

**Universidad Internacional de La Rioja
Facultad de Derecho**

El acceso legal a la copia privada

Trabajo fin de máster presentado por: Raquel Castro Suárez-Pumariega
Titulación: Máster en Propiedad Intelectual y Derecho de las Nuevas Tecnologías
Línea de investigación: Propiedad Intelectual
Director/a: Pedro Letai Weissenberg

A Coruña
20 de noviembre de 2015
Firmado por: Raquel Castro Suárez-Pumariega

CATEGORÍA TESAURO: (3.1.5.) Derecho Privado

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	4
RESUMEN – PALABRAS CLAVE; ABSTRACT – KEYWORDS	5
I. INTRODUCCIÓN.....	6
I.1. Planteamiento.....	6
I.2. Concepto y evolución de la copia privada.....	8
I.3. La distinción entre copia privada analógica y copia privada digital	11
I.4. El derecho de reproducción	12
I.4.1. Requisitos para que exista reproducción según el artículo 18	13
I.4.2. El derecho de reproducción en la sociedad de la información	14
II. FUNDAMENTO DE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS EXCLUSIVOS.....	17
II.1. Razones que justifican los límites	17
II.2. Límites a los derechos exclusivos en Europa y España	20
II.3. Fundamento del límite de copia privada	22
II.3.1. Los argumentos tradicionales a favor del límite	22
II.3.2. La revisión de los argumentos tradicionales en la era digital	23
II.3.3. Recapitulación. Situación actual	25
III. LA REGULACIÓN DEL LÍMITE DE COPIA PRIVADA Y DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA A NIVEL EUROPEO: LA DDASI.....	29
III.1. La copia privada. Elementos del artículo 5.2.b) de la DDASI.	29
III.2. La compensación equitativa en Europa. Fundamento y regulación.....	31
IV. LA REGULACIÓN DEL LÍMITE DE COPIA PRIVADA EN ESPAÑA.....	35
IV.1. La evolución normativa del límite de copia privada en España	35
IV.2. Los elementos que configuran el límite de copia privada	37
IV.2.1. Copia total o parcial y número de copias	37
IV.2.2. Reproducción en cualquier soporte de obras ya divulgadas.....	38
IV.2.3. Reproducción realizada por personas físicas –sin asistencia de terceros–, exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales, y	

siempre que la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa ni distribución mediante precio	39
IV.2.4. Acceso legal desde una fuente lícita	42
IV.3. Las exclusiones al límite de copia privada	51
IV.3.1. Las obras puestas a disposición del público de manera que cualquiera pueda acceder desde el lugar y momento que elija	51
IV.3.2. Bases de datos electrónicas y programas de ordenador	51
IV.4. La regla de los tres pasos	52
V. LA REGULACIÓN DEL REQUISITO DE ACCESO LEGAL A LA COPIA PRIVADA EN OTROS PAÍSES. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO	55
VI. LA REGULACIÓN DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA EN ESPAÑA	60
VI.1. Introducción	60
VI.2. La evolución normativa de la compensación equitativa en España	61
VI.3. La compensación equitativa en relación a las medidas tecnológicas de protección	66
VI.4. La compensación equitativa en relación al requisito de acceso legal a copia privada	68
VI.5. El Caso Padawan. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de octubre de 2010	70
VII. ASUNTOS RESUELTOS POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL ACCESO LEGAL A LA COPIA PRIVADA	74
VII.1. El Caso ACI Adam. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de abril de 2014	74
VII.2. El Caso Copydan. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de marzo de 2015	78
VII.3. El Caso Hewlett-Packard Belgium. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de noviembre de 2015	87
VIII. CONCLUSIONES	89
IX. BIBLIOGRAFÍA	93

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

- 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 – Estados Miembros
- HPB – Hewlett-Packard Belgium.
- LDA – Ley Belga de 30 de junio de 1994 relativa a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor.
- OMPI – Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
- P2P – Redes “Peer to Peer”, “*de usuario a usuario*”.
- PC – Private Copying, Copia Privada.
- SGAE – Sociedad General de Autores y Editores.
- TJUE – Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TPM – Technical Protection Measures, Medidas Tecnológicas de Protección.
- TRLPI ó LPI – Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, ó Ley de Propiedad Intelectual.
- UE – Unión Europea.

RESUMEN

EL ACCESO LEGAL A LA COPIA PRIVADA

El límite de copia privada significa que, en aquellos casos en los que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), no será preciso recabar la autorización del autor para la utilización de su obra –si bien éste tendrá derecho a cobrar una compensación equitativa–. Entre dichos requisitos, es de gran importancia el relativo al acceso legal. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de recientes sentencias –que son vinculantes para todos los Estados Miembros– suscitadas en este ámbito, ha declarado que no están amparadas por este límite las reproducciones que se llevan a cabo desde fuentes ilícitas. Por su parte, la última reforma de la LPI española ha restringido aún más este requisito de acceso legal, exigiéndose ahora que o bien el soporte desde el que se realiza haya sido adquirido en propiedad por compraventa mercantil, o bien que haya sido accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública.

PALABRAS CLAVE – Copia privada; Acceso legal; Compensación Equitativa; Límites; Excepciones; Derecho de Reproducción.

ABSTRACT

LEGAL ACCESS TO PRIVATE COPYING

The private copying limitation means that, in those cases where the requirements of the Intellectual Property Law (IP Law) are met, it is not necessary to request the author's permission for the use of his work –although he is entitled to receive a fair compensation–. One of these requirements is the legal access. The European Court of Justice, through recent decisions –which are binding on all Member States–, raised in this area, said that copies made from unlawful sources are not covered by the private copying limitation. Meanwhile, the latest reform of the Spanish IP Law has further restricted the requirements of legal access, requiring now that either the source from which the private copying is made has been purchased, or that it has been accessed through a legitimate act of public communication.

KEYWORDS - Private Copying; Legal Access; Fair Compensation; Limitations; Exceptions; Right of Reproduction.

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Planteamiento

La copia privada es posiblemente el límite a los derechos de autor más extendido a escala mundial y con mayor relevancia práctica, y ello por dos razones fundamentales: por un lado, por las repercusiones económicas que trae consigo su aplicación y, por otro, por la frecuencia con la que se aplica¹. A lo largo del presente trabajo, se llevará a cabo un estudio de la figura de la copia privada en relación a tres pilares fundamentales:

- En primer lugar, a los aspectos establecidos por la Directiva 2001/29/CE² (en adelante, DDASI), introducidos en nuestro ordenamiento jurídico mediante la transposición realizada por la Ley 23/2006, de 7 de junio³.
- En segundo lugar, a la regulación contenida en la Ley de Propiedad Intelectual española y, en especial, a las importantes matizaciones y modificaciones recientemente llevadas a cabo a través su última reforma, operada por Ley 21/2014, de 4 de noviembre⁴, en vigor desde el 1 de enero de 2015.
- En tercer lugar, a los pronunciamientos contenidos en tres recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con incidencia en sede de copia privada; sentencias que son vinculantes para los Estados Miembros (en adelante, cuando proceda, EM) y cuya relevancia es, por tanto, capital.

A raíz de la última reforma de la Ley de Propiedad Intelectual arriba mencionada, se han introducido ciertas modificaciones importantes en cuanto al límite de copia privada. En el presente documento, se estudiarán de manera detallada todos los requisitos que han de concurrir para que se pueda considerar que una copia entra

¹ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA (2008). *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*. Editorial Comares – Granada (p. 111-112). En el mismo sentido, LÓPEZ MAZA, S. (2009). *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*. Ed. Comares – Granada. Pág. 169

² 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.

³ Ley 23/2006, de 7 de junio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

⁴ Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

dentro de este límite legal, prestando especial atención, dentro de tal análisis, a la exigencia del acceso legal desde fuente lícita, que ha traído consigo una restricción todavía mayor del límite⁵, con todas las consecuencias que ello acarrea y que serán estudiadas a lo largo de este trabajo. A través del presente estudio, por tanto, se llevará a cabo un análisis de los diferentes aspectos implicados, tratando de dar respuesta a las diferentes cuestiones que puedan surgir en relación al régimen jurídico de este límite al derecho exclusivo de reproducción de los autores.

Para ello, resulta capital dejar claro, en primer lugar, cuál es el concepto de copia privada y en qué se diferencia la analógica de la digital, así como precisar en qué consiste el derecho de reproducción que la Ley de Propiedad Intelectual reconoce con un carácter exclusivo, a los autores, ya que éste constituye la base sobre la cual se establece este límite. Asimismo, es esencial conocer el por qué de los límites; cuál es su fundamento –y, en especial, las razones que justifican este límite en concreto–. A ello se dedicará el primer y segundo epígrafe del trabajo.

A continuación, se analizarán de manera general los requisitos para considerar que una copia privada está permitida, prestando especial atención, como ya se ha adelantado, al requisito relativo al acceso legal desde una fuente lícita –realizando, a tal respecto, un breve análisis de derecho comparado en el epígrafe V–. Se estudiarán las razones para que ello sea así y se examinarán algunos aspectos que se encuentran íntimamente relacionados con ello y que son de gran importancia, tales como la compensación equitativa por copia privada (epígrafe VI). Y ello en base no sólo a la normativa española y sus sucesivas modificaciones (epígrafe IV), sino también a la luz de las disposiciones europeas en la materia (epígrafe III).

⁵ Así, el apartado 2 del artículo 31 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante, TRLPI o Ley de Propiedad Intelectual), queda redactado de la siguiente manera: 2. *Sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias, constitutivas del límite legal de copia privada: a) Que se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales; b) Que la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita. A estos efectos, se entenderá que se ha accedido legalmente y desde una fuente lícita a la obra divulgada únicamente en los siguientes supuestos: 1. Cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil; 2. Cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada. c) Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio.*

El epígrafe VII, por su parte, presenta las principales consideraciones a tener en cuenta en relación a tres pronunciamientos recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de cuyas sentencias de 10 de abril de 2014, 5 de marzo de 2015 y 12 de noviembre de 2015 –casos ACI Adam, Copydan y Hewlett-Packard Belgium, respectivamente–, se derivan cuestiones de gran relevancia en el ámbito de la copia privada y, más en particular, sobre el requisito relativo al acceso legal desde fuente lícita.

Finalmente, el apartado VIII cierra el estudio ofreciendo las conclusiones, a mi juicio, más relevantes en la materia.

I.2. Concepto y evolución de la copia privada

Para delimitar el concepto de “copia” y “copia privada”, podemos atender a lo dispuesto por López Maza, según el cual⁶

Por “copia” habría que entender cualquier reproducción de una obra o prestación que sea idéntica al original. Para hablar de “copia”, ésta debe haberse producido en un medio o soporte distinto de aquel en el que se ha expresado el original. Dando un paso más, podríamos decir que la “copia privada” es aquella reproducción que un particular puede hacer, siempre y cuando la destine a uso privado, no colectivo ni comercial.

El concepto de copia –ya no sólo de copia privada, sino de copia en general– ha cambiado radicalmente, dado que en la actualidad, y gracias a los medios técnicos de que disponemos, es posible obtener copias que son de idéntica o casi idéntica calidad al original, y además, podemos obtener un número muy elevado de ellas con un esfuerzo mínimo. Supone ello un gran cambio con respecto a las copias que se realizaban con anterioridad a la aparición de medios técnicos tan avanzados como los que hoy existen, ya que una copia siempre tenía una calidad inferior al original –piénsese en una fotocopia manual de un libro, por ejemplo–, y las copias a partir de otras copias tenían cada vez menos calidad que las anteriores.

Además de ello, el propio almacenamiento de las copias ha cambiado de manera sustancial. Por ejemplo, si uno dispone de un libro electrónico o e-Book que cuente

⁶ LÓPEZ MAZA, S. (2009: 185)

con una capacidad de 32GB, podría tener almacenados hasta 3.000 libros⁷ –todos ellos podrían estar protegidos por Derecho de autor– en un dispositivo que se puede transportar fácilmente y sin esfuerzo en un bolso o mochila. Es indudable que ello afectará a los derechos de los autores, y de manera muy especial, desde un punto de vista patrimonial.

Lo anterior tendrá relevancia ya no sólo en cuanto a la explotación que los autores – o los titulares de los derechos a los que éstos les han sido cedidos– decidan llevar a cabo, sino que también tendrá gran influencia en ello la piratería⁸, así como el régimen que acerca de la copia privada esté vigente. A este respecto, hay determinados autores que quieren vincular una y otra a través de la compensación equitativa, como veremos más adelante.

El Dictamen del Consejo de Estado aprobado el 28 de noviembre de 2013, en relación al Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (que finalmente derivó en la Ley 21/2014, de 24 de noviembre), se pronuncia a este respecto dejando patente la gran relevancia económica de este fenómeno⁹:

según los resultados del Observatorio de Piratería y Hábitos de consumo de contenidos digitales, realizado por la consultora independiente GfK, y que se encuentra alojado en la sede electrónica del Ministerio de Cultura, los accesos digitales ilegales en el año 2012 supusieron 3.049 millones de descargas, cuyo valor aproximado era de más de 15.200 millones de euros (un 41% más que en 2011). Según dicho Observatorio, las descargas ilegales comportaron pérdidas para las industrias culturales de unos 1.200 millones de euros, que dejaron además de generar casi 25.000 empleos directos y 124.000 empleos indirectos, con las correlativas consecuencias para el erario público de 500 millones de euros, que se dejaron de ingresar por IVA, cotizaciones a la

⁷ En tal sentido se publicita este tipo de dispositivos en tiendas de electrónica, aludiendo a dicha cantidad de libros que es posible almacenar en ellos.

⁸ Ledesma Ibáñez define piratería digital como “*cualquier acto que se realiza en el ámbito de la Red, por el cual se lleva a cabo una explotación de derechos de propiedad intelectual sin contar con la pertinente autorización del titular de los mismos, con el fin de eludir el cumplimiento de la ley en beneficio propio*”. Indica, además, que “*la piratería digital es un fenómeno complejo de analizar en tanto que se encuentra en permanente cambio a medida que las nuevas tecnologías ofrecen nuevas posibilidades de reproducir y poner a disposición del público obras protegidas a través de diversos formatos, multitud de soportes y procesos tecnológicos en constante evolución*”. LEDESMA IBÁÑEZ, J. (2011). *Piratería digital en la propiedad intelectual*. Ed. Bosch – Valencia (págs. 25-27).

⁹ Dictamen del Consejo de Estado; referencia 1064/2013 en el Asunto “Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, aprobado el 28 de noviembre de 2013.

Seguridad Social e IRPF. Según el mismo informe, el 51 % de los internautas descarga contenidos ilegales, siendo los accesos a música de un 32%, a películas de un 43%, a libros de un 12% y a videojuegos de un 7%. La mitad de los accesos ilícitos se produce sobre novedades en el mercado; un 22% considera que la actuación ilegal no daña a nadie y un 17% que su práctica ilegal no tiene consecuencias graves.

Por su parte, Pérez Tétrél¹⁰ en este sentido recuerda cómo la tecnología, que ha originado este “caos”, también ha ayudado al derecho en el sentido de auxiliar a subsanar el vacío jurídico y evitar la piratería a través de los sistemas de gestión de protección digital que combinan las medidas tecnológicas con los contratos privados. Tales medidas técnicas protegen a la obra de usos no autorizados y permiten la transmisión de contenidos de manera segura.

Sin embargo, apunta esta autora una cuestión importante, y es que se incluyen medidas tecnológicas en las obras con el fin de impedir usos no autorizados de las mismas, pero ello provoca también que se impida en ocasiones el ejercicio de derechos que están reconocidos por la normativa, como puede ser el de la copia privada –si bien a este respecto afecta de manera significativa el inciso introducido a través de la Ley 21/2014 modificadora de la Ley de Propiedad Intelectual, en el apartado a) del punto 3 del artículo 31: “*quedan excluidas de lo dispuesto en el anterior apartado [las copias privadas permitidas]: a) las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i), de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra*”. Es decir, quedan prohibidas las copias privadas “online”–.

En suma, la sociedad de la información, por un lado, ofrece nuevas oportunidades para la explotación de las obras por parte de sus autores o de los titulares de derechos, pero al mismo tiempo, aumenta las posibilidades de realización de copias ilegales por parte de los usuarios y, con ello, la violación de los derechos de autor.

¹⁰ A.M. PÉREZ GÓMEZ TÉTREL (2008). *El análisis económico del derecho de autor y del copyright, un estudio del equilibrio entre los intereses público y privado*. Revista La Propiedad Inmaterial – Universidad Externado de Colombia. Números 10-11. Pág. 18

I.3. La distinción entre copia privada analógica y copia privada digital

López Maza expone, tras ofrecer el concepto de “copia y “copia privada” recogido en el apartado anterior, las principales diferencias y consideraciones en relación a la copia privada analógica y la digital, de la siguiente manera¹¹:

En un principio, los únicos medios de reproducción disponibles se limitaban a la copia manual y mecanográfica. Posteriormente, y en el entorno analógico, este límite se aplicaba fundamentalmente a las obras reprográficas y a las efectuadas en cintas de audio y vídeo. Ahora, la digitalización ha proporcionado nuevos soportes donde las obras y prestaciones pueden ser almacenadas y transmitidas (...).

La copia privada será digital cuando quede plasmada en alguno de esos soportes digitales (CD, DVD, disquete, disco duro del ordenador...) (...). Consideraciones [*en relación a la copia privada, para que se considere digital*]:

a) Es indiferente la naturaleza del soporte utilizado para la reproducción o incluso su propia ausencia (por ejemplo, la copia realizada a partir de una obra o prestación puesta a disposición del público en internet, o la grabación de una emisión de una entidad de radiodifusión).

b) Tampoco tiene por qué provenir de un anterior soporte digital, pues lo importante para poder calificar una obra privada como digital es que sea digital el soporte en el que la misma quede incorporada, con independencia de que lo sea o no el soporte de procedencia..

c) No toda copia privada hecha a partir de un soporte digital es una copia privada digital, pues puede suceder que quede plasmada en un soporte analógico tradicional.

Existen algunos tipos de obras que son esencialmente digitales, en el sentido de que sólo se pueden expresar en lenguaje digital o únicamente son susceptibles de explotación en el ámbito digital (programas de ordenador, bases de datos electrónicas, obras multimedia, páginas web...). Otras obras pueden ser expresadas tanto en formato digital como en formato analógico (piénsese por ejemplo en los libros y su comercialización en formato digital a través de los llamados “eBooks” o también bajo la forma de “audiolibro”).

Mientras que, por sus características, las copias analógicas no causan grandes perjuicios al autor de la obra, sí lo hacen las digitales, dado que son réplicas en su mayoría exactas, cuya realización está al alcance de cualquiera con unos mínimos conocimientos. Es innegable que, por tanto, la copia privada digital puede afectar a

¹¹ LÓPEZ MAZA, S. (2009: 185-187)

la normal explotación de la obra por parte de quienes la realizan, mientras que en el entorno analógico ello no ocurre. Ello incide de manera directa en la llamada “regla de los tres pasos”, a cuyo estudio se dedica el epígrafe IV.4 de este trabajo.

Tanto la Directiva europea como la Ley de Propiedad Intelectual española hablan de “reproducciones en cualquier soporte” al hacer referencia al límite de copia privada por lo que, en principio, parece que no hacen distinción entre las copias privadas analógicas y las digitales. Sin embargo, ambas abordan esta diferencia al regular la compensación equitativa que se deberá abonar a los titulares de derechos de autor como consecuencia del perjuicio que las copias privadas puedan causarles. Como veremos, la ley reconoce que las copias privadas realizadas en el ámbito digital tienen un mayor impacto económico y facilidad de propagación.

I.4. El derecho de reproducción

El artículo 17 de la Ley de Propiedad Intelectual dispone que *“Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizados sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley”*. Los cuatro artículos siguientes –18 a 20–, se dedican a las modalidades de explotación concretas que se enumeran en el artículo 17.

Es el artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual el que trata el derecho de reproducción, señalando a tal efecto que *“se entiende por reproducción 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”*.

Este derecho de reproducción tiene tres límites que le son específicos: las reproducciones provisionales y la copia privada (artículo 31 de la Ley), las reproducciones efímeras o provisionales en relación a transmisiones por cable, satélite y reproducciones técnicas (artículo 36.3 de la Ley) y la reproducción para fines de investigación (artículo 37.1 de la Ley). El resto de los límites afectan a todos

los derechos o utilidades de la obra¹². Sobre ellos y su fundamento volveremos más adelante.

I.4.1. Requisitos para que exista reproducción según el artículo 18

La fijación de la obra es uno de los requisitos necesarios para que tenga lugar la reproducción de la misma, según la definición legal. Con respecto a lo que debemos entender por fijación, existen varias definiciones doctrinales¹³, en relación a las cuales González de Alaiza sustrae tres elementos comunes, a saber: en primer lugar, es necesario que la obra en cuestión exista previamente. En segundo lugar, la obra debe haberse plasmado en un soporte físico, en el sentido de haber sido incorporada a una base material que posteriormente permita su recuperación. Y, por último, la obra debe ser perceptible.

Así, la doctrina considera que el hecho de que exista fijación lleva consigo la existencia también de reproducción, independientemente del destino que a tal fijación se le dé. Sin embargo, podemos constatar cómo el legislador, con la redacción de este artículo, lo supedita al hecho de que el destino de la fijación sea la comunicación o la obtención de copias –si bien ello desde un punto de vista potencial–. Obsérvese que el artículo 18 de la LPI contiene el siguiente inciso: *“fijación (...) que permita su comunicación o la obtención de copias”*. Al respecto de ello, la doctrina ha entendido que esta exigencia hace referencia simplemente a su perceptibilidad, y no necesariamente a la posible comunicación pública de la obra.

Por su parte, con respecto a la “obtención de copias” –en este sentido, será suficiente con una–, esta exigencia no se encuentra ni en la legislación comunitaria, ni en la de los países de nuestro entorno.

¹² R.BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO et al. (2012). *Manual de Propiedad Intelectual*, 5ª edición. Tirant lo Blanch – Valencia (p. 79)

¹³ “BONDÍA la define como “la transposición de la obra ya creada a un medio que permita hacerla accesible a una pluralidad de personas”. MARCO entiende que este término es equivalente a la “incorporación de la obra a una base material o soporte físico”, y RIVERO insiste en que, pese al silencio legal, el medio o soporte en que se realiza la fijación debe ser físico, material o tangible y perceptible por los sentidos”. Tomo esta cita de GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA (2008: 19-26).

I.4.2. El derecho de reproducción en la sociedad de la información

Es innegable que todos los avances producidos en las últimas décadas –y de manera cada vez más acelerada–, han transformado la forma en la que las obras son utilizadas, explotadas y ofrecidas por los usuarios, autores, intermediarios y cualquier otro que pueda intervenir en el proceso a través de la sociedad de la información. En palabras de López Maza¹⁴,

Las nuevas tecnologías e Internet han creado nuevas formas de explotación de los contenidos protegidos y han alterado el concepto tradicional de reproducción (...). En el mundo digital, incluso el más rutinario acceso a la información implica la realización de copias. Los programas de ordenador funcionan copiándose en el disco duro de la memoria, y la visualización de páginas web implica una serie de copias desde el ordenador del servidor al ordenador del usuario (...). Junto a las formas tradicionales de reproducción (copias en papel, cintas...) hay que incluir las derivadas de las nuevas tecnologías (copias en dispositivos USB o CDs, la carga o almacenamiento de obras digitalizadas en la memoria de un ordenador). Ahora, con la digitalización, el *corpus mechanicum* puede desaparecer y la obra puede reproducirse de forma intangible. Incluso si el original se ha expresado en forma analógica, puede reproducirse digitalmente y ser presentado en soporte electrónico (cuando se escanea un texto impreso, una fotografía o cuando se convierten sonidos analógicos en digitales) (...). Una vez que las obras son digitalizadas, su explotación a través de las copias se hace más vulnerable de lo que ya lo es en el mundo analógico.

Teniendo en cuenta lo anterior, es conveniente llamar la atención sobre un aspecto importante de las obras digitales, en contraposición con las analógicas y en relación con el derecho de reproducción. Es posible que –desde un punto de vista amplio–, existan ciertos actos de “exteriorización” de la obra que impliquen su reproducción, pero que no necesariamente lleven consigo una mayor intensidad del uso de la obra¹⁵. Esto ha provocado –como se verá más adelante, era un mandato imperativo de la DDASI, de obligada transposición– que a través del artículo 31.1 de la Ley de Propiedad Intelectual se establezca que estarán exentas de autorización las reproducciones provisionales¹⁶.

¹⁴ LÓPEZ MAZA, S. (2009: Págs. 10-11)

¹⁵ En este sentido se manifiesta González de Alaiza (2008:61), ejemplificándolo de la siguiente manera: “*si enciendo el televisor, simplemente haré un uso pasivo de la obra, pero si capto la misma imagen en el ordenador, estaré realizando un acto de reproducción en la memoria RAM del mismo; leer un libro es un acto de mero disfrute, pero si se trata de un libro electrónico el texto es reproducido para ser proyectado en la pantalla*”.

¹⁶ y ello a través del siguiente tenor: “*no requerirán autorización del autor los actos de reproducción*”

Sin embargo, los avances que ha traído consigo la llamada “sociedad de la información”, también han reportado ventajas a los autores¹⁷. Internet ha cambiado en muchos aspectos la manera de comunicar e informar, así como la manera de explotar las obras protegidas por derechos de autor; constituye un canal de distribución de las obras con un coste muy reducido; en muchas ocasiones, nulo.

No obstante, la facilidad con la que se intercambian archivos y explotan contenidos en Internet puede claramente afectar a los intereses de los autores; por ejemplo, los efectos de la piratería digital sobre los resultados económicos de la explotación de sus obras pueden llegar a ser muy elevados. Muy relacionadas con esto se encuentran las medidas tecnológicas de protección, a las que se hará una breve referencia en el epígrafe VI.3 de este documento.

Explica Mar Hernández la distinción entre las operaciones de carga (uploading) y de descarga (downloading) de obras en servidores, y su incidencia en relación al derecho de reproducción, de la siguiente manera¹⁸:

La operación de carga de la obra en el servidor (subida o uploading) constituye un acto de reproducción en tanto que conlleva la fijación de la obra en un fichero para su posterior carga en el servidor. Además, supone un acto de comunicación pública al poner mediante ella a disposición de una pluralidad de usuarios la obra cargada (...). El carácter pacífico de lo anterior contrasta con la polémica relativa a la legalidad de la operación posterior, la descarga descendente o downloading, por la que el usuario accede a la obra previamente cargada en el servidor, quedando fijada en su disco duro de manera temporal o permanente, a través de la consiguiente copia. Se discute si la operación anterior está o no amparada por el límite de copia privada o de reproducción temporal (...).

Únicamente cuando la reproducción y puesta a disposición que sirve de base a la copia privada se encuentra amparada por la ley, o ha sido realizada con el consentimiento del titular de los derechos, podemos concluir que el usuario realiza en la operación de descarga un acceso legal a la obra (...). Como consecuencia de esto, ha de entenderse que la descarga descendente de una

provisional a los que se refiere el artículo 18 que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el autor o por la Ley

¹⁷ A.M. PÉREZ GÓMEZ TÉTREL (2008: 16)

¹⁸ HERNÁNDEZ, M. (2008). *El régimen jurídico de las descargas*. En Los Derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual. Coordinador: Xavier O'Callaghan. Madrid: Dykinson (2011; 1ª Ed.). Pág. 255. En el mismo sentido, XIOL RÍOS, J.A. (2008) en *El intercambio de ficheros de obras protegidas por la LPI desde el punto de vista del Derecho Civil*, misma publicación (págs. 269-270)

obra protegida a través de una red P2P se configura como un acto ilícito, puesto que el usuario accede a ella gracias a una puesta a disposición realizada sin el consentimiento del titular de los derechos (...). Desde el punto de vista estrictamente civil, tanto la operación de carga en la red como de descarga constituyen ilícitos civiles cuando no cuentan con la autorización del titular de los derechos de autor, sin que puedan entenderse amparados en las excepciones de copia privada y de reproducción provisional.

En este sentido, si bien las descargas –aunque no tengan ánimo de lucro– constituyen ilícitos desde un punto de vista civil, con la correspondiente indemnización que correspondería al autor o titular de derechos perjudicado, para demostrar ese ilícito civil es necesario tener acceso a los datos de conexión, lo cual puede chocar con una ley de rango mayor, como es la de Protección de Datos. Corresponderá a cada juez, según el caso, decidir al respecto¹⁹.

¹⁹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B. (2008). *El uso de las redes P2P: ¿una práctica imposible de controlar?* En Los Derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual. Coordinador: Xavier O'Callaghan. Madrid: Dykinson (2011; 1ª Ed.), pág. 312

II. FUNDAMENTO DE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS EXCLUSIVOS

Los derechos patrimoniales de los autores están limitados no sólo en su alcance – artículos 31 y siguientes de la Ley de Propiedad Intelectual–, sino también en su duración –con esto último, se busca enriquecer el acervo cultural de la sociedad–, que es de setenta años tras la muerte o declaración de fallecimiento del autor, transcurrido el cual, las obras pasan a formar parte del dominio público. Ello significa que, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual, cualquiera puede hacer uso de la obra correspondiente, sin necesidad de autorización del autor o de sus causahabientes –por supuesto, siempre respetando los derechos morales de autoría e integridad de la obra, que son perpetuos–.

II.1. Razones que justifican los límites

La propiedad intelectual está integrada por una serie de derechos tanto morales como patrimoniales; ésta constituye una auténtica propiedad. Sin embargo, como todas las propiedades, existen ciertas limitaciones a su ejercicio, por las razones que serán analizadas a lo largo de este epígrafe. Tales limitaciones traen consigo el hecho de que los titulares de los derechos están obligados a soportar ciertas utilidades de sus obras sin necesidad de dar para ello su autorización.

Es importante, al estudiar la regulación de los límites, entender el por qué de su establecimiento; las razones que justifican su existencia. Y es que existen diversos argumentos que justifican que a los derechos patrimoniales exclusivos de que dispone el autor sobre su obra, se les apliquen ciertos límites –límites que, como tal, deberán ser interpretados, en general, de una manera restrictiva–.

En función de una buena claridad expositiva, se seguirá a continuación con la clasificación en la que se basa González de Alaiza²⁰ para ilustrar las razones que han justificado la implementación de los límites.

a. Intereses superiores

Esta razón para el establecimiento de límites es la más clara y a su vez, la más importante. Se trata de defender la protección de un interés superior –educación,

²⁰ J.J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA (2008:79-88)

investigación o cultura, entre otros— que justifican que, en determinados casos, se dé preferencia a tal interés superior en contraposición al interés individual del autor de la obra en mantener la exclusividad de sus derechos patrimoniales —derecho de cita, utilización de obras con ocasión de informaciones de actualidad y préstamo en determinadas instituciones²¹—.

Los límites a los derechos exclusivos de los autores encuentran su justificación en la necesidad de establecer un adecuado equilibrio entre los fines sociales y el señorío exclusivo que se otorga al autor por el hecho de la creación²². En este sentido, según apunta R. Vida,

Atendiendo a dicha función social, en relación con la propiedad intelectual, los límites señalados para la misma configuran, precisamente, tal derecho de propiedad, que por eso es especial, como lo configura la temporalidad de la misma, en virtud de la cual y transcurrido cierto tiempo la obra revierte a la sociedad en cuyo seno y marco se ha creado; y que hasta entonces y como un adelanto de lo que ha de suceder, la obra puede ser libremente utilizada por los terceros en los supuestos previstos por la ley²³.

Si bien doctrina y jurisprudencia están de acuerdo²⁴ en que los límites, por su calidad de tales, han de ser interpretados desde un punto de vista restrictivo, también dejan claro que ello no puede entenderse sin tener en cuenta al mismo tiempo el equilibrio que se busca entre el derecho exclusivo del autor y los intereses públicos o fines sociales afectados.

b. Ausencia de perjuicio

En ciertos casos, el comportamiento en que se base el límite en cuestión no supone ningún perjuicio para el titular de los derechos de propiedad intelectual de que se trate —obras situadas en vías públicas, derecho de cita, o copia privada, hasta la aparición de medios técnicos que la facilitaron y multiplicaron, lo cual pone en duda la vigencia de esta justificación para la copia privada en la actualidad, como se abordará más adelante²⁵—.

²¹ Artículos 32.1, 35.1 y 37, respectivamente, de la Ley de Propiedad Intelectual

²² En este sentido se manifiesta Pérez de Ontiveros en los comentarios a la LPI dirigidos por Aurelio. Tomo la cita de la Sentencia 108/2007 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de 26 de febrero de 2007 (segundo apartado del Fundamento de Derecho Tercero)

²³ Tomo la cita de la Sentencia 108/2007 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de 26 de febrero de 2007 (segundo apartado del Fundamento de Derecho Tercero)

²⁴ En este Sentido, la Sentencia referenciada en la nota anterior.

²⁵ Artículos 35.2, 32.1 y 31, respectivamente, de la Ley de Propiedad Intelectual

c. Cesión tácita de derechos

Esta razón para el mantenimiento de los límites se basa en la propia voluntad del autor acerca de la mejor explotación de su obra, en el sentido de que si éste ha llevado a cabo un acto o negocio que indica que se puede actuar de cierta manera, pero no cede todos los derechos de explotación precisos para ello, entonces podrá entenderse que éstos derechos habrían sido cedidos tácitamente con el fin de llevar a cabo la explotación de la obra en la forma deseada por su autor –utilización de obras situadas en la vía pública o transmisión por cable, satélite y grabaciones técnicas²⁶–.

d. Cesión obligatoria de derechos

En este caso, estaríamos hablando de excepciones que recaen sobre actos que son indispensables para que la cesión de derechos cumpla el objetivo acordado unilateralmente por el autor –reproducciones provisionales, o utilización legítima de bases de datos electrónicas y programas de ordenador²⁷–.

e. Imposibilidad de control

Existen determinados actos infractores sobre obras protegidas por el derecho de autor que resulta imposible controlar. Es lo que se ha denominado como *market failure*, o fallo de mercado, y encuentra su justificación en el principio de no establecer prohibiciones que no van a poder ser coercitivamente exigidas ya que ello únicamente conllevaría una merma en la autoridad del legislador. Además, en la mayoría de los casos, si se pudiesen perseguir las infracciones sobre las obras, tal persecución conllevaría un mayor gasto que el beneficio que se conseguiría con ello. Es decir, no compensaría a los titulares de derechos invertir las cantidades necesarias para perseguir dichas infracciones.

No obstante, ello supone para los autores que en estos casos, y precisamente por esas razones, esté justificado el hecho de que se les reconozca un derecho a cobrar una compensación equitativa que ayude a paliar las pérdidas que con tales comportamientos puedan devengarse.

²⁶ Artículos 35.2 y 36, respectivamente, de la Ley de Propiedad Intelectual

²⁷ Artículos 31.1, 34.1 y 100, respectivamente, de la Ley de Propiedad Intelectual

La justificación de la imposibilidad de control se ha mantenido tradicionalmente con respecto a la copia privada, pero sí es cierto que con los avances en cuanto a las medidas tecnológicas de protección, y medidas tecnológicas en general, resulta –al menos, en teoría– posible llevar a cabo dicho control sobre el uso de las obras. Sobre este tema volveremos más adelante, en el apartado referido a las justificaciones que, en concreto, están vigentes para el límite de la copia privada en nuestro ordenamiento jurídico.

II.2. Límites a los derechos exclusivos en Europa y en España

Si hablamos de regulación de los derechos de autor a nivel europeo, debemos tener muy presente el contenido de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DDASI).

La DDASI dedica su artículo más extenso –el artículo 5– a las excepciones y limitaciones que pueden –o deben– establecer los Estados Miembros, según se trate de uno u otro límite o excepción, con respecto a los derechos exclusivos reconocidos a los autores sobre sus obras.

Así, en el artículo 5 de la DDASI se recogen un total de veintidós excepciones o limitaciones. La primera de ellas²⁸, relativa a las reproducciones provisionales, es de obligado establecimiento por parte de las legislaciones nacionales de cada Estado Miembro, mientras que para las restantes, dependerá su implementación de la voluntad del Estado Miembro de que se trate a la hora de transponer la Directiva.

No obstante, y en relación a las excepciones facultativas, es preciso apuntar que el listado del artículo 5 es exhaustivo, es decir, los Estados Miembros no podrán incorporar a sus ordenamientos jurídicos, excepciones que no se encuentren previstas en el mencionado artículo. Y además, en su último apartado, este artículo recoge una cláusula relativa a la llamada “prueba de las tres fases”: “*las excepciones*

²⁸ Apartado 1 del artículo 5: “*Los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar: a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismas una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2*”.

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”.

Por su parte, la Ley de Propiedad Intelectual española recoge en sus artículos 31 a 40 una serie de límites a los derechos de autor. Como bien apunta Bondía Román²⁹, se suelen emplear indistintamente las palabras “límites” y “excepciones” para referirse a un mismo concepto³⁰.

Dado que, en lo que a este trabajo se refiere, el límite que interesa es el de la copia privada, únicamente se enumerarán a continuación los límites regulados en nuestra Ley de Propiedad Intelectual, para pasar luego a centrar el análisis en el concreto de copia privada.

Así, nos encontramos con las reproducciones provisionales y la copia privada (artículo 31), la utilización con fines de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios (apartado 1 del artículo 31 bis), los actos de reproducción, distribución y comunicación pública en beneficio de personas con discapacidad (apartado 2 del artículo 31 bis), las citas y reseñas e ilustración con fines educativos o de investigación científica (artículo 32), los trabajos sobre temas de actualidad (artículo 33), la utilización de bases de datos por el usuario legítimo (artículo 34), la utilización de obras con ocasión de informaciones de actualidad (apartado 1 del artículo 35), la utilización de obras situadas en vías públicas (apartado 2 del artículo 35), el límite relativo al uso de cable, satélite y grabaciones técnicas (artículo 36), la reproducción, comunicación pública y préstamo en determinadas instituciones (artículo 37), la utilización de las obras para actos oficiales y ceremonias religiosas (artículo 38) y, por último, la parodia (artículo 39).

²⁹ BONDÍA ROMÁN, F. (2006) Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones. Publicado en el Anuario de Derecho Civil, tomo LIX, Fascículo III, julio-septiembre 2006. Pág. 24

³⁰ En la LPI a veces se utiliza la palabra “límites” (arts. 31 y ss) y otras, la palabra “excepciones” (art. 135). En ocasiones, dentro de un mismo artículo se utilizan ambas palabras (rótulo del art. 100 y apartado 6 del mismo).

II.3. Fundamento del límite de copia privada

II.3.1. Los argumentos tradicionales a favor del límite

Si tomamos como punto de partida el análisis que, al respecto, ha llevado a cabo Garrote Fernández-Díez³¹, nos encontramos con que los argumentos tradicionales a favor del límite de copia privada pueden resumirse en los cinco puntos siguientes – téngase en cuenta que estos argumentos eran, y siguen siendo, aplicables a la copia privada analógica, antes de la aparición de la copia privada digital. En relación a ésta última, habrá que revisar los presentes fundamentos, a lo cual se dedicará el epígrafe II.3.2 siguiente—:

En primer lugar, el fallo de mercado o *market failure*: los costes transaccionales necesarios para gestionar este derecho –en caso de no existir el límite– serían superiores a los ingresos que de él se derivarían. Esto debe ser complementado con la imposibilidad de control en ciertos ámbitos –en el ámbito doméstico, sobre todo–.

En segundo lugar, incluso si los titulares de los derechos tuvieran los medios prácticos necesarios para gestionar el derecho a través de licencias con cada uno de los usuarios que, de manera individual, fuera a realizar una copia, sería imposible en la práctica verificar el cumplimiento por parte de esos usuarios sin vulnerar su derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio, siendo necesarios, en tal caso, unos medios judiciales y policiales que traspasarían, con mucho, la justificación necesaria para controlar el comportamiento en cuestión. Es decir: no convenía establecer una prohibición cuyo cumplimiento sería imposible de controlar. Al contrario, se consideró más ventajoso –para todas las partes– “legalizar” una situación que de todos modos iba a tener lugar, generando así el derecho a recibir por parte de los titulares de derechos una compensación que, en cierto modo, paliase las pérdidas económicas que se pudiesen producir por la realización de copias privadas.

Es interesante adelantar aquí que, como veremos más adelante, algunos autores utilizan este argumento para justificar que, hoy en día –o, al menos, hasta que tuvo lugar la última reforma de la LPI de 2014–, los autores pudiesen percibir una

³¹GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2010). *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*. 2ª edición, revisada y adaptada a la ley 23/2006. Editorial Comares – Granada. Páginas 64-68

compensación por copia privada que se derivase de las copias “piratas” realizadas por los usuarios. No obstante, a mi juicio, ello supondría privar de fundamento a la figura de copia privada como tal. Sobre esta discusión volveremos más adelante.

En tercer lugar, el hecho de que la copia privada traía consigo una merma de ingresos que era necesario compensar, pero que no llegaba a perjudicar la explotación normal de la obra –de ser así, y estando vigente la regla de los tres pasos, a cuyo análisis en el epígrafe IV.4 me remito, no sería posible el establecimiento de este límite–.

En cuarto lugar, el beneficio que la copia privada supone para la comunidad, en el sentido de acercar la cultura a los ciudadanos. El equilibrio entre la protección del autor y su adecuada remuneración y la protección del interés general se encontraría en la correspondiente compensación equitativa que habría que satisfacer a los titulares de derechos, a cambio de la facultad reconocida a los usuarios de realizar, si cumplen los requisitos establecidos al efecto, copias privadas.

En quinto y último lugar, el hecho de que un legítimo adquirente de un soporte material debe tener la posibilidad de maximizar el uso del soporte que ha adquirido en virtud de su derecho de propiedad, aunque ello suponga también hacer una copia adicional de esa obra.

II.3.2. La revisión de los argumentos tradicionales en la era digital

En cuanto a la copia analógica, los argumentos seguirán vigentes dado que no es posible en la práctica controlar las reproducciones que se realizan en ese ámbito. Otra cuestión es que finalmente las copias analógicas desaparezcan, por ser desplazadas por las digitales. Sin embargo, mientras existan, no hay duda de que con respecto a ellas debe mantenerse la excepción de copia privada.

En cuanto a los argumentos vistos en el punto anterior, si los analizamos a la luz de los nuevos modos de explotación digitales, nos encontraremos con las siguientes conclusiones³²:

³² GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2010:68-74)

En primer lugar, el argumento relativo al fallo de mercado o *market failure* se ve debilitado en el ámbito digital. Las licencias de uso –que se pueden aplicar teóricamente a cualquier obra que se explote en formato digital– reducen de forma importante los costes transaccionales y podrían servir, en teoría, para autorizar individualmente las reproducciones para uso privado. Así, en principio, en el ámbito digital la imposibilidad de control podría quedar solucionada.

En segundo lugar, y en relación con lo explicado en el párrafo anterior, las licencias de uso que se incorporan a las obras explotadas digitalmente, permiten controlar tal uso de manera efectiva e individualizada. Además, a través de la implantación de medidas tecnológicas de protección, puede garantizarse con más efectividad el cumplimiento de la licencia. Sin embargo, Garrote Fernández-Díez realiza a este respecto una matización, y es que si el adquirente legítimo del soporte o un tercero, eluden la protección tecnológica que impedía hacer copias privadas, y hacen una, entonces su conducta no podría ser sancionada en la práctica sin violentar derechos fundamentales como los ya comentados de intimidad e inviolabilidad del domicilio.

En tercer lugar, si nos referimos a la explotación normal de la obra, hay que tener en cuenta que las copias digitales son, como ya se ha comentado con anterioridad, de una calidad muy elevada; en ocasiones, exactamente igual a la original. Ello, sumado a la facilidad y rapidez con las que las copias digitales se pueden realizar, podría llevarnos en principio a afirmar que se contribuye efectivamente a afectar a la explotación normal de la obra, ya que las copias digitales “compiten en el mercado con la venta de soportes o archivos digitales”. Sin embargo, nuevamente Garrote Fernández-Díez realiza al respecto de lo anterior una importante observación, dado que, en su opinión,

La existencia de una excepción de copia privada digital no afecta a la explotación normal de la obra porque, cuando no hay licencia en línea y medida tecnológica asociada, el titular no tiene una expectativa razonable de obtener un beneficio por las reproducciones que se hacen en el ámbito privado o doméstico. El hecho de que la copia sea de gran calidad y fácil de hacer no obsta dicha conclusión, no estamos ante una copia sustitutiva de otra que se puede adquirir en el mercado, sino ante una copia redundante de otra ya adquirida en dicho mercado. De ahí que [este autor] crea que la excepción de copia privada no afecta a la explotación normal de la obra en estos supuestos, siendo por tanto conforme con la regla de los tres pasos.

En cuarto lugar, en lo que se refiere al beneficio que obtiene la comunidad gracias a

la vigencia del límite, este argumento es válido tanto para obras analógicas como digitales, con lo cual se mantiene también en el ámbito de las segundas.

Por último, en quinto lugar, el argumento de garantizar al adquirente legítimo de un soporte la posibilidad de maximizar el uso del mismo, incluyendo en ello la realización de copias, también se puede mantener en el ámbito digital, dado que se le debería permitir la posibilidad de evitar la destrucción del soporte original mediante la confección de una reproducción adicional que le permitiera asegurar el disfrute de la cosa.

II.3.3. Recapitulación. Situación actual

Si tomamos como punto de partida los cinco argumentos analizados en los dos epígrafes anteriores, y analizamos su evolución a la luz de los avances habidos en el ámbito digital, nos encontramos finalmente con que sólo el primero de los argumentos, basado en el fallo de mercado, decae. Los otros cuatro seguirían vigentes, con lo que resultaría adecuado, por tanto y en principio, el mantenimiento del límite de copia privada en lo que se refiere a las obras explotadas en formato digital.

Ahora bien, es muy importante tener en cuenta un aspecto con gran relevancia en el campo de estas obras; en el caso de que se trate de obras que son explotadas mediante licencias *on-line* y a las que se han incluido medidas tecnológicas, no entrará en juego el límite de copia privada –se pretende fomentar con ello el modelo de “pago por uso” vigente para los programas de ordenador y las bases de datos electrónicas³³. Éste sólo operará en el caso de que se lleven a cabo modos de explotación digitales que no consistan en licencias a través de Internet con medidas tecnológicas implementadas.

³³Si un contrato incluye una cláusula que impide al usuario hacer una reproducción para su uso privado (por ejemplo, el contrato sólo faculta para escuchar ver la obra en la modalidad de streaming), dicha cláusula es considerada como válida y eficaz por la Directiva 2001/29/CE. Además, el dispositivo anticopia permite asegurar la eficacia de dicha cláusula, de modo que no es posible para el usuario eludir dicho dispositivo por sí mismo sin infringir la DDASI. La Directiva no permite además que los legisladores estatales intervengan para garantizar la excepción de copia privada en estos supuestos, porque en este modo de explotación la primacía de la voluntad de los derechohabientes es absoluta (...). Por tanto, para las obras y prestaciones que se explotan en Internet de forma interactiva o a la carta y protegidas por dispositivos anticopia no tiene virtualidad en la práctica la excepción de copia privada. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2010:105-106)

El argumento principal a favor de la copia privada antes de la aparición de la era digital era la imposibilidad de control. Pero si aceptamos que el control de la copia digital es posible –a través fundamentalmente de las medidas tecnológicas de protección–, entonces este argumento desaparecería, en principio, en el entorno digital, y se podría entender que los autores o titulares de derechos que no las utilizaran, estarían renunciando a ejercer tal control. Por tanto, cuando hablamos de obras digitales no protegidas, el principal argumento para permitir la copia privada de las mismas parece ser el servir de apoyo al pago de la compensación equitativa a los autores.

Tal y como expone en este sentido Garrote Fernández-Díez³⁴ al tratar la decisión de no excluir la copia digital del ámbito de copia privada en la modificación del 2006 – esta afirmación sigue vigente para hablar de la modificación más reciente, de 2014–,

El legislador español tenía la opción de continuar con la tradición de los programas de ordenador y de las bases de datos electrónicas, excluyendo la copia privada de todo el entorno digital a través de una prohibición legal expresamente formulada (...). La idea básica era que la prohibición legal de copia privada sería controlada en la práctica por los mecanismos de inhibición del copiado de los artículos 160 y ss. de la Ley de Propiedad Intelectual, y que dichos mecanismos son efectivos en la explotación en línea y en la explotación mediante soportes materiales digitales. En lógica consecuencia, el sistema de compensación no debía extenderse al ámbito digital, debiendo quedar restringido al ámbito analógico, donde, por razones técnicas, resulta imposible excluir la copia privada. Esta línea no fue finalmente adoptada por el legislador de 2006 –como tampoco por el de 2014 [*esta apreciación es mía*]– (...). Siguiendo la postura mayoritaria en los países de nuestro entorno, el legislador de la Ley 23/2006 –y, en el mismo sentido, el de la ley 21/2014 [*de nuevo, esta apreciación es mía*]– decidió mantener la excepción, sin establecer diferencia alguna entre el entorno analógico y el digital en cuanto a los requisitos necesarios para admitirla.

A la luz de lo anterior, y valorando la vigencia de la mayoría de argumentos en cuanto a la excepción de copia privada, este autor considera que el legislador acertó a la hora de mantener este límite aún en el ámbito digital –apartándose del precedente de las bases de datos electrónicas y los programas de ordenador–, si bien no acertó a la hora de dar forma a los elementos del propio artículo 31.2, cuyo estudio se abordará en el epígrafe IV.2.

³⁴ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2010:62-64).

López Richart, en este sentido, llama la atención sobre el hecho de que “*en el estado actual de la tecnología, ninguno de los sistemas conocidos hasta la fecha ha resultado ser inexpugnable, con lo que subsiste la razón fundamental que llevó a consagrar la licitud de la copia privada*”³⁵.

López Maza, por su parte,³⁶ recoge los motivos por los que entiende que la opción de prohibir radicalmente la copia privada y sujetarla a autorización y pago no parece ser la más acertada:

En primer lugar, carece de eficacia práctica al no existir unas medidas tecnológicas lo suficientemente desarrolladas como para evitar de manera radical la copia de contenidos protegidos.

En segundo lugar, puede haber autores y titulares de derechos de propiedad intelectual que no quieran impedirla, comercializando sus obras y prestaciones sin protección, entre otras cosas, porque prefieran participar en el reparto de la compensación antes que implementar medidas tecnológicas y quedarse fuera de ese reparto.

En tercer lugar, aunque esto no constituiría copia privada, sino el límite del artículo 37.1 LPI, como la medida tecnológica no puede discriminar entre las reproducciones para uso privado y las copias destinadas a investigación, éstas últimas también quedarían restringidas. Los investigadores se abstendrían de realizar este tipo de copias por miedo a una sanción, por lo que quedaría desincentivada su actividad.

El propio Tribunal Supremo español se ha manifestado en lo referente al fundamento de este límite, señalando que³⁷

[La copia privada es] un límite a los derechos de exclusiva de los autores que se ha justificado tanto por argumentos relacionados con el interés social de la creación intelectual, como por argumentos económicos (elevados costes de control) o incluso pragmáticos (inutilidad de prohibir y sancionar la copia privada). Una interpretación del precepto citado con arreglo a la realidad social (artículo 3.1 CC) pone de manifiesto que mediante él se trata de controlar un mercado de reproducción de obras con carácter atípico, por cuanto no surge de la conjugación clásica de los mecanismos de la oferta y la demanda, sino que es consecuencia de la puesta a disposición de un gran

³⁵ LÓPEZ RICHART, J. (2008). *La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital*. En Límites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías. Incidencias por la Ley 23/2006, de 7 de julio. Coordinador: Juan Antonio Moreno Martínez: Dykinson (2008: 1ª Ed.). Pág. 184

³⁶ LÓPEZ MAZA, S. (2009: 182)

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 8 de junio de 2007. Tomo la cita de XIOL RÍOS, J.A. (2007). *Configuración económica y jurídica del derecho de remuneración compensatoria por copia privada en la propiedad intelectual*. En Los Derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual. Coordinador: Xavier O'Callaghan. Madrid: Dykinson (2011; 1ª Ed.). Pág. 60

número de usuarios, por su bajo coste relativo, de aparatos de reproducción de gran rendimiento, el cual aconseja conciliar la admisión de la copia privada dentro de unos estrictos límites con respecto a los derechos de autor.

Sin embargo, hay quien considera –si bien es un sector minoritario de la doctrina–³⁸ que, en rigor, la copia privada no es un verdadero límite al derecho de reproducción de los autores, y ello básicamente por dos razones. En primer lugar, porque al reconocer la ley de manera obligatoria una compensación equitativa, el autor no tendría limitado su derecho, toda vez que se le sigue reconociendo un derecho a reclamar esa compensación. Y en segundo lugar, porque el de copia privada no es un límite justificado por el interés de la sociedad y el acceso a la cultura, sino que únicamente encuentra explicación en la imposibilidad real de impedir este tipo de copias. Como consecuencia de ello, con el establecimiento de un sistema de compensación equitativa, lo que se estaría haciendo no es más que proteger a los autores frente a una reproducción masiva de sus obras que es prácticamente imposible de frenar. Pero, según esta línea interpretativa, ello no buscaría en modo alguno limitar el derecho exclusivo de los autores.

³⁸En este sentido, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A (2007). *Los casos especialmente interesantes resueltos por la jurisprudencia*. En *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual*. Coordinador: Xavier O'Callaghan. Madrid: Dykinson (2011; 1ª Ed.). Pág. 99

III. LA REGULACIÓN DEL LÍMITE DE COPIA PRIVADA Y DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA A NIVEL EUROPEO: LA DDASI

La DDASI fue incorporada al derecho español a través de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Cabe indicar que, si bien tal transposición se llevó a cabo en 2006, la fecha límite establecida en un principio para ello era el 22 de diciembre de 2002.

Esta Directiva europea tiene como objetivo “*establecer un marco jurídico armonizado y adecuado para los derechos de autor y derechos afines dentro de la sociedad de la información, remodelando y completando el marco existente para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior y crear un entorno favorable que proteja y estimule la creatividad y las actividades innovadoras en la Comunidad*”. La principal preocupación del legislador comunitario está, como se puede comprobar, en los derechos patrimoniales³⁹.

III.1. La copia privada. Elementos del artículo 5.2.b) de la DDASI

El artículo 5 de la DDASI es, como ya se ha adelantado, el que regula las excepciones y limitaciones en materia de derechos de autor. La redacción de su apartado 2, letra b), es la siguiente:

2. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción (...) en los siguientes casos:

b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales (...).

Si analizamos los elementos del artículo anterior, podemos concluir lo siguiente.

“*Reproducción en cualquier soporte*” hace referencia a que la copia se puede llevar a cabo tanto en un soporte analógico como en un soporte digital. Habrá que tener en cuenta, no obstante, el régimen relativo a las medidas tecnológicas de protección, dado que algunas de ellas pueden impedir la realización de las copias en algunos soportes –los digitales–.

³⁹ Página 2 de la Exposición de Motivos de la Propuesta original de la DDASI.

Con respecto al “*uso privado de persona física*”, el Consejo aclaró que recurrió a esta expresión para referirse “*no sólo a las reproducciones hechas por una persona física, sino también a las hechas en nombre de dicha persona*⁴⁰”. Haber fallado en otro sentido habría sido, en mi opinión, equivocado, ya que se habría privado a las personas que por sí mismas no pudieran realizar la copia a la que, por cumplir el resto de requisitos, tendrían derecho –a tal respecto, podemos pensar no sólo en aquéllos que no tienen los medios técnicos para realizar dicha copia, sino también en aquéllos que pueden no disponer de los conocimientos básicos o habilidades necesarias para realizar las copias–.

Por otra parte, la doctrina acepta que el uso privado no se refiere únicamente al sujeto que realiza la copia, sino que el ámbito al que se extiende este concepto incluye a personas que formen parte del círculo familiar o de amistad de tal sujeto. Sobre ello volveremos más adelante, en el epígrafe IV.2, que analiza los elementos de esta figura en el ordenamiento español.

Existe un amplio consenso, aunque la Directiva no defina qué entiende por uso “privado”, y según indican Quintais y Poort, acerca de que los beneficiarios de esta previsión deben ser personas físicas que realicen las reproducciones para fines personales, dentro de la esfera privada –que, dependiendo de cada aplicación nacional, incluirá un círculo más amplio o más estrecho de la familia y amigos incluidos en dicha esfera privada–. En palabras de estos autores, “*esto significaría que, en principio, otros conceptos relacionados, pero potencialmente más amplios, en los derechos nacionales –como “uso personal” o “uso propio” (que podría incluir uso profesional y comercial) caerían fuera del ámbito de la previsión*⁴¹”.

En relación con esto, resulta muy interesante la doctrina Padawan, que por su importancia será estudiada en un epígrafe propio e independiente de este documento –epígrafe VI.5– en relación al cobro del canon en concepto de compensación equitativa derivado del uso por parte de personas jurídicas, empresarios o profesionales, de los soportes que estaban afectados por dicho canon.

⁴⁰Tomo la cita de J.J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA (2008:226), que se basa a su vez en la Exposición de Motivos del Consejo en la Posición Común (CE) N° 28/2000, de 28 de septiembre de 2000 (DO C 344 de 1/12/2000, pág. 17).

⁴¹ QUINTAIS, J.P. y POORT, J. (2013). *The levy Runs Dry. A Legal and Economic Analysis of EU Private Copying Levies*. Jipitec, the “Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law”, Volume 4, Issue. 3. En el texto original: “*This would mean, in principle, that other related but potentially broader concepts in national law –such as “personal use” and “own use” (which may include professional and commercial use) – fall outside the scope of the provision*”. Apartado 15

Para terminar, cuando este artículo habla de que la reproducción se lleve a cabo sin “*finés directa o indirectamente comerciales*”, la referencia a “directa o indirectamente” parece excluir del ámbito de aplicación de la copia privada todos aquellos comportamientos que suponen una obtención de lucro para quien los realiza. Y, en opinión de Garrote Fernández-Díez, “*es claro que con ello se trataba de evitar que el intercambio de reproducciones en redes P2P pudiera ser considerado como un mero canje de reproducciones privadas*”⁴². Por su parte, según Quintais y Poort⁴³,

Parece difícil delimitar de manera clara el ámbito de “lo comercial” en este sentido. Los legisladores y tribunales nacionales lo han intentado a través del establecimiento de criterios subjetivos y objetivos: la intención infractora del copista (conocimiento real o presunto, vinculado al ánimo de lucro) y la delimitación de un número específico de copias a partir de las cuales la copia privada no sería aceptable. Es, sin embargo, difícil sustraer estos criterios para definir lo que es “indirectamente comercial” en el ámbito de la copia privada digital.

En palabras de López Richart, en relación al hecho de que la DDASI hubiera dejado en manos de los legisladores nacionales el reconocimiento o no de este límite⁴⁴,

La doctrina ha criticado fuertemente la falta de armonización que conlleva la solución consagrada por la Directiva, con las consecuencias que ello podría acarrear para el desarrollo de la sociedad de la información en el mercado interior, aunque hay que reconocer que de otro modo difícilmente se hubiera podido llegar a un consenso ante la disparidad de puntos de partida de las legislaciones nacionales.

III.2. La compensación equitativa en Europa. Fundamento y regulación

Alemania fue, en el año 1965, el primer país en introducir lo que hoy en día conocemos como “compensación equitativa”, y lo hizo en aquel momento sobre los equipos de grabación de sonido y de vídeo. Hoy en día, la mayoría de países de la Unión Europea cuentan con diferentes tipos de gravámenes por este concepto, así

⁴²GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2010:45)

⁴³QUINTAIS, J.P. y POORT, J. (2013: Apartado 16). En el texto original: “*it seems difficult to clearly define the scope of commerciality here. National legislators and courts have attempted to do so by setting forth subjective and objective criteria: the infringing intent of the copier (actual or constructive knowledge, linked to the profit-making aim) and the definition of a specific number of copies beyond which PC is not acceptable. It is, however, difficult to transpose these criteria to define indirect commerciality in digital PC*”.

⁴⁴LÓPEZ RICHART, J. (2008: 186)

como Estados Unidos, Canadá, Rusia y varios países de Latinoamérica y África. Por su parte, en el continente asiático, tan sólo Japón cuenta con este tipo de tasas⁴⁵.

La DDASI establece en su artículo 5.2.b), que “*Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción (...) 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 artículo 6*”.

De lo anterior se desprende que, si bien los Estados Miembros tienen la facultad de decidir si establecen o no en sus ordenamientos jurídicos el límite de copia privada, una vez que han optado –los que así lo han hecho– por incluirlo, tienen la obligación de regular un sistema de compensación equitativa. Como punto de partida y fundamento de este sistema, y en palabras de González de Alaiza,

En último término, el fundamento de la remuneración de los autores se encuentra en que la obra es disfrutada por los particulares (...). De *lege ferenda*, existen dos posibles momentos temporales en los que realizar el control del uso de la obra (...), que son en origen o en destino, es decir, en el momento en que se realiza el acto de explotación en sí o bien en el que se plasman los resultados de éste con el consumo o disfrute de la obra por los usuarios finales. El Derecho de autor se ha decantado tradicionalmente, en lo que puede considerarse una solución a escala internacional, por la primera de estas opciones (...). La otra alternativa, la de control en destino (...) genera inconvenientes tanto de tipo práctico, al ser casi imposible el control del uso de la obra que hacen los individuos, como también jurídico, pues debe respetarse la esfera de la intimidad⁴⁶.

Dado que será el control “en origen” el que se lleve a cabo, y no el control directo, por las razones arriba expuestas, entonces el legislador permitirá las reproducciones en el ámbito privado –por supuesto, no de manera absoluta sino que regirán ciertos límites– y establecerá, en lo que a la copia privada se refiere, una compensación equitativa que paliará –en cierto modo– las pérdidas que el autor puede sufrir a raíz de determinados usos de su obra.

En su Considerando 38, la DDASI llama la atención de manera especial sobre la importancia de tener en cuenta, a la hora de aplicar el límite de copia privada y el

⁴⁵ QUINTAIS, J.P. y POORT, J. (2013: Apartado 1).

⁴⁶ J.J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA (2008:3-4)

consiguiente sistema de compensación equitativa –así como en su cuantía–, las diferencias entre la copia privada analógica y la copia privada digital:

Debe facultarse a los EM para que establezcan una excepción o limitación al derecho de reproducción en relación con determinados tipos de reproducción de material sonoro, visual y audiovisual para uso privado, mediante una compensación equitativa. Ello puede suponer la introducción o el mantenimiento de los sistemas de retribución para compensar a los titulares de los derechos por los perjuicios sufridos. Aunque las diferencias existentes entre tales sistemas de retribución afecten al funcionamiento del mercado interior, en lo que respecta a la reproducción privada analógica, dichas diferencias no deben tener efectos significativos en el desarrollo de la sociedad de la información. 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.

Por su parte, el Considerando 39 establece que se deberán tener en cuenta las medidas de protección –aunque no todas, sino únicamente aquellas que sean eficaces– para modular el sistema de compensación equitativa:

Al aplicar la excepción o limitación relativa a la copia privada, los Estados miembros deben tener en cuenta el desarrollo económico y tecnológico, en particular, en lo relativo a la copia digital privada y a los sistemas de retribución, siempre que existan medidas tecnológicas de protección eficaces. Dichas excepciones o limitaciones no deben impedir ni el uso de medidas tecnológicas ni su aplicación en caso de elusión.

Lo anterior encuentra su justificación en el hecho de que si las medidas de protección impiden la copia privada, entonces no procederá la compensación equitativa porque ese pago estaría injustificado, al no tener lugar el hecho generador del mismo. Si la razón de ser de la compensación es el perjuicio causado por las copias privadas, y éstas no se realizan porque se han aplicado medidas tecnológicas, la compensación perdería su fundamento. Sin embargo, el problema reside en que es posible que las medidas tecnológicas, incluso las eficaces, sean vulneradas y entonces, sí se realicen las copias en cuestión.

Además, nos encontramos en este punto con un problema adicional, ya apuntado anteriormente, y es que se incluyen medidas tecnológicas en las obras con el fin de impedir usos no autorizados de las mismas, pero ello provoca también que se impida

el ejercicio de derechos que están reconocidos por la normativa, como puede ser el de la copia privada⁴⁷.

Es posible que finalmente la compensación por copia privada en el ámbito digital termine desapareciendo; explica este punto, en relación a las medidas tecnológicas de protección – Technical Protection Measures, TPM– Pedro Quintais⁴⁸:

Las medidas tecnológicas de protección o TPM son dispositivos o componentes que tienen el fin de restringir accesos o usos no autorizados con respecto a las obras, por ejemplo, a través de la encriptación o mecanismos de control de copias; la elusión de TPMs efectivas está prohibida. Cuando una obra es ofrecida online, sujeta a términos de licencia restrictivos de la copia privada y acompañada de TPMs, la Directiva permite la posibilidad de que el límite se deje de lado. Fuera de este escenario, donde el límite es implementado y los TPMs son utilizados por los titulares de derechos, debe articularse un sistema de compensación equitativa a la luz de la prueba de los tres pasos.

La lógica de estas previsiones es la siguiente. Las TPM pueden restringir actos de reproducción digital y supeditarlos a un pago adicional, incluso en el caso de que estos actos estuviesen –de no ser por esto– cubiertos por el límite de copia privada. Ello traería consigo que el sistema de pagos a través de compensación equitativa estuviera injustificado, dado que no existirían copias no autorizadas, ni tampoco “daño” que compensar. Consecuentemente, la aplicación de TPMs efectivas podría llevar a una eliminación de la compensación equitativa en el ámbito digital.

⁴⁷A.M. PÉREZ GÓMEZ TÉREL (2008: 18)

⁴⁸QUINTAIS, J.P. (2015). *Private copying and Downloading from Unlawful sources*. Amsterdam Law School Legal Studies Research, Paper No. 2014-55. Institute for Information Law Research Paper No. 2014-03. En el texto original: “TPMs are devices or components aimed at restricting unauthorized access or uses of works, for example through encryption or copy control mechanisms; circumvention of “effective” TPMs is prohibited.²² Where a work is made available online, subject to licensing terms restricting private copying and accompanied by TPMs, the directive allows for the possibility that the limitation is set aside. ²³ Outside that scenario, whenever the limitation is implemented and TPMs are used by rights holders, they must articulate with the condition of fair compensation and the three-step test.²⁴ The logic of these provisions is the following. TPMs can restrict acts of digital reproduction and subject them to additional payment, even where those acts would otherwise be covered by the private copying limitation. That would make payments through a levy system unwarranted, because there would be no unauthorized copies or harm to compensate. Consequently, application of effective TPMs could lead to “phasing-out” levies in the digital environment”. Página 7

IV. LA REGULACIÓN DEL LÍMITE DE COPIA PRIVADA EN ESPAÑA

IV.1. La evolución normativa del límite de copia privada en España

El límite de copia privada fue introducido en España por primera vez por medio de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual. En su artículo 31 se señalaba que *“las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos: (...) 2.º Para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa”*.

Resulta interesante hacer un repaso de las modificaciones que, desde la redacción original del TRLPI ahora vigente hasta la introducida por Ley 21/2014, se han realizado en lo que respecta a la copia privada. En lo que aquí interesa, en los siguientes apartados del artículo 31:

a. Redacción del texto original, publicado el 22/04/1996, en vigor desde el 23/04/1996⁴⁹

Artículo 31. Reproducción sin autorización.

Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos: (...)

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

b. Modificación publicada el 08/07/2006, en vigor desde el 28/07/2006⁵⁰

Artículo 31. Reproducciones provisionales y copia privada.(...)

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

⁴⁹ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

⁵⁰ Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el R.D. Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

c. Última modificación, publicada el 05/11/2014, en vigor desde el 01/01/2015⁵¹

Artículo 31. Reproducciones provisionales y copia privada.(...)

2. Sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias, constitutivas del límite legal de copia privada:

a) Que se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales.

b) Que la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita. A estos efectos, se entenderá que se ha accedido legalmente y desde una fuente lícita a la obra divulgada únicamente en los siguientes supuestos:

1.º Cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil.

2.º Cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada.

c) Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio.

3. Quedan excluidas de lo dispuesto en el anterior apartado:

a) Las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i), de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra.

b) Las bases de datos electrónicas.

c) Los programas de ordenador, en aplicación de la letra a) del artículo 99.

⁵¹ Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el R.D. Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

IV.2. Los elementos que configuran el límite de copia privada

IV.2.1. Copia total o parcial y número de copias

El legislador no dice nada acerca del carácter total o parcial de la copia que se permite realizar, pero se entiende que este límite es de aplicación tanto en relación a una parte, como en relación a la totalidad de la obra.

Por otro lado, en cuanto al número de copias permitidas, existen argumentos para defender que la excepción ampara la realización de varias copias. Sin embargo, la doctrina difiere en cuanto al número exacto de éstas.

Personalmente, entiendo que el precepto se debe interpretar en el sentido de que efectivamente se permite más de una copia; si una persona adquiere, por ejemplo, un CD musical de su cantante preferido, considero que debería poder realizar varias copias del mismo para tener el original en casa y además, una en el coche, otra en el trabajo, otra en el aparato de reproducción que utiliza para hacer deporte y otra para regalar a su pareja, por ejemplo, sin que resulte para ello preciso que esta persona compre cinco CDs para satisfacer las necesidades anteriores. Todo ello asumiendo, por supuesto, que se cumple el resto de requisitos establecidos para que la copia privada sea admisible.

Por su parte, González de Alaiza propone al respecto un número de siete copias, y lo argumenta en base a las cuatro razones siguientes⁵²: a) la imposibilidad de control es idéntica respecto a una sola copia que respecto a varias, siempre que éstas se mantengan en el círculo privado de quien las lleva a cabo, b) es lógico suponer que una persona quiera disfrutar de una determinada obra en diferentes soportes –y formatos–, no conformándose para ello con sólo dos o tres reproducciones de la misma, c) en algunos países, como Alemania, se habla de tres a siete reproducciones y d) la jurisprudencia ha entendido que la copia privada, como límite, ampara una pluralidad de copias.

Sin embargo, y aun a pesar de lo anterior, es importante tener en cuenta que el hecho de fijar por ley un número máximo de copias –como por ejemplo, siete– puede traer consigo que los usuarios se sientan animados a agotar necesariamente el “crédito” de copias que se les ha concedido. En este sentido, si una persona sabe

⁵²J.J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA (2008:157)

que se le permite realizar siete copias, cuando en un principio sólo precisaba una, es posible que se genere en él la necesidad, que antes no tenía, de realizar otras seis⁵³.

No obstante todo lo anterior, es importante tener en cuenta que, en la práctica, serán los titulares de derechos los que decidan, en las ocasiones en las que así lo quieran, cuántas reproducciones permiten en concepto de copia privada. Ello es así porque si deciden utilizar medidas tecnológicas de protección que no impidan la copia, pero sí limiten el número de las mismas que se podrán llevar a cabo –por ejemplo, a una sola copia– estarían amparados por el artículo 161.4 de la Ley de Propiedad Intelectual, en cuanto que ésta enuncia que

Lo dispuesto en los apartados anteriores no impedirá que los titulares de derechos sobre obras o prestaciones adopten las soluciones que estimen adecuadas, incluyendo, entre otras, medidas tecnológicas respecto del número de reproducciones en concepto de copia privada. En estos supuestos, los beneficiarios de lo previsto en el artículo 31.2 [el límite de copia privada] no podrán exigir el levantamiento de las medidas tecnológicas que, en su caso, hayan adoptado los titulares de derechos en virtud de este apartado.

Es decir, una vez que los titulares de derechos hayan decidido incluir medidas tecnológicas que limiten el número de copias –a una copia, a dos, o al número que hayan estimado conveniente–, entonces el usuario no podrá exigir el levantamiento de las medidas tecnológicas en cuestión para realizar las otras copias a las que, en principio, de no haber sido por esta previsión normativa, habría tenido derecho.

IV.2.2. Reproducción en cualquier soporte, de obras ya divulgadas

Con la expresión “en cualquier soporte” –que ya fue introducida a través de la modificación realizada por la Ley 23/2006–, se hace referencia a que las copias se pueden realizar, en principio, tanto en un soporte analógico como en un soporte digital. Sin embargo, hay que tener en cuenta que las medidas tecnológicas de protección pueden impedir la realización de las copias en algunos soportes, como ya se ha comentado con anterioridad.

⁵³Este ha sido uno de los argumentos que ha llevado a que, pese a que en un principio se discutió en Alemania la posibilidad de introducir por ley un número máximo de copias permitidas, finalmente no se llevó a cabo.

Por su parte, el requisito de que se trate de obras ya divulgadas ha venido establecido ya desde el nacimiento del límite de copia privada en nuestro ordenamiento jurídico, y se ha mantenido a lo largo de todas las modificaciones que se han realizado del artículo 31. Con ello se responde a la necesidad de garantizar el derecho moral del autor a la divulgación de su obra. Según González de Alaiza,

La exigencia de que se produzca la divulgación de la obra con anterioridad a la realización de copias privadas, que heredamos de la ley francesa, es una cautela adoptada por el legislador. Si tenemos en cuenta que la copia privada acontece dentro del ámbito privado, su materialización no supondría en principio vulneración del derecho a la divulgación de la obra, que sigue ostentando el autor, pero originaría un doble riesgo: en primer lugar, que a partir de esa copia se realizasen actos no autorizados de comunicación o distribución de la obra, que vulnerarían al mismo tiempo la facultad de divulgarla; y, en segundo lugar, que la copia privada se multiplicase, siempre en el ámbito privado, con lo que incluso sin incurrir en ilicitud se habría burlado el interés del autor en controlar la difusión de su obra⁵⁴.

IV.2.3. Reproducción realizada por personas físicas –sin asistencia de terceros–, exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales, y siempre que la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa ni distribución mediante precio

Antes de la entrada en vigor de la Ley 23/2006, se hablaba de la figura del “copista” para hacer referencia a la persona que podía beneficiarse del límite de copia privada del artículo 31, y se añadía, “siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa”.

Sin embargo, ya en la Ley 23/2006 se suprimió esta figura, para pasar a referirse a la “persona física” que realiza la copia “para su uso privado” y siempre que, tal y como ya se venía requiriendo antes, “la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa”. Con ello, se favoreció una mayor y mejor concreción de la figura, ya que el legislador no facilitaba ninguna definición del “copista” y, sin embargo, sí fijaba los requisitos para que se pudiese considerar que una persona podía realizar una copia privada en su redacción de 2006. Así, a la luz de lo decretado en esta última redacción, el sujeto legitimado para realizar la copia debía:

⁵⁴J.J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA (2008:161)

a) ser una persona física, b) llevar a cabo por sí mismo tal copia y c) hacer esa copia para su uso privado.

La última modificación (Ley 21/2014) va más allá, dado que se ha añadido la precisión “sin asistencia de terceros”. Y, como siempre, con la condición de que “la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa”, sumándose a esta última condición una nueva exigencia: “ni de distribución mediante precio”.

En este sentido, entiendo que éste último requisito no hace sino reforzar el carácter privado que se le debe dar al uso de la obra para que la copia privada sea lícita. Desde mi punto de vista, ello no cambia sustancialmente el régimen de copia privada, ya que si se llevase a cabo una distribución mediante precio, estaríamos entrando en una utilización lucrativa de la obra. Con lo cual, considero que se trata de una inclusión redundante por parte del legislador español.

Por otra parte, el propio Consejo de Estado⁵⁵, en su Dictamen de 28 de abril de 2013, se refiere a la expresión “sin asistencia de terceros” como concepto jurídico indeterminado –a pesar de lo cual, finalmente se recogió de esta manera en la versión definitiva de la Ley, sin atender a lo recogido en este Dictamen–. Coincido con lo dispuesto por el Consejo de Estado en este aspecto; considero que las asistencias prestadas por un tercero y consentidas por la ley –amparadas por el límite de copia privada– deberán ser las mismas que lo eran antes, de modo que no se pueda discriminar a quien no tiene los medios –económicos o físicos, por ejemplo– que se requieren para hacer una copia privada. Pensemos, por ejemplo, en una persona que por tener una determinada discapacidad física requiere de la asistencia de un tercero para que lleve a cabo la copia de un CD que ha adquirido: ¿tendrá menos derecho a realizar la copia privada que otra persona que pueda, por sí mismo, llevarla a cabo? Desde mi punto de vista, claramente no.

Una vez aclarado lo anterior, es importante tener en cuenta que el concepto de uso privado debe ser debidamente delimitado. El círculo de personas incluidas en el mismo será el llamado “ámbito doméstico”, si entendemos “uso privado” –del que la ley no ofrece expresamente una definición que permita delimitarlo– como contraposición al “uso público” –que la ley sí define cuando regula el derecho de

⁵⁵ Dictamen del Consejo de Estado; referencia 1064/2013 en el Asunto “Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, aprobado el 28 de noviembre de 2013.

comunicación pública dado que el artículo 20.1.2º TRLPI establece que “*no se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico*”⁵⁶. Es conveniente realizar ciertas consideraciones.

Por un lado, no es posible establecer de antemano cuántas personas forman parte del ámbito doméstico, sino que ello dependerá de las circunstancias de cada caso concreto⁵⁷. Además, no se deben tener en cuenta únicamente las relaciones de parentesco o amistad de las personas que componen el ámbito doméstico en cuestión, sino que también tiene incidencia el lugar en el que se lleve a cabo el acto de reproducción. El Tribunal Supremo ha declarado que “*lo que se tiene en cuenta (...) son aquellos actos en los que una pluralidad de personas pueden tener acceso a la obra creativa, por lo que no se precisa una concurrencia simultánea, sino que puede ser sucesiva*”⁵⁸.

Algunos autores, como Salas Carceller⁵⁹, consideran que la reproducción “para uso privado” no ampara las copias para familiares, vecinos o amigos, razonándolo de la siguiente manera –razonamiento con el cual, personalmente, discrepo, pero que me parece interesante incluir aquí–:

Si verdaderamente se tratara de la copia que el adquirente de una copia protegida hace exclusivamente para su uso privado (CD o DVD para el coche, para su residencia de vacaciones, etc., o fotocopia parcial de un libro de su propiedad para estudiarla el fin de semana que va de viaje) creo que no sería tal el esfuerzo [*de las entidades de gestión para mantener el canon*], porque tampoco sería igual en este caso la pérdida económica, que seguramente sería mínima. Lo que ocurre, en realidad, es que se está contemplando una situación distinta, que no es la autorizada por la ley: la copia que se hace para el familiar, el vecino o el amigo, *que no es copia privada ni por tanto está autorizada por la ley* [la cursiva es mía], pero resulta incontrolable y supone claras pérdidas para los titulares de derechos de propiedad intelectual. (Piénsese que si un grupo de diez amigos, compra cada uno un CD de música y saca una copia para cada uno de los demás, se puede dejar de estar vendiendo 90 CD). La reproducción “para uso privado” no ampara estas copias para terceros, ya que nos encontraríamos ante una limitación de los derechos exclusivos de los autores a autorizar cualquier reproducción de su

⁵⁶ J.J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA (2008:174)

⁵⁷ Puede ocurrir que un acto entre dos personas no forme parte del ámbito doméstico por no tener éstas ninguna relación entre sí. O puede ocurrir, por el contrario, que nos encontremos dentro del ámbito doméstico aun participando una multitud de personas en el acto en cuestión.

⁵⁸ STS de 11 de marzo de 1996 [RJ 1996/2413], fundamento jurídico 3º.

⁵⁹ SALAS CARCELLER, A. (2007). *La compensación por copia privada. Estado de la cuestión e intereses en juego*. En Los Derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual. Coordinador: Xavier O'Callaghan. Madrid: Dykinson (2011; 1ª Ed.). Pág. 79

obra y, como tal limitación, ha de ser interpretada no de forma extensiva, sino restrictiva.

Por su parte, con la referencia a la no “utilización colectiva”, lo que se pretende es convertir de forma sobrevenida en ilícita una copia que en un primer momento era lícita; por ejemplo, cuando el usuario de una red de intercambio de archivos entre particulares coloca copias de canciones en una carpeta compartida⁶⁰.

En último lugar, y en cuanto al requisito de que la utilización sea “no lucrativa”, hay que partir de la base de que el ánimo de lucro no debe tomarse desde un punto de vista universal; es indudable que la persona que realiza para sí una copia privada, se está beneficiando por poder disfrutar de esa determinada copia de la obra a un precio mucho más reducido que el original, o incluso a un precio nulo. Pero no por ello debe considerarse que existe el ánimo de lucro que se exige en el precepto.

Por el contrario, el ánimo de lucro –cuyo alcance ha sido ampliado, como ya se ha comentado, a través de la última redacción del artículo, ya que se ha añadido al precepto “*que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa*” la precisión “*ni de distribución mediante precio*”– deberá analizarse con respecto a las circunstancias del caso. Si, por ejemplo, una persona que legítimamente realiza una copia privada, la vende o alquila a un tercero (independientemente de que ese tercero entre dentro del ámbito doméstico), entonces se entenderá que se está lucrando con ello, lo cual constituye la conducta aquí prohibida. Por supuesto, si la distribuye a terceros mediante precio, no cabrá ninguna duda de que tal conducta queda fuera del ámbito de la copia privada.

IV.2.4. Acceso legal desde una fuente lícita

La Ley 23/2006 introdujo por primera vez en la normativa española el requisito del acceso de manera legal a la obra de la cual se realiza la copia privada –“*a partir de obras a las que haya accedido legalmente*”–, constituyendo dicho requisito la novedad más importante de las introducidas en la regulación del límite de copia privada en esta ley de 2006.

⁶⁰GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA (2008:181)

Como apuntaba un sector de la doctrina, esta redacción del artículo 31.2, voluntariamente o no, parecía legitimar a los espectadores de obras teatrales y películas para realizar copias privadas⁶¹. Estaban permitidas las copias privadas realizadas a partir de un original comprado por quien realiza la copia, pero también a partir de una obra prestada, o de una obra radiodifundida. E incluso, según el tenor literal del precepto a la luz de la redacción de 2006, podría entenderse que alguien que compraba un CD pirata o que se descargaba un archivo de una red de intercambio en Internet, no estaba cometiendo ninguna ilegalidad, sino que se aprovechaba de la ilegalidad de un tercero. Sin embargo, la discusión queda disipada con la nueva redacción del artículo, que deja claro que tales conductas no están amparadas por la excepción.

En efecto, este requisito se ha visto restringido con la última redacción del artículo 31, a través de la ley 21/2014, ya que ahora no sólo se exige “*que la reproducción se realice a partir de obras a las que [la persona física] haya accedido legalmente*”; también se matiza que ello ha de ser “*desde una fuente lícita*”, y a continuación se determina en qué casos se entiende que ello ocurre: “*a estos efectos, se entenderá que se ha accedido legalmente y desde una fuente lícita a la obra divulgada únicamente en los siguientes supuestos:*

1.º Cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil.

2.º Cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada.”

El legislador español no ha ofrecido, en la Exposición de Motivos de esta Ley, desde mi punto de vista, de manera suficientemente argumentada, las razones por las que

⁶¹Todo ello sin perjuicio del debido respeto a las normas relativas al derecho a la imagen (Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA (2008:177) y, en el mismo sentido, Bercovitz Rodríguez-Cano, que desde un punto de vista muy crítico afirmaba que “*el problema inicial no está en saber si el requisito (no existente en la Directiva 2001/29) debe ser valorado positiva o negativamente, sino en saber en qué consiste dicho requisito. Sobre ello ya han corrido ríos de tinta, si la expresión sigue valiendo. Buena prueba de ese mal hacer de legisladores que introducen innecesariamente oscuridad en las leyes y, consecuentemente, todo tipo de dudas*”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009). *La regulación legal de los límites en las legislaciones comunitaria y española*. En Los Derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual. Coordinador: Xavier O’Callaghan. Madrid: Dykinson (2011; 1ª Ed.). Pág. 350.

ha considerado conveniente llevar a cabo estas modificaciones, que restringen en gran medida el concepto de copia privada hasta entonces vigente. Se ha limitado a indicar que esta nueva redacción supone, efectivamente, su restricción:

como consecuencia de la exclusión, por un lado, de las reproducciones para uso profesional o empresarial, en cumplimiento de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [*se refiere al caso Padawan, que será analizado en el punto VI.5 de este trabajo*], y por otra parte de las reproducciones a partir de soportes físicos que no sean propiedad del usuario, incluyéndose aquellas no adquiridas por compraventa mercantil, y mediante comunicación pública, salvo las reproducciones individuales de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos. [*Aquí es donde, a mi parecer, hubiera sido adecuado ofrecer una explicación más detallada de las razones que impulsaron al legislador a ello*]. Al dejar de quedar amparadas por el límite de copia privada, estas reproducciones, cuando carezcan de autorización, devienen ilícitas y no podrán ser objeto de compensación equitativa⁶².

Este aspecto sí se trató, sin embargo, en las memorias relativas a la preparación del Anteproyecto de esta ley, y es comentado por el Dictamen del Consejo de Estado que se recoge de manera detallada al final de este epígrafe, y al cual me remito.

Este sistema parte de la base de que, si el acceso a la fuente es ilícito, entonces el autor no obtiene ningún beneficio al respecto de esa copia, ni siquiera de manera indirecta. Por el contrario, si el acceso a la fuente es lícito, el autor se habrá beneficiado al menos de la adquisición del soporte original.

Es de gran relevancia la matización realizada, “*desde una fuente lícita*”, dado que la redacción anterior había dado lugar a críticas por lo que algunos consideraron como una mención “*oscura, que dificultaba el correcto entendimiento del significado de éste nuevo requisito [el de acceso legal]*”. Explica esto Garrote Fernández-Díez de una manera tan clara que resulta muy ilustrativo a este respecto incluir sus palabras aquí, no sólo para comprender el por qué de las críticas a la anterior redacción del precepto, sino también para entender la importancia y envergadura de las modificaciones introducidas a través de la última reforma de 2014⁶³:

⁶² Apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual

⁶³ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2010: 91-94)

La legalidad o ilegalidad se predica literalmente de modo en que la persona física que hace la reproducción accede a la obra o prestación, no de la propia reproducción que luego es a su vez copiada. No se incide por tanto en la ilegalidad de la fuente (como parecería lógico), sino en el modo en el que se accede a dicha fuente (...). La condición del acceso legal, por tanto, sólo se puede aplicar con cierta naturalidad en los supuestos de copias a partir de obras comunicadas de forma inmaterial (quien graba en una cámara de vídeo una película que exhiben en el cine), pero no cuando se reproduce una obra o prestación incorporada en un soporte físico.

En mi opinión, es claro que la intención del legislador de 2006 era considerar que no deben estar cubiertas por la excepción las reproducciones que se hacen *“a partir de ejemplares o archivos puestos ilícitamente en el mercado”* (...). Seguramente el legislador trataba de decir que lo importante es si la obra ha sido puesta ilícitamente en el mercado, aunque equivoca la perspectiva al referirse al usuario que hace la copia, y no al origen lícito o ilícito de su puesta en el mercado (...). Y ello porque obviamente lo importante no es el modo de acceder el copista a la obra, sino si ésta se puso en el mercado con la autorización de los derechohabientes. Es sólo desde ésta última perspectiva desde la que queda claro que *“la copia de la copia ilícita es ilícita”*.

Lamentablemente, no es esto lo que dice la Ley 23/2006. En el artículo 31.2, la ilicitud se predica literalmente *“del modo en el que el usuario accede a la obra”*, no en si la obra ha sido puesta en el mercado con la previa autorización de los derechohabientes (...). Ante esta imprecisión del legislador, ¿cómo debemos entender el requisito del *“acceso legal”* al que se refiere ahora el artículo 31.2? En la doctrina española se señala de forma mayoritaria que no accede legalmente quien, de acuerdo con la diligencia media exigible, debe saber que está reproduciendo una copia ilegal (como, por ejemplo, quien se beneficia de una red P2P para hacer una reproducción descargándosela de la carpeta compartida de otros usuarios) (...).

Debe hacerse una interpretación correctora del requisito del *“acceso legal”* del artículo 31.2 para entender que lo que el legislador quiso exigir era la legalidad en la fuente o patrón usado como modelo en la reproducción (...). Siendo así, las copias privadas quedarían reducidas a los supuestos en los que el propietario de un ejemplar realizara una ulterior reproducción, cuando se hiciera una copia de una obra prestada o alquilada o cuando se grabara una obra que fuera lícitamente difundida por radio, televisión o Internet.

Y en el mismo sentido se pronuncia López Richart.⁶⁴

El requisito del acceso legal fue introducido en el curso de la tramitación parlamentaria muy probablemente para dejar fuera del límite de copia privada las descargas realizadas a partir de las plataformas de intercambio de

⁶⁴ LÓPEZ RICHART, J. (2008: 188)

archivos peer-to-peer. Sin embargo, si ésta era la finalidad perseguida por el legislador, no debería haber puesto el acento en el modo en que la persona que hace la copia ha accedido a la obra, sino en la fuente misma de la que la copia procede o en la manera en que ésta ha sido puesta a disposición del público, tal y como aparece consagrado en el art. 53.1 de la ley alemana.

Y al efecto de lo dispuesto en esta nueva redacción del artículo 31.2, ¿qué entendemos por compraventa mercantil? La respuesta a esta pregunta es de gran importancia, dado que ahora sólo podremos hablar de copias privadas lícitas –del apartado 1º del requisito b) del artículo 31.2– cuando estemos en presencia de un soporte material adquirido a través de compraventa mercantil, con las consecuencias que ello conlleva⁶⁵:

Sin duda estamos desvirtuando en gran medida las posibilidades que nos otorga la tecnología digital de realizar este tipo de copias y que encontrarían acomodo en una regulación que no intentara ajustarse a la cuantía del canon digital. Ahora bien, ¿qué entendemos por compraventa mercantil? Si acudimos al Código de comercio, que es el texto legal que la regula, tendrá tal consideración “la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa”. Por lo tanto, sólo será mercantil la compraventa de algo realizado con ánimo de reventa. Y alguien se preguntará: ¿pero en la copia privada, uno de los requisitos no era que se realice la copia sin fines directa ni indirectamente comerciales?

Efectivamente, hemos elaborado una regulación de la copia privada que es manifiestamente contraria a la propia definición de la misma. Esperemos que el buen hacer de nuestros jueces nos pueda explicar cómo debemos interpretar esta norma.

No obstante, en relación a lo anterior, es importante tener en cuenta que, en la redacción del Anteproyecto este artículo se refería a “compraventa comercial”, y ello fue calificado por el Consejo de Estado, en su dictamen emitido al respecto, como concepto jurídico indeterminado –es más: decía textualmente que se utilizaba la expresión “compraventa comercial” en vez de “compraventa mercantil”, que fue la que finalmente se adoptó⁶⁶–.

⁶⁵ GIL LÓPEZ, E. (2015). ¿Quién hará una copia privada? La nueva regulación de la copia privada y el canon digital. Blog de la Universidad Internacional de La Rioja

⁶⁶ Dictamen del Consejo de Estado; referencia 1064/2013 en el Asunto “Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, aprobado el 28 de noviembre de 2013.

Por otra parte, y en cuanto a si la buena fe de quien realiza la copia debe influir en la consideración del requisito aquí estudiado, varios autores han defendido que así debe ser⁶⁷. No obstante, reconocen que es algo que se debe hacer caso por caso, dado que sería prácticamente imposible establecer unas pautas globales para resolver esta cuestión.

En opinión de Garrote Fernández-Díez, y siguiendo con su máxima de “*cuando podamos controlar, controlemos y cuando no podamos controlar, cobremos*”, el legislador debería considerar que las copias conocidas coloquialmente como “piratas” –se refiere básicamente a descargas que los usuarios realizan de Internet de manera ilegal– deberían considerarse amparadas por la excepción, logrando así que se generase a favor de los titulares de derechos una compensación por razón de tales copias, que no obtendría en ningún caso si consideramos que las copias son ilícitas o piratas.

Personalmente, discrepo con el punto de vista de este autor porque considero que, de hacer lo que él propone, se estaría vaciando de contenido la figura de la copia privada, con el único objetivo de lograr mayores remuneraciones a los titulares de derechos a través de la compensación equitativa. Opino que tales copias no son en modo alguno privadas porque no cumplen con los requisitos básicos establecidos a tal efecto, tal y como está concebido el límite en la LPI: no se puede considerar que son reproducciones realizadas exclusivamente para uso privado, ni que los fines no sean directa ni indirectamente comerciales –hemos de tener en cuenta que a través de la publicidad, por ejemplo, se puede estar generando un beneficio para quien ofrece estas copias; o también puede pensarse en páginas que, a cambio de una cuota periódica permiten a los usuarios descargar de manera ilegal más archivos que si lo hiciesen sin abonar tales cuotas, como así ocurría en la página web Megaupload, por ejemplo–. Y, desde luego, no creo que se pueda sostener en estos casos el requisito de que la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva, ya que la mayoría de las veces, así será.

⁶⁷En este sentido, Garrote Fernández-Díez, en la misma línea que Bercovitz Rodríguez-Cano y Marín López. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2010: 95-98). Garrote pone el siguiente ejemplo para ilustrar el hecho de que deberá tomarse la situación de cada caso para establecer si ha habido o no buena fe por parte del usuario: “*Creo que es indiscutible que si un usuario se está descargando gracias a un programa P2P un “screener” de una película recién estrenada en su país, es totalmente consciente de la ilicitud de la fuente a partir de la cual se está haciendo la reproducción. Y, sin embargo, la cuestión puede ser mucho más dudosa en un fonograma de música cubana de los años 30, en donde puede haber dudas razonables sobre la titularidad de los derechos, su posible paso a dominio público, etc.*”

Es decir: o se consideran copias privadas, devengándose en su caso la correspondiente compensación a favor de los autores, o no se consideran copias privadas, en cuyo caso los autores no tendrán el derecho a recibir compensación alguna en tal concepto –sin perjuicio de las acciones que, en cada caso, se pudieran ejercitar en base a la infracción que se estuviese realizando–.

En este sentido, el legislador sí ha dejado claro que no existe duda al respecto de que no habrá compensación a los autores a causa de estas conductas ilícitas; ya en su Exposición de Motivos afirma, como ya se ha adelantado, que *“al dejar de quedar amparadas por el límite de copia privada, estas reproducciones, cuando carezcan de autorización, devienen ilícitas y no podrán ser objeto de compensación equitativa”*⁶⁸.

Por último, es obvio que el requisito de acceso legal no se cumple en los casos de descargas ilegales de Internet. Desde luego, si antes podía haber dudas, y posiciones como la mantenida por Garrote Fernández-Díez podrían encontrar justificación, ahora, con la nueva redacción (que exige que o bien el soporte hubiera sido adquirido en propiedad por compraventa mercantil, o bien se trate de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública), desde mi punto de vista, no caben interpretaciones como la de este autor.

Considero que, en cierto modo, esta idea legitimaría las copias “piratas” cuando lo ideal, a mi modo de ver, sería implementar un sistema que lograra terminar con ellas como, por ejemplo, a través del fomento de un sistema de “tarifa plana” por descargas o reproducciones en “streaming” en la red que, de una manera “asequible” permitiese a los usuarios realizar esta conducta de manera legal, o a través de un cambio de modelo de negocio por parte de los titulares de derechos que conscientes de la nueva –quizá ya no tan nueva– realidad social y forma considerada “normal” – por parte de los usuarios– de disfrute de las obras, basada en gran medida en Internet. De hecho, existen ya importantes empresas audiovisuales, como Disney, que siendo conscientes de la dificultad de impedir el intercambio masivo y gratuito de sus producciones, han decidido colgarlas directamente, de manera gratuita en la Red, obteniendo los beneficios a través de la publicidad vinculada a las reproducciones que de sus archivos se realizan⁶⁹.

⁶⁸ Apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual

⁶⁹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B. (2008:311)

*El Dictamen del Consejo de Estado de 28 de noviembre de 2013*⁷⁰

Resulta interesante incluir a continuación un breve resumen del contenido del Dictamen del Consejo de Estado en lo relativo a las modificaciones propuestas por el Anteproyecto de Ley de Modificación de la LPI, que concluyó con la Ley 24/2014.

Al identificar en esencia el acceso legal con la adquisición por medio de compraventa, ello genera un escenario futuro en el que los titulares de derechos de propiedad intelectual se verán en la obligación, a fin de defender esos derechos, de tener que tratar de comprobar si las adquisiciones reúnen los requisitos del artículo proyectado o si, en realidad, el acceso se produjo por otro medio (como el préstamo o el alquiler) o a través de una compraventa que no reunía el carácter de comercial (compraventa de segunda mano) (...).

En cuanto a la redacción del apartado a) del artículo 31.2, que obliga a que la copia “*se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial y sin fines directa ni indirectamente comerciales*”, el Consejo de estado destaca que la novedad estriba en la exigencia de un uso privado, no profesional ni empresarial, y recuerda que ello deriva de la necesidad de adaptar el ordenamiento interno a la Sentencia Padawan (...). A la vista de la misma, no parece que la construcción del artículo 31.2.a) se ajuste a lo en ella resuelto, habida cuenta de que podría entenderse que lo que trata de vedarse por la jurisprudencia europea es que puedan incluirse en la copia privada las realizadas para su difusión o uso colectivo en entornos profesionales o empresariales, al margen de la finalidad, por lo que el empleo en este ámbito del término “*profesional*” como contrapuesto a “*privado*” no resulta claramente adecuado (...).

Por lo que se refiere a la restricción del ámbito objetivo de la copia privada, ha de destacarse que la exigencia de que la copia sea realizada de un original (obra autorizada por el titular) y adquirida en propiedad por compraventa, elimina del límite de copia privada figuras que implican en principio un acceso legal, como el alquiler o el préstamo (...). La memoria funda esta decisión con el siguiente razonamiento:

"El motivo para su exclusión es la naturaleza tan diferente que tienen las figuras de alquiler y préstamo respecto a la adquisición, ya que se debe recordar que las primeras tienen un carácter limitado en el tiempo mientras que la adquisición tiene carácter indefinido. Ello significa que el préstamo y el alquiler tienen una función clara para que el usuario disfrute de la obra por tiempo definido, de tal forma que si se realiza una copia privada a partir del acceso a la obra por este tipo de figuras

⁷⁰ Dictamen del Consejo de Estado; referencia 1064/2013 en el Asunto “Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, aprobado el 28 de noviembre de 2013.

se desvirtúa su propia esencia al disfrutar el usuario privado de la obra prestada o alquilada con carácter indefinido. De mantenerse el límite respecto a las citadas figuras se facilita la obtención de copias de obras, de tal manera que independientemente del soporte en el que se contenga la misma se podrá disponer de ellas en condiciones análogas a una adquisición".

Aun siendo aceptable el razonamiento que se ha expuesto, no puede dejar de advertirse que las figuras del préstamo y del alquiler, recogidas en la LPI en los términos indicados, han contado con una regulación europea específica (...), que establece que "el derecho a obtener una remuneración equitativa a cambio del alquiler por parte de los autores o artistas intérpretes o ejecutantes será irrenunciable" (artículo 5.2) y contiene reglas sobre la remuneración debida en los casos de préstamo, incluido el de carácter público (...). El Anteproyecto elimina la inclusión en el límite de copia privada de, entre otras, las mencionadas posibilidades de acceso legal a las obras y, por consiguiente, también las excluye del régimen de compensación del artículo 25.

Las anteriores observaciones permiten afirmar que la modificación legal proyectada puede situar a un importante número de ciudadanos ante una situación en la práctica de ilicitud, como han señalado en alegaciones diversos sectores informantes, situación que no se acompaña de las suficientes medidas dirigidas a evitarla a través de la concesión de una autorización o licencia del titular del derecho, que ni sabe, ni puede, ni dispone de los medios para conceder esas autorizaciones en cada caso concreto. Muchas de las actuales prácticas de realización de reproducciones totales o parciales de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual seguirán amparándose en la excepción de copia privada, sin que, en su caso, la pérdida de esa cobertura vaya a ir acompañada de las referidas medidas de canalización por los titulares de los derechos de propiedad intelectual del control y defensa de sus derechos ante la actividad de los usuarios, ni del correlativo acceso a la compensación por el perjuicio causado por los accesos ilegales, con el consiguiente impacto en su economía.

Por otra parte, la implantación en su caso de esta nueva configuración del límite de copia privada, no va a producir un cambio de hábitos inmediato en los ciudadanos que tienen que asumir que lo que era una actividad habitual y legal de realización de copias de obras y prestaciones protegidas en el marco de la propiedad intelectual socialmente arraigada en 25 años de regulación estable, pasaría a ser, si se realiza sin la correspondiente autorización, una reproducción ilícita (...).

IV.3. Las exclusiones al límite de copia privada

IV.3.1. Las obras puestas a disposición del público de manera que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija

A raíz de la última reforma de la Ley de Propiedad Intelectual operada por Ley 21/2014, de 4 de noviembre, se ha introducido una nueva excepción al límite de copia privada a través del apartado a) del punto 3 del artículo 31: *“quedan excluidas de lo dispuesto en el anterior apartado [las copias privadas permitidas]: a) las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i), de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra.”*

Lo anterior supone que no estará permitida la copia privada “on-line” de obras que se hayan puesto a disposición del público mediante contrato, y ello –aplicado, por ejemplo, a las obras musicales–, en la práctica significa que podrá darse el caso de que una persona que adquiera un CD en una tienda virtual (se entiende que cumpliendo el resto de requisitos del artículo 31), no podrá realizar del mismo una copia privada pero, sin embargo, si esa misma persona hubiese adquirido el mismo CD en una tienda física (de nuevo, entendiendo que se cumple el resto de requisitos del artículo 31), sí estaría legitimado para realizar una copia privada del mismo.

IV.3.2. Las bases de datos electrónicas y los programas de ordenador

Tanto los programas de ordenador como las bases de datos electrónicas están excluidas de la excepción de copia privada por mandato expreso de dos Directivas europeas: la Directiva 1991/250/CEE, que establece la exclusión de los programas de ordenador en cuanto a este límite, y la Directiva 1996/9/CE, que hace lo propio con las bases de datos electrónicas.

Es fácil comprender el por qué de lo anterior si atendemos a los Considerandos de tales Directivas, que vienen a basarse en los mismos argumentos, los cuales podrían resumirse de la siguiente manera: el desarrollo de un programa de ordenador o de una base de datos electrónica conlleva elevados esfuerzos e inversiones, mientras que la copia de los mismos requiere un esfuerzo inversión

mínimos. Por ello, se hace preciso proteger tales obras, a través de la exclusión del límite de copia privada con respecto a ellas, porque de otro modo se afectaría la explotación normal de la obra –en este tipo de obras, licencias de uso–. Así,

“Considerando que el desarrollo de los programas de ordenador exige una considerable inversión de recursos humanos, técnicos y financieros y que dichos programas pueden copiarse con un coste mínimo en relación con el preciso para crearlos de forma independiente” (Considerando nº 2 de la Directiva 1991/250/CE)

“Considerando que la fabricación de una base de datos requiere una gran inversión en términos de recursos humanos, técnicos y económicos, y que las bases de datos se pueden copiar o se puede acceder a ellas a un coste muy inferior al necesario para crearlas de forma independiente” (Considerando nº 7 de la Directiva 1996/9/CE)

La ley española se limita por tanto, en los apartados b) y c) del artículo 31 TRLPI, a recoger el mandato anterior excluyendo del ámbito de copia privada estas dos figuras. Como consecuencia lógica de esta exclusión, ni las bases de datos electrónicas ni los programas de ordenador generarán en ningún momento un derecho a sus autores o titulares de derechos a una compensación equitativa en concepto de copia privada, dado que como aquí no se permite tal copia, se entiende –al menos, en teoría– que no se sufre en estos casos el perjuicio patrimonial que justifica dicha compensación.

IV.4. La regla de los tres pasos

El artículo 40 de la LPI recoge la llamada regla de los tres pasos –o prueba de las tres fases–, que se basa en lo siguiente: *“Los artículos del presente capítulo [31 a 39] no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran”*. En la DDASI, esta “regla de los tres pasos” se regula en el apartado 5 del artículo 5, de acuerdo al siguiente tenor: *“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”*.

Como se desprende del contenido de los artículos mencionados, esta prueba de las tres fases, o regla de los tres pasos, puede considerarse como un “límite a los límites”, es decir, como unas reglas que habrán de cumplirse para que, en cada caso concreto, puedan aplicarse las excepciones previstas en nuestra Ley. Lo que se exige es: a) que los límites se apliquen únicamente en casos concretos, b) que no se atente contra la explotación normal de la obra y c) que no se perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del autor⁷¹.

En algunos países esta regla de los tres pasos no fue incorporada de forma directa al transponer la DDASI –es el caso de Alemania, Bélgica, Holanda o Reino Unido–. No obstante, en estos países también debe ser tenida en cuenta esta norma a la hora de interpretar las excepciones o límites que en cada caso el legislador nacional haya decidido implantar, de acuerdo con el principio de interpretación del Derecho nacional conforme al Derecho europeo. De hecho, Bercovitz⁷² opina que el legislador español tampoco debió haber introducido la regla de los tres pasos como tal en la ley, ya que ésta no fue concebida por el legislador comunitario para ello, sino que se concibió como un mandato “*dirigido a los legisladores nacionales para que, en la transposición a sus respectivos derechos de las limitaciones (...), cuiden de acotarlas en la medida en que ello sea necesario para que no lesionen los intereses de los titulares de propiedad intelectual garantizados por esa regla de los tres pasos*”.

En contra, Xiol Ríos afirma que la regla de los tres pasos no es, en Derecho español, “*una norma dirigida al legislador, sino al intérprete, es decir, al juez. Y no es una norma sustantiva, sino una regla de carácter interpretativo a través de la cual se*

⁷¹ Al respecto de esta figura, González de Alaiza se muestra crítico al considerar que “*la prueba de las tres fases se aproxima más a una declaración de buenas intenciones que a una revolución reduccionista en el mundo plural de las excepciones del Derecho de autor*”, y llama la atención sobre el hecho de que este “límite de límites” fue una solución que se adoptó tras no haberse conseguido en un primer momento instaurar un listado exhaustivo de excepciones concretas, que era lo que se pretendía. En consecuencia, la prueba de las tres fases constituía la solución “más flexible”, y que implica simplemente el establecimiento de condiciones genéricas. Además, apunta, la fuente de la que proviene es un Tratado Internacional (se incorporó al Convenio de Berna en la revisión de la Conferencia de Estocolmo de 1967) y, por lo tanto, un documento de mínimos, en el que los resultados ambiciosos se sacrifican en beneficio de la puesta en común del mayor número de tradiciones jurídicas posibles”. De hecho, este autor afirma que “*si la prueba de las tres fases no existiese, el Derecho de autor no sería diferente, no de forma apreciable, por lo menos*”. J.J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA (2008:111; 246)

⁷² Desde este punto de vista crítico, Bercovitz afirma que “*no sólo se permite a los tribunales llevar a cabo ese control en la interpretación y aplicación de las limitaciones aceptadas por nuestra LPI, que es lo único que en verdad permite el artículo 40 bis, sino que además se propicia una actuación mucho más grave para la propiedad intelectual, aunque errónea, por parte de los tribunales: la que conduce a que éstos puedan reconocer nuevas excepciones o limitaciones, al margen de las únicas reconocidas por nuestra LPI, e incluso por el Derecho comunitario, sobre la base de que las mismas sean respetuosas con la regla de los tres pasos*”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009:340)

*formulan determinados principios que deben ser tenidos en cuenta en la aplicación de los límites a los derechos de autor*⁷³.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha manifestado, en sede de análisis de la copia privada –extensible al resto de límites previstos en la Directiva–, que⁷⁴

En contra de lo que sostiene la Comisión Europea, no es dable interpretar el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 a la luz del artículo 5, apartado 5, de la misma, puesto que ésta última disposición no tiene por objeto ni afectar al contenido material de las disposiciones incluidas en el artículo 5, apartado 2, de esta Directiva, ni, en particular, ampliar el alcance de las diferentes excepciones y restricciones previstas en él.

En los países que se rigen por el sistema del *common law*, nos encontramos con el llamado “*fair use*”, como figura que cumple –a grandes rasgos– con la misma finalidad que la regla de los tres pasos que se aplica en los países de derecho continental. Hay que tener en cuenta, en este sentido, que en el *common law* se prima la vertiente económica del derecho de autor, dejando los derechos morales –tan importantes en derecho continental– en un segundo plano. De hecho, en el ámbito anglosajón, en sede de contratos de cesión de derechos de propiedad intelectual, suele ocurrir que el cedente renuncie a todos los derechos morales sobre los activos de propiedad intelectual que transmite, lo cual es algo que nuestro Derecho no permite.

El “*fair use*” entra en juego en relación a todos los derechos de explotación de que dispone el autor, y se aplicará en los casos en los que ello sea razonable en atención a cuatro criterios: a) finalidad de la utilización (si la explotación es comercial o no; si sus fines son educativos; si se intentó previamente –sin éxito– conseguir una licencia para tal utilización, o si se trata de una parodia, por ejemplo); b) naturaleza de la obra protegida (para obras científicas, docentes o informativas, será más fácil que entre en juego el “*fair use*”); c) parte utilizada del conjunto de la obra (cantidad y calidad de la obra que se reproduce, o el número de las copias) y d) efectos de la utilización sobre la explotación –ventas– de la obra.

⁷³XIOL RÍOS, J.A. (2009). *La regla de los tres pasos en la jurisprudencia española*. En Los Derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual. Coordinador: Xavier O'Callaghan. Madrid: Dykinson (2011; 1ª Ed.). Pág. 387

⁷⁴Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 5 de marzo de 2015, asunto C-463/12, Copydan Bandkopi contra Nokia Danmark A/S. Apartado 90.

V. LA REGULACIÓN DEL REQUISITO DE ACCESO LEGAL A LA COPIA PRIVADA EN OTROS PAÍSES. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO⁷⁵

El requisito del “acceso legal” no venía recogido, como se puede observar del análisis del artículo 5.2.b) anterior, en la DDASI. Sin embargo, hay que recordar que lo establecido en tal artículo era de adopción potestativa por parte de los Estados Miembros y que, en todo caso, aquél que incluyese entre sus excepciones la de copia privada, podía hacerlo en condiciones más estrictas que las previstas en la Directiva.

Al respecto de este requisito, es fundamental tener en cuenta las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los años 2014 y 2015 en los casos ACI Adam, Copydan y Hewlett-Packard Belgium, estudiados en el epígrafe VII del presente documento y de enorme importancia dado que lo dictaminado por este Tribunal, a través de sus sentencias, es vinculante para todos los Estados Miembros, que deben obedecer las directrices que aquél establezca. En este sentido, resulta claro, a la luz de las sentencias mencionadas, que el requisito del acceso legal desde fuente lícita será de aplicación en todos los Estados Miembros, dado que este Tribunal ha concluido que “*no están amparadas por el límite de copia privada las reproducciones llevadas a cabo a partir de fuentes ilícitas*”. Me remito al epígrafe VII de este trabajo en cuanto a las argumentaciones y razones esgrimidas por el Tribunal para considerar que ello es así.

Entrando en un breve análisis con respecto a algunos países de nuestro entorno, tanto de la implementación del límite como de este requisito de acceso legal en concreto, podemos apuntar lo siguiente:

a. Reino Unido

En Reino Unido, como ya se ha comentado en sede “fair dealing” –o “fair use”– en el epígrafe IV.4 anterior, rige un sistema diferente al de los países continentales. Así, la copia para uso privado no está reconocida a nivel general en el Reino Unido; la copia privada de fonogramas y grabaciones audiovisuales sólo se permite cuando

⁷⁵Tomo para mi análisis como base, en lo que se refiere a las regulaciones anteriores al año 2010, el estudio que al respecto ha hecho GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2010:87-90/46-62).

tiene lugar a causa de una emisión de radiodifusión que se graba para uso privado y doméstico, con el objetivo de ser disfrutada en otro momento (“*time-shifting*”), prohibiéndose que los usuarios realicen colecciones privadas de esas grabaciones. También se permite la copia privada cuando el objeto de la misma es el “estudio privado” –excluyéndose del concepto de “estudio privado” aquellos hechos con finalidades directa o indirectamente comerciales–.

En el año 2014, se introdujeron ciertas modificaciones en la Ley de Propiedad Intelectual, Diseños y Patentes de 1988 (Copyright, Designs and Patents Act 1998), entre las cuales se pretendió incluir la copia privada como excepción a los derechos de autor⁷⁶, si bien no se contemplaba la correspondiente compensación equitativa a los titulares de derechos⁷⁷. Por esto último, algunas entidades de gestión de este país denunciaron este aspecto de la reforma y, recientemente, a través de una sentencia de 19 de junio de 2015, el Tribunal Supremo inglés ha confirmado que no es necesario plantear cuestión alguna al TJUE al respecto para anular la excepción de copia privada tal y como se previó en dicha modificación. Así, en Reino Unido se ha vuelto a la situación previa a la reforma, mencionada en los párrafos anteriores.

Habrá que estar pendiente, no obstante, a las modificaciones que en este ámbito lleve a cabo Reino Unido en próximas fechas, dado que ya ha quedado patente la voluntad de cambiar el sistema de excepciones por parte del legislador de ese país para incluir el específico de copia privada. No obstante, en este caso, se ha visto –forzosamente y como no podía ser de otra manera– anulada la reforma mencionada del año 2014 por no haber regulado convenientemente lo que de manera tan clara enuncia la DDASI en su apartado 5.2.b), y es que “*los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción (...) siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa (...)*” y que, si se me permite la valoración personal, manifiesta una cierta torpeza o desconocimiento de la normativa comunitaria de aplicación y deja sin efecto una reforma que, a priori, parecía beneficiar a los usuarios finales de los dispositivos. No obstante lo cual,

⁷⁶ ADEPI (Asociación para el Desarrollo de la Propiedad Industrial) (2015). *El supremo del Reino Unido anula definitivamente el modelo de copia privada sin compensación que introdujo el Gobierno*. Web de ADEPI – Sección Noticias

⁷⁷ “*El razonamiento del juez Nicolas Green para fallar a favor de los demandantes se ha basado en que, para decretar la excepción de copia privada sin introducir también un régimen de tasa compensatoria, el Gobierno británico se había basado en una conclusión alcanzada de forma incorrecta de que cualquier daño que pudiera causarse a los titulares de derechos sería insignificante (si existiera), y en que tal daño ya había sido descontado a la venta original de cada obra*”. Tomo esta cita de la Noticia referenciada en la nota al pie anterior.

resultará interesante, como ya se ha adelantado, estar pendientes de posibles nuevos movimientos en tal dirección por parte de ese país.

b. Alemania

La ley alemana dispone que es posible hacer *“una reproducción de obras y prestaciones protegidas cuando se realiza por una persona física para uso personal en el ámbito doméstico y fines directa o indirectamente comerciales”*, y ello en cualquier soporte, es decir, tanto analógico como digital.

Y en cuanto al requisito que aquí estudiamos, en Alemania se exige para que sea válido el límite de copia legal *“que el original reproducido no sea obviamente ilícito”* – la ley alemana exige que para la reproducción no se emplee un original fabricado de modo manifiestamente ilegal–. También se excluyen del límite de copia privada las copias realizadas a partir de una reproducción *“que hubiera sido puesta a disposición del público de una forma obviamente ilícita”*. Las copias hechas para uso privado no pueden, según el legislador alemán, ser luego puestas a disposición del público o explotadas de otro modo.

c. Francia

En este país, antes de la reforma llevada a cabo por la Ley de Propiedad Intelectual Francesa (Code de la propriété intellectuelle), de fecha 23 de febrero de 2015, se admitía la reproducción para uso privado tanto para el entorno analógico como para el digital, en términos similares a los establecidos en la DDASI, si bien no se hablaba de *“finés directa o indirectamente comerciales”* para que la copia fuera válida, sino que se disponía que *“la reproducción ha de estar estrictamente reservada al uso privado del copista y no destinada a una utilización colectiva”*. Por otra parte, la ley francesa no se refería al requisito de *“acceso legal desde fuente lícita”* para que la copia privada fuera válida, si bien su jurisprudencia y doctrina entendían que este requisito se encontraba implícito en la normativa, partiendo de la base de que un acto ilícito no puede luego desembocar en otro que sea lícito, es decir, no se puede entender que una copia privada está amparada por la excepción si el acto del que

parte es un acto ilícito.

Por el contrario, a partir de la última reforma ya mencionada, estos aspectos ya se recogen de manera específica y directa en la Ley, de manera que su artículo L122-5 dispone en su apartado segundo que⁷⁸ *“cuando el trabajo se ha dado a conocer [es decir, ya ha sido divulgado], el autor no puede prohibir (...) 2º Las copias o reproducciones hechas a partir de una fuente legal y estrictamente reservadas para el uso privado del copista y no destinadas a uso colectivo (...)”*.

d. Holanda

En Holanda, la Ley permite *“un número limitado de reproducciones, siempre que éstas sean realizadas por una persona física para uso exclusivamente personal o de estudio y sin finalidad directa o indirectamente comercial”*, y aunque la ley no dispone un número máximo de reproducciones permitidas, la doctrina holandesa suele referirse a dos o tres.

Por otra parte, en Holanda el intercambio de archivos en redes P2P por parte de los usuarios es un acto de infracción de derechos, tanto desde el punto de vista civil como penal, si bien en la práctica los procesos sólo se dirigen contra los usuarios que actúan de forma dolosa y a escala comercial –como apunta Garrote Fernández-Díez, es de destacar a este respecto que en Holanda surgió el programa *KaZaA*, de intercambio de archivos por Internet más famoso del mundo en su día–.

Aunque en Holanda, ni doctrina ni jurisprudencia consideraban ilícita la copia realizada a partir de una fuente ilícita, dado que la ley no exigía que la fuente fuera legal para que la copia privada también lo fuese, hay que tener en cuenta que, a la luz de las últimas sentencias dictadas por el TJUE, esto deberá interpretarse necesariamente en el sentido de que la fuente debe ser legal para que la copia privada esté permitida.

⁷⁸ Code de la Propriété intellectuelle (version consolidée au 23 février 2015). En el texto original: *“Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire (...) 2º Les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective (...)”*.

e. El requisito de “acceso legal” en otros países

En Suecia, el límite de copia privada exige “*que la copia utilizada para hacer la reproducción sea lícita*”, y ello excluye las reproducciones realizadas a partir de un soporte que ha sido ilícitamente distribuido, o a partir de reproducciones ilícitamente puestas a disposición del público en Internet.

Por su parte, en Finlandia, se establece el requisito de que la copia a partir de la cual se realiza la reproducción para uso privado debe haberse realizado “*a partir de un ejemplar fabricado con autorización de los derechohabientes o puesto a disposición del público con autorización de los derechohabientes*”.

Por último, en Dinamarca, si bien en un principio se preveía expresamente este requisito, no permitiéndose la realización de copias “*a partir de una utilización ilícita de la obra*”, posteriormente se llevó a cabo una modificación que dejó de hacer referencia a la “*utilización ilícita*”, pasando a referirse de una manera más general a que la copia no podría realizarse “*a partir de una reproducción contraria al artículo 2* [artículo que define el derecho de reproducción en términos muy similares a la DDASI] y que, en palabras de Garrote Fernández-Díez, difícilmente nos reconduce al concepto de “*copia ilícita*”.

En el año 2014 tuvo lugar una última modificación de la Ley de Propiedad Intelectual danesa, aunque en ésta tampoco se mencionaba de nuevo el requisito del acceso lícito. Sin embargo, al igual que ocurre con todos los demás países, como ya se ha comentado, tal requisito deviene obligado para todos los Estados Miembros como consecuencia de las sentencias del TJUE en este sentido.

VI. LA REGULACIÓN DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA EN ESPAÑA

VI.1. Introducción

A diferencia de los derechos patrimoniales exclusivos, los derechos de simple remuneración no permiten al autor controlar los usos de la obra –el autor no tendrá capacidad de control o decisión al respecto–, pero sí se le concede el derecho a cobrar determinadas cantidades cuando tengan lugar ciertos usos de su obra⁷⁹.

Dentro de esta categoría de derechos, a nivel nacional, encontramos dos: el derecho de participación en reventa de originales plásticos y la compensación equitativa por copia privada. El primero de ellos –que no interesa a efectos del presente estudio– está regulado en la Ley 3/2008 de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original⁸⁰. El segundo de ellos –la compensación equitativa por copia privada– está regulado en el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual, y ha sido objeto de sucesivas modificaciones importantes; la última de ellas, a través de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre.

La compensación equitativa, en palabras de Xiol Ríos⁸¹, aparece como un instrumento que *“tiende a equilibrar el aprovechamiento económico de la obra, por parte de los creadores o titulares de derechos sobre la misma, derivado de su posterior uso o reproducción y el derecho de los usuarios a obtener copias para uso privado”*. No obstante, es importante tener en cuenta que,

Para los titulares de derechos de autor, la compensación equitativa puede significar una expropiación de su derecho en la medida en que pierden su gestión, que pasa a ser ejercida por las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. Pueden también argumentar que, además, obtienen cantidades inferiores a las que derivarían de un ejercicio del derecho de reproducción (...). Con arreglo a una concepción económica del derecho de autor adaptada a la realidad actual (...), resultaría inconcebible la autorización ilimitada o incontrolada de copias privadas sin remuneración compensatoria.

⁷⁹ R.BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO et al. (2012). *Manual de Propiedad Intelectual*, 5ª edición. Tirant lo Blanch – Valencia (p. 129)

⁸⁰ Artículos 3 y 4 de la Ley 3/2008 de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original. Este derecho consiste básicamente en que se reconoce al autor de un original de obras de artes plásticas o gráficas, el derecho a percibir del vendedor un porcentaje del precio de toda reventa de dichos originales cuando intervienen profesionales del mercado del arte, siempre que el precio de venta alcance los 1.200 euros

⁸¹ XIOL RÍOS, J.A. (2007:59-60)

VI.2. La evolución normativa de la compensación equitativa en España

Su regulación se encuentra en el artículo 25 de la ley. De manera breve, las sucesivas modificaciones –algunas de ellas de gran entidad– que se han llevado a cabo han sido las que se detallan a continuación, si bien sólo se resaltarán los aspectos más relevantes, dada la extensión del artículo.

a. Redacción del texto original, publicado el 22/04/1996, en vigor desde el 23/04/1996⁸²

Artículo 25. Derecho de remuneración por copia privada

1. La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, conforme a lo autorizado en el apartado 2 del artículo 31 de esta Ley, 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, originará una remuneración equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en el párrafo b) del apartado 4 del presente artículo [acreedores], dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejen de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes.

2. Esa remuneración se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera del mismo para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio.

(...)

En los restantes apartados del artículo 25, se regula de manera detallada quiénes serán los deudores y quiénes los acreedores de esta remuneración, el importe de la misma según el aparato de que se trate, las exclusiones, y la manera de hacer efectivo el pago, y el control que se llevará a cabo al respecto.

b. Modificaciones varias entre 1998 y 2001

En las modificaciones publicadas por una parte, el 07/03/1998, en vigor a partir del 01/04/1998 y por otra parte, el 08/01/2000, en vigor a partir del mismo día, se introducen cambios mínimos en el artículo, que no merecen mención.

⁸²Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Por su parte, en la modificación publicada el 12/12/2001, en vigor desde el 01/01/2002, lo único que se hace es cambiar las equivalencias de los precios de pesetas a euros, manteniéndose constante todo lo demás.

c. Modificación publicada el 08/07/2006, en vigor desde el 28/07/2006⁸³

A través de la Ley 23/2006 sí se implantaron modificaciones esenciales en el ámbito del artículo 25; en primer lugar, pasa a denominarse “compensación equitativa” lo que antes se conocía como “derecho de remuneración” –aunque este cambio de denominación no afecta a la esencia de esta figura–. En segundo lugar, se establece el que fue llamado “canon digital”, enormemente criticado y retirado poco tiempo después, a través de la modificación realizada en 2011 al efecto.

Así, se establecía en los apartados 5 y 6 del artículo 25 lo siguiente:

5. Para los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción analógicos, el importe de la compensación que deberá satisfacer cada deudor será el resultante de la aplicación de las siguientes cantidades (...)

6. Para los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales, el importe de la compensación que deberá satisfacer cada deudor será el que se apruebe conjuntamente por los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, conforme a las siguientes reglas (...)

En estos dos apartados –sobre todo, en el apartado 6– se realizaba una descripción detallada y profusa de las reglas a seguir para cada tipo de equipo, aparato o soporte, dependiendo de si éstos eran analógicos o digitales. Por lo demás, el artículo 25 establecía excepciones al pago de la compensación y añadía que, por un lado, el Gobierno podría establecer excepciones al pago de la misma cuando así estuviese justificado⁸⁴ y que, por otro lado, el Gobierno podría modificar por vía reglamentaria lo establecido en los apartados 13 a 21, relativos a la manera de hacer efectivo el pago de la compensación correspondiente.

La Ley 26/2006 modificó, en suma, el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual para añadir al canon que ya se estaba cobrando hasta ese momento, el llamado “canon digital”, debiendo ser el importe de esta última compensación aprobado

⁸³ Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el R.D. Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

⁸⁴ Apartado d) del artículo 25.7: “d) Asimismo, el Gobierno, mediante real decreto, podrá establecer excepciones al pago de esta compensación equitativa y única cuando quede suficientemente acreditado que el destino o uso final de los equipos, aparatos o soportes materiales no sea la reproducción prevista en el artículo 31.2.”

conjuntamente por los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio conforme a ciertas reglas establecidas en el propio artículo.

Así, la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, dispuso qué equipos, aparatos y soportes materiales debían quedar sujetos al pago de la compensación por copia privada, así como el importe de la compensación que debería satisfacer cada deudor por cada uno de ellos⁸⁵.

El Caso Padawan, resuelto por Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de octubre de 2010, y del que se realizará un breve estudio, por su gran importancia, en el último epígrafe de este apartado –VI.5–, trajo como consecuencia la supresión de este nuevo sistema de compensación equitativa, implantándose desde entonces, como se verá a continuación, un sistema basado en el pago con cargo a Presupuestos Generales del Estado.

d. Modificación publicada el 31/11/2011, en vigor desde el 01/01/2012

Se suprime⁸⁶ el régimen que hasta entonces estaba vigente en materia de compensación equitativa, que pasa a regirse de la siguiente manera:

DISPOSICIÓN ADICIONAL Décima. Modificación del régimen de compensación equitativa por copia privada.

1. Se suprime la compensación equitativa por copia privada, prevista en el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, con los límites establecidos en el artículo 31.2 de la misma Ley.

2. El Gobierno establecerá reglamentariamente el procedimiento de pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

3. La cuantía de la compensación se determinará tomando como base la estimación del perjuicio causado.

Y lo que en principio era una solución provisional, finalmente se instauró a través de la última reforma, operada por la Ley 21/2014, como se puede comprobar en el punto siguiente.

⁸⁵ Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, presentadas el 11 de mayo de 2010, asunto C-467/08 Padawan contra Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE). Apartados 16/18.

⁸⁶ Disposición adicional 10.1 del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre. REF. BOE-A.2011-20638

e. Última modificación, publicada el 05/11/2014, en vigor desde el 01/01/2015⁸⁷

Artículo 25. Compensación equitativa por copia privada.

1. La reproducción 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, realizada mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, exclusivamente para uso privado, no profesional ni empresarial, sin fines directa ni indirectamente comerciales, de conformidad con los apartados 2 y 3 del artículo 31, originará una compensación equitativa y única para cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas.

Dicha compensación, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, estará dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaran de percibir por razón del límite legal de copia privada.

2. Serán beneficiarios de esta compensación los autores de las obras señaladas en el apartado anterior, explotadas públicamente en alguna de las formas mencionadas en dicho apartado, conjuntamente y, en los casos y modalidades de reproducción en que corresponda, con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes.

3. El procedimiento de determinación de la cuantía de esta compensación, que será calculada sobre la base del criterio del perjuicio causado a los beneficiarios enumerados en el apartado 2 debido al establecimiento del límite de copia privada en los términos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 31, y contará con una consignación anual en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, así como el procedimiento de pago de la compensación, que se realizará a través de las entidades de gestión, se ajustarán a lo reglamentariamente establecido.

4. A los efectos de la determinación de la cuantía de la compensación equitativa, no tendrán la consideración de reproducciones para uso privado:

a) las realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital adquiridos por personas jurídicas, que no se hayan puesto, de hecho ni de derecho, a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas;

b) las realizadas por quienes cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras y prestaciones

⁸⁷ Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el R.D. Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

protegidas en el ejercicio de su actividad, en los términos de dicha autorización.

5. No darán origen a una obligación de compensación aquellas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho de reproducción haya sido mínimo, que se determinarán reglamentariamente. En todo caso, no dará origen a una obligación de compensación por causar un perjuicio mínimo la reproducción individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras a las que se haya accedido mediante actos legítimos de difusión de la imagen, del sonido o de ambos, para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno.

6. En la determinación de la cuantía de la compensación equitativa podrá tenerse en cuenta, en los términos que se establezca reglamentariamente, la aplicación o no, por parte de los titulares del derecho de reproducción, de las medidas tecnológicas eficaces que impidan o limiten la realización de copias privadas o que limiten el número de éstas.

En la redacción y contenido de este artículo tuvo, como no podía ser de otra manera, gran influencia la Sentencia del caso Padawan, cuyo análisis ayudará a comprender el por qué de estas modificaciones. El legislador español ha defendido este cambio de la siguiente manera⁸⁸:

El objetivo ha sido modificar el mecanismo de financiación de esta compensación, que deja de depender de la recaudación que las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual obtienen de los intermediarios en el mercado de equipos, aparatos y soportes de reproducción, para pasar a financiarse directamente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (...). [Ello] va a llevarse a cabo con pleno respeto del principio del justo equilibrio entre la cuantía de aquella y el perjuicio causado por las copias privadas realizadas al amparo del límite, de obras protegidas (...). Respecto al origen de esta financiación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, debe recordarse que, según la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, la ley es fuente de obligaciones para la Hacienda Pública estatal, exigibles cuando resulten de la ejecución de los presupuestos, y que, según el artículo 31.2 de la Constitución Española, el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos (...). Asimismo, se prevé que el pago se realizará a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, todo ello a los efectos de hacer posible y más eficaz la posterior distribución de la compensación, al estarse ante uno de los derechos de gestión colectiva obligatoria por excelencia.

⁸⁸ Apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual

*El Dictamen del Consejo de Estado de 28 de noviembre de 2013*⁸⁹

Resulta interesante incluir a continuación un breve resumen del contenido del Dictamen del Consejo de Estado en lo relativo a las modificaciones que el Anteproyecto de Ley de Modificación de la LPI, que concluyó con la Ley 24/2014, del mismo modo en que se analizó este punto en sede de modificación del propio límite de copia privada, al final del epígrafe IV.2.4. Así, según el Consejo de Estado,

El artículo 25.3 no contiene los criterios que se tendrán en cuenta para la cuantificación y liquidación de la compensación equitativa. Se limita a prever que la compensación será calculada sobre la base del criterio del perjuicio causado a los beneficiarios y que contará con una consignación anual presupuestaria, difiriendo al reglamento la regulación de los procedimientos de determinación de la cuantía de la compensación y de pago, que se realizará, este segundo, a través de las entidades de gestión. Entiende el Consejo de Estado que deben incluirse en la LPI los criterios que ahora enuncia el artículo 3.2 del Real Decreto 1657/2012, en cuanto son los elementos constitutivos del sistema de compensación que la Ley consolida, siendo ello preciso a fin de dotar de estabilidad al sistema, sin que sea adecuado dejar a la norma reglamentaria la fijación de los elementos primordiales para el cálculo de la compensación.

Por otra parte, en lo que se refiere a las exclusiones (apartado 4), la contenida en su letra a) (...) supone de facto la exclusión del sistema de compensación equitativa de miles de copias efectuadas en el ámbito organizativo de las personas jurídicas, tanto públicas como privadas. Por consiguiente, dichas copias, que tampoco encajan en la delimitación del artículo 31.2 proyectado, devendrán ilegales y no computarán a efectos de la compensación equitativa. Parecería que la redacción del Anteproyecto casa en este punto con lo declarado por el TJUE en la Sentencia Padawan (...).

El Tribunal Constitucional español será el que, en última instancia, se pronuncie en próximas fechas al respecto del sistema de compensación equitativa, dado que tendrá que manifestarse con respecto al recurso de inconstitucionalidad presentado por el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) el 4 de febrero de 2015, cuyo punto más relevante cuestiona el sistema que vincula el pago de la compensación a los Presupuestos Generales del Estado⁹⁰, como ya se ha expuesto anteriormente.

⁸⁹ Dictamen del Consejo de Estado; referencia 1064/2013 en el Asunto "Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil", aprobado el 28 de noviembre de 2013.

⁹⁰ Tejjido, C. (2015). *Admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Lassalle*. Web de AISGE (Artistas Intérpretes Sociedad de Gestión), sección Actualidad.

VI.3. La compensación equitativa en relación a las medidas tecnológicas de protección

La DDASI regula en su artículo 6 la protección de las medidas tecnológicas, contemplando éste en su apartado tercero una definición de las mismas que es plenamente coincidente con la que el legislador español incorporó en su día al transponer esta Directiva.

A nivel nacional, son los artículos 160 a 162 de la Ley de Propiedad Intelectual los que se ocupan de ello, disponiendo el artículo 160 en su apartado tercero que

se entiende por medida tecnológica toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos, referidos a obras o prestaciones protegidas, que no cuenten con la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual. Las medidas tecnológicas se consideran eficaces cuando el uso de la obra o de la prestación protegida esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección como por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control de copiado que logre este objetivo de protección.

Con respecto a la clasificación de las medidas de protección según el ámbito al que se dirige la protección⁹¹, nos encontramos, por un lado, con las que controlan el acceso, que se basan en sistemas de encriptación o cifrado y que pueden controlar tanto el acceso inicial como los ulteriores; por otro lado, con las que restringen los usos que se pueden realizar con respecto a la obra –por ejemplo, limitar cuántas veces podrá ser reproducida la obra o sobre qué dispositivos; impedir la realización de copias o de más de un número concreto de copias, etc.–. En ocasiones, las medidas de control de acceso y las de control de uso de la obra están muy relacionadas, pudiendo llegar a confundirse.

En palabras de González de Alaiza⁹², debido al hecho de que el ordenamiento jurídico opte por la protección plena de estas medidas tecnológicas, nos encontraremos con dos consecuencias importantes, a juicio de este autor: por un lado, el reconocimiento de una nueva facultad a los autores –el derecho de acceso, que en la actualidad ya es una realidad consolidada– y por otra, la erradicación de la copia privada en el ámbito digital. Al respecto del primero,

⁹¹ LÓPEZ RICHART, J. (2008: 190)

⁹² J.J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA (2008:94)

Según ha manifestado la doctrina, el derecho de acceso consiste en una facultad distinta al derecho de reproducción, distribución o comunicación pública, pues mediante el mismo queda prohibida cualquier lectura, audición, visualización o, en general, disfrute de la obra. Este derecho atribuye al autor un control total sobre el mero consumo de la obra por el usuario, puesto que éste deberá obtener la autorización del autor en cada ocasión que la quiera disfrutar (...). Las medidas tecnológicas no son simplemente aquellas que protegen las obras de cualquier infracción contra los derechos de autor, sino que dependiendo del grado de protección jurídica que se les otorgue pueden llegar a conformar un nuevo derecho: el de acceso (...). El derecho de acceso es el derecho a controlar el modo en que los particulares perciben la obra.

Por su parte, en estrecha relación con la justificación de la copia privada basada en el fallo de mercado, por no poder controlar los autores las infracciones a sus derechos –por un lado– o por resultar ese control demasiado costoso para que les compense llevarlo a cabo –por otro–, se encuentra la protección de las medidas tecnológicas destinadas a evitar la copia. Si éstas son eficaces, entonces cabría replantearse la subsistencia de la justificación mencionada, ya que a través de estas medidas de protección, se hace factible el control. A tal respecto, si la copia privada como límite sigue vigente en este ámbito, no será tanto porque se siga dando este fallo de mercado, sino porque se considere que existe efectivamente un interés general que justifica su permanencia.

Sin embargo, no debemos perder de vista que los dispositivos anticopia no excluyen que la obra pueda ser copiada en mayor o menor medida, y ello porque⁹³:

En primer lugar, porque las medidas tecnológicas aunque sean eficaces, no son infalibles, y pueden ser eludidas. En segundo lugar, porque no todas las medidas tecnológicas de control del copiado son medidas anticopia en sentido estricto: las hay que limitan simplemente el número de copias que pueden hacerse. Y en último término, en el caso del Derecho español, porque el legislador ha optado por un modelo en el que los dispositivos anticopia han de ceder, aunque sea limitadamente, ante el límite de copia privada.

La utilización de dispositivos de control del copiado no excluye, pues, el derecho a recibir una compensación equitativa, sino que simplemente repercutirá en el montante de dicha compensación, en el sentido, lógicamente, de que éste deberá ser menor que si no se hubiesen utilizado.

⁹³ LÓPEZ RICHART, J. (2008: 219)

VI.4. La compensación equitativa en relación al requisito de acceso legal a la copia privada

Es muy importante tener en cuenta que, como no podía ser de otra manera, cualquier modificación en sede de copia privada incide directamente en el régimen de compensación equitativa relacionada con la misma.

En este sentido, ya hemos visto como, a la luz de la última reforma operada por el legislador español, a través de la Ley 21/2014, se ha restringido el concepto de copia privada y, con ello, necesariamente se verá disminuida la cantidad que, en concepto de compensación equitativa, se debe hacer efectiva a los autores. Y es que, al dejar de quedar amparadas por el límite las reproducciones estudiadas en los apartados anteriores, cuando carezcan de autorización, devienen ilícitas y no podrán ser objeto de compensación equitativa. Con lo cual, algo que –desde mi punto de vista– se llevó a cabo como un medio para proteger en mayor medida a los autores, traerá como consecuencia que éstos dejen de recibir, por vía de compensación, una parte importante de las cantidades que hasta ahora habían venido recibiendo, lo cual quizá no se corresponde con lo que éstos hubieran deseado.

En este sentido, la Abogado General Trstenjak, en el marco de sus Conclusiones en el caso Padawan, estudiado en el epígrafe siguiente, sostuvo que⁹⁴

La finalidad de la compensación equitativa, en el sentido del artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29, no consiste en indemnizar a los titulares de derechos por la comisión de actos ilegales relativos a la reproducción no autorizada de obras y prestaciones protegidas. Sólo existe derecho a una compensación por copia privada en caso de que lo autorice la normativa en materia de Derechos de Autor del Estado Miembro. El hecho de que pueda constatarse una infracción generalizada del derecho de reproducción, en principio exclusivo, que corresponde al autor –como sucede por ejemplo en Internet mediante las redes de intercambio de archivos denominadas P2P– no es relevante a efectos del citado precepto de la Directiva ni puede considerarse un factor a la hora de buscar un equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y de los usuarios.

Por su parte, resalta el Abogado General Pedro Cruz, en sus Conclusiones en el caso ACI Adam, estudiado en el epígrafe VII.1, la importancia de la cuestión planteada en este caso al respecto de la licitud o ilicitud de la fuente de la que

⁹⁴ Conclusiones de la Abogado General Sra. Verica Trstenjak, presentadas el 11 de mayo de 2010; asunto C-467/08 Padawan contra Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE). Apartado 78

proviene la copia privada en cuanto a la compensación equitativa, ya que, en sus propias palabras, se entiende la copia privada por parte de la doctrina –e igualmente así se puso de relieve en el litigio en cuestión por alguna de las partes– como “*un medio de compensar los daños causados a los titulares de derechos por la difusión no autorizada en Internet de obras y prestaciones protegidas, al menos a falta de medidas técnicas que puedan combatir eficazmente la piratería*”⁹⁵.

A este respecto, resultan enormemente interesantes las recientes Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –así como las Conclusiones presentadas por los Abogados Generales, en cada caso– relativas a los asuntos ACI Adam, de 10 de abril de 2014, Copydan, de 5 de marzo de 2015 y Hewlett-Packard Belgium, de 12 de noviembre de 2015. Por su gran relevancia en este ámbito, y para este trabajo en concreto, merecen ser estudiadas en un epígrafe propio y aparte –epígrafe VII, apartados 1, 2 y 3, respectivamente–, a cuyo contenido me remito.

VI.5. El Caso Padawan. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de octubre de 2010⁹⁶

Padawan era una empresa dedicada a la comercialización de CR-R, CD-RW, DVD-R y aparatos de MP3 a la que la Sociedad General de Autores y Editores (en adelante, SGAE) reclamó, en concepto de canon por copia privada (en aquel momento, estaba vigente la redacción de 2006), las cantidades correspondientes a los ejercicios 2002, 2003 y 2004. Padawan se opuso a ese pago, argumentando para ello que el hecho de que este canon se aplicase a los soportes digitales, sin distinción, e independientemente de la actividad a la que tales soportes se fueran a destinar –uso privado o actividad comercial o profesional–, era contrario a lo dispuesto en la DDASI.

Padawan recurrió ante la Audiencia Provincial de Barcelona la Sentencia que, en primera instancia, le obligaba a abonar alrededor de 17.000 euros, más intereses legales, a la SGAE. Dicha Audiencia Provincial decidió entonces suspender el

⁹⁵ Conclusiones de la Abogado General Pedro Cruz Villalón, presentadas el 9 de enero de 2014; asunto C-435/12, ACI Adam BV y otros contra Stichting de Thuiskopie. Apartado 4

⁹⁶ Para el desarrollo y explicación de este caso, me baso en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 21 de octubre de 2010, y en las Conclusiones de la Abogado General Sra. Verica Trstenjak, presentadas el 11 de mayo de 2010; ambas enmarcadas en el asunto C-467/08 Padawan contra Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE).

procedimiento para plantear ante el TJUE las correspondientes cuestiones prejudiciales⁹⁷, ante lo cual, el Tribunal aportó las siguientes conclusiones⁹⁸:

En primer lugar, el concepto de “compensación equitativa” debe considerarse un elemento autónomo del Derecho de la UE y, como tal, ha de interpretarse de manera uniforme en dicho territorio.

En segundo lugar, la compensación equitativa busca recompensar a los autores “adecuadamente” por el uso que, sin su autorización, se haya hecho de sus obras. Y para ello, debe tenerse en cuenta el posible daño que el acto de reproducción en cuestión haya causado al autor –teniendo en cuenta que, por tanto, un “perjuicio mínimo” puede no dar origen a una obligación de pago–, esto es: la compensación equitativa debe calcularse necesariamente sobre la base del criterio del perjuicio causado a los autores de obras protegidas debido al establecimiento de la excepción de copia privada.

⁹⁷ 1) Si el concepto de “compensación equitativa” previsto en el art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE implica o no una armonización, con independencia de la facultad reconocida a los Estados miembros de escoger los sistemas de retribución que estimen pertinentes para hacer efectivo el derecho a una “compensación equitativa” de los titulares de los derechos de propiedad intelectual afectados por el establecimiento de la excepción de copia privada al derecho de reproducción.

2) Si cualquiera que sea el sistema empleado por cada Estado miembro para determinar la compensación equitativa, éste debe respetar un justo equilibrio entre los afectados, por una parte los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados por la excepción de copia privada, acreedores de dicha compensación, y, por otra, los obligados directa o indirectamente al pago; y si este equilibrio viene determinado por la justificación de la compensación equitativa, que es paliar el perjuicio derivado de la excepción de copia privada.

3) Si en los casos en que un Estado miembro opta por un sistema de gravamen o canon sobre los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital, *este gravamen* (la compensación equitativa por copia privada) *debe ir necesariamente ligado*, de acuerdo con la finalidad perseguida con el art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE y el contexto de esta norma, *al presumible uso de aquellos equipos y materiales para realizar reproducciones beneficiadas por la excepción de copia privada*, de tal modo que la aplicación del gravamen estaría justificada cuando presumiblemente los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital vayan a ser destinados a realizar copia privada, y no lo estarían en caso contrario.

4) Si, caso de optar un Estado miembro por un sistema de “canon” por copia privada, es conforme al concepto de “compensación equitativa” la aplicación indiscriminada del referido “canon” a empresas y profesionales que claramente adquieren los aparatos y soportes de reproducción digital para finalidades ajenas a la copia privada.

5) Si el sistema adoptado por el Estado español de aplicar el canon por copia privada a todos los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital de forma indiscriminada podría contrariar la Directiva 2001/29/CE, por cuanto dejaría de existir una adecuada correspondencia entre la compensación equitativa y la limitación del derecho [de reproducción] por copia privada que la justifica, al aplicarse en gran medida a supuestos distintos en los que no existe la limitación de derechos que justifica la compensación económica.»

⁹⁸En palabras de la Abogado General Trstenjak, “*en el fondo, la petición de decisión prejudicial tiene por objeto que el Tribunal de Justicia, mediante una apreciación razonable de las cuestiones planteadas, determine cuáles son los límites que el Derecho comunitario impone al margen de actuación de los Estados miembros en la adaptación de su derecho interno, así como los criterios que éstos han de respetar a la hora de configurar la compensación equitativa atendiendo a lo dispuesto en la Directiva*”. Apartado 45 de sus Conclusiones.

Por otro lado, si bien la persona que causa el perjuicio al autor es quien realiza la copia –y quien, en principio, tendría la obligación de pagar la compensación–, existen dificultades prácticas que explican que no sean directamente esas personas quienes estén obligadas al pago –es prácticamente imposible controlar efectivamente dichas reproducciones o registrar estadísticamente el número exacto de copias privadas⁹⁹–. Serán los Estados, entonces, quienes establezcan el mecanismo según el cual se lleve a cabo esta compensación. Y, a tal efecto, se considera que sería válido un sistema basado en un canon sobre los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital, y satisfecho por quienes disponen de ellos poniéndolos a disposición de los usuarios privados, o quienes les prestan un servicio de reproducción –en la medida en que éstos pueden repercutir la carga real de esa financiación sobre los usuarios privados–.

En tercer lugar, y dado que se presume que las personas físicas que adquieren o hacen uso de los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital, se benefician íntegramente de las prestaciones ofrecidas por éstos –incluida la posibilidad de realizar copias privadas–, entonces el canon estará justificado siempre que éste sea el fin. No obstante, habrá que tener en cuenta que una aplicación indiscriminada del canon no estará justificada en ningún caso, dado que habrá equipos, aparatos y soportes de este tipo que no estén siendo utilizados con fines privados, sino para usos distintos, como pueden ser comerciales o empresariales –o, por ejemplo, las copias privadas realizadas diariamente por los Tribunales de Justicia, cuya condición dista con mucho de ser privada–.

En palabras de la Abogado General Trstenjak¹⁰⁰, ha de exigirse que entre el canon en cuestión y el uso de los aparatos y dispositivos de almacenamiento exista cuando menos una relación suficientemente estrecha. Pero los requisitos de dicha relación no pueden ser tan estrictos que impliquen exigir un uso efectivo de los aparatos en cuestión para la realización de copias privadas; más bien, debería considerarse suficiente un uso potencial. La Abogado General Sharpston recordó que *“en virtud de los principios fundamentales del derecho de autor, el titular del derecho es remunerado no por el disfrute efectivo de la obra, sino por la simple posibilidad jurídica de dicho disfrute”*.

En último lugar, el TJUE establece que corresponde a los Tribunales nacionales

⁹⁹ Abogado General Trstenjak, apartado 92 de sus Conclusiones.

¹⁰⁰ Apartados 89 y 90 de sus Conclusiones.

valorar, en base a sus consideraciones anteriores, si un concreto sistema de compensación de copia privada se ajusta a lo establecido en la DDASI¹⁰¹.

La Audiencia Provincial de Barcelona, tras estudiar el fallo contenido en la Sentencia del TJUE, absolvió finalmente a Padawan, estimando el recurso de apelación impuesto por éste contra la Sentencia de primera instancia –condenando en costas a la SGAE respecto de la primera instancia, y no imponiendo condena en tal sentido respecto del recurso–, y estableciendo las siguientes conclusiones¹⁰²:

En primer lugar, el canon digital sólo puede aplicarse a los soportes digitales destinados a un uso de particulares, respecto de los que cabe presumir un posible destino a la copia privada

En segundo lugar, es indudable que algunos soportes informáticos comercializados por Padawan debieron de ser vendidos a particulares, pero también consta que se vendieron materiales a empresas y profesionales, de los que no está justificado presumir que vayan a destinar dichos materiales digitales a la copia privada.

En tercer lugar, en este caso, la SGAE tendría derecho a aplicar un canon sobre los soportes digitales comercializados a particulares, y no a empresas y profesionales. Sin embargo, como el Tribunal no pudo distinguir cuántos soportes se vendieron de cada clase –cuántos fueron destinados a particulares y cuántos fueron destinados a profesionales–, declaró no estar en condiciones de aplicar el canon, ni tampoco de dejar su determinación a la fase de ejecución, dado que ello superaría la mera operación aritmética y requeriría de un pronunciamiento declarativo.

En suma, la doctrina Padawan ha concluido que la compensación por copia privada no puede ser aplicada indiscriminadamente con respecto a los equipos, dispositivos y medios análogos que, por un lado, no estén disponibles para usuarios privados y, por otro, estén reservados para usuarios con fines diferentes al de copia privada¹⁰³.

¹⁰¹ La Abogado General, sin embargo, sí da respuesta a esta cuestión prejudicial, estableciendo en el apartado 111 de sus Conclusiones que *“un sistema nacional que prevé la aplicación de un canon por copia privada a todos los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital de forma indiscriminada no es compatible con el art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29, por cuanto dejaría de existir una adecuada correspondencia entre la compensación equitativa y la limitación del derecho por copia privada que la justifica, al aplicarse el canon en gran medida a supuestos de hecho distintos en los que no existe la limitación de derechos que justifica la compensación económica”*.

¹⁰² Sentencia de la AP de Barcelona 89/2011, de 2 de marzo de 2011, Proc. Ordinario nº 178/2006.

¹⁰³ QUINTAIS, J.P. y POORT, J. (2013: Apartado 25).

VII. ASUNTOS RESUELTOS POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL ACCESO LEGAL A LA COPIA PRIVADA

VII.1. El Caso ACI Adam. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de abril de 2014¹⁰⁴

A través de este caso, el Tribunal de Justicia de la UE tuvo que pronunciarse, por primera vez, acerca de la naturaleza de la fuente a partir de la cual es realizada una copia privada. La importancia de esta sentencia puede resumirse de la manera en que lo hace Quintais, que se basa en las siguientes razones¹⁰⁵:

En primer lugar, califica múltiples actos diarios de los usuarios finales –como la descarga de contenido de entretenimiento desde sitios sin licencia de Internet– como actos claramente infractores, extendiendo el alcance, por tanto, del derecho exclusivo de reproducción. En segundo lugar, incluye en el modo de calcular la compensación equitativa, aunque no necesariamente en el sentido en el que el Tribunal pretendía. Y en tercer lugar, afecta a la interpretación de la regla de los tres pasos y al alcance de las limitaciones establecidas en la Directiva. El enfoque restrictivo adoptado por el Tribunal puede traer consigo efectos de gran alcance en cuanto a los derechos nacionales y decisiones judiciales en esta área.

ACI Adam y otros (en adelante, me referiré únicamente a ACI Adam, para lograr así una exposición más clara, pero debe entenderse que en referencia a todos ellos) eran importadores y/o fabricantes de soportes de datos vírgenes, como CD o CD-R, y como tal, estaban obligados a abonar el canon por copia privada, según lo que establecía la normativa de los Países Bajos.

ACI Adam consideró que el importe que estaban obligados a pagar tenía en cuenta, erróneamente, el perjuicio sufrido por los titulares de derechos por las copias realizadas a partir de fuentes ilícitas. Por ello, interpuso un recurso contra la Thuiskopie y la SONT (los encargados de fijar los importes en concepto de canon por copia privada en ese país) ante el Tribunal de la Haya, basándose en que el

¹⁰⁴ Para el desarrollo y explicación de este caso, me baso en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 10 de abril de 2014, y en las Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, presentadas el 9 de enero de 2014; ambas enmarcadas en el asunto C-435/12, ACI Adam BV y otros contra Stichting de Thuiskopie.

¹⁰⁵ QUINTAIS, J.P. (2015: 4-5). En el texto original: “*First, it qualifies multiple daily acts of end-users – such as downloading of entertainment content from unlicensed internet sites – as clearly infringing, thereby extending the scope of the exclusive right of reproduction. Second, it impacts the way in which copyright levies are calculated, albeit not necessarily in the way the Court intended. Third, it affects the interpretation of the three-step test and the scope of limitations harmonized under the InfoSoc Directive. The restrictive approach followed by the Court might have far-reaching effects for existing national laws and judicial decisions in this area.*”

canon por copia privada regulado en los Países Bajos tiene por objeto exclusivo indemnizar a los titulares de los derechos de autor por los actos de reproducción constitutivos de copia privada, de manera que el importe de dicho canon no debería utilizarse para compensar el perjuicio sufrido a consecuencia de las copias que se realizaban a partir de fuentes ilícitas.

Tanto el Tribunal de la Haya como el Tribunal de apelación de la Haya desestimaron el recurso de ACI Adam, tras lo cual éste interpuso recurso de casación ante el Hoge Raad der Nederlanden, quien suspendió el procedimiento para plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las correspondientes cuestiones prejudiciales —para este análisis, interesan la primera y la segunda de ellas—¹⁰⁶, ante lo cual, el Tribunal aportó las siguientes conclusiones:

En primer lugar, el límite de copia privada, según se establece en el artículo 5.2.b) de la DDASI, no se pronuncia de manera explícita acerca del carácter lícito o ilícito de la fuente a partir de la cual se lleva a cabo la copia privada para entender que ésta es lícita. Por tanto, debemos entender dicho precepto aplicando el principio de interpretación estricta (dado que las excepciones y limitaciones, como tales, deben interpretarse restrictivamente).

Los Estados Miembros deben aplicar las excepciones o límites de manera que no menoscabe el buen funcionamiento del mercado interior, que es lo que se persigue,

¹⁰⁶ **1)** ¿Debe interpretarse el artículo 5, apartado 2, letra b) —en su caso, en relación con el artículo 5, apartado 5— de la Directiva [2001/29] en el sentido de que la limitación a los derechos de autor establecida en él se aplica también a las reproducciones que se ajusten a los requisitos fijados en dicho artículo, con independencia de si los ejemplares de la obra de la que se obtienen las reproducciones han sido puestos lícitamente —es decir, sin vulnerar los derechos de autor de sus titulares— a disposición de la persona física de que se trate, o bien esta limitación se aplica únicamente a las reproducciones obtenidas a partir de ejemplares que hayan sido puestos a disposición de la persona de que se trate sin vulnerar los derechos de autor?

2) a) En caso de que la respuesta a la primera cuestión sea la alternativa mencionada en último lugar, ¿puede la aplicación de la “prueba del criterio triple”, establecida en el artículo 5, apartado 5, de la Directiva [2001/29], ser motivo para ampliar el ámbito de aplicación de la excepción establecida en el artículo 5, apartado 2, o bien su aplicación puede dar lugar únicamente a restringir el alcance de dicha excepción?

b) En caso de que la respuesta a la primera cuestión sea la alternativa mencionada en último lugar, ¿es contraria al artículo 5 de la Directiva [2001/29] o bien a cualquier otra norma de Derecho de la Unión Europea una norma de Derecho nacional que está dirigida a que se abone una compensación equitativa por reproducciones realizadas por personas físicas para su uso privado y sin un fin comercial directo o indirecto, con independencia de si la realización de las reproducciones está permitida en virtud del artículo 5, apartado 2, de [dicha Directiva] —y sin que dicha norma obste al derecho de prohibición del titular de los derechos de autor y al ejercicio por éste de una acción de indemnización por daños y perjuicios—?

A la luz de la “prueba del criterio triple” establecida en el artículo 5, apartado 5, de la Directiva [2001/29], ¿tiene alguna relevancia para la respuesta a esta cuestión el hecho de que no se disponga (o no se disponga todavía) de medidas técnicas para combatir la realización de copias privadas ilícitas?

en última instancia, a través de la DDASI. A la luz de lo anterior, si un Estado Miembro tuviera la facultad de adoptar una norma por la cual se permitiesen reproducciones para uso privado derivadas de fuentes ilícitas, con ello se menoscabaría de manera clara el buen funcionamiento del mercado interior. No se puede tolerar, pues, una norma nacional que no diferencie entre las copias privadas cuya fuente es lícita, y las copias privadas cuya fuente no lo es.

Si admitimos las reproducciones a partir de fuentes ilícitas, ello fomentaría sin duda la circulación de obras “piratas”, disminuyendo con toda seguridad con ello el volumen de ventas legales de las obras protegidas, menoscabando la explotación normal de las mismas. Además, ello estaría causando un perjuicio injustificado a los titulares de los derechos de autor.

En conclusión: el artículo 5.2.b) de la DDASI excluye claramente del límite aquéllas copias privadas realizadas a partir de fuentes ilícitas. Por tanto, una norma nacional que no distinga ambos supuestos –fuente lícita y fuente ilícita– no estará garantizando una correcta aplicación de la excepción de copia privada, a pesar de estar obligada a ello.

En segundo lugar, de manera íntimamente relacionada con el límite de copia privada, como ya hemos visto, nos encontramos con la compensación equitativa derivada de la misma. En este sentido, dispone el TJUE que –como ya declaró en el caso Padawan–, tal compensación busca recompensar a los autores por la copia privada que, sin su autorización, se haya hecho de sus obras protegidas, de modo que debe considerarse la contrapartida del perjuicio sufrido por los autores derivado de esas copias no autorizadas.

El sistema de canon que se implante, por supuesto, deberá mantener un justo equilibrio entre los derechos e intereses de los autores y los de los usuarios. Así, un sistema de canon por copia privada que no distingue, a la hora de calcular el importe de la compensación, entre copias realizadas a partir de fuentes lícitas y copias realizadas a partir de fuentes ilícitas, no estaría respetando ese justo equilibrio.

No obstante, tanto la parte recurrida en el litigio principal, como los Gobiernos neerlandés y austríaco mantenían una postura contraria. Desde su punto de vista, la DDASI no sólo no excluía las copias privadas realizadas a partir de fuentes ilícitas, sino que al contrario, la posibilidad de que éstas se entendieran incluidas debía

deducirse de la propia finalidad de la DDASI, permitiéndose así un justo equilibrio entre los derechos e intereses de los autores y de los usuarios. Y ello porque, si no existen medios técnicos que permitan combatir la realización de copias privadas a partir de fuentes ilícitas, entonces, al menos el canon contribuiría a una “explotación normal” de las obras afectadas, constituyendo el mejor medio para garantizar la protección de los intereses legítimos de los autores¹⁰⁷.

El argumento anterior es rebatido por el Abogado General Pedro Cruz, de la siguiente manera, con la cual personalmente coincido¹⁰⁸:

Contrariamente a lo que alega el Gobierno neerlandés, esta imprecisión no puede interpretarse como la intención deliberada del legislador de la Unión de prever la percepción de la compensación equitativa sobre las reproducciones realizadas a partir de fuentes ilícitas. Tal interpretación no encuentra fundamento alguno en la Directiva 2001/29 y se opone, más fundamentalmente, a lo dispuesto en el artículo 5, apartado 5, y a los requisitos de la prueba del criterio triple que establece, en virtud de las obligaciones internacionales de la Unión y de los Estados Miembros (...). El artículo 5.2.b) de la Directiva, como excepción al derecho exclusivo de reproducción (...), debe ser objeto de interpretación restrictiva. Por tanto, el ámbito de aplicación de la excepción de copia privada no puede ampliarse a situaciones no previstas expresamente por la Directiva.

En todo caso, la interpretación defendida por el Gobierno neerlandés se opone (...) al requisito relativo a la necesidad de no afectar a la explotación normal de la obra o prestación protegidas.

¹⁰⁷ Tomo la cita de las Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, presentadas el 9 de enero de 2014; asunto C-435/12, ACI Adam BV y otros contra Stichting de ThuisKopie. Apartados 35-36

¹⁰⁸ Apartados 64, 71 y 72 de sus Conclusiones en el asunto.

VII.2. El Caso Copydan. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de marzo de 2015¹⁰⁹

Copydan es un organismo de gestión de derechos de autor que representa a los titulares de derechos sobre obras audiovisuales y sonoras en Dinamarca. Se dedica a percibir, gestionar y repartir entre los titulares de esos derechos, el canon percibido por el uso de sus obras.

Nokia, que es la otra parte en el litigio, se dedica a comercializar teléfonos móviles en ese país, de manera que suministra tales productos a profesionales que luego los revenden –tanto a otros profesionales, como a particulares–. Tales teléfonos móviles tienen una memoria interna –e incluso algunos, también, una tarjeta de memoria adicional– en la que se puede almacenar, por parte de los usuarios, desde números de teléfono, direcciones o fotografías sacadas con el propio teléfono, hasta archivos que contengan obras protegidas –que podrían ser almacenadas en ambas memorias, tanto la interna como la externa, del teléfono–, provenientes éstos últimos tanto de descargas de Internet como de soportes físicos o digitales diversos.

Copydan consideró que el régimen de compensación equitativa debía aplicarse también a las tarjetas de memoria de teléfonos móviles –excepto aquellas con capacidad de almacenamiento muy baja–, por lo que reclamó a Nokia el pago de las cantidades correspondientes a las tarjetas de memoria importadas durante los periodos comprendidos entre 2004 y 2009.

Por su parte, Nokia argumentó que el canon por copia privada no debía adeudarse en los dos casos siguientes: por un lado, cuando la reproducción no fuese lícita y, por otro, cuando la utilización de la reproducción hubiera sido autorizada por los titulares de los derechos de autor –en el caso, por ejemplo, de la descarga de la obra protegida desde una tienda online–. En opinión de Nokia, por tanto, únicamente debían estar sujetas al pago del canon las reproducciones lícitas, para uso privado, no autorizadas por los titulares de derechos. Y por otro lado, Nokia observó que rara vez se utilizan las memorias de los teléfonos móviles para tales copias, con lo que no cabía exigir canon alguno por ese concepto.

¹⁰⁹ Para el desarrollo y explicación de este caso, me baso en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 5 de marzo de 2015, y en las Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, presentadas el 18 de junio de 2014; ambas enmarcadas en el asunto C-463/12, Copydan Bandkopi contra Nokia Danmark A/S

Ante tal situación, el Østre Landsret tomó la decisión de suspender el procedimiento y plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las correspondientes cuestiones prejudiciales¹¹⁰, ante lo cual, el Tribunal aportó sus conclusiones:

- ¹¹⁰ **1)** ¿Es compatible con la Directiva [2001/29] que una ley nacional establezca una compensación para los titulares de derechos por las reproducciones que se realicen a partir de alguna de las siguientes fuentes: **a)** archivos cuyo uso haya sido autorizado por los titulares de derechos y por los que el cliente haya pagado un canon (contenido objeto de licencia de tiendas online, por ejemplo); **b)** archivos cuyo uso haya sido autorizado por los titulares de derechos y por los que el cliente no haya pagado un canon (contenido objeto de licencia, por ejemplo, en el marco de ofertas comerciales); **c)** DVD, CD [...], reproductores MP3, ordenadores, etc., del usuario, sin utilización de medidas tecnológicas eficaces; **d)** DVD, CD [...], reproductores MP3, ordenadores, etc., del usuario, con utilización de medidas tecnológicas eficaces; **e)** DVD, CD [...], reproductores MP3, ordenadores o cualquier otro aparato de un tercero; **f)** obras copiadas ilegalmente de Internet o de otras fuentes; **g)** archivos copiados legalmente de algún otro modo, por ejemplo de Internet (de fuentes legales, cuando no se haya concedido una licencia)?
- 2)** ¿Cómo debe tomar en consideración la legislación de un Estado miembro relativa a la compensación equitativa [...] las medidas tecnológicas eficaces (artículo 6 de [la] Directiva [2001/29])?
- 3)** Al determinar la compensación [equitativa], ¿qué debe entenderse por la expresión “determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo”, que figura en el [considerando 35], para que resulte incompatible con [la] Directiva [2001/29] que la legislación de un Estado miembro establezca una compensación para los titulares de derechos por la copia para uso privado [...]?
- 4) a)** Si se parte de la premisa de que la función principal o más importante de las tarjetas de memoria de teléfonos móviles no es la copia para uso privado, ¿es compatible con la [Directiva 2001/29] que la legislación de un Estado miembro establezca una compensación para los titulares de derechos por las copias realizadas en tarjetas de memoria de teléfonos móviles?
- b)** Si se parte de la premisa de que la copia para uso privado constituye una de las funciones principales o más importantes de las tarjetas de memoria de teléfonos móviles, ¿es compatible con la Directiva [2001/29] que la legislación de un Estado miembro establezca una compensación para los titulares de derechos por las copias realizadas en tarjetas de memoria de teléfonos móviles?
- 5)** ¿Es compatible con la expresión “justo equilibrio”, que figura en el [considerando 31 de la Directiva 2001/29], y con la interpretación uniforme del concepto de “compensación equitativa” del artículo 5, apartado 2, letra b), de la misma Directiva, que debe basarse en el “perjuicio”, que la legislación de un Estado miembro establezca un canon respecto de las tarjetas de memoria, mientras que no lo exige respecto de las memorias internas como [las de] reproductores MP3 o iPods, que se conciben y se utilizan principalmente para almacenar copias para uso privado?
- 6) a)** ¿Se opone la Directiva [2001/29] a que un Estado miembro adopte normas que establezcan la percepción de un canon por copia [privada] del fabricante y/o importador que vende tarjetas de memoria a profesionales que a su vez las vuelven a vender tanto a particulares como a profesionales, sin que tal fabricante y/o importador tenga conocimiento de si esas tarjetas de memoria se venden a particulares o a profesionales?
- b)** ¿Es diferente la respuesta a la sexta cuestión prejudicial, letra a), si la legislación del Estado miembro dispone que el fabricante, importador y/o distribuidor no estará obligado a pagar un canon respecto de las tarjetas de memoria utilizadas con fines profesionales, y que, cuando no obstante haya abonado el canon, el fabricante, importador y/o distribuidor podrá obtener la devolución del canon correspondiente a las tarjetas de memoria utilizadas con fines profesionales, y que el fabricante, importador y/o distribuidor podrá vender, sin tener que abonar el canon, tarjetas de memoria a otras empresas inscritas en la organización encargada de gestionar el canon?
- c)** ¿La respuesta a la sexta cuestión prejudicial, letras a) o b), se ve modificada, **1º)** si la legislación del Estado miembro estipula que el fabricante, importador y/o distribuidor no tendrá que abonar un canon respecto de las tarjetas de memoria utilizadas con fines profesionales, pero el concepto de “uso con fines profesionales” se interpreta como una posibilidad de deducción exclusivamente aplicable a las empresas reconocidas por Copydan [...], mientras que debe abonarse el canon respecto de las tarjetas de memoria utilizadas con fines profesionales por clientes profesionales no reconocidos por Copydan [...]; **2º)** si la legislación del Estado miembro preceptúa que, cuando no obstante el fabricante, importador y/o distribuidor haya abonado (teóricamente) el canon, podrá obtener la devolución del mismo con respecto a las tarjetas de memoria en la medida en que éstas se utilicen con fines profesionales, aunque [...] en la práctica sea únicamente el comprador de la tarjeta

En primer lugar, se presume legítimamente que las personas físicas se benefician íntegramente y explotan plenamente las funciones de los equipos, aparatos y soportes que adquieren –incluida la reproducción– y, por tanto, no es preciso verificar que éstas realizan efectivamente reproducciones con fines privados. La mera capacidad de tales equipos para realizar reproducciones basta para justificar la aplicación del canon por copia privada –en este sentido, el TJUE reitera lo que, en su día, ya indicó en su sentencia del caso Padawan–.

Debido a lo anterior, el TJUE indica que el hecho de que el soporte en cuestión sea monofuncional o multifuncional, o de que la función de reproducción sea secundaria respecto de otras funciones, no obsta a que se siga considerando que los usuarios hacen uso de dicha función, generándose igualmente el derecho por parte de los titulares de derechos a percibir una compensación. Ahora bien, esa compensación, atendiendo a las circunstancias que concurran –en el litigio principal: multifuncionalidad y carácter secundario de la función de reproducción– deberá adaptarse, en su caso, disminuyendo su cuantía.

Sin perjuicio de lo anterior, si se demuestra que, en la práctica, los usuarios no hacen prácticamente uso de las funciones relacionadas con la reproducción, entonces el perjuicio causado a los autores se considerará nulo y no se devengará un derecho a percibir la compensación equitativa por su parte.

En segundo lugar, los Estados miembros no pueden establecer modalidades de compensación equitativas que conlleven una desigualdad de trato injustificada entre las diferentes categorías de operadores económicos que comercialicen bienes comparables contemplados por la excepción de copia privada o entre las diferentes categorías de usuarios de prestaciones protegidas. Cada Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, deberá valorar si ello está teniendo lugar –en este caso, el Østre Landsret debía valorar si el hecho de aplicar un canon sobre las tarjetas de memoria externas de los teléfonos móviles, pero no sobre las memorias internas de los mismos vulneraba la DDASI–.

El Abogado General en este asunto, Pedro Cruz Villalón, en cambio sí propuso una

de memoria el que puede obtener la devolución y [...] el comprador de la tarjeta de memoria deba presentar una solicitud de devolución del canon a Copydan; **3º**) si la legislación del Estado miembro establece que el fabricante, importador y/o distribuidor podrá vender, sin tener que abonar el canon, tarjetas de memoria a otras empresas registradas en la organización encargada de gestionar el canon, pero [...] Copydan es la organización encargada de gestionar el canon y [...] las empresas registradas no tienen conocimiento de si las tarjetas de memoria se venden a particulares o a profesionales?

respuesta concreta a esta cuestión prejudicial: que el sistema de compensación equitativa por copia privada utilizado en el caso objeto de análisis no era conforme a la Directiva, y ello en base a lo siguiente¹¹¹:

El amplio margen de maniobra de los Estados miembros [*a la hora de configurar la compensación equitativa*] tiene su límite en la obligación que se les impone de garantizar que tal compensación sea adecuada, es decir, que su forma, modalidades y cuantía se determinen teniendo en cuenta, entre otros extremos, el posible daño que puedan sufrir los titulares de derechos por la reproducción de sus obras o prestaciones protegidas (...).

En el asunto principal, el canon por copia privada se aplica a todos los dispositivos de reproducción con excepción de aquellos que están integrados en determinados aparatos y equipos, como los reproductores MP3 y otros iPods, que son concebidos específicamente para reproducir obras de audio o video y de los que cabe presumir legítimamente que, adquiridos por particulares, se utilizarán principalmente –o exclusivamente– como dispositivos de reproducción con fines privados. Desde esta perspectiva, difícilmente puede considerarse, a primera vista, que el canon por copia privada que establece la normativa danesa es idóneo para lograr el objetivo perseguido por el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29 (...). Además, no tomar en consideración los dispositivos de reproducción inamovibles tampoco resulta conforme con la obligación de los Estados miembros de tener en cuenta debidamente, en particular, la evolución tecnológica, especialmente en lo referente a la copia digital privada.

En tercer lugar, es correcto un sistema de compensación por copia privada que se base en imponer un canon a los fabricantes e importadores que venden tarjetas de memoria de teléfonos móviles a profesionales, sabiendo que las tarjetas volverán a ser vendidas por éstos pero ignorando si los adquirentes finales serán particulares o profesionales, siempre que se cumplan las tres condiciones siguientes:

- La primera condición se basa en que existan dificultades prácticas que justifiquen que sea éste, y no otro, el régimen por el que se opte para recaudar las cantidades correspondientes a la compensación equitativa que, en cada caso, proceda.

¹¹¹ Apartados 43 a 53 de sus Conclusiones en este Asunto. Según el Abogado General, “*un sistema de compensación que excluyera la percepción del canon por copia privada respecto de los ordenadores, que son equipos o aparatos de reproducción digital, podría justificarse, como ha alegado el Gobierno finlandés, por una doble razón. Por una parte, podría estar justificado por la circunstancia de que los dispositivos que pueden utilizarse con los ordenadores para realizar reproducciones con fines privados están ellos mismos sujetos a ese canon. Por otra parte, podría verse justificado por el hecho de que puede considerarse difícil, o incluso imposible, distinguir los usos privados de los usos profesionales de los ordenadores y, consecuentemente, satisfacer las exigencias dimanantes de la jurisprudencia Padawan*”.

- La segunda condición requiere que exista un mecanismo por el cual los obligados al pago estén exentos del mismo, si demuestran que las tarjetas de memoria de teléfonos móviles que han comercializado no han tenido como destinatarios a personas físicas, y que los fines a los que se dedican son manifiestamente ajenos al de reproducción para uso privado –y esta exención no puede limitarse, como se pretendía en Dinamarca, a la entrega de dichos soportes únicamente a los profesionales inscritos en la organización encargada de gestionar el canon, dado que ello constituiría una diferencia de trato injustificada entre los diferentes grupos de operadores económicos–.
- La tercera y última condición es que el sistema prevea la devolución del canon, cuando así corresponda, de manera efectiva y que no dificulte excesivamente dicha devolución a quien le corresponda recibirla, a través de una solicitud que se deberá presentar ante la organización pertinente.

En cuarto lugar, el TJUE declara que serán los Estados miembros los encargados de delimitar qué se entiende por “perjuicio mínimo”, lo cual repercutirá de manera directa en el sistema de compensación por copia privada porque, cuando se considere que efectivamente el perjuicio causado es mínimo, esos supuestos estarán exentos de pago de la compensación. No obstante, el Abogado General concluye lo contrario –es decir, que es correcto cobrar la compensación aunque el perjuicio sea mínimo–, dado que los Estados miembros tienen un amplio margen de maniobra para adoptar disposiciones que establezcan excepciones a la percepción de dicha compensación si el perjuicio es mínimo, pero entendiendo que ello es, en todo caso, una mera facultad y no una obligación, con lo que no cabe reprochar a un Estado miembro que no haya previsto semejante excepción¹¹².

En quinto lugar, sobre la autorización del titular de derechos y su incidencia en el régimen de copia privada y en el sistema de compensación, el Tribunal considera que tal acto de autorización no tiene en absoluto efectos jurídicos en ese sentido y, por tanto, no se tendrá en cuenta a la hora de determinar la obligación o no del pago de la compensación. En este punto, el Abogado General Pedro Cruz se manifiesta en sentido contrario, ya que considera que si puede acreditarse que la reproducción a título privado de obras protegidas se autoriza específicamente por los titulares de derechos y que tal autorización da lugar a una retribución o a cualquier otra forma de

¹¹² Apartados 99 y 101 de sus conclusiones en este asunto

compensación equitativa equivalente, esa reproducción no puede dar lugar a la percepción de una compensación equitativa adicional. Por tanto, según el Abogado General¹¹³, *“incumbe a los Estados miembros, en su caso, prever que toda persona física que haya de pagar por un doble motivo la compensación equitativa debida por la reproducción a título privado de una obra protegida cuente con la posibilidad de solicitar y obtener la correspondiente devolución”*. Y todo ello porque¹¹⁴ *“el considerando 45 de la Directiva 2001/29 declara que “las excepciones y limitaciones (...) no deben ser un obstáculo para el establecimiento de relaciones contractuales encaminadas a asegurar una compensación equitativa a los titulares de los derechos de autor, en la medida permitida por el Derecho nacional”*.

Quintais y Poort se han manifestado en el mismo sentido que el Abogado General, de acuerdo con la siguiente argumentación¹¹⁵:

El fallo del Tribunal en este punto causa preocupaciones derivadas de que, en varias instancias de copia privada digital, los usuarios finales ahora estarán sujetos a un doble pago: la cantidad pagada por la licencia de uso (cuyos precios incluyen los subsecuentes actos de copia digital por parte del usuario) y el impuesto –compensación equitativa–, que será calculado como si en el precio de compra de una obra no se hubiera previsto la copia digital. Al menos dos argumentos pueden esgrimirse para limitar potencialmente esta consecuencia negativa derivada de este fallo del Tribunal:

El primero es que el Tribunal reconoce la relevancia de la aplicación de las medidas de protección en el cálculo de la compensación, para así permitir un ajuste indirecto de dicha compensación que reduce el impacto del problema del doble pago. Y en segundo lugar, muchos casos en los que la compensación no está siendo recolectada sobre la base de que la copia digital subsiguiente está incluida en el precio de la licencia (por ejemplo, el

¹¹³ Apartados 65, 67 y 68 de sus Conclusiones en este Asunto

¹¹⁴ Apartado 64 de sus Conclusiones en este Asunto

¹¹⁵ QUINTAIS, J.P. y POORT, J. (2013: Apartados 35-36). En el texto original: *“The Court’s ruling on this point raises concerns that, in many instances of digital PC, end-users will now be subject to double payment: the amount paid for a licensed use (which already prices into the purchase subsequent acts of digital copying by the user); and a levy, which must be calculated as if no digital copying is priced into the purchase of a work. At least two arguments can be raised to potentially limit this negative consequence of the Court’s judgement. The first is that the Court recognizes the relevance of the application of TPMs on the calculation of the levy, such as to allow an indirect adjustment of the levy rate which reduces the impact of the double payment problem. Second, many instances where levies are not being collected on the basis that subsequent digital copying is priced into the license or purchase (e.g. Apple’s iTunes) will likely fall squarely under the provision of Article 6(4), fourth subparagraph of the Copyright Directive (...). In such cases, it can be argued that there is effectively no PC act and therefore no levy to be paid. Consequently, no risk of double payment arises”*. Y en el mismo sentido se manifiesta Vitorino, en sus recomendaciones, al defender que *“las copias licenciadas no deberían traer consigo la compensación equitativa, dado que ello llevaría a un doble pago”* –apartado 54.

iTunes de Apple), probablemente caerán de lleno bajo la provisión del artículo 6.4, cuarto apartado, de la Directiva (...). En esos casos, puede argumentarse que no hay copia privada efectiva y, por tanto, no habrá compensación que remunerar. En consecuencia, no existirá riesgo de doble pago.

En sexto lugar, en cuanto a si la aplicación de medidas tecnológicas de protección en relación a los dispositivos puede afectar a la compensación equitativa, el Tribunal contesta que, dado el carácter voluntario de su aplicación, ello no puede traer consigo de manera automática la eliminación de la compensación equitativa, si bien habrá que valorar esta circunstancia a la hora de modular las cantidades debidas en concepto de dicha compensación –según el criterio de cada Estado Miembro–.

En séptimo lugar, el TJUE se reafirma en lo declarado en el caso comentado en el epígrafe anterior, ACI Adam, en relación al acceso a través de fuente ilícita, en el sentido de que no se puede entender que la Directiva imponga a los titulares de los derechos de autor, más allá de la restricción prevista explícitamente, que toleren las vulneraciones de sus derechos que puedan acompañar a la realización de copias para uso privado. Por tanto, deja claro el Tribunal que la DDASl se opone a una normativa nacional que establece una compensación equitativa por las reproducciones efectuadas a partir de fuentes ilícitas.

En octavo lugar, se pronuncia el Tribunal acerca de si una normativa nacional puede establecer una compensación equitativa derivada de reproducciones de obras protegidas que sean efectuadas por una persona física a partir o mediante un dispositivo que pertenece a un tercero. Y en este punto, realiza varias observaciones de interés: a) El objeto de la copia privada es una obra protegida y, por tanto, no falsificada ni pirata; b) La persona que realiza la reproducción es exclusivamente una persona física, que la realiza únicamente para su uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, y c) El artículo 5.2.b) menciona solamente los soportes en los que puede ser reproducida la obra protegida, no precisando en ningún momento cuáles son las características de los dispositivos a partir de los cuales se podrá realizar la copia para uso privado. Y tampoco se hacen referencias a la naturaleza jurídica del vínculo que, como el derecho de propiedad, puede unir a la persona física, autora de la reproducción, con el dispositivo utilizado para ello. El Tribunal finalmente concluye, en base a lo anterior, que una normativa nacional sí puede establecer una compensación equitativa con respecto a tales reproducciones.

Por su parte, el Abogado General en este punto se manifiesta como sigue¹¹⁶:

Esta cuestión prejudicial (...) se refiere a las situaciones en las que una persona realiza reproducciones de obras o de prestaciones protegidas a partir de fuentes “de” un tercero, es decir, esencialmente CD-ROM o DVD que son y siguen siendo propiedad de un tercero o de archivos de obras protegidas cuyas licencias de uso son propiedad de un tercero con respecto a la persona que realiza la reproducción a título privado.

Por un lado, no cabe negar que la puesta a disposición de obras protegidas en Internet («uploading»), sin la autorización de los titulares de derechos, a las que puede acceder libremente un número indeterminado e ilimitado de personas, no es equiparable al préstamo de un CD-ROM o DVD —o incluso varios de ellos— en un círculo privado, familiar o de amistades, que es en todo caso restringido. Tampoco se puede negar que las reproducciones realizadas a partir de archivos disponibles libremente en Internet («downloading») no son equiparables a las reproducciones realizadas a partir de uno o incluso varios CD-ROM o DVD que ha prestado un familiar, un amigo o un simple conocido.

Por otro lado, no es posible ignorar que el préstamo de aparatos o equipos provistos de memorias de masa (ordenadores, discos duros, reproductores MP3 u otros iPods, incluso tarjetas de memoria de gran capacidad) que contienen archivos de obras protegidas y la reproducción de estos archivos por terceros, es decir, personas que no son titulares de las licencias de uso de los archivos que contienen, constituyen situaciones intermedias que no son equiparables ni a uno («uploading» o «downloading» en Internet) ni a otro (préstamos y copias de soportes físicos en la esfera privada) de los dos supuestos contemplados anteriormente.

Formulado en otros términos, no parece posible dar una respuesta única y uniforme a la cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional remitente, debiendo hacerse determinadas distinciones y precisiones en función, concretamente, de las fuentes de las reproducciones y de las situaciones en las que éstas se llevan a cabo (...). En cualquier caso, corresponde al órgano jurisdiccional remitente, que es el único competente para interpretar el Derecho nacional, determinar lo que debe entenderse por «copias individuales» y «ejemplar que se haya tomado prestado», debiendo tenerse presente que le incumbe interpretar el Derecho nacional a la luz de la Directiva 2001/29 y examinar los diferentes supuestos enumerados sobre la base de los principios, recordados anteriormente, que el Tribunal de Justicia dedujo en sus sentencias Padawan y Stichting de Thuiskopie y teniendo en cuenta las disposiciones del art. 5.5 de la citada Directiva.

¹¹⁶ Apartados 87-96 de sus Conclusiones en este Asunto

Por último, en noveno lugar, el Tribunal remitente había formulado una muy interesante cuestión –sobre todo, para el objeto de este trabajo–, que se puede resumir en si la DDASI se opone a una normativa nacional que establece una compensación equitativa por las reproducciones efectuadas a partir de fuentes lícitas “de algún otro modo”, como por ejemplo, Internet.

Lamentablemente, el TJUE se vio obligado a inadmitir la cuestión prejudicial debido al hecho de que el Tribunal remitente no se explayó suficientemente en su cuestión, y por tanto, no ofreció suficientes elementos relativos a la naturaleza de las reproducciones que son objeto de la cuestión planteada. El Abogado General se manifiesta en el mismo sentido, indicando que¹¹⁷ *“no se puede responder a esta cuestión mediante una interpretación a contrario de la sentencia ACI Adam y otros. El mero hecho de que los archivos reproducidos para fines privados no sean ilícitos, en el sentido de esa sentencia, no basta para concluir que pueden dar lugar a la percepción de una compensación equitativa”*.

Dado que la Sentencia aquí comentada es muy reciente, tendremos que esperar a que ulteriores cuestiones prejudiciales que, en su caso, puedan plantearse, para resolver una pregunta tan interesante como la que, mediante su primera cuestión prejudicial, planteó el Tribunal danés en el marco del asunto Copydan.

¹¹⁷ Apartado 85 de sus Conclusiones en este Asunto

VII.3. El Caso Hewlett-Packard. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de noviembre de 2015¹¹⁸

Hewlett-Packard Belgium (en adelante, HPB) es una empresa que se dedica, entre otras cosas, a importar a Bélgica aparatos de reprografía de uso profesional y doméstico, especialmente aparatos “multifunción”, cuya principal función es la impresión de documentos, pero que también pueden escanear y copiar documentos, así como recibir y enviar faxes.

Reprobel SCRL, por su parte, es una entidad belga de gestión de derechos, encargada de recaudar y repartir las sumas correspondientes a compensación equitativa derivada de la excepción de reprografía vigente en ese país.

En el año 2004, la entidad de gestión envió un fax a HPB, indicándole que la venta de impresoras multifunción –cuyo precio no solía superar los 100 euros– generaba, en principio, el pago de un canon de 49,20 euros por aparato. Tras un largo periodo de negociaciones, en el año 2010, HPB demandó a Reprobel reclamando al tribunal que se declarase, por una parte, que no se debía remuneración alguna por los aparatos vendidos y, subsidiariamente, que se declarase que las remuneraciones que había pagado correspondían a las compensaciones equitativas debidas según la normativa belga. Y por otra parte, solicitaba que se condenara a Reprobel a efectuar un estudio sobre el número de impresoras litigiosas y su utilización efectiva como copiadoras de obras protegidas, en el que se comparase tal utilización con la utilización efectiva de los demás aparatos de reproducción de obras protegidas. Pocos días después, Reprobel demandó a HPB solicitando que ésta última le pagase un euro, con carácter provisional, a cuenta de las remuneraciones que aquélla consideraba que ésta le debía, según la normativa belga.

El tribunal de primera instancia de Bruselas acumuló ambos procedimientos y declaró que los artículos discutidos de la Ley de Propiedad Intelectual belga eran incompatibles con el Derecho europeo. Tras el recurso de apelación interpuesto por ambas partes, el Tribunal de apelación de Bruselas suspendió el procedimiento para plantear ante el TJUE las correspondientes cuestiones prejudiciales –a efectos del

¹¹⁸ Para el desarrollo y explicación de este caso, me baso en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 12 de noviembre de 2015, y en las Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, presentadas el 11 de junio de 2015; ambas enmarcadas en el asunto C-572/13, Hewlett-Packard Belgium SPRL contra Reprobel SCRL.

presente estudio, nos interesa única y principalmente la cuarta de ellas¹¹⁹–.

El Abogado General Pedro Cruz señaló en sus conclusiones en este asunto¹²⁰ que el TJUE ya había declarado en su sentencia ACI Adam, así como en su sentencia Copydan –que corrobora la primera– que el artículo 5.2.b) de la DDASI, en relación con el artículo 5.5 de la misma, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación nacional que no distinga la situación en la que la fuente a partir de la cual se realiza una reproducción para uso privado es lícita, de aquella en la que dicha fuente es ilícita. En este sentido, el Abogado General considera que, por analogía y por los mismos motivos expuestos en las sentencias mencionadas, debe llegarse a la misma conclusión. Es decir: que no están amparadas por el límite de copia privada las reproducciones que se llevan a cabo a partir de fuentes ilícitas.

El TJUE, como no podía ser de otra manera, concluyó de igual modo: no están amparadas por el límite de copia privada las reproducciones que se llevan a cabo a partir de fuentes ilícitas. Así éste consideró que los artículos 5.2.a) y 5.2.b) se oponen, en principio, a una normativa nacional que establece un sistema indiferenciado de percepción de compensación equitativa que cubre también las reproducciones fraudulentas realizadas a partir de fuentes ilícitas. Y para argumentar tal conclusión se remite en varios apartados de su sentencia a lo que en su día expuso en su sentencia ACI Adam de 10 de abril de 2014, a cuyo análisis, llevado a cabo en el epígrafe VII.1 anterior me remito, para evitar reiteraciones.

¹¹⁹ **4)** ¿Deben interpretarse las letras a) y b) del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2001/29 en el sentido de que autorizan a los Estados miembros a establecer un sistema indiferenciado de percepción de la compensación equitativa que corresponde a los titulares de derechos, en forma de una cantidad a tanto alzado y de un importe por copia realizada, que cubra parcial e implícitamente, pero sin duda, la copia de partituras y de reproducciones ilícitas?

¹²⁰ Apartado 146 de sus conclusiones en este Asunto.

VIII. CONCLUSIONES

A modo de cierre del presente estudio, podemos extraer varias conclusiones en relación a la copia privada como límite al derecho exclusivo de los autores, así como, de manera más concreta, al requisito del acceso legal que ha de concurrir –entre otros– para que podamos considerar que la copia privada en cuestión es lícita.

Es indiscutible que el tema aquí estudiado se encuentra en constante evolución y permanente discusión; ambas todavía hoy vigentes –y muy vivas– y que, desde mi punto de vista, lo estarán aún durante mucho tiempo. A modo de ejemplo, tan sólo durante el último año –2015–, han tenido lugar multitud de acontecimientos con gran relevancia práctica en sede de copia privada: ha entrado en vigor la nueva Ley de Propiedad Intelectual española, contra la cual ya se ha presentado un recurso de inconstitucionalidad –en lo que aquí interesa, con respecto al sistema de compensación equitativa– que está pendiente de resolución por parte del Tribunal Constitucional; resolución que esperemos arroje luz sobre esta cuestión.

También han tenido lugar durante el último año 2015, varios pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; tanto es así que, durante el tramo final de redacción del presente trabajo –noviembre de 2015–, dicho Tribunal ha publicado una sentencia con importantes consecuencias en el ámbito de la copia privada y, en concreto, en cuanto al requisito del acceso legal (sentencia HP) –si bien es cierto que lo que en ella hace no es sino corroborar sus pronunciamientos anteriores en este tema (sentencias ACI Adam y Copydan), pero precisamente por ello sirve para ver reafirmado su criterio en tal sentido–.

Podemos concluir, a la vista de los diferentes puntos analizados a lo largo del presente documento, que el de copia privada es, probablemente, uno de los límites más importantes a nivel mundial, dado que su aplicación trae consigo grandes repercusiones económicas y dado que se aplica con gran frecuencia.

No obstante, en España, como consecuencia de la restricción de este límite, que hemos podido estudiar a través de los epígrafes anteriores, es posible que la aplicación práctica del mismo se reduzca drásticamente con respecto a versiones anteriores de la ley, y que tenga menor incidencia que la que puede tener en otros países de nuestro entorno, que no hayan regulado este límite de forma tan estricta.

No debemos olvidar que, si bien la copia privada no requiere de la autorización de los autores, éstos tendrán el derecho a recibir una compensación equitativa en concepto de los perjuicios que, se entiende, sufren como consecuencia de las copias privadas que las personas realizan –y esta es una obligación impuesta por la DDASI: aquel Estado Miembro que decida implantar en su ordenamiento jurídico el límite de copia privada, deberá contemplar paralelamente un sistema que dirigido a compensar, de manera equitativa, a los autores, por los perjuicios que a éstos les causa la vigencia de dicho límite–.

Ahora bien, si restringimos el concepto de copia privada, obligatoriamente habremos de ver restringidas también las cantidades que, en concepto de compensación equitativa, percibirán los autores. Ello supone una consecuencia lógica de lo primero ya que, cuantas menos copias privadas se realicen, menor será el perjuicio causado a los autores y, por tanto, menor será la cantidad que se les deberá hacer efectiva para paliar tales perjuicios.

Personalmente, entiendo que el legislador, cuando restringió a través de su última reforma de la LPI el concepto de copia privada, buscaba proteger en mayor medida a los autores. Pero, ¿prefieren los autores que se restrinja el límite de copia privada para ver incrementado el ámbito de su derecho exclusivo de reproducción, a pesar de que con ello vayan a cobrar menos por compensación equitativa, o prefieren, por el contrario, que este límite no se restrinja –o, incluso, que se amplíe– con el fin de verse remunerados en mayor medida? A mi modo de ver, no hay una respuesta unánime a esta pregunta, pero es importante que el legislador tenga esta cuestión en cuenta a la hora de modificar los preceptos implicados de la Ley.

En este sentido, a mi parecer hay dos opciones fundamentales, que ya he expresado en el cuerpo del trabajo y que reitero aquí a modo de conclusión: o bien se consideran copias privadas, devengándose en su caso la correspondiente compensación a favor de los autores, o no se consideran copias privadas, en cuyo caso los autores no tendrán el derecho a recibir compensación alguna en tal concepto –sin perjuicio de las acciones que, en cada caso, se pudieran ejercitar en base a la posible infracción que se estuviese realizando–.

Por su parte, en cuanto al acceso legal a la obra dentro de los requisitos que se deben satisfacer para que la copia privada sea lícita, el TJUE ha declarado en varias

sentencias que éste se debe tener en cuenta en todos los Estados Miembros, dado que no sería acorde con el espíritu de la DDASI una normativa nacional que no distinguiese entre ambos supuestos –fuentes lícitas y fuentes ilícitas–.

Aun a pesar de que ciertas voces se manifiesten en el sentido de que si se incluyesen las copias realizadas desde fuentes ilícitas –por ejemplo, copias “piratas”– dentro del ámbito de la copia privada permitida, o al menos dentro del campo de la compensación equitativa –aunque no se considerasen estrictamente “copias privadas”– se lograría remunerar a los autores por el perjuicio causado por tales copias ilícitas, a través de la correspondiente compensación equitativa, personalmente considero que esta no es una conclusión válida, a pesar de que es cierto que los autores se ven gravemente perjudicados por las copias ilícitas que se realizan de sus obras. Pero la figura de la copia privada no es la adecuada para paliar este fenómeno; si se utilizase para ello, a mi parecer se estaría desvirtuando el espíritu de esta figura que, tal y como está configurada, no permite incluir dentro de su ámbito de aplicación las copias privadas cuya realización resulta de actos ilícitos, es decir, no se puede compensar por vía de compensación equitativa la pérdida de los ingresos generados por la explotación de manera irregular de las obras de los autores en Internet a través de esta figura.

En suma, tal y como está redactado el artículo 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual actualmente vigente, únicamente se encuentran amparadas por el límite de copia privada las reproducciones, realizadas en cualquier soporte y sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando se lleven a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial y sin fines directa o indirectamente comerciales, y siempre que la reproducción se realice desde fuente lícita, entendiéndose como tal o bien la obra adquirida en propiedad por compraventa mercantil, o bien la obra accedida a través de un acto legítimo de comunicación pública.

IX. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y MANUALES

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. et al. (2012). *Manual de Propiedad Intelectual*, 5ª edición. Tirant lo Blanch – Valencia.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009). *La regulación legal de los límites en las legislaciones comunitaria y española*. En Los Derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual. Coordinador: Xavier O'Callaghan. Madrid: Dykinson (2011; 1ª Ed.)
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B. (2008). *El uso de las redes P2P: ¿una práctica imposible de controlar?* En Los Derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual. Coordinador: Xavier O'Callaghan. Madrid: Dykinson (2011; 1ª Ed.)
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A. (2007) *Los casos especialmente interesantes resueltos por la jurisprudencia*. En Los Derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual. Coordinador: Xavier O'Callaghan. Madrid: Dykinson (2011; 1ª Ed.)
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2010). *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual. 2ª edición, revisada y adaptada a la ley 23/2006*. Editorial Comares – Granada.
- GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J. (2008). *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*. Editorial Comares – Granada.
- HERNÁNDEZ, M. (2008). *El régimen jurídico de las descargas*. En Los Derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual. Coordinador: Xavier O'Callaghan. Madrid: Dykinson (2011; 1ª Ed.)
- LEDESMA IBÁÑEZ, J. (2011). *Piratería digital en la propiedad intelectual*. Ed. Bosch – Valencia.
- LÓPEZ MAZA, S. (2009). *Límites del derecho de reproducción en el entorno*

digital. Ed. Comares – Granada.

- LÓPEZ RICHART, J. (2008). La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital. En Límites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías. Incidencias por la Ley 23/2006, de 7 de julio. Coordinador: Juan Antonio Moreno Martínez: Dykinson (2008: 1ª Ed.)
- SALAS CARCELLER, A. (2007). *La compensación por copia privada. Estado de la cuestión e intereses en juego*. En Los Derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual. Coordinador: Xavier O'Callaghan. Madrid: Dykinson (2011; 1ª Ed.).
- XIOL RÍOS, J.A. Varios. En Los Derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual. Coordinador: Xavier O'Callaghan. Madrid: Dykinson (2011; 1ª Ed.):
 - o (2007) *Configuración económica y jurídica del derecho de remuneración compensatoria por copia privada en la propiedad intelectual*.
 - o (2008) El intercambio de ficheros de obras protegidas por la LPI desde el punto de vista del Derecho Civil
 - o (2009). La regla de los tres pasos en la jurisprudencia española

ARTÍCULOS

- ADEPI (Asociación para el Desarrollo de la Propiedad Industrial) (2015). *El supremo del Reino Unido anula definitivamente el modelo de copia privada sin compensación que introdujo el Gobierno*. Web de ADEPI – Sección Noticias. Recuperado de <http://adepi.net/2015/07/23/el-tribunal-supremo-de-reino-unido-anula-definitivamente-el-modelo-de-copia-privada-impuesto-por-el-gobierno-el-ano-pasado/>
- BONDÍA ROMÁN, F. (2006). *Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones*. Publicado en el Anuario de Derecho Civil, tomo LIX, Fascículo III,

julio-septiembre 2006, pp. 1065 a 1114.

- GIL LÓPEZ, E. (2015). ¿Quién hará una copia privada? La nueva regulación de la copia privada y el canon digital. Blog de la Universidad Internacional de La Rioja. Recuperado de <http://blogs.unir.net/eugenio-gil-lopez/3400-quien-hara-una-copia-privada-la-nueva-regulacion-de-la-copia-privada-y-el-canon-digital>
- PÉREZ GÓMEZ TÉTREL, A.M. (2008). *El análisis económico del derecho de autor y del copyright, un estudio del equilibrio entre los intereses público y privado*. Revista La Propiedad Inmaterial – Universidad Externado de Colombia. Números 10-11. Recuperado de http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_revistaPropiedadInmaterial/rpi1011/revPr oInmaterial1011.pdf
- QUINTAIS, J.P. y POORT, J. (2013). *The levy Runs Dry. A Legal and Economic Analysis of EU Private Copying Levies*. Jipitec, the “Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law”, Volume 4, Issue. 3. Recuperado de <http://www.ivir.nl/publicaties/download/1018>
- QUINTAIS, J.P. (2015). *Private copying and Downloading from Unlawful sources*. Amsterdam Law School Legal Studies Research, Paper No. 2014-55. Institute for Information Law Research Paper No. 2014-03. Recuperado de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2513794
- TEIJIDO, C. (2015). Admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Lassalle. Web de AISGE (Artistas Intérpretes Sociedad de Gestión), sección Actualidad. Recuperado de <http://www.aisge.es/admitido-el-recurso-de-inconstitucionalidad-contra-la-ley-lassalle>

FUENTES NORMATIVAS

- Code de la propriété intellectuelle (version consolidée au 23 février 2015) – Ley de Propiedad Intelectual francesa (versión consolidada de 23 de febrero

2015). Recuperado de <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/fr/fr485fr.pdf>

- 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.
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.
- Ley 23/2006, de 7 de junio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.
- Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 3/2008 de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

- Sentencia 108/2007 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de 26 de febrero de 2007.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 89/2011, de 2 de marzo de 2011, Procedimiento Ordinario nº 178/2006.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 21 de octubre de 2010, en el asunto C-467/08, Padawan S.L. y Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE).
- Conclusiones de la Abogado General Sra. Verica Trstenjak, presentadas el 11 de mayo de 2010, en el asunto C-467/08, Padawan S.L. y Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE).

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 10 de abril de 2014, en el asunto C-435/12, ACI Adam BV y otros contra Stichting de ThuisKopie.
- Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, presentadas el 9 de enero de 2014, en el asunto C-435/12, ACI Adam BV y otros contra Stichting de ThuisKopie.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 5 de marzo de 2015, en el asunto C-463/12, Copydan Bandkopi contra Nokia Danmark A/S.
- Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, presentadas el 18 de junio de 2014, en el asunto C-463/12, Copydan Bandkopi contra Nokia Danmark A/S.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 12 de noviembre de 2015, en el asunto C-572/13, Hewlett-Packard Belgium SPRL contra Reprobel SCRL
- Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, presentadas el 11 de junio de 2015, en el asunto C-572/13, Hewlett-Packard Belgium SPRL contra Reprobel SCRL

OTROS

- Dictamen del Consejo de Estado; referencia 1064/2013 en el Asunto “Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, aprobado el 28 de noviembre de 2013. Recuperado de <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-1064>