beneficioso de cara al interés público¹¹⁴ y general de los ciudadanos, que asisten a un proceso claro de democratización de la información.¹¹⁵ Es, si se me permite la expresión, una forma de acercar la cultura al pueblo. Es posible que sea este argumento en el que encuentran fundamento a sus protestas todos aquellos que defienden su “derecho” a la copia privada, pues lo consideran como una representación del derecho de acceso a la cultura, contenido en nuestra CE.

Además, SÁNCHEZ ARISTI añade que *“puede resultar un ejercicio antisocial de los derechos de propiedad intelectual que el titular de los mismos pretenda impedir a otros sujetos la realización de actos que a él no perjudican y en cambio a ellos pueden beneficiar (ius usus innocui).”*¹¹⁶

En resumen,¹¹⁷ conociendo las diferentes posturas que en general se han venido defendiendo por parte de la doctrina, considero que la justificación de la existencia del presente límite responde más a la primera de las propuestas: la imposibilidad de control de las acciones. Más allá de si nos encontramos con un derecho al secreto de las comunicaciones, a la intimidad o a la inviolabilidad del domicilio nos encontramos, en primer e inevitable lugar, con que la copia privada escapa a nuestro control. Si considerásemos por un momento que no existiesen los derechos del art 18 CE, nos

¹¹³ En este sentido se pronuncia GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., Comentario al artículo 31 LPI. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 554.

¹¹⁴ Más aún, GONZÁLEZ DE ALAIZA acoge la idea de que uno de los fundamentos de la copia privada se haya en la “facilitación al ciudadano del conocimiento de la cultura, que debe prevalecer sobre una tutela a ultranza de los derechos de explotación exclusiva del autor”. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J., “Napster: Copias robadas, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet” en *Revista de Propiedad Intelectual* nº 6. Madrid, 2000. Pág. 68

¹¹⁵ En el mismo sentido se pronuncia CARBAJO CASCÓN, F., “El pulso en torno a la copia privada” en *Revista de Propiedad Intelectual* nº 16. Madrid, 2004. Pág. 27, nota 37.

¹¹⁶ SÁNCHEZ ARISTI, R., “La copia privada digital”. Pág. 15.

¹¹⁷ Y la misma enumeración de fundamentos podemos encontrarla también en CADARSO PALAU, J., “Sobre algunos límites del derecho de reproducción...”. Págs. 115 y 116.

daríamos cuenta de que, en la práctica, seguiría siendo imposible el controlar todas y cada una de las posibles copias privadas que efectuase cada ciudadano.

En mi opinión, la conceptualización de la copia privada lo que supone es un claro ejemplo de economización de recursos: el simple hecho de controlar y sancionar a todos y cada uno de los ciudadanos que realizasen una copia privada en su domicilio, posiblemente paralizaría a las FFCCSE en cuestión de una semana. Igualmente es un claro ejemplo de economía procesal y legislativa, puesto que regular cada uno de los supuestos de copia privada con detalle y procesar judicialmente a todos los copistas, volvería a dejar el país paralizado, probablemente en cuestión de horas.

5.6 La conceptualización de copia privada a partir las previsiones del artículo 31.2 LPI y del artículo 5.2.b DDASI

Hasta este momento hemos visto las previsiones que ha recogido nuestra legislación desde el año 87 y también las previsiones que recoge la legislación comunitaria acerca del límite de la copia privada.

Considero que dejar asentado el concepto de lo que se ha de considerar copia privada puede constituir un buen colofón a este tema. Un análisis de cada uno de los requisitos con las problemáticas que pueden plantear atendiendo, como no podría ser de otra manera, no solamente a la legislación vista hasta el momento sino a las propuestas de la doctrina, puede iluminar ampliamente la cuestión y dejar el tema finiquitado.

Hagamos un breve repaso a las previsiones legislativas en las que hemos de basar nuestro análisis; la DDASI y la LPI.

En primer lugar, como ya se ha visto, es el art 5.2.b DDASI el que se encarga de la copia privada. El mismo recoge la siguiente previsión:

“En relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el art 6”.

En segundo lugar, tenemos las previsiones que hace nuestra LPI en sus arts 25 y 31.2:

Art. 25: “La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales (...)”.

Art. 31.2: “No necesitará autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el art 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el art 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador.”.

Haciendo un somero análisis de los artículos expuestos, podemos llegar fácilmente a una enumeración de los requisitos que incorpora el concepto de copia privada. De esta manera se puede averiguar cuándo nos encontramos ante un supuesto de copia privada y cuándo no. Veamos los requisitos uno por uno.

5.6.1 La copia privada se predica exclusivamente del derecho de reproducción.

A estas alturas del análisis de la cuestión es más que evidente que tanto el límite de la copia privada como la compensación equitativa por copia privada sólo se predicen del derecho de reproducción, pues son al que afectan directamente.¹¹⁸ Aunque también existe una compensación por comunicación pública y por alquiler, y a mi parecer, tienen la misma naturaleza, no existe un concepto de “comunicación privada” ni “alquiler privado” ni veo factible que se pueda llegar a aplicar el límite de la copia privada a ninguna de esas figuras compensatorias.

Si bien también se pueden obtener copias privadas a partir de una comunicación al público de una obra determinada o de su puesta a disposición, finalmente el derecho que estamos ejercitando a la hora de efectuar una copia privada de esas obras, es el derecho de reproducción.

Es por eso que nos puede parecer, no solo correcto, sino obvio que el límite de la copia privada se predique única y exclusivamente del derecho de reproducción.

¹¹⁸ Por ejemplo, cuando RIBERA BLANES realiza su estudio de la copia privada, lo introduce en un epígrafe que viene a titular “Límites que afectan exclusivamente al derecho de reproducción”. RIBERA BLANES, B., *El derecho de reproducción en la Propiedad Intelectual*. Pág. 316.

5.6.2 Se puede efectuar la copia privada sobre cualquier tipo de soporte.

La inclusión de la expresión “en cualquier soporte” es una novedad que introdujo la Ley 23/2006 a partir de los preceptos contenidos en la DDASI. Desde luego en nuestra legislación era la primera vez que se introducía un concepto tan amplio. La motivación era clara puesto que se pretendía que, indiferentemente del sustento físico en que se diera la reproducción de la obra, es decir, ya fuera digital o analógica, seguiría sujeta a las mismas previsiones que se contienen para la copia privada en el art 31.2 LPI. Por lo tanto, lo que viene a decir este precepto es que se considerarán copias privadas, desde las reproducciones efectuadas en formatos analógicos (como podrían ser las efectuadas en las antiguas cassettes, ya fuera de música o de video) hasta las reproducciones efectuadas en formato digital (como las que realizamos diariamente en nuestro disco duro del ordenador).

En este caso y como veremos más adelante, solamente han quedado fuera los programas de ordenador y las BBDD electrónicas; en el caso de los programas de ordenador, el soporte en el que se almacene es indiferente puesto que en ningún caso se admite la existencia de un límite de copia privada. Sin embargo, en el caso de las BBDD sí que se ha establecido una diferenciación entre si la BBDD es electrónica o no.¹¹⁹

Otro tema interesante respecto al soporte es que, como hemos visto hasta ahora, el legislador ha querido incluir en el art 31.2 LPI cualquier tipo de soporte que sea susceptible de almacenar una reproducción, es decir, el soporte de reproducción puede ser cualquiera. Pero, ¿qué sucede con el soporte de partida? Entiendo por soporte de partida aquel en el que se contiene la obra que va a ser reproducida antes de efectuarse la consabida reproducción.¹²⁰ Al ser el precepto tan amplio, considero que el soporte de partida debe interpretarse en el mismo sentido amplio que se interpreta el soporte de reproducción.¹²¹ Por lo tanto, se considerarán copias privadas las que se efectúen en

¹¹⁹ Se puede consultar una visión más extensa de esta problemática en el punto 5.6.10 del presente trabajo, cuando se trata el tema en concreto de los programas de ordenador y las BBDD.

¹²⁰ Sin embargo, SÁNCHEZ ARISTI lo denomina “soporte matriz”. SÁNCHEZ ARISTI, R., “La copia privada digital”. Pág. 13.

¹²¹ En el mismo sentido se pronuncia GARROTE que, además pone en relación el acceso a la obra a partir de cualquier soporte, con que ese acceso se haya efectuado en relación a una obra legal, como nosotros veremos en uno de los epígrafes siguientes. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., Comentario al artículo 31 LPI. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Págs. 554.

cualquier tipo de soporte de almacenamiento, independientemente del tipo de soporte del que provenía la obra en su origen.¹²²

En este punto se podría plantear la problemática de la que se habló *supra* en la cual se planteaba la duda de si el hecho de no abonar compensación equitativa por el soporte en el que almacenamos las copias privadas excluye que estemos ante una copia privada de la que recoge el art 31.2 LPI. La duda surgía puesto que, tanto el ánimo de la DDASI como los preceptos 25 y 31.2 LPI es que la copia privada, en todo caso, origine la obligación de abonar la consabida compensación equitativa. Como sobre este tema ya me he pronunciado, no creo que sea oportuno repetir la exposición planteada. Simplemente recalcar el hecho de que, desde mi punto de vista, la posibilidad de que el usuario pueda encontrarse con la situación de que esté almacenando una copia privada en un soporte por el que no haya abonado ninguna compensación equitativa, no desvirtúa la efectiva existencia del límite. Y, en relación con lo visto anteriormente, considero que será así tanto si el famoso canon no se ha abonado ni en el soporte de partida ni en el soporte de reproducción.

5.6.3 La copia se debe efectuar respecto de una obra ya divulgada.

Este punto parece no plantear problemas a la hora de su interpretación en la doctrina, que ha venido entendiendo que se configura como una protección extra a los titulares de los derechos de explotación.¹²³ Nos resulta lógico que el límite se aplique respecto de una obra ya divulgada, porque en caso contrario implicaría dar un salto de la infracción de un derecho patrimonial a la infracción de un derecho moral. La interpretación de “obra divulgada” debemos adecuarla al sentido que recoge el art 4 LPI. Curiosamente, esta previsión concreta de que la obra ha debido divulgarse no está recogida en la DDASI, pero como las propias previsiones sobre los límites son facultativas, simplemente debemos entender el precepto en el sentido ya mencionado de plus de protección, otorgado por el legislador que lo introduce en la LPI *motu proprio*.

¹²² Por lo tanto, a la hora de comprender que existe un límite de copia privada, es indiferente que dicha copia se haya obtenido a partir de una obra fijada en un soporte material concreto y determinado o a partir de una comunicación al público o una puesta a disposición.

¹²³ De la misma manera pacífica lo concibe GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., Comentario al artículo 31 LPI. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 558.

5.6.4 El acceso al original se ha debido efectuar de manera legal.

Posiblemente éste sea el punto más problemático de todos. Y es que ¿puede hablarse de copia privada cuando el acceso a la obra se ha efectuado de manera ilegal? El acceso legal a la obra, al igual que el tema del soporte, también es una novedad que ha recogido nuestra LPI a partir de la reforma del 2006 y que antes no se preveía expresamente.¹²⁴

De la misma manera que ocurre con el requisito de que la obra haya sido divulgada, éste tampoco podemos encontrarlo en los preceptos de la DDASI. De hecho, como remarca GARROTE, algunas de las legislaciones más cercanas a la nuestra, como la francesa, la portuguesa o la italiana, han obviado la inclusión de este requisito entre los de la copia privada.¹²⁵ La justificación es difícil de encontrar porque no se menciona su inclusión en ninguna parte de la EM; tal vez hemos de entender que el legislador dio por justificada la inclusión expresa de la exigencia de que la fuente de la que se obtiene la copia privada hubiera sido obtenida de manera legal.

Sin embargo, una de las dudas interpretativas que puede suscitar su aplicación es la de quién debe haber tenido acceso legal a la obra. Y es que, si bien podemos deducir del art 31.2 LPI que la intención del legislador es referirse a que el acceso legal debe tenerlo la persona física que efectúa la copia, hay ciertos casos en los que podemos dudar de la literalidad de la letra de la ley. Sabemos que nuestra LPI permite la copia privada en el ámbito doméstico;¹²⁶ por lo tanto, las copias efectuadas no tienen que ser necesariamente destinadas al uso del propio copista¹²⁷, sino que pueden ser efectuadas por éste e ir destinadas al uso de cualquier otra persona física de su ámbito doméstico o familiar. En este caso, si el copista efectuó la copia a partir de una obra a la que accedió ilegalmente, ¿también es ilegal el acceso que realiza el destinatario de esa copia, que lo ha obtenido legalmente, mediante una simple donación, de manos del copista? Me

¹²⁴ Hecho que considero que no debemos confundir con que antes al legislador no le importase el origen legítimo o no de la obra reproducida, sino que partía de la base de sobreentender que el acceso legal a la obra se producía para poder hablar de copia privada. La problemática se plantea, como veremos, a partir de la generalización de las obras digitales y los problemas novedosos que plantea.

¹²⁵ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., Comentario al artículo 31 LPI. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 563.

¹²⁶ Así también lo entiende SÁNCHEZ ARISTI, R., “La copia privada digital”. Pág. 12.

¹²⁷ A pesar de que la actual LPI ha prescindido del uso del término “copista” desde el año 2006 y lo ha sustituido por el de “persona física (que realiza la copia)”, pido al lector que me permita en este caso el uso del primer término, principalmente, por motivos de economía del lenguaje.

inclino a resolver la cuestión en el mismo sentido que lo hace GARROTE¹²⁸, cuando dice que debemos entender que a las copias sucesivas se ha accedido de manera legal: no transmitimos la ilegalidad de la primera copia a las posteriores. Una interpretación en contrario considero que evocaría en gran medida al derecho anglosajón y su “teoría de los frutos prohibidos”, que no encaja muy bien con la tradición legal continental.

Resulta interesante tratar el tema de la naturaleza y origen de este requisito pues parece ser que, en la práctica, viene a resolver algunos problemas muy concretos. En la doctrina se ha venido entendiendo como un requisito que ya estaba implícito, por ejemplo, a la hora de interpretar la regla de los tres pasos,¹²⁹ en vigor antes incluso de la Ley 23/2006. Lo que está claro es que, hubiera existido implícitamente con anterioridad o no, la pretensión del legislador es delimitar el marco de aplicabilidad del límite de copia privada, excluyendo todas aquellas copias realizadas a partir de obras a las que no se ha accedido legalmente.

Podemos entender de manera bastante clara que esa necesidad de incluir el requisito del acceso legal tiene mucho que ver con la proliferación de las redes P2P, con los altos índices de piratería que se registran en nuestro país y la persecución por parte de la UE a nuestro país a raíz de esos datos.

En general, la doctrina se ha inclinado a pensar que el acceso que se hace a las copias a través de las redes P2P es un acceso ilegítimo, puesto que, en principio, la obra se pone a disposición del público o se efectúa una comunicación pública sin autorización del titular de los derechos.¹³⁰

Sin embargo, ha habido voces que han despuntado en contra de esa visión en relación con las redes P2P, afirmando que el acceso que se realiza a las obras compartidas en cualquier red P2P es un acceso lícito porque el programa instalado en el ordenador es lícito. Es lo que se planteó en la Sentencia 67/2010 de 9 de marzo, del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona.¹³¹

¹²⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., Comentario al artículo 31 LPI. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 564.

¹²⁹ En este sentido se pronuncia DELGADO PORRAS, A., “La incorporación de la Directiva 2001/29/CE al Derecho español de propiedad intelectual (Derecho de autor y derechos afines al de autor)”, RIDA, nº 210, 2006. Pág. 23.

¹³⁰ Y en este sentido se pronuncian varios autores, como por ejemplo GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., Comentario al artículo 31 LPI. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 564.

¹³¹ Sentencia en la que la SGAE demandó al sitio web www.elrincondejesus.com, por la comunicación pública y la reproducción de obras musicales del repertorio gestionado por la primera. La sentencia

La sentencia pone el punto de inflexión en cuanto a la legalidad, no precisamente en el hecho de que se haya accedido legalmente, sino en la licitud o ilicitud de la fuente. En concreto, en su fundamento de derecho número tercero encontramos diversos argumentos que defienden la licitud del acceso a las copias a través de las redes P2P y que podemos resumir en los siguientes:

1. En primer lugar, reconoce explícitamente la legalidad de las redes P2P en la siguiente afirmación, cuando habla de la licitud de las obras obtenidas en estas redes: *“las obras que circulan por el gran almacén, que constituye Internet, generalmente ya se han divulgado, por persona física para uso privado con un acceso legal (pues la red P2P es legal)”*.¹³²
2. Otro de sus argumentos es el siguiente: *“la mayoría de los usuarios de estas redes acceden legalmente a la obra, por cuanto han celebrado un contrato lícito y válido a cambio de un precio con un prestador de servicios de la red.”*¹³³ Desde luego, si de lo único que venimos hablando es del acceso lícito o no a la obra, desde luego aquéllas a las que accedamos a través de Internet, no nos cabe duda de que el acceso ha de ser legítimo en un primer momento disponiendo de una conexión a la que no estamos accediendo de manera ilegítima. Sin embargo este argumento, por sí solo, pierde peso porque en este caso si considerásemos que una vez pagada la cuota mensual de Internet estamos libres de cometer cualquier ilicitud y podemos campar a nuestras anchas por la red, el error sería mayúsculo a todas vistas. El problema es que el acceso al programa también es legítimo y gratuito, puesto que no hay ningún programa de descargas P2P que esté prohibido actualmente. Igualmente, solicitar una copia de un archivo determinado a un solo usuario no deja de ser un intercambio entre particulares que recuerda al “ámbito privado”, del que habla la Ley. Como es obvio, introducimos en

realiza un profundo análisis de los enlaces a las redes P2P que se cuelgan en las webs y de las propias redes P2P que, en general, puede resultar muy interesante.

¹³² El subrayado es mío, pero los paréntesis no; el texto de la sentencia viene con ellos.

¹³³ En este sentido se pronuncia igualmente GARROTE, cuando dice que *“el archivo a partir del cual se hace la copia puede ser ilícito por haber sido puesto a disposición del público sin la pertinente autorización en una red P2P, pero el acceso a dicho archivo puede ser lícito por parte del usuario que realiza la descarga (se ha abonado la cuota de acceso a la Red y no hay ulterior uso colectivo o puesta a disposición por no tener una “carpeta compartida)”*, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ I., Comentario al artículo 31 LPI. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág 564.

una disquisición sobre la legalidad o no de las descargas en las redes P2P excede con mucho la finalidad y extensión del presente trabajo, así que será mejor acudir a las fuentes correspondientes sobre redes P2P.¹³⁴

3. Por último, otro de los argumentos que esgrime y que me parece, cuanto menos, que merece una reflexión es el que, hablando del hecho de que las copias, una vez descargadas de las redes P2P, quedan almacenadas bien en el disco duro del ordenador, en un CD o en cualquier soporte susceptible de almacenamiento, viene a decir lo siguiente: *“precisamente por ser elementos susceptibles de recibir copias privadas de obras protegidas por propiedad intelectual, todos estos instrumentos y aparatos están gravados por el correspondiente canon o compensación equitativa a que se refiere el art 25 de la Ley de Propiedad Intelectual y que redundan en beneficio de la aquí actora y en general de los titulares de los derechos de explotación de la obra.”* Tal vez resulte un argumento muy generalista el hecho de que porque se abone una compensación tengamos derecho a almacenar cualquier cantidad de copias en nuestros soportes. Salvando el peligroso acercamiento que se hace hacia el “derecho a la copia privada” en la anterior afirmación, opino que, en parte no le falta razón puesto que, la finalidad del pago de la compensación equitativa es poder disfrutar de la posibilidad de hacer copias privadas; es por ello que se gravan más los dispositivos cuanto más capacidad de almacenamiento tengan. Sin embargo, no podemos utilizar este argumento en el sentido de legitimar el acceso a la obra. Cierto es que el pago de la compensación equitativa legitima el almacenamiento de esa reproducción para fines privados, siempre que cumpla el resto de los requisitos del art 31.2. Pero eso no implica que, *ex ante*, el acceso que se haya tenido a la obra haya sido ilegal y contamine

¹³⁴ Para conocer más profundamente el tema de las redes P2P, invito al lector a que consulte la siguiente bibliografía que puede resultarle de interés: CABRERA BLÁZQUEZ, F.J., “Regulación de la copia privada a nivel europeo y jurisprudencia reciente en materia de redes P2P”. Ponencia expuesta en el “Congreso Internacional copia privada y piratería de obras protegidas por el Derecho de Autor”. Logroño. 15 y 16 de diciembre de 2005. Publicada en *@utor y Derecho*, 2006. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J., “Napster: Copias robadas, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet” en *Revista de Propiedad Intelectual* nº 6. Madrid, 2000. LACRUZ MANTECÓN, M., ““NAPSTER”, o como cargarse la Propiedad Intelectual (tal como la venimos entendiendo)” en *Autor y derecho: Ciberrevista sobre propiedad intelectual*, nº 1, 2000-2001. LEDESMA IBÁÑEZ, J., *Piratería digital en la Propiedad Intelectual*. Ed. BOSCH. Madrid, 2011. SÁNCHEZ ARISTI, R., *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer-to-peer*. Instituto de Derecho de Autor. Madrid, 2007.

el proceso posterior de almacenamiento. Son situaciones diferenciadas que suceden en momentos también diferenciados del proceso de efectuar una copia privada y no han de confundirse.

La conclusión no puede ser nunca sencilla, pues es uno de los temas más discutidos por la doctrina. Sin embargo, con la LPI en la mano, actualmente considero que no podemos hablar de que el acceso a obras protegidas a través de las redes P2P para obtener una copia privada de uso personal, sin ánimo de lucro y sin posterior puesta a disposición, sea un acceso ilegal a la obra. Tal vez podríamos hablar un acceso ilegítimo o de un acceso injusto en relación al efectivo ejercicio de sus derechos de propiedad intelectual por parte de los titulares. Pero en ningún caso, de un acceso ilegal.

5.6.5 Ha de ser realizada por una persona física. Quedan exceptuadas las personas jurídicas así como la Administración.

También en este punto se introduce una novedad legislativa que supone la sustitución del tradicional término de copista por el de “persona física”. El término deviene directamente de la letra de la DDASI, que recoge expresamente ese término de “persona física” y no de copista.

Podríamos entender que resultaba una puntualización necesaria, pero lo cierto es que nuestra propia doctrina venía ya entendiendo que las personas jurídicas no podían estar amparadas por el límite de copia privada.¹³⁵ Y de hecho, tras la reforma del 2006, la jurisprudencia del TS ha apoyado esta teoría en su STS de 8 de junio de 2007.

Si aceptamos por buena la premisa de que el que efectúa la copia debe ser una persona física para que se le pueda aplicar el límite de la copia privada y que, precisamente porque existe el límite de copia privada y se le aplica, se devenga una compensación equitativa, resulta inevitable plantearnos la cuestión de qué ocurre con todas las personas jurídicas y, aún más, las AAPP que vienen a estar obligadas al pago de esa compensación. Tanto unos como otros están abonando el canon, a pesar de que, por ministerio de la Ley, no pueden efectuar copias privadas.

Podríamos perfectamente defender que nos encontramos ante un caso similar al de los programas de ordenador y las BBDD, exentos directamente del límite de copia

¹³⁵ Como ya se hacía referencia en RODRÍGUEZ TAPIA, J.M./BONDÍA ROMÁN, F., Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Madrid, 1997, Pág. 167.

privada porque no se contempla la posibilidad de efectuar esas copias privadas de forma lícita, sin autorización de los titulares de derechos.

Una reclamación a posteriori ante los tribunales no parece ser la solución más justa, porque, mientras las personas físicas tienen la posibilidad de quedar amparadas por el límite de copia privada y, por lo tanto, están gravadas ex ante por la Ley con la compensación equitativa, las personas jurídicas y AAPP, *sensu contrario*, están excluidas a priori de la posibilidad de realizar copias privadas como límite al derecho de reproducción, por lo que la exclusión de la compensación equitativa también debería ser previa a la necesidad de acudir a los tribunales.

5.6.6 La copia privada se ha de destinar a uso privado. En ningún caso puede tener un destino colectivo.

Este requisito tiene, como siempre, un problema básico interpretativo en relación a los conceptos amplios: ¿qué entendemos por privado? Y ¿qué entendemos por colectivo? Son discusiones frecuentes que han tenido lugar en materia de P2P, como hemos visto anteriormente.¹³⁶

La doctrina viene estableciendo de forma clara que el uso privado tiene que ser del que efectúa la copia y, por lo tanto, no se pueden considerar copias privadas a aquellas que se hacen por encargo. Por ejemplo, se ha planteado el caso de los establecimientos abiertos al público en los que se pueden efectuar copias privadas haciendo uso de los medios de que dispone el propio establecimiento.¹³⁷ En este sentido, se ha entendido que esas copias en concreto, no pueden ser consideradas copias privadas.¹³⁸ Una duda más seria se plantea si, en estos casos de establecimientos abiertos al público, es el propio copista el que efectúa la copia privada, sin intervención de los empleados del lugar. Parece que GARROTE se inclina a pensar que en este caso son copias privadas cuando dice que *“las copias realizadas en estos establecimientos serán copias privadas siempre que estos establecimientos se limiten a poner a disposición del público los aparatos utilizados para la reproducción en la modalidad de*

¹³⁶ Por ejemplo, CADARSO PALAU llega incluso a distinguir entre “uso privado”, que atribuye a aquel que incluye las personas del círculo familiar o privado del copista y “uso personal”, expresión que reserva a un uso estrictamente personal del que realiza la copia. CADARSO PALAU, J., “Sobre algunos límites del derecho de reproducción...”. Págs 116 y 117.

¹³⁷ La SAP de Madrid número 247/2008 de 17 de octubre se pronunció sobre un caso de la misma naturaleza.

¹³⁸ En este sentido se pronuncia GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ I., Comentario al artículo 31 LPI. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 559.

*autoservicio, esto es, sin utilizar al personal del establecimiento para realizar la reproducción”.*¹³⁹

Sin embargo, desde mi punto de vista, creo que seguimos sin hallarnos ante un límite de copia privada dado que el establecimiento tiene un interés mercantil en la realización de copias y, por lo tanto, podemos entender que fomenta esa creación de copias. Dado que la regla de los tres pasos intenta prevenir que los límites acaben afectando de forma considerable a la normal explotación de la obra o de la prestación protegida, considero que estas prácticas atentan directamente contra la famosa regla y que no podría permitir la aplicación del límite a este caso.¹⁴⁰

El uso privado también se ha planteado en la discusión relacionada con las redes P2P puesto que uno de los argumentos que se usan a favor de la defensa del intercambio legítimo en estas redes es, precisamente, el que el intercambio se hace entre particulares y para uso privado. Es por ello que parte de la doctrina¹⁴¹ considera que la descarga de contenidos no es ilegal, siempre y cuando esas obras descargadas no acaben en la “carpeta compartida” del programa, poniéndolo de esta manera a disposición del público, vetando el uso privado y dándole una finalidad colectiva.

En cuanto a ese uso colectivo de la copia privada que efectuamos, implica que dejamos de hablar de la esfera del uso privado en el momento en que esa copia es utilizada o es destinada a un ámbito fuera del que la Ley considera el estrictamente doméstico o familiar.¹⁴² Tanto el uso privado como el uso no colectivo considero que son las dos caras de una misma moneda sin interpretación diferenciada sino, más bien, una viene a ser el complemento de la otra, que le da más ímpetu y también, por qué no, más redundancia.

¹³⁹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ I., Comentario al artículo 31 LPI. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 560.

¹⁴⁰ Y en este mismo sentido, en contrario al de GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, se pronuncia SÁNCHEZ ARISTI, R., “La copia privada digital”. Pág. 13.

¹⁴¹ Así, GARROTE afirma que constituirá un uso privado del copista siempre y cuando “no se incluya en la carpeta compartida con otros usuarios de la Red o se “cuelge” en un servidor.”. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de propiedad intelectual*. Pág. 261.

¹⁴² Así también lo entiende GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ I., Comentario al artículo 31 LPI. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 561.

5.6.7 No se puede destinar la copia a fines comerciales; el sujeto que realiza la copia no debe tener ánimo de lucro.

El problema principal que acarrea la interpretación de este requisito viene a ser el determinar qué debemos considerar ánimo de lucro. Es nuestra LPI la que hace referencia a los fines lucrativos, mientras que los fines comerciales es el término que utiliza la DDASI en su art 5.2.b. El hecho de que nuestro legislador haya elegido otro concepto para expresar el ánimo de lucro puede acarrear ciertos problemas interpretativos. Al igual que afirma GARROTE,¹⁴³ opino que el legislador debería haberse adecuado a la letra de la DDASI a la hora de trasponer al derecho español la Directiva, lo que hubiera ahorrado esos problemas interpretativos.¹⁴⁴ Este autor se inclina por la interpretación de acuerdo al sentido de la Directiva. Es más, en una interpretación muy estricta del concepto lucrativo, puede llegar a considerarse que el simple hecho de ahorrarse el usuario el coste de la obra o prestación original ya es ánimo de lucro.

Sin embargo, opino que no debe considerarse de esa manera porque en esa tesitura nunca podríamos decir que nos encontramos ante una copia privada, pues siempre que se efectúa una reproducción para uso privado, existe un ahorro por parte del copista. De hecho, creo que va implícito en el concepto de copia privada el que, una vez que el usuario ha accedido de manera legítima a un original, le resulte menos gravoso su utilización y reproducción¹⁴⁵ y de esa manera sea inevitable la existencia de cierto interés económico por parte del que efectúa la copia.¹⁴⁶

¹⁴³ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ I., Comentario al artículo 31 LPI. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*,. Pág. 562.

¹⁴⁴ Más aún, GARROTE considera, de lege ferenda, la posibilidad de que el legislador recuperase esa expresión de fines directa o indirectamente comerciales en orden a “evitar la labor de interpretación que actualmente hay que hacer para concluir que sí existe utilización lucrativa en el caso de que los usuarios intercambien obras y prestaciones protegidas de forma gratuita mediante programas P2P en Internet”. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de propiedad intelectual*. Pág. 138.

¹⁴⁵ Y es por eso que el ánimo del límite de la copia privada es permitir, por ejemplo, efectuar una copia privada para tenerla en la casa de la playa, para el coche y para tu padre o tu madre.

¹⁴⁶ Así lo entiende SÁNCHEZ ARISTI cuando dice que “no puede decirse en cambio que la realización de una copia privada implique siempre una actividad lucrativa por el hecho de que el copista se ahorre el coste de adquirir un ejemplar adicional: ese “ánimo de lucro”, (...) no es equivalente al desempeño de una “actividad lucrativa”. SÁNCHEZ ARISTI, R., “La copia privada digital”. Pág. 12. De igual manera se pronuncia GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ I., Comentario al artículo 31 LPI. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 563.

5.6.8 El límite de copia privada ha de ser compensada mediante la compensación equitativa por copia privada.

A estas alturas introducirme en un análisis sobre la compensación equitativa no tiene mucho sentido pues considero más apropiado remitir al lector al tema correspondiente en el que se analiza en profundidad la compensación equitativa por copia privada, de la misma manera que invito a releer la reflexión efectuada en el epígrafe relativo a la relación existente entre la copia privada y la remuneración correspondiente. Esto es así pues considero que el principal punto de crítica sobre este precepto es determinar si debemos entender que existe la posibilidad de realizar copias privadas con independencia del pago de la compensación equitativa.

5.6.9 Se ha de armonizar, en todo caso, con las medidas tecnológicas previstas en nuestro art 161.

Este punto nos puede plantear también cuestiones bastante interesantes. La DDASI era más estricta con este tema que la LPI, que ha dejado un poco a su suerte el límite de la copia privada respecto a las medidas tecnológicas. De esta manera se protege en exceso al autor, que puede incluir medidas tecnológicas anticopia en sus obras, pero al usuario no se le deja de devengar la compensación equitativa por cada uno de los instrumentos gravados que adquiere. Sí parece ser cierto que el autor que incluye medidas tecnológicas en sus obras ve disminuidas, sino eliminadas, las remuneraciones que recibe en concepto de compensación equitativa por copia privada. Pero no considero que ésta sea la solución puesto que el problema de base subsiste y es que el usuario que pretende efectuar una copia privada y que está en posición de hacerla de manera legal, pues cumple todos los requisitos del art 31.2 LPI, no es capaz de realizarla ya que se encuentra con una barrera infranqueable de medidas tecnológicas. Sin embargo, no se produce el equilibrio que marca nuestro art 31.2 LPI en relación con la compensación equitativa por copia privada.

Parece ideal una solución acercada a la posibilidad de desactivación mediante código que le fuera suministrada al adquirente, o que existiera la posibilidad de que solamente se pudieran realizar un número limitado de copias, ya fuesen analógicas o digitales.

En otro sentido, GARROTE¹⁴⁷ afirma que la referencia que se hace en el art 31.2 LPI al 161 LPI parece ser errónea puesto que el legislador debería haberse referido más bien al art 160 LPI, puesto que es el artículo que recoge el concepto de “medida tecnológica”.

Posiblemente el problema sea una imprecisión del propio art 31.2 LPI, que debería haberse referido a ambos, y no a uno en lugar de otro. Efectivamente, el art 160.3 LPI contiene la clave sobre qué debemos entender por medida tecnológica y es de obligada lectura si queremos saber de qué tratan este tipo de medidas. Sin embargo, la relación con la copia privada sí entiendo que se realiza en el art 161 LPI¹⁴⁸ y, por lo tanto, la referencia que efectúa nuestro art 31.2 LPI no es incorrecta. Sólo, y tal vez, incompleta. Me explico; la fundamentación de la referencia que hace el art 31.2 LPI a las medidas tecnológicas reside en el ánimo de que ambas figuras coexistan, es decir, que la copia privada ha de existir en nuestra realidad legislativa de igual manera que han de existir las medidas tecnológicas. Sin embargo, a todas luces, son dos figuras que van a resultar incompatibles, puesto que las medidas tecnológicas tienen la principal función de evitar la copia privada que se realiza de manera ilegal. Como no hay una implementación de buenas medidas tecnológicas que sean selectivas con la naturaleza de las copias que permiten hacer o no, al final lo que sucede es que imposibilitan todo tipo de copia. Es por ese motivo que, cuando el art 31.2 LPI se refiere a las medidas tecnológicas, lo hace al art 161 LPI, cuyo ánimo es posibilitar la coexistencia de ambas figuras.

¹⁴⁷ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., Comentario al artículo 31 LPI. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 558

¹⁴⁸ Es en concreto el punto 161.1.a el que pretende establecer una justa relación entre copia privada y medidas tecnológicas cuando dice que: “*Los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios de los límites que se citan a continuación los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate. Tales límites son los siguientes: a) Límite de copia privada en los términos previstos en el art 31.2*”.

5.6.10 Quedan automáticamente excluidas del concepto de copia privada las BBDD electrónicas y los programas de ordenador.

La LPI ha excluido directamente en el artículo dedicado a la copia privada la posibilidad de crear copias privadas tanto de BBDD electrónicas¹⁴⁹ como de programas de ordenador. Si bien esta exclusión proviene directamente de lo que recoge el art 99, en cuanto a los programas de ordenador y a lo que recoge el art 133.2 en cuanto a las BBDD electrónicas, considero que supone una importante delimitación del concepto de copia privada y el hecho de que el legislador haya decidido incluirlo en el mismo desarrollo del concepto previene de futuras interpretaciones erróneas.

Lo que parece que está bastante claro es que la reproducción de cualquiera de estas obras, aunque sea para uso estrictamente personal, queda sometido en todo caso a la existencia de una autorización exclusiva por parte del titular del derecho.

GARROTE¹⁵⁰ plantea en este punto una cuestión que me parece muy interesante y es qué pasaría si un usuario que reproduce un programa de ordenador, por ejemplo un videojuego, que está compuesto no solo del código fuente que le hace funcionar, sino también de diversas obras audiovisuales y musicales. Sugiere, desde mi punto de vista con mucho acierto, que el usuario podrá realizar una copia privada de cualquier obra que contenga el videojuego, siempre que sea separable de éste.

Es decir, técnicamente se podría obtener desde una imagen a través de una captura de pantalla, hasta una grabación de la obra audiovisual obtenida a través de una videocámara o incluso, la grabación de la música mediante un aparato grabador. En todo caso, siempre y cuando se cumplan los requisitos que el art 31.2 exige para que nos encontremos ante el límite de la copia privada, podemos afirmar que se pueden efectuar copias privadas de las obras contenidas dentro de un programa de ordenador.¹⁵¹

¹⁴⁹ La exclusión solamente se predica de las BBDD electrónicas puesto que, como es sabido, las BBDD no electrónicas sí tienen reconocida la posibilidad de crear copias privadas cuando en el art 135.1.a se establece que se exceptuará la aplicación del derecho “sui generis” sobre BBDD “cuando se trate de una extracción para fines privados del contenido de una base de datos no electrónica”.

¹⁵⁰ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., Comentario al artículo 31 LPI. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 557.

¹⁵¹ Más complejo resulta relacionar los programas de ordenador con las medidas tecnológicas, puesto que en ningún caso podrán ser eludidas para efectuar ningún tipo de copia privada, por lo tanto, el argumento expuesto debería caer en el momento en el que fuese imposible la obtención de obras contenidas dentro del programa de ordenador si nos enfrentásemos para ello a la elusión de alguna medida tecnológica.

Una vez analizados todos los requisitos anteriores, la relación de la copia privada con la compensación equitativa, con las redes P2P o con la compensación equitativa, llega el momento de introducir al lector en un nuevo análisis de otra de las problemáticas que se han venido planteando en este trabajo; la compensación equitativa.

6. Compensación equitativa por copia privada

El actual art 25 de nuestra LPI nos deja un texto que, a mi parecer y al de la mayoría de la doctrina, excede de las dimensiones y del contenido del que debería tener un artículo de una ley. Sin duda un artículo demasiado prolijo y reglamentarista.¹⁵²

Un artículo que regula desde el origen de la compensación equitativa que se haya en la copia privada, hasta el modo en el que se tiene que crear el acuerdo en el que se incluyan los soportes, equipos y materiales gravados.

Debido a la extensión del artículo que resulta del todo inabarcable de cara a su análisis, voy a obviar ciertos contenidos del texto que considero de menos interés de cara a mi objetivo. Éstos temas son, entre otros, la gestión de la compensación equitativa por copia privada, efectuada por las entidades de gestión y que, únicamente sobre este tema, ya podríamos escribir un trabajo entero. También, como puede resultarle lógico al lector, otro de los grandes temas de este art 25 LPI que no será examinado es el de la compensación equitativa aplicada a la copia privada analógica. El sentido de esta última exclusión es claro puesto que el ánimo del presente trabajo, desde el principio, ha sido siempre mostrar la problemática de las copias digitales y su individualidad. No dudo que el tema de la copia analógica podría volver a darnos de qué hablar para redactar varios estudios. Pero la extensión didáctica de éste en concreto me impide adentrarme también en un profundo estudio de esta vertiente analógica de la compensación equitativa.

Veamos un estudio pormenorizado de ciertas problemáticas que nos pueden interesar en torno a la compensación equitativa y su relación con la copia privada

¹⁵² Ésta es la definición que, en concreto utiliza GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I., Comentario al artículo 25. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 455.

digital. Comencemos por los precedentes legislativos para dar paso a la conceptualización de la compensación equitativa.

6.1 Precedentes legislativos

La compensación equitativa es una figura legal que fue introducida por primera vez en nuestra legislación a partir de la LPI87. Ésta, ya en su EM¹⁵³ dejaba clara la necesidad que existía de compensar por las reproducciones que podían efectuarse para uso privado tras el establecimiento del nuevo límite¹⁵⁴ de la copia privada.

El derecho a participar de la remuneración compensatoria se configuraba ya entonces como un derecho irrenunciable que, si bien no quedaba expresamente recogido en su art 25, sí se podía poner en relación con el contenido previsto en el art 55 LPI87, según el cual “*los beneficios que se otorgan en el presente título a los autores y a sus derechohabientes serán irrenunciables*”. Como se puede observar en el texto de la Ley, el primitivo art 25 LPI87 tenía una extensión que, a todas luces, nos puede resultar más natural y abarcable, incluyendo una remisión al Gobierno para que regulase reglamentariamente todo lo relacionado con equipos y materiales sujetos a la compensación y la cuantía de la misma.¹⁵⁵

Fue el RD 287/1989 de 21 de marzo el que vino a desarrollar las disposiciones pendientes de esa Ley. Sin embargo, y ante el mal funcionamiento que parece ser que tenía el sistema previsto por nuestro legislador, se promulgó la Ley 20/1992 de 7 de julio que modificaba el contenido previsto en la LPI87. En concreto, el contenido relativo a la remuneración compensatoria en cuanto a lo que se refería al “*principio de autoadministración por los agentes sociales implicados*”. Lo que parece que vino a ser el punto débil de las previsiones realizadas con anterioridad.

La nueva redacción que se dio a este art 25 LPI87 fue el que previó el sistema de convenio que libremente tenían que establecer los sectores afectados por la

¹⁵³ “Especial significado tiene, asimismo, la introducción en nuestro ordenamiento de algunas figuras bien conocidas en el Derecho comparado, como (...) el derecho de los autores, editores, productores y artistas intérpretes o ejecutantes de las obras publicadas en forma de libro, fonograma o grabación audiovisual, a obtener una remuneración compensatoria por las reproducciones efectuadas para uso personal.”

¹⁵⁴ Límite que también había sido introducido por primera vez en la misma Ley de 1987.

¹⁵⁵ Actualmente, nuestra LPI solamente deja en manos de un posterior reglamento la determinación de los bienes sujetos a compensación y las cantidades de las mismas en el caso de los equipos y soportes digitales; sin embargo, contiene un auténtico despliegue de contenido en cuanto a equipos y soportes analógicos y el coste aplicado a éstos.

remuneración compensatoria por copia privada. En su defecto, intervendría un experto designado por el Ministerio de Cultura.¹⁵⁶ Esta nueva redacción, además, incluía la remisión al concepto de copia privada del art 31.2, que mantuvo el RD 1434/1992 de 27 de noviembre y la posterior Ley 43/1994 de 30 de diciembre, y que desapareció misteriosamente tras las reformas operadas en nuestra LPI en el año 2006.¹⁵⁷

Finalmente, el manido art 25 LPI quedó redactado de la forma que actualmente lo conocemos tras la Ley 23/2006 de 7 de julio, incluyendo el cambio de concepto pues pasó de ser “remuneración compensatoria” a “compensación equitativa”. El contenido de esa Ley fue posteriormente desarrollado por la Orden PRE/1743/2008 de 18 de junio.¹⁵⁸ Ambos elementos legislativos son los que nos van a servir para realizar el análisis que veremos de aquí en adelante.

6.2 Concepto y naturaleza jurídica

La esencia que acompaña al concepto de compensación equitativa es una suerte de “sistema de sustitución” entre una retribución variable obtenida a través de la venta de las obras o prestaciones protegidas por la propiedad intelectual en el mercado y una compensación variable en relación a los soportes y equipos que se vendan en el mercado y a la cuota de mercado determinado de ese titular de derechos.

Consiste en una compensación, equitativa y única, que se devenga por cada una de las tres modalidades de reproducción que prevé la Ley: de libros o publicaciones

¹⁵⁶ Y, finalmente, esto fue lo que ocurrió, puesto que tuvo que intervenir un experto para poder llegar a un acuerdo que consiguiera el ansiado convenio. La dificultad que parece que acompaña a la confección de un convenio de estas características hizo que la redacción del mismo se prolongara más de lo esperado. La Ley 20/1992, de 7 de julio en su Disposición Transitoria Única recogía el supuesto de que, transcurridos tres meses desde la entrada en vigor de la Ley no se hubiera llegado al acuerdo previsto en el art 25 de la misma, se acudiría a la solución prevista por el punto 6 del mismo artículo: la designación por parte del Ministerio de Cultura de un mediador, experto en la materia. Los tres meses transcurrieron y no hubo acuerdo. Y no solo no se cumplió con el plazo de los tres meses para llegar a un acuerdo sino que no fue hasta comienzos del año siguiente cuando se nombró mediador por Orden de 8 de enero de 1993. El plazo que tenía el mediador para dictar una resolución era de dos meses, atendiendo al contenido previsto en el art 35 del RD 1434/1992, vigente en ese momento. Ese plazo tuvo que volver a ser ampliado en dos meses más por Orden de 10 de marzo de 1993. En total, se tardó casi un año en conseguir un convenio válido.

¹⁵⁷ Crítica que he repetido hasta la saciedad en el presente trabajo pues, como ya me pronuncié al respecto, no encuentro el sentido de obviar un inciso que puede ayudar a la interpretación del concepto de copia privada.

¹⁵⁸ Esta Orden fue declarada nula por una Sentencia de la Sala de lo Contencioso de la AN Nº Recurso: 704/2008, de 22 de marzo de 2011, como se tratará más adelante.

asimiladas; de fonogramas u otros soportes sonoros y de videogramas u otros soportes visuales o audiovisuales.

Su naturaleza es obviamente de carácter monetario y de origen legal.¹⁵⁹ Sus caracteres y regulación vienen estrictamente determinados por la Ley. Su finalidad es resarcir¹⁶⁰ a los titulares de los derechos de propiedad intelectual que ven afectado su patrimonio y la normal explotación de sus obras debido a la existencia del límite de la copia privada y la posibilidad subsiguiente de hacer reproducciones para uso privado sin la consecuente autorización de los titulares de derechos mencionados anteriormente.

La relación existente entre la compensación equitativa por copia privada y la copia privada del art 31.2 LPI es muy estrecha. Tanto así que la primera contiene en su texto una previsión sobre la copia privada mientras que la segunda, directamente reenvía al contenido del art 25 LPI para una correcta interpretación y aplicación del límite de la copia privada.¹⁶¹

El sentido y la intención del establecimiento de la compensación equitativa por copia privada es no permitir que exista ninguna copia privada sin el consecuente abono de la compensación equitativa.¹⁶² De la misma manera pero en sentido contrario, debemos entender que la compensación equitativa no está para compensar las pérdidas causadas a la industria por la llamada “piratería”¹⁶³ ya que esas copias no son propiamente copias privadas del art 31.2 LPI y desde luego no están sujetas a dicho

¹⁵⁹ “Una obligación pecuniaria de origen legal”. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I., Comentario al artículo 25. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 452.

¹⁶⁰ GARROTE va más allá y considera que su finalidad es “resarcitoria, indemnizatoria o compensatoria”. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I., Comentario al artículo 25. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 452.

¹⁶¹ Como también lo hace con el caso de las medidas tecnológicas reenviando al art 161 LPI para su completa interpretación.

¹⁶² Este tema de la existencia independiente, a pesar de la intrínseca dependencia entre ambas, se trató con anterioridad en el tema de la copia privada. Sin embargo, GARROTE se pronuncia de manera diferente a la que veníamos viendo y es que él considera que pueden existir copias privadas incluidas dentro del precepto del 31.2 LPI que no devengue la consecuente compensación, como pueden ser las copias hechas a mano en papel o la copia de una revista que no llegue a tener el número mínimo de páginas para ser considerada una “publicación asimilada”. Sin embargo, considera que “*toda reproducción que devenga una compensación equitativa (...) debe ser una copia privada según el art 31.2*”. Ya me pronuncié en contra de esta postura cuando hablé del concreto caso de las copias en la nube. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I., Comentario al artículo 25. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Págs. 452 Y 454.

¹⁶³ Es una discusión bastante frecuente en la doctrina y es que muchas veces se tiende a pensar, tanto por la industria que infla las cuantías de compensación como por parte de los usuarios que se amparan en este pago para efectuar más descargas y copias ilegales, que la compensación equitativa tiene un ánimo compensatorio que se extiende a esas copias ilegales, cuando no es así. Uno de los principales argumentos en contra de esta teoría es el del “acceso legal” que exige el art 31.2 LPI para que efectivamente exista una copia privada y que en el caso de las “copias piratas” no se cumple.

límite. De esa manera, en ningún caso se les puede aplicar la compensación equitativa por copia privada.¹⁶⁴

6.2.1 Sujetos implicados

La compensación equitativa es una obligación unilateral en la que encontramos las dos figuras típicas de cualquier obligación pecuniaria y que son los acreedores y los deudores de dicha obligación. Atendiendo a las previsiones del art 25.4 LPI podemos determinar que los deudores pueden ser principales o subsidiarios.¹⁶⁵ En el caso de los deudores principales, éstos serán los fabricantes de equipos y soportes idóneos así como los adquirentes de esos equipos o soportes idóneos para su posterior distribución dentro del territorio español, es decir, los importadores. Parece ser que tanto fabricantes como importadores podrán ser personas físicas o jurídicas; los deudores subsidiarios serán los distribuidores, mayoristas, minoristas y sucesivos adquirentes de los equipos y soportes.

A pesar de venir como deudores los fabricantes, el art 25 en sus puntos 17 y 18 habilitan a estos obligados al pago a repercutirlo a sus clientes, lo que al final convierte en verdaderos pagadores a los propios minoristas y consumidores que adquieren los equipos o soportes.¹⁶⁶ La intención del legislador posiblemente era no gravar al usuario final que realiza la reproducción para uso privado sino gravar a los fabricantes y sujetos intermedios que se lucran con la puesta en el mercado de estos equipos y soportes. El

¹⁶⁴ En el mismo sentido, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I., Comentario al artículo 25. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág 454.

¹⁶⁵ La Ley no recoge en ningún momento el término subsidiario sino el de solidario. Sin embargo, una interpretación del sentido del precepto parece dejar claro que esta responsabilidad solidaria solamente es efectiva en el caso de que los deudores principales no acrediten la repercusión del pago y hayan hecho constar en factura la correspondiente compensación. Por lo tanto solo serán responsables de manera subsidiaria. En el mismo sentido se pronuncian LÓPEZ MAZA, S. Y MINERO ALEJANDRE, G., “El carácter equitativo de la compensación por copia privada. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de Octubre de 2010 (Caso Padawan)” en *Revista de Propiedad Intelectual* nº36. Madrid, 2010. Pág. 93 y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I., Comentario al artículo 25. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Págs. 466 y 467.

¹⁶⁶ En el fondo debemos tener en cuenta que si analizamos el precepto de la LPI en este punto como si tuviera naturaleza de impuesto que, al ser un gravamen que cae sobre los fabricantes, no parece descabellado, lo único que esta haciendo la LPI es legitimar un hecho que sucede en general cuando se habla de impuestos. Traslademos por un momento una aplicación economicista al ámbito del derecho. Cuando nos enfrentamos a un tipo de impuesto multifásico, como en este caso, cae sobre un primer momento en el fabricante, posteriormente en el minorista y finalmente en el consumidor que es a quien repercute en último término. Aunque la LPI no legitimase directamente esta repercusión sobre el consumidor final, el conocido como “efecto cascada” provocaría el mismo efecto. El “efecto cascada” viene a determinar que en un tipo de impuesto que pasa por diversas fases, se va repercutiendo en todas éstas y al final, el consumidor acaba cargando con el gravamen en gran medida, a pesar de que sea un impuesto que grave la fabricación. De hecho, cuanto más alejada esté la fase impositiva del consumidor final, más grande es la repercusión que soporta éste.

motivo puede ser, fundamentalmente, el hecho de que si para efectuar una copia privada no debe existir ánimo de lucro y en etapas previas del comercio de estos equipos y soportes sí hay ánimo de lucro, resulta más justo gravar a aquellos que se lucran, en lugar de a aquellos que actúan sin ningún interés económico. Sin embargo, el hecho de que al final la compensación equitativa se vea repercutida a los clientes de los fabricantes y, finalmente, se haga recaer sobre el consumidor final, parece que acaba con todo el planteamiento anterior.

En sentido contrario, no van a ser considerados deudores los exportadores, es decir, quienes comercializan los equipos o soportes fuera de España; los adquirentes que cuenten con una autorización para la reproducción de las obras o prestaciones protegidas y también las personas naturales que adquieran los equipos o soportes fuera del territorio español en régimen de viajeros y en cantidad tal que no se pueda presumir un ánimo de mercantilidad.

En cuanto a los adquirentes que cuentan con una autorización, se refiere a todos aquellos que cuenten con esa autorización para la actividad de reproducción en el ejercicio de su actividad profesional. No se refiere la autorización, por tanto, al hecho de adquirir los dispositivos de copia y almacenamiento, sino a las propias reproducciones de las obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual.

En cuanto a las personas naturales en régimen de viajeros parece ser que el ánimo de la excepción responde a una falta de intención de distribución comercial por parte de este tipo de adquirente que, además, resulta de difícil control y de escasa repercusión económica.¹⁶⁷

Ya en relación con los acreedores, éstos van a ser los autores, los editores, los artistas, intérpretes y ejecutantes y los productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales. Este derecho de los acreedores tiene su origen en la Ley y desde la primera vez que se estableció en la LPI87, tiene carácter irrenunciable tanto para los autores como para los artistas, intérpretes y ejecutantes.

Las entidades de gestión no son acreedoras del derecho de compensación sino que vienen reguladas en la LPI como meras intermediarias encargadas de la gestión colectiva de la compensación.

¹⁶⁷ En este sentido GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I., Comentario al artículo 25. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 470.

6.2.2 El criterio de la idoneidad objetiva

Es el propio art 25 LPI en su segundo punto el que recoge el concepto de “idóneo”. Éste debe acompañar a los equipos o soportes que vayan a estar gravados por la compensación equitativa. Esta idoneidad¹⁶⁸ de los bienes gravados sirve de criterio base para fundamentar la inclusión, en general, de todos los equipos, aparatos y soportes susceptibles de realizar o almacenar algún tipo de copia privada dentro del listado previsto por el legislador.

Al final, la relevancia de este criterio la adquiere el hecho de que, en la práctica, no va a ser necesario para las entidades de gestión de los derechos de la propiedad intelectual tener que demostrar que el destino final de los equipos, aparatos y soportes digitales es, efectivamente, el de realizar o almacenar reproducciones para uso privado. Se trata, al fin y al cabo, de que sean objetivamente idóneos para ese fin y que, además, no estén incluidos, como ya se ha dicho, en el listado de excepciones que contiene la LPI en su art 25.7 o dentro de las previsiones que se establezcan ex art 25.24.

Considero ésta la opción correcta, como hace la mayoría de la doctrina¹⁶⁹, puesto que la posibilidad de exigir, caso por caso, la prueba fehaciente de estar o no estar realizando o almacenando copias privadas con los aparatos o soportes adquiridos sería imposibilitar el tráfico jurídico; una auténtica prueba diabólica.

Por lo tanto debemos entender que, volviendo a la idea que acompaña en gran medida las reflexiones sobre las diferentes temáticas que estamos tratando en este trabajo, la imposibilidad de control del uso efectivo de los aparatos y soportes¹⁷⁰ convierte en buena o, cuanto menos, conveniente, la opción del legislador de usar como criterio base de selección de equipos y soportes el de la idoneidad objetiva.

¹⁶⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I., la define como la “aptitud objetiva para hacer una reproducción para uso privado, para almacenarla, o para llevar a cabo ambas funciones simultáneamente”. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I., Comentario al artículo 25. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 478.

¹⁶⁹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I., Comentario al artículo 25. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 479.

¹⁷⁰ Del mismo modo que, cuando vimos la copia privada hablamos de la imposibilidad de control que existe de cara a comprobar que se efectúan o no esas reproducciones para uso privado.

6.3 Caracteres de la compensación

Algunos de esos caracteres bajo los que actúa la compensación equitativa ya los hemos comentado con anterioridad. Vamos a verlos ahora de manera más detallada.

- Compensación del ejercicio de un límite: Como vimos en la naturaleza de la compensación, lo que pretende es subsanar de alguna manera las pérdidas ocasionadas en el patrimonio de los titulares de derechos que se derivan del ejercicio que hacen los consumidores de un límite contenido en la Ley y que es el de copia privada. Como hemos dicho, este carácter de la compensación hace que estén excluidas de la misma tanto las copias ilegales, como las de la “piratería”, como las copias efectuadas de los programas de ordenador y de las BBDD.¹⁷¹
- Obligación legal: También se ha hecho mención a esta característica en la naturaleza de la compensación y es que estamos ante un tipo de compensación prevista taxativamente en la Ley de forma, además, muy detallada. No solo eso; cuando iniciamos el presente tema ya se comentó que el art 25 LPI resultaba incluso demasiado prolijo y como dicen algunos autores, reglamentarista.¹⁷²
- Gestión colectiva obligatoria: El art 25 LPI regula extensamente el modo de recaudación de la compensación pero, como comenté en la introducción, no vamos a entrar en profundidad en este tema. Sí que hay que tener presente que la compensación ha de ser equitativa y única y que los que están encargados de recaudarla son las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.¹⁷³
- Existen tres modalidades diferenciadas: Estas modalidades de reproducción para uso privado de una persona física están expresamente contenidas en la Ley

¹⁷¹ Como ya se ha ido viendo con anterioridad en el trabajo, es el art 31.2 el que excluye directamente este tipo de copias de programas de ordenador, haciendo referencia al art 99.a y las de las BBDD.

¹⁷² GARROTE se expresa en el sentido de no considerar este reglamentarismo como un defecto, sino que sitúa el defecto más bien en la “deslegalización que introducen en esta materia los artículos 25.24 y 25.25 LPI”. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I., Comentario al artículo 25. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 455.

¹⁷³ De esta manera lo reconoce el art 25.8 que dice que “La compensación equitativa y única a que se refiere el apartado 1 se hará efectiva a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual”.

y son las que comentamos con anterioridad: libros y publicaciones asimiladas; fonogramas y soportes sonoros y demás soportes sonoros y visuales. GARROTE critica la diferenciación que realiza la Ley puesto que con los novedosos equipos digitales cada vez más desarrollados y capaces de almacenar todo tipo de obras y también, a su vez, reproducirlas de igual modo.¹⁷⁴ La crítica es acertada, puesto que si el cobro es unitario por cada modalidad de reproducción que se hace, los aparatos electrónicos que sean capaces de operar a la vez con los tres tipos vistos, deberían estar sujetos a un pago triple lo que, actualmente, no sucede.

- Modelo doble o mixto de gravamen: Lo que ha propuesto la Ley es un gravamen que cae, no solo en los equipos o aparatos susceptibles de efectuar reproducciones incluidas dentro del límite de copia privada, sino sobre los soportes susceptibles de almacenar esas copias privadas. Y quedan gravados todos ellos por el mero hecho de ser susceptibles de efectuar o almacenar copias privadas: la idoneidad objetiva que acabamos de analizar. Estos equipos, aparatos y soportes, en el caso analógico vienen definidos en el propio art 25 LPI; sin embargo, en el caso de los digitales la Ley ha decidido extraerlos y fue la Orden PRE/1743/2008 la que los reguló en profundidad.¹⁷⁵
- Diferenciación entre copia privada analógica y digital: Lo que ha establecido el art 25 LPI es una gran diferenciación entre la regulación prevista para el caso de los equipos y soportes analógicos y para el caso de los digitales. Esta diferenciación parte de la necesidad de considerar de manera diferenciada a la copia analógica de la copia digital. Y el principal motivo de esta diferenciación es el impacto económico diferenciado que acompaña a ambos tipos de copias.¹⁷⁶ La propia orden PRE/1743/200, en su EM, justificaba su existencia solamente para la vertiente digital de la compensación, entre otros motivos, en que *“la irrupción de las tecnologías digitales, y su proliferación en el ámbito doméstico, que permiten disfrutar de unas copias de una calidad equivalente a las originales, fue una de las razones que originó que la propia Directiva*

¹⁷⁴ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I., Comentario al artículo 25. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 456.

¹⁷⁵ Veremos también más adelante una pequeña reflexión sobre la situación actual en la que nos encontramos, una vez declarada nula la Orden del 2008.

¹⁷⁶ Esa necesidad de diferenciación ya la encontramos expresamente declarada en la propia EM de la Ley 23/2006, cuando el legislador dice que “La reforma del régimen de la copia privada introduce las debidas diferencias entre el entorno analógico y el digital, ya que la copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico”.

2001/29/CE (...) previera que caso de que los Estados Miembros optaran por incluir, en sus leyes sobre propiedad intelectual este límite al derecho exclusivo de reproducción, dicho régimen debía llevar parejo un sistema para compensar a los autores y a los demás titulares de derechos de propiedad intelectual por esta autorización legal para reproducir sus creaciones”. Creo que la EM va demasiado lejos considerando que son las copias privadas digitales las que motivan la obligatoriedad de la imposición de la compensación si hay límite de copia privada. Pero, desde luego, la generalidad es que es así y lo demuestra el hecho de que la importancia que se le confiere a las copias privadas digitales es mayor que la se le confiere a la analógica en tanto que tenemos una disposición específica para las primeras mientras que las segundas vienen reguladas dentro del mismo art 25 LPI.

Acabamos de analizar los caracteres diferenciadores de nuestro sistema de compensación equitativa. Sin embargo, y a pesar de que es una figura que viene impuesta desde la UE, lo cierto es que estos caracteres solo pueden ser aplicados a las previsiones del legislador español puesto que la DDASI no ha conseguido armonización en el tema por parte de los diferentes Estados Miembros. El art 5.2.b DDASI no da pautas claras sobre la naturaleza o el carácter de la compensación, tan solo se limita a imponer a los Estados la obligación de configurar un sistema compensatorio en el caso de que decidan incluir en sus legislaciones el límite de la copia privada.¹⁷⁷ Lo que, a la postre, le ha permitido al legislador una suerte de libertad total pero no ha conseguido el fin de armonización que acompañaba a la DDASI.

¹⁷⁷ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I., Comentario al artículo 25. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 458.

6.4 El criterio de equidad de la compensación

Anteriormente hemos analizado el criterio de la idoneidad que el legislador utiliza a la hora de seleccionar los equipos y soportes que van a estar gravados con la compensación equitativa. En este epígrafe lo que vamos a analizar es el criterio de equidad, esta vez aplicado al cálculo de esa compensación equitativa. Es decir, una vez realizada la selección de los equipos y soportes, basándonos en el criterio de idoneidad, lo que tenemos que hacer es aplicar la compensación de una manera equitativa.

Fue la Ley 23/2006 la que introdujo, como novedad, este criterio en su texto. La remuneración compensatoria pasó de llamarse así a denominarse compensación equitativa. Esto así puesto que cumplía mejor con la letra de la DDASI. Este criterio de equidad que se introduce lo que pretende es dejar clara la idea de que las cantidades que se recauden gracias a esta forma de remuneración, van encaminadas únicamente a suplir los ingresos que se han dejado de percibir por las copias para uso privado que se pueden realizar gracias al límite del 31.2 LPI. Y, por lo tanto, tiene que ser equitativo precisamente con esa cifra de pérdidas y no venir a compensar a los autores por cualquier otro tipo de pérdida monetaria.¹⁷⁸

Para analizar el criterio de equidad debemos partir del contenido del Considerando 35 de la DDASI, que es la que contiene la previsión en relación a este tema en concreto. La letra del Considerando dice así:

“A la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos. Cuando los titulares de los derechos ya hayan recibido una retribución de algún tipo, por ejemplo, como parte de un canon de licencia, puede ocurrir que no haya que efectuar un pago específico o por separado. El nivel de compensación equitativa deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas tecnológicas de protección contempladas en la presente Directiva. Determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago”.

De este Considerando podemos fácilmente extraer los requisitos necesarios para considerar que estamos o no ante una compensación que sea realmente equitativa. Y son los que vamos a ver a continuación.

¹⁷⁸ En el mismo sentido se pronuncia GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I., Comentario al artículo 25. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 458.

6.4.1 Las circunstancias de cada caso concreto

Este criterio implica que el legislador a la hora de redactar la ley o reglamento concreto que se encargue del tema de la compensación equitativa, debe tener en consideración la realidad del mercado y los datos que existen acerca de las copias privadas que se efectúan, el uso de los equipos y soportes, las pérdidas que se ocasiona a la industria por estos motivos y un largo etcétera de circunstancias que hay que traer a colación y valorar como corresponde.

Este criterio se ha visto reflejado en la LPI en el sentido de que el legislador ha separado completamente la regulación que existe en relación a la copia privada analógica y a la digital. Esto es así puesto que los datos reflejan una mayor importancia en cuanto a copias privadas digitales se refiere; de esta manera, las pérdidas ocasionadas en el caso de las digitales son mayores que las de la analógica y, por lo tanto, la compensación deberá ser recaudada de manera diferente.

6.4.2 El daño causado a los titulares de los derechos

La DDASI hace referencia al posible daño que se les pueda causar a los titulares de derechos. Por lo tanto, no estamos ante la valoración de un daño efectivo y real, sino ante uno hipotético.¹⁷⁹ La cuantía que se marque debe ser proporcional a ese daño que se causa.

En cuanto a la regla del perjuicio mínimo, en la cual, aquellas situaciones en las que el daño causado al titular del derecho sea mínimo, no se podrá devengar ninguna compensación, esta regla también figura en nuestra LPI a raíz de la Ley 23/2006; sin embargo el legislador no ha dado ninguna pauta a seguir para determinar cuándo estamos ante un perjuicio mínimo y cuándo no.

Es por ello que, también en este caso, habrá que acudir, como en el primero de los requisitos, a valorar cada uno de los casos individualmente.

¹⁷⁹ En este sentido se pronuncia GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I., Comentario al artículo 25. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Pág. 458. En sentido contrario, KÉRÉVER, A., “La directive européenne d’harmonisation de certains aspects des droits d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information” en *Boletín de Derecho de Autor*. Volumen XXXV n° 1. Pág. 13.

6.4.3 La exclusión de la doble remuneración

Este requisito viene a excluir de la obligación del pago de la compensación a todos aquellos que hayan pagado previamente por una licencia. Estaba recogido en la DDASI como demuestra el Considerando 35 que estamos analizando, sin embargo, no hay ni rastro de esta previsión en nuestra LPI.

De esta manera, el ánimo del legislador es hacer caso omiso a esta recomendación y establecer un sistema en el que toda copia privada esté sujeta al pago de la compensación equitativa.

6.4.4 La implementación de medidas tecnológicas

El Considerando ha sido un poco parco en el establecimiento de este requisito puesto que lo único que plantea es la situación problemática que se plantea en el establecimiento de las relaciones entre las medidas anticopia y la compensación equitativa por copia privada. No aporta soluciones prácticas a la cuestión ni establece medidas de protección a los usuarios cubiertos por el límite de la copia privada.

La idea es que en un mercado futuro en el que las medidas tecnológicas estén completamente implantadas y, por lo tanto, la copia privada se pueda controlar a través de ellas, la compensación equitativa deberá revisarse a la baja o, incluso, suprimirse.

En nuestra LPI las medidas tecnológicas han sido tenidas en cuenta y se establece una relación entre el límite de la copia privada y las medidas tecnológicas en el mismo art 31.2 LPI.

6.5 La nulidad de la orden PRE/1743/2008 y la situación actual de la compensación equitativa por copia privada

La Ley 23/2006 vino a regular, como es sabido, la compensación equitativa por copia privada en su art 25. En su texto, contenía expresamente las previsiones relacionadas con la copia privada analógica, definiendo ella misma los aparatos y soportes sometidos a la compensación y la cuantía de esta. Sin embargo, en el caso de los aparatos y soportes digitales, el mismo artículo en su punto sexto, remitía ese asunto a un futuro acuerdo que debía quedar recogido en una orden ministerial.

La Ley disponía de un plazo de tres meses,¹⁸⁰ para publicar la orden ministerial correspondiente. Sin embargo, y posiblemente teniendo en cuenta la negativa experiencia anterior vivida en relación al mismo tema¹⁸¹, la propia Ley 23/2006 contenía, en su disposición transitoria única, una previsión específica que tendría vigencia desde la entrada en vigor de la propia Ley que la contenía hasta la entrada en vigor de la orden ministerial correspondiente.¹⁸²

No fue hasta mediados del año 2008 cuando se consiguió llegar a un acuerdo y se estableció la relación de equipos, aparatos y soportes digitales sujetos a compensación y la cuantía de ésta, mediante la orden PRE/1743/2008. Esta orden recogía en su EM que la compensación estaba dirigida, precisamente, a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaran de recibir debido a las reproducciones realizadas para uso privado. Hasta ahí no había ningún problema. Sin embargo, para establecer la cuantía de la compensación equitativa que se debía abonar, había que calcular las pérdidas que esas reproducciones para uso privado causaban efectivamente. Esta EM se remitía a decir que la repercusión había sido analizada y que se estimaba el perjuicio anual en unas cifras muy concretas, que no se especificaba de dónde

¹⁸⁰ Contados estos tres meses a partir de los cuatro meses anteriores que habían tenido los interesados (entidades de gestión y asociaciones reconocidas por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio) para comunicar sus acuerdos al Ministerio de Cultura y al de Industria, Turismo y Comercio

¹⁸¹ La ocasión anterior en la que se tuvo que llegar a un acuerdo, se prolongó bastante más de lo debido, como ya se comentó en la nota a pie de página 156.

¹⁸² No contiene la Ley 23/2006 ninguna previsión expresa a la derogación del anterior RD 1434/1992 que era el que anteriormente se había ocupado de desarrollar el art 25 LPI. Su disposición derogatoria única solo hace una referencia genérica a la derogación de todas aquellas normas de igual o inferior rango que se opusieran al contenido de la Ley. Por lo tanto, podemos entender que el anterior RD 1434/1992 no quedaba derogado en tanto que su contenido no se opusiera al de la Ley 23/2006. De esta manera, completaría el contenido de la disposición transitoria única.

provenían.¹⁸³ Es dentro de esa horquilla de cuantías en las que se debía situar la compensación equitativa recaudada por las entidades de gestión por lo que no es de extrañar que el monto total de la cuantía sea una cuestión bastante discutida puesto que, a mayor cantidad de pérdidas, mayor debían ser las cantidades que se marcaran para los diferentes equipos, materiales o soportes. Es por esa razón por la que yo también considero que hubiera sido necesario indicar de forma clara las fuentes de las que se habían obtenido los datos.

Siguiendo adelante con el tema, la orden PRE/1743/2008, con sus previsiones específicas para el ámbito digital, acabó teniendo un periodo de vigencia inferior a los dos años. En marzo de 2011, una sentencia de la Sala de lo Contencioso de la AN declaraba nula de pleno derecho dicha orden. La demanda que pretendía su nulidad se fundamentaba en que el sistema recaudatorio genérico de la orden prescindía del concepto legal de copia privada y gravaba *“de forma indiscriminada todo uso de la tecnología digital, sin contemplar excepción alguna.”*¹⁸⁴

La AN dio trámite a la demanda y no solo eso, sino que resolvió a favor del petitum de la misma. La AN, después de un somero análisis sobre el tipo de normativa de que se trata la orden de la que hablamos, llega a la conclusión de que es, a todas luces, una norma reglamentaria. Siendo así, debía ser estimada la nulidad por la ausencia del dictamen del Consejo de Estado, preceptivo en este tipo de normas reglamentarias.¹⁸⁵

Otro de los motivos que alega para fundamentar la nulidad es, precisamente, otra justificación procedimental: la omisión de las memorias justificativa y económica, que se consideran también preceptivas.¹⁸⁶

¹⁸³ Ha sido éste un tema en general muy criticado, porque la EM debería haber dejado claro de dónde había obtenido los datos.

¹⁸⁴ Así se pronuncia el fundamento de derecho tercero de la SAN de la Sala de lo Contencioso N° Recurso: 704/2008, de 22 de marzo de 2011. Además, el petitum de la demanda solicitaba que se declarase “la anulación de la misma, declarando así mismo la nulidad con efectos retroactivos de toda recaudación realizada abusivamente y se ordene el cese del cobro indiscriminado de la compensación equitativa por copia privada”.

¹⁸⁵ La SAN incluso viene a hacer hincapié en este punto que no podría considerarse salvado este requisito ni tan siquiera por razones de economía procesal.

¹⁸⁶ De la misma manera que con el dictamen del Consejo de Estado, la SAN especifica más adelante que dichas memorias no constan, *“sin que la nota explicativa del borrador de orden que obra en el expediente administrativo pueda considerarse como un instrumento válido que supla a las mismas, y ello ni por su contenido (que no cumple efectivamente las finalidades de las memorias), ni por el tiempo en que se produce”*.

La SAN viene a considerar que ambos motivos, previamente expuestos, constituyen un vicio tal que origina la nulidad completa de la orden PRE/1743/2008. Sorprende que la AN ni tan siquiera entre a conocer de los motivos de fondo que ponían en entredicho la orden. Solución que considero que dejó a más de uno decepcionado puesto que hubiera sido mucho más revelador el establecimiento de ciertos motivos de fondo que justificasen la nulidad de la orden y que podrían haber sido tenidos en consideración de cara a una futura orden o a la actualización de la misma.

Lo que sí reconocen expresamente es que la nulidad se refiere exclusivamente al contenido de la orden; lo que no pueden es acceder a otras de las peticiones de la demanda. Ni resuelven el *petitum* en torno a la nulidad carácter retroactivo de las recaudaciones realizadas abusivamente ni en relación al cese del cobro de la propia compensación. Teniendo este extremo en cuenta, podemos llegar a la conclusión de que la anulación de la AN lo que viene a provocar es, únicamente, un acercamiento de la fecha de revisión obligatoria de esa orden; además de obligar a los responsables de su creación a incluir los defectos técnicos en que había incurrido la otra.

También la LES contenía una previsión en relación a la compensación equitativa. Era su disposición adicional duodécima la que decía que: *“El Gobierno, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, mediante Real Decreto y con plena conformidad al marco normativo y jurisprudencial de la Unión Europea, procederá a modificar la regulación de la compensación equitativa por copia privada.”* La Ley entró en vigor el 5 de marzo por lo que, si atendemos al contenido de la disposición, deberíamos haber tenido un nuevo RD que regulase la compensación equitativa el 5 de junio. Sin embargo esto no ha sido así.

En la situación actual nos encontramos con que la orden del 2008 fue declarada nula en marzo de 2011; que en el mismo mes, la LES dio un plazo de tres meses para la confección de un nuevo texto. Y, sin embargo, ya han transcurrido varios meses y no se ha otorgado solución. No solo eso; me inclino a pensar que, teniendo en cuenta la experiencia que nos acompaña en este tema,¹⁸⁷ es muy factible pensar que aún nos queda, al menos, un año por delante antes de que tengamos de nuevo un texto regulatorio de la compensación equitativa por copia privada.

¹⁸⁷ El lector puede consultar el análisis de la situación que se dio en nuestro país en los años 90 cuando nos enfrentamos a una situación parecida en la nota a pie de página nº 156.

La duda surge en relación al hecho de que, si la AN ha declarado nula la orden y, sin embargo, no puede cesar en el devengo de la compensación, ¿en qué normativa se basa esa compensación equitativa? Me inclino a pensar que lo ideal sería que se considerase en vigor la disposición transitoria única de la Ley 23/2006 y en lo no que no sea incompatible con la misma, también el RD 1434/1992. Aunque, sin lugar a dudas, la solución definitiva es la publicación de un nuevo RD, en el menor plazo posible.

7. Conclusiones

Una vez concluidos los análisis que a lo largo del presente trabajo se han ido sucediendo, las conclusiones a las que podemos llegar son muchas. Vayamos desgranándolas por temas, una por una y de manera sistemática.

7.1 Introducción: soportes e Internet

1º- Lo que hemos podido apreciar en el estudio realizado es que, en primer lugar, la persona por naturaleza crea y las obras del espíritu existen, haya o no propiedad intelectual. Posteriormente, empezamos a disponer de un soporte duradero e intercambiable, donde sus creaciones pueden permanecer y pueden enajenarse. Esa enajenación da lugar a nuevas formas de negocio que van moldeándose y evolucionando a la sombra de los inventos revolucionarios que se van abriendo paso a lo largo de los últimos seiscientos años. La historia del Derecho de autor es una historia de continuas adaptaciones a las nuevas técnicas de reproducción y soportes de almacenamiento y su continua debilidad frente a las novedades; y lo hemos visto con la imprenta, con el fonógrafo y, finalmente, con Internet.

2º- A diferencia de lo que ocurría anteriormente con otros inventos, con Internet la industria de la propiedad intelectual se enfrenta a problemas de una magnitud nunca vista. Se enfrenta, ya no a una multiplicación de las copias susceptibles de ser objeto de comercio, sino a un aumento exponencial de cada una de esas copias, sin posibilidad de control por parte del autor o del titular del derecho de explotación. Se enfrenta, igualmente, a que la copia ya no está en un soporte físico, sino que el soporte ahora es digital lo que implica que la obra, a pesar de haber sido copiada numerosas veces,

mantiene intacta su calidad y su capacidad de seguir reproduciéndose *ad infinitum*. De esta manera, la llegada de Internet y del mundo digital han supuesto un cambio radical en el planteamiento que doctrina y legislación tenían de la propiedad intelectual. Y no sólo eso, también supone un reto constante para la jurisprudencia, que tiene que ir resolviendo casos sin perder de vista la actualidad técnica, en constante evolución. Es por todo ello que debemos adaptar los derechos actuales a la nueva era, por lo que no me parece acertado negar de raíz, aunque solo sea la posibilidad, de que sea necesario establecer nuevos conceptos en torno a la propiedad intelectual y a su nueva realidad con Internet y la digitalización de contenidos.

7.2 Derecho de reproducción

1º- Resulta innegable que los derechos de explotación han sufrido mucho todos los cambios mencionados anteriormente. Sin lugar a dudas, el derecho de comunicación pública o el de distribución se han visto afectados. Pero podemos concluir que el derecho de reproducción puede ser considerado como el que más se ha visto afectado por la llegada de Internet y del entorno digital, debido a la amplitud que ahora adquiere su conceptualización, que engloba cualquier tipo de fijación de una obra o prestación, en prácticamente cualquier soporte e independientemente de que sea permanente o temporal.

7.3 Reproducciones provisionales

1º- Queda claro que las reproducciones provisionales fueron concebidas como excepciones al derecho de reproducción; y que su finalidad es la de proveer un espacio de maniobra a los adelantos tecnológicos que se van sucediendo en la era actual. La DDASI lo que invita es a crear un límite que permita a los usuarios y proveedores de Internet un uso más cómodo de la red, donde no haya que solicitar una autorización cada vez que nos encontremos con un tipo de reproducción de esta clase, a la vez que este servicio no resulte incómodo también para los usuarios. Y, por lo tanto, entiendo que prevalece un interés público: el interés público del desarrollo de las nuevas tecnologías e Internet.

2º- A pesar de que nuestro legislador aún la copia privada y las reproducciones provisionales en un mismo artículo, son conceptos completamente diferenciados. Las

reproducciones provisionales no son límites del derecho de reproducción porque sean un tipo de copia privada. Tienen su finalidad y su justificación jurídica independiente

3º- Uno de los requisitos que se exigen para considerar a una reproducción determinada como reproducción provisional, es que carezca de valor económico. Para encontrar una correcta interpretación de qué sea carecer de valor económico, debemos acudir a la regla de los tres pasos que nos exige que el límite debe aplicarse a casos concretos, que no entre en conflicto con la explotación normal de la obra y que no perjudique los intereses del titular. Por lo tanto, carecerá de valor económico en tanto que la reproducción no tenga una relevancia tal, que interfiera con la explotación normal de la obra.

7.3.1 Copias efímeras

1º- Dentro de los diversos tipos de copias a los que pueden dar lugar las reproducciones provisionales estas copias efímeras son las que menos problemas interpretativos han causado. Parece pacífico afirmar que deben ser consideradas reproducciones provisionales, de hecho, es la naturaleza propia de la copia efímera la que hace pensar que cuando el legislador de la DDASI introdujo el límite obligatorio de las reproducciones provisionales, se estaba refiriendo a este tipo de copias. Únicamente a este tipo de copias; y no a las copias RAM o a la copias caché.

2º- Las copias efímeras son un tipo de reproducciones provisionales que están incluidas dentro de la limitación del art 31.1 y, por lo tanto, quedan fuera del objeto del derecho de reproducción contenido en el art 18. No considero acertada la postura de excluirlas de la letra de la ley por su mera carencia de relevancia jurídica.

3º- En cuanto a las copias que se realiza en los procesos de routing, éstas son copias incompletas y sin sentido propio que no pueden ser extraídas ni utilizadas para ningún otro fin que no sea el de la transmisión que se está llevando a cabo. No sólo no tienen entidad económica: ni tan siquiera tienen entidad propia como obra o prestación protegida, puesto que los fragmentos no son reconocibles. Por lo tanto, no pueden quedar encuadradas siquiera dentro del derecho de reproducción y, menos aún, dentro del límite al derecho de reproducción.

7.3.2 Copias caché

1º- Este tipo de copias sí suponen una pérdida del control de los contenidos incluidos en los sitios *web* y, por lo tanto, existe un contenido económico independiente. Esta pérdida puede ser parcial o incluso llegar a ser total puesto que, el hecho de que la copia caché sea provisional no significa que no pueda tener una vida larga; tan larga que al almacenarse en un momento dado, si la página *web* de la que hemos obtenido los contenidos cambia radicalmente y la copia caché no se actualiza, lo que tenemos delante es una pérdida total del control sobre los contenidos incluidos en la citada página *web* con el autor. De esta manera, no podemos entenderlas incluidas dentro del límite de las reproducciones provisionales.

2º- El desarrollo que se está llevando a cabo en relación a las medidas de protección frente al *caching* (páginas *web* dinámicas, programas informáticos *anticaché*, etc.) parece que tiene más sentido que el incluir el proceso dentro de alguno de los límites del derecho de reproducción. Debemos permitir a los titulares de los derechos que puedan decidir si quieren evitar la copia en los casos en los que no se quiera efectuar.

7.3.3 Copias RAM

1º- En este caso, tampoco creo que podamos considerar que sean un tipo de copias carentes de sentido económico independiente. Esto es así puesto que las copias RAM sí tienen significación económica y la prueba está en que ya hay negocios en Internet que se sustentan única y exclusivamente sobre la posibilidad de visualización de contenidos audiovisuales o la audición de contenidos musicales *on-line*, con la generalización de los servicios en *streaming*. De esta manera, las copias RAM tampoco están incluidas en el límite de las reproducciones provisionales.

7.4 Copia privada

1º- En cuanto a la discusión sobre si la copia privada es una excepción o un límite, me parece correcto considerar los conceptos de límite y de excepción sin duda como diferenciados. De esta manera, la copia privada debería ser considerada un límite,

mientras que el caso de los programas de ordenador y las BBDD electrónicas, deberían ser considerados como una excepción.

2º- La relación existente entre copia privada y compensación equitativa es muy estrecha. Sin embargo, creo que ambas son independientes; hasta el punto de que una puede existir sin la otra y viceversa. De hecho, pensar que si no se ha abonado la compensación equitativa, no estamos ante un tipo de copia privada, ocasionaría una interpretación tan restrictiva del concepto que haría perder la propia naturaleza del límite de copia privada.

3º- La fundamentación de la existencia de la copia privada reside en la imposibilidad de control por parte de las autoridades y de la industria de aquellas copias que se realizan, en la más estricta intimidad, a partir de ejemplares a los que se ha accedido legalmente. Más allá de si nos encontramos con un derecho al secreto de las comunicaciones, a la intimidad o a la inviolabilidad del domicilio nos encontramos, en primer e inevitable lugar, con que la copia privada escapa a nuestro control.

4º- La copia privada se predica sobre cualquier tipo de soporte; sin embargo, en el caso de las copias privadas digitales, se le ha querido dar mayor importancia debido a que este tipo de copias son susceptibles de reproducirse de forma más prolija a la vez que no pierden ningún grado de calidad en el proceso. De esta manera, las copias privadas han de ser compensadas en mayor medida, por causar mayores pérdidas en relación al derecho de reproducción de la propiedad intelectual.

5º- La inclusión del requisito de legalidad del acceso a la copia, tiene mucho que ver con la proliferación de las redes P2P, con los altos índices de piratería que se registran en nuestro país y la persecución por parte de la UE a nuestro país a raíz de esos datos. Sin embargo, no podemos hablar de que el acceso a obras protegidas a través de las redes P2P, para obtener una copia privada de uso personal, sin ánimo de lucro y sin posterior puesta a disposición, sea un acceso ilegal a la obra. Tal vez podríamos hablar un acceso injusto en relación al efectivo ejercicio de sus derechos de propiedad intelectual por parte de los titulares. Pero en ningún caso, de un acceso ilegal.

6º- No van a poder considerarse copias privadas, en ningún caso, a aquellas que se hacen por encargo. De hecho, tampoco considero copias privadas a las que se realizan en los establecimientos destinados a la reprografía, aunque los empleados no intervengan en la copia, puesto que el establecimiento tiene un interés mercantil en esa

realización de copias y, dado que la regla de los tres pasos intenta prevenir que los límites acaben afectando de forma considerable a la normal explotación de la obra o de la prestación protegida, estas prácticas atentaría directamente contra la famosa regla.

7.5 Compensación equitativa

1º- El sentido y la intención del establecimiento de la compensación equitativa por copia privada es no permitir que exista ninguna copia privada sin el consecuente abono de la compensación equitativa. Es por eso que la compensación equitativa no está para compensar las pérdidas causadas a la industria por la llamada “piratería”, ya que esas copias no pueden ser consideradas copias privadas del art 31.2 LPI.

2º- La compensación equitativa que se devenga por las copias digitales es más sustanciosa que la de las copias analógicas. Esto es así puesto que las copias digitales son susceptibles de causar más daño a los intereses de los autores y, por lo tanto, deben ser compensadas de manera más generosa; aunque la EM de la Ley 23/2006 va demasiado lejos considerando que son las copias privadas digitales las que motivan la obligatoriedad de la imposición de la compensación, si existe el límite de copia privada.

3º- Conociendo la situación actual y la relación que se establece con las medidas tecnológicas, una vez que las medidas tecnológicas evolucionen lo suficiente, la compensación equitativa estará avocada a su extinción. Unas medidas tecnológicas que permitan hacer un número determinado de copias para uso privado, o que limiten la duración de estas copias, hará innecesario el cobro de una compensación puesto que podremos incluir el perjuicio causado por el límite de las copias privadas dentro del precio de venta de las obras o prestaciones protegidas.

4º- En último lugar, en cuanto a la nulidad de la orden PRE/1743/2008, pronostico al menos un año de tramitación del nuevo texto legislativo, como ya sucedió anteriormente. Mientras tanto, la solución más acertada reside en considerar en vigor la disposición transitoria única de la Ley 23/2006 y, en lo no que no sea incompatible con la misma, también el RD 1434/1992. Aunque, sin lugar a dudas, la solución definitiva es la publicación de un nuevo RD, en el menor plazo posible.

8. Bibliografía

8.1 Doctrina

- ANGUITA VILLANUEVA, L.A. y AYLLÓN SANTIAGO, H.S., *Nuevas fronteras del objeto de la Propiedad Intelectual*. Ed. Reus. Madrid, 2008.
- BARBERÁN MOLINA, P. *Manual práctico de Propiedad Intelectual*. Ed. Tecnos. Madrid, 2010.
- BENKLER, Y., From consumers to users: shifting the beeper structures os regulation toward sustainable commons and user access en *Federal Communications Law Journal* Vol. 52 nº 3 Págs. 561-579. Indiana, 2000.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord) *Manual de propiedad intelectual* 4ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2007.
- BRAGA DE SIQUIERA, M.R., “El derecho de puesta a disposición del público: antecedentes normativos y primera jurisprudencia” en *Revista de Propiedad Intelectual* nº 34. Madrid, 2010. Págs. 43 a 93.
- CABRERA BLÁZQUEZ, F.J., “Regulación de la copia privada a nivel europeo y jurisprudencia reciente en materia de redes P2P”. Ponencia expuesta en el “Congreso Internacional copia privada y piratería de obras protegidas por el Derecho de Autor”. Logroño. 15 y 16 de diciembre de 2005. Publicada en *@utor y Derecho*, 2006 http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/Cabrera_p2p.pdf
- CADARSO PALAU, J., “Sobre algunos límites del derecho de reproducción: reproducciones para constancia en un procedimiento. Reproducciones para uso privado. La remuneración compensatoria por copia privada. Reproducciones hechas por bibliotecas y entidades de género”, en *Los límites del Derecho de Autor*, Madrid 2006.
- CARBAJO CASCÓN, F., “El pulso en torno a la copia privada” en *Revista de Propiedad Intelectual* nº 16. Madrid, 2004. Págs. 9-54.
- CARBAJO CASCÓN, F., *Publicaciones electrónicas y Propiedad Intelectual* Ed. Colex, Madrid 2002.
- CASTRO CASTRO, C., “Internet: sociología y cultura”, en *Nuevas tecnologías y Propiedad Intelectual*. Ed. Reus. Colección De Propiedad Intelectual. Madrid, 1999.

- COASE, R., “The problem of social cost” en *The firm, the market and the law*. University of Chicago Press .Chicago, 1988
- DE ANGELIS, D., *La tutela giuridica delle opere musicali digitali* Ed. Giuffrè. Milano, 2005.
- DE BROGLIE, G., *Le droit d’auteur et l’internet* Cahier des sciences morales et politiques. Paris, 2001
- DELGADO PORRAS, A., “La incorporación de la Directiva 2001/29/CE al Derecho español de propiedad intelectual (Derecho de autor y derechos afines al de autor)”, en *RIDA*, nº 210, 2006.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de Internet* Ed. Thomson Reuters-Civitas. 4ª Edición. Pamplona, 2011
- DE ROMÁN PEREZ, R., “Naturaleza jurídica del Derecho de Autor” en *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*. Ed. Reus. Madrid, 2005.
- ENCABO VERA, M.A., “Las obras multimedia”, en *Nuevas tecnologías y Propiedad Intelectual*. Ed. Reus. Colección De Propiedad Intelectual. Madrid, 1999.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, I., *El derecho de autor en Internet: La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*. Ed. Comares. Granada 2001.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de propiedad intelectual*. Colección Estudios de Derecho Privado. Dir. Rodrigo Bercovitz Rodriguez Cano. Ed. Comares. Granada, 2005.
- GÓMEZ SEGADE, J.A., “Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información”, en *Nuevas tecnologías y Propiedad Intelectual*. Ed. Reus. Colección De Propiedad Intelectual. Madrid, 1999.
- GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J., “Napster: Copias robadas, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet” en *Revista de Propiedad Intelectual* nº 6. Madrid, 2000. Págs. 65 a 83.
- HERRANZ CASTILLO, R., NOGUEROL CARMENA, A. Y ROSÓN OLMEDO, T., “Obras en acceso abierto y responsabilidad por hecho ajeno en Internet” en *El derecho de autor y las nuevas tecnologías (Reflexiones sobre la reciente reforma de la LPI)*.

Coords. MACÍAS CASTILLO, A. Y HERNÁNDEZ ROBLEDO, M.A. Ed. La Ley. Madrid, 2008.

- KÉRÉVER, A., “La directive européenne d’harmonisation de certains aspects des droits d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information” en *Boletín de Derecho de Autor*. Volumen XXXV nº 1 enero-marzo 2001. Ediciones UNESCO. Edición electrónica. Pág 3 a 19.

<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001243/124395f.pdf#124396>

- KÉRÉVER, A., “La problématique de l’adaptation du droit de reproduction et du droit de représentation publique dans l’environnement numérique multimédia” en *Boletín de Derecho de Autor*. Volumen XXXI nº 2 abril-junio. 1997. Ediciones UNESCO. Edición electrónica. Pág 4 a 25.

<http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001098/109840fb.pdf#109842>

- LACRUZ MANTECÓN, M., “Las máquinas de entretener, o cómo se hace el Derecho de Autor” en *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*. Ed. Reus. Madrid, 2005.

- LACRUZ MANTECÓN, M., ““NAPSTER”, o como cargarse la Propiedad Intelectual (tal como la venimos entendiendo)” en *Autor y derecho: Ciberrevista sobre propiedad intelectual*, nº 1, 2000-2001

- LEDESMA IBÁÑEZ, J., *Piratería digital en la Propiedad Intelectual*. Ed. BOSCH. Madrid, 2011.

- LESSIG, L., *Free culture*. The penguin press. Nueva York, 2004.

- LÓPEZ MAZA, S. Y MINERO ALEJANDRE, G., “El carácter equitativo de la compensación por copia privada. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de Octubre de 2010 (Caso Padawan)” en *Revista de Propiedad Intelectual* nº36. Madrid, 2010. Págs. 89 a 116.

- MARCIAL, M.V., *Epigramas I*. Libro I. Traducción y notas de Antonio Ramírez de Verger. Col. Biblioteca básica Gredos. Ed. Gredos. Barcelona, 2001.

- MARCO MOLINA, J., “La formación del concepto de derecho de autor y la originalidad de su objeto” en *El derecho de autor y las nuevas tecnologías (Reflexiones sobre la reciente reforma de la LPI)*. Coords. MACÍAS CASTILLO, A. Y HERNÁNDEZ ROBLEDO, M.A. Ed. La Ley. Madrid, 2008.

- MARTÍN VILLAREJO, A., “El ejercicio de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de las nuevas tecnologías”, en *Nuevas tecnologías y Propiedad Intelectual*. Ed. Reus. Colección De Propiedad Intelectual. Madrid, 1999.
- MASSON, D.J., “Fixation on fixation: why imposing old copyright law on new technology will not work” en *Indiana University School of Law-Bloomington*, 1996 <http://law.indiana.edu/ilj/volumes/v71/no4/masson.html>
- MILLARES CARLO, A., *Introducción a la Historia del libro y de las bibliotecas*, Fondo de Cultura Económica. México, 1971.
- MOCHÓN MORCILLO, F., *Economía, teoría y política*. Ed. Mcgraw-Hill. 5º Edición. Madrid, 2005.
- ORTEGA DOMÉNECH, J., *Obra plástica y derecho de autor* Ed. Reus. Madrid, 2000.
- PÉREZ DE CASTRO, N., “Las obras audiovisuales y las nuevas tecnologías”, en *Nuevas tecnologías y Propiedad Intelectual*. Ed. Reus. Colección De Propiedad Intelectual. Madrid, 1999.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “La Propiedad Intelectual como propiedad temporal”, en *La duración de la Propiedad Intelectual y las obras en dominio público*. Ed. Reus. Madrid, 2005.
- RIBERA BLANES, B., *El derecho de reproducción en la Propiedad Intelectual*. Ed. Dykinson. Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J.M./BONDÍA ROMÁN, F., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Cívitas, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* Ed. Thomson Civitas. Pamplona, 2007.
- ROGEL VIDE, C. Y SERRANO GÓMEZ, E. *Manual de Derecho de Autor*. Ed. Reus. Madrid, 2008.
- ROGEL VIDE, C., (Coord.) *Nuevas tecnologías y Propiedad Intelectual* Ed. Reus, Colección de propiedad intelectual. Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., “La copia privada digital” en *Revista de Propiedad Intelectual* nº14. Madrid, 2003. Págs. 9 a 39.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer-to-peer*. Instituto de Derecho de Autor. Madrid, 2007.

- SERRANO GÓMEZ, E., *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*. Cuadernos Civitas. Madrid, 2000.
- SERRANO GÓMEZ, E., *Los derechos de remuneración de la Propiedad Intelectual*. Ed. Dykinson. Madrid, 2000.
- TORAL LARA, E., “Algunas consideraciones sobre la “idoneidad” del sistema de compensación por copia privada” en *El derecho de autor y las nuevas tecnologías (Reflexiones sobre la reciente reforma de la LPI)*. Coords. MACÍAS CASTILLO, A. Y HERNÁNDEZ ROBLEDO, M.A. Ed. La Ley. Madrid, 2008.
- VÁZQUEZ LÓPEZ, V., “Perspectivas de futuro en torno a los límites del derecho de autor. Las tendencias internacionales y la posición de la OMPI” en *Los límites del derecho de autor* Ed. Reus. Madrid, 2006.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., “El canon no es eso, ni tampoco eso otro. Crónica de un falso debate” en *Boletín de Propiedad Intelectual, Industrial, Nuevas Tecnologías y Medios de Comunicación* nº 15 Abril 2008. Págs. 1 a 3.

8.2 Legislación

- Ley de 10 de enero de 1879, de Propiedad Intelectual.
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, acta de París de 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.
- Constitución española de 1978.
- Ley 20/1992 de 7 de julio que modifica la Ley 22/1987 de 11 de noviembre de 1987, que regula la PI.
- RD 1434/1992 de 27 de noviembre por el que se desarrollan los arts 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre de 1987, reguladora de la PI, en la versión dada a los mismos por la Ley 20/1992 de 7 de julio de 1992.
- RD 325/1994 de 25 de febrero que modifica el art 15.2 del RD 1434/1992, de 27 de noviembre de 1992, de desarrollo de los arts 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987 de 11 de noviembre de 1987, reguladora, en la versión dada a los mismos por la Ley 20/1992 de 7 de julio de 1992.
- Ley 43/1994 de 30 de diciembre que incorpora al Derecho español la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor de la propiedad intelectual.

- Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI sobre Derecho de Autor WCT-1996.
- RDL 1/1996 de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobada por Ley 22/1987, de 11 de noviembre.
- 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.
- Ley 34/2002, de 11 de junio, de Servicios de la Sociedad de la Información.
- Ley 23/2006 de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el RDL 1/1996 de 12 de abril.
- Orden PRE/1743/2008 de 18 de junio que establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción.
- Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible

8.3 Jurisprudencia

- SAP de Barcelona 83/2011 de 24 de febrero.
- Asunto C-467/08. SGAE contra Padawan, S.L. Conclusiones de la abogada general Sra. Verica Trstenjak, presentadas el 11 de mayo de 2010.
- SAP de Barcelona de 17 de septiembre. AC 2008/1773.
- SAP de Barcelona 436/2006 de 29 de septiembre.
- Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Santander, 309/2006 de 14 de julio.
- Auto AP de Murcia 201/2009 de 16 de septiembre.
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, 67/2010 de 9 de marzo.
- SAN de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª de 22 de marzo de 2011.

8.4 Otros documentos

- Libro verde de los Derechos de autor en la economía del conocimiento. Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas, 16.7.2008. http://www.isciii.es/htdocs/internacionales/pdf/Libro_verde_CE_derechos_de_ator_en_la_economIa_del_conocimiento.pdf
- Gowers review of Intellectual Property. Diciembre, 2006. http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.hm-treasury.gov.uk/media/6/E/pbr06_gowers_report_755.pdf
- Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio, 1994.
- Oberholzer-Gee, F. y Strumpf, K., “File-Sharing and Copyright”. Working Paper publicado por la Harvard Business School en 2009.