

# LA COPIA PRIVADA Y EL CANON EN EL ÁMBITO DIGITAL: RÉGIMEN JURÍDICO TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 23/2006, DE 7 DE JULIO

**EUGENIO GIL LÓPEZ**

*Profesor adjunto de Derecho Informático y  
de las Nuevas Tecnologías de la  
Universidad Pontificia de Salamanca, campus de Madrid.  
Ex alumno de los Cursos Monográficos sobre  
Protección de Datos y Propiedad Intelectual del CEF*

## **Extracto:**

**E**N los últimos años el desarrollo de la tecnología digital ha abierto nuevas y numerosas posibilidades en el ámbito de las relaciones sociales, económicas y culturales. El Derecho, que no puede ser ajeno a la aparición de las nuevas tecnologías, necesita de la adaptación de nuestra regulación legal a las mismas, contemplando nuevos supuestos hace unos años inimaginables. En el presente trabajo nos centramos en el análisis de la influencia de la nueva realidad digital en la regulación de los derechos de autor, y concretamente en un aspecto de los mismos que ha dado mucho que hablar en los últimos años como es la limitación de la copia privada, analizando su nueva regulación y los requisitos exigidos para que podamos estar en presencia de la misma.

**Palabras clave:** propiedad intelectual, copia privada, reproducción, uso privado, uso colectivo.

# DIGITAL PRIVATE COPYING AND CANON: LEGAL SYSTEM AFTER THE LEGAL REFORM OF THE 23/2006 LAW FROM JULY THE 7<sup>TH</sup>

**EUGENIO GIL LÓPEZ**

*Profesor adjunto de Derecho Informático y  
de las Nuevas Tecnologías de la  
Universidad Pontificia de Salamanca, campus de Madrid.  
Ex alumno de los Cursos Monográficos sobre  
Protección de Datos y Propiedad Intelectual del CEF*

## **Abstract:**

**I**N the last years the development of digital technology has opened various and new possibilities in social, economical and cultural relations. Law, which cannot ignore the development of new technologies, requires adapting legal regulations, considering new suppositions which years ago were inconceivable. For the present project we will concentrate on the analysis of the digital reality influence on the regulation of copyright, specifically on an aspect which is part of everyday speech: the limitation of private copying through the analysis of a new regulation and of the demanded requirements so to transform the private copying in a reality.

**Keywords:** intellectual property, private copying, reproduction, private usage, collective usage.

# Sumario

1. Introducción.
2. Las limitaciones a los derechos de explotación.
3. La limitación de la copia privada.
  - 3.1. Concepto y evolución.
  - 3.2. La reproducción como copia privada.
  - 3.3. Su naturaleza jurídica.
  - 3.4. La copia privada en el ámbito digital.
    - 3.4.1. El control de los usuarios.
    - 3.4.2. El desarrollo de la cultura.
    - 3.4.3. El derecho de propiedad.
  - 3.5. La aparición del canon digital.
  - 3.6. Requisitos de la copia privada.
    - 3.6.1. La copia debe llevarse a cabo por una persona física.
    - 3.6.2. Para su uso privado.
    - 3.6.3. A partir de obras a las que haya accedido legalmente.
    - 3.6.4. Que no sean objeto de utilización colectiva o lucrativa.
4. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

La regulación de la copia privada en nuestro ordenamiento jurídico la encontramos en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996 (en adelante TRLPI) aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de julio<sup>1</sup>, y modificado recientemente por la Ley 23/2006 de 7 de julio.

La regulación de la copia privada ha sufrido una importante modificación a través de la reforma que en el TRLPI ha operado la Ley 23/2006, de 7 de julio, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva de la Unión Europea 2001/29/CE sobre derechos de autor en la sociedad de la información.

Como punto de partida debemos tener en cuenta que al autor de una obra de propiedad intelectual el TRLPI le otorga dos tipos de derechos con carácter general, por un lado, los denominados derechos morales (art. 14) y, por otro, los derechos patrimoniales o de explotación (arts. 17 y ss.). Junto a ellos habría que añadir un tercer grupo a los que la doctrina mayoritaria ha calificado como derechos remuneratorios (MARTÍN, 2004).

En relación con los derechos patrimoniales, nuestra Ley de Propiedad Intelectual regula esencialmente los siguientes<sup>2</sup>:

- Derecho de transformación de una obra.
- Derecho de reproducción.
- Derecho de distribución.
- Derecho de comunicación pública.

<sup>1</sup> En términos semejantes se manifestaba la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual modificada por la Ley 20/1992, de 7 de julio. Ambas normas han sido derogadas por la norma vigente en el momento actual de 12 de julio de 1996.

<sup>2</sup> Artículos 17 y ss. del TRLPI.

Junto a estos dos grupos de derechos hemos citado los derechos remuneratorios. Se trata de un conjunto de derechos cuya regulación aparece disgregada a lo largo de la normativa de propiedad intelectual. Su aparición se debe a dos razones:

- La maduración del derecho de autor, que convierte el derecho subjetivo de la propiedad intelectual en algo más que un derecho exclusivo de monopolio. La aparición de las nuevas tecnologías han puesto de manifiesto la posibilidad de utilización de obras por tercero sin control del autor de la misma, lo cual debemos ponerlo en conexión con la función social del derecho de propiedad, la libre circulación de la información (art. 20 CE) y el libre acceso a la cultura (art. 44 CE) (ALONSO, 2006).
- Como consecuencia de la falta de control sobre la obra protegida por parte del titular de los derechos y evitar así que no participe en una posible explotación ulterior de la obra, se establecen estos derechos para evitar dicha exclusión.

A título de ejemplo podemos citar como derechos remuneratorios más importantes:

- Artículo 25 del TRLPI en cuanto a la compensación equitativa (canon digital) por copia privada.
- Artículo 90.2 remuneración a los autores de obras audiovisuales por la proyección, exhibición o transmisión autorizada de la obra.

## 2. LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN

El punto de partida es considerar que los derechos patrimoniales que corresponden al autor de la obra no deben ser considerados como derechos absolutos, sino que se establecen una serie de excepciones y limitaciones especialmente al derecho de reproducción y al de comunicación pública que permiten su ejercicio por terceras personas en determinados supuestos sin la necesaria autorización del titular de tales derechos.

Esta posibilidad limitativa que recoge la Ley española vigente ya era contemplada en el Convenio de Berna en sus artículos 9 y 11 y también por el Acuerdo de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) sobre derechos de autor en su artículo 10, teniendo presente que en el caso español la Ley 23/2006, de 7 de julio, ha dado nueva redacción al artículo 31 y estableciendo un nuevo artículo 31.Bis.

En esta normativa española el Texto Refundido de 1996 fue modificado en este punto por la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2001/29/CE, ya citada, de 22 de mayo, 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, y de la que podemos decir que presenta dos finalidades básicas:

- Adaptar la propiedad intelectual a las nuevas formas de explotación que ofrece la sociedad de la información.
- «Otogar un adecuado nivel de protección que evite la utilización no consentida de las obras protegidas» (PLAZA, 2002).

No nos extenderemos en el estudio de todas las excepciones y limitaciones recogidas en la normativa española y en la Directiva, y nos centraremos en el análisis de la limitación por copia privada.

### 3. LA LIMITACIÓN DE LA COPIA PRIVADA

Centrándonos de forma específica en el derecho de reproducción es importante considerar que las limitaciones antes mencionadas han sido objeto de nueva redacción e interpretación como consecuencia de la aparición de la tecnología digital, la cual ha afectado con carácter general y de una forma tremenda a la explotación de los derechos de autor, y de forma específica al derecho de reproducción. Se hace necesaria e inevitable «la adaptación de la regulación actual de la copia privada a las nuevas tecnologías resultantes de la Sociedad de la Información» (MATEU, 2006).

El supuesto de limitación que nos ocupa aparece recogido en los artículos 31.2 y 31.Bis de nuestro Texto Refundido en redacción dada por la Ley 23/2006, de 7 de julio, y unido al del canon que lleva aparejado ha sido uno de los temas más mentados por los usuarios de la Red especialmente en los últimos dos años.

#### 3.1. Concepto y evolución

El concepto de copia privada se reconoció por primera vez en nuestra legislación en la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual y en el Real Decreto 287/1989, de 21 de marzo, pero el sistema establecido para la determinación y cobro de la compensación fracasó, al resultar incapaces los afectados de compatibilizar sus respectivos intereses.

La redacción de estos preceptos ha sido modificada varias veces, la primera vez lo fue por la Ley 20/1992 de Propiedad Intelectual, modificada por la Ley 43/1994, de 30 de noviembre, cuyo texto se incorporó al Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de marzo. Ese texto ha sufrido parciales modificaciones por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, Ley 1/2000, de 7 de enero, y, por último, por la Ley 23/2006, de 7 de julio.

El antecedente legal<sup>3</sup> de este concepto lo encontramos en el artículo 9 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 9 de septiembre de 1886 y más reciente-

<sup>3</sup> Sentencia de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona de 14 de junio de 2007.

mente en los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (arts. 10 y 11) y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (art. 16).

La reforma operada en nuestro ordenamiento por la Ley 23/2006 encuentra su fundamento en la finalidad armonizadora que recoge la Directiva 2001/29/CE, de 22 de marzo, sobre derechos de autor que regula la cuestión que venimos analizando en su artículo 5.2 en sus letras a) y b) donde establece:

«Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos:

- a) En relación con reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa;
- b) En relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6.»

### 3.2. La reproducción como copia privada

La incorporación del artículo 5.2 b) antes analizado a nuestro derecho se produce a través del artículo 31.2 de nuestro TRLPI en la redacción establecida por la Ley 23/2006. El citado artículo señala lo que sigue:

«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.»

En relación con este precepto y en una primera aproximación al mismo debemos tratar dos cuestiones:

### 3.3. Su naturaleza jurídica

Una primera cuestión a tratar es el de la naturaleza jurídica de la copia privada, debiendo indicar que a nuestro juicio no existe un auténtico derecho a la copia privada por parte de la persona que ha accedido a la obra legalmente. Se trata de una limitación al derecho del autor a impedir que se realicen reproducciones sin su autorización, pero no de un derecho del usuario, y así aparece con-

templado en la ley, si bien se ha generalizado en el uso cotidiano la expresión del derecho a la copia privada, lo cual a su vez da lugar a múltiples reflexiones e interpretaciones que debemos considerar como incorrectas (especialmente aquellas que se refieren a la posible protección de los soportes digitales a lo cual me referiré en un epígrafe posterior).

El artículo 31.2 no tiene su origen, por lo tanto, en la protección de los intereses de los destinatarios de las obras, sino en una simple limitación de la exclusividad del titular y derivada de la imposibilidad práctica de perseguir la copia en el ámbito que se regula: lo privado y sin finalidad lucrativa (APARICIO, 2005). En términos semejantes se manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley de 7 de julio de 2006 en la que no se hace referencia al derecho a la copia privada, sino que se habla del límite al derecho de reproducción del autor <sup>4</sup>.

### 3.4. La copia privada en el ámbito digital

La regulación de la copia privada que encontramos ya en nuestro ordenamiento en la Ley de 11 de noviembre de 1987, estaba pensada fundamentalmente (básicamente por el momento en que surge) para ser aplicada en el ámbito de la reproducción a través de elementos analógicos. En este tipo de soportes se plantea muy difícil la protección del original para evitar la copia, por lo que la limitación de la copia privada surge para autorizar algo en principio incontrolable y proporcionar al autor una compensación por esa reproducción. Además, debemos tener en cuenta que la reproducción a través de medios analógicos no puede ser considerada demasiado perjudicial para los titulares de los derechos, cosa distinta a lo que ocurre con la aparición de la tecnología digital.

Con la aparición y desarrollo de la tecnología digital se plantea la cuestión de si la limitación que venimos analizando debe ser extendida a este ámbito, cuestión no resuelta por la Directiva 29/2001/CE ya que al establecerlo con carácter facultativo deja en manos de cada país la decisión acerca de su incorporación o no.

Surgió así en el año 2003 el conflicto acerca de si en el límite de la copia privada del artículo 31, en la redacción establecida antes de la reforma del 2006, debían entenderse incluidas las reproducciones realizadas con tecnología digital y no solo las reproducciones analógicas (postura seguida por otra parte en el caso de los programas de ordenador y las bases de datos donde no tiene aplicación la regulación de la copia privada). Siguiendo en este punto a ORTEGA DOMÉNECH (ORTEGA, 2006), hay que señalar que las entidades de gestión procedieron a demandar a los fabricantes y proveedores de CD-R reclamando el pago de la compensación equitativa del artículo 25, a lo cual se negaban los demandados aduciendo dos argumentos:

- De una parte, que la compensación por copia privada era aplicable solo a los soportes analógicos y no a los digitales.

<sup>4</sup> Exposición de Motivos de la Ley de 7 de julio de 2006: «Por otra parte, se incorporan mejoras respecto a otros límites que ya aparecían recogidos en nuestra legislación. Es el caso de la supresión del término "copista" en el límite referido a la copia privada. De acuerdo con la Directiva, se aclara que la reproducción ha de ser efectuada por una persona física para su uso privado».



- De otra, que los elementos sometidos a la compensación pueden tener muchas otras finalidades que la mera reproducción de obras protegidas.

Todo ello dio lugar a una serie de sentencias favorables a las entidades de gestión extendiendo el límite a todas las reproducciones realizadas como soportes digitales, cuestión esta ya recogida en el momento actual en nuestro TRLPI al señalar en el artículo 31.2 que «*No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte...*», con lo que queda claro que estas reproducciones digitales también quedan incorporadas en la nueva redacción del artículo.

Sin embargo, esta postura jurisprudencial no era seguida por la generalidad de la doctrina, y así podemos citar (GARROTE, 2009) tres argumentos para no extender el ámbito de la copia privada a las reproducciones digitales:

- Unificaba la regulación de los programas de ordenador y las bases de datos con las demás obras digitales. En el supuesto del software y las bases de datos electrónicas, nuestra normativa no contempla la existencia de la copia privada sino de la copia de seguridad.
- Este sistema permitía la unificación de la regulación aplicable al ámbito de internet como fuera de él.
- Se reforzaba la posición del titular de los derechos al no permitir realizar determinados actos sin su autorización.

Como hemos señalado anteriormente, la reforma operada en nuestro TRLPI por la Ley 23/2006 dio lugar a que las reproducciones realizadas en soporte digital quedaran incluidas en el ámbito de limitación de la copia privada. A la hora de decidir acerca de esta inclusión podemos plantear una serie de argumentos que en cierto modo podrían hacernos decantar por esta opción, si bien todos y cada uno de ellos pueden ser discutibles y discutidos:

#### 3.4.1. *El control de los usuarios*

Un primer argumento sería la consideración de que los titulares de los derechos de explotación no podrían llevar un control exhaustivo de las personas a las que autorizan la realización de una reproducción de su obra. Con los medios existentes en la actualidad, estas reproducciones se harían de forma prácticamente ilimitada y con un único medio para evitarlas como sería la implantación de medidas tecnológicas que no permitan la reproducción (cuestión sobre la que volveremos más adelante), por lo que ante una situación imposible de gestionar se considera más conveniente su autorización y su complemento con la correspondiente compensación equitativa.

Esta consideración ha hecho que en la práctica sea el argumento fundamental para implantar el sistema de la copia privada y ello por dos consideraciones (GONZÁLEZ DE ALAIZA, 2006):

- La promulgación de una ley que, previsiblemente, va a ser violada en masa hace poner en entredicho el resto del ordenamiento.

- Porque si se establece la excepción, cabe la posibilidad de establecer una compensación a los beneficiarios de la misma y, por tanto, eso redundará en los autores.

Además, en este punto debemos tener en cuenta que el incumplimiento de la norma por parte de los usuarios provocaría una labor de vigilancia por parte de las autoridades que, en ocasiones, chocaría con el derecho a la intimidad de los usuarios a la hora de controlar la actividad que vienen realizando en sus propios domicilios.

### 3.4.2. *El desarrollo de la cultura*

En segundo lugar se ha venido sosteniendo que la copia privada favorece el desarrollo de la cultura y el trasvase de información en la Sociedad del Conocimiento, lo cual debe ser considerado como cierto y entroncaría con el artículo 44 de nuestra Constitución que regula el derecho al acceso a la cultura de todos los ciudadanos.

Sin embargo, en este punto no podemos estar más de acuerdo con GARROTE (GARROTE, 2009), al señalar que esto no debe llevarnos a ver la copia privada como un elemento que encuentra su fundamento básico en nuestro texto constitucional, y, por lo tanto, tal y como señala el citado autor, el impedir la copia privada no implica ninguna restricción a la libre difusión de los pensamientos o ideas, especialmente porque estos elementos no son protegibles en el ámbito de la propiedad intelectual.

Debemos tener en cuenta que el artículo 44.1<sup>5</sup> lo que consagra es el derecho al acceso a la cultura y no el derecho a la cultura, por lo que nada dice de que este acceso debe ser gratuito y en ningún caso debe ser garantizado por los poderes públicos (aunque sí tutelado en los términos del art. 44). No se puede tomar en consideración este artículo 44 sin contraponerlo al artículo 20.1 que indica que «*Se reconocen y protegen los derechos: b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.*»

Es decir, debemos tener en cuenta las dos posturas en conflicto como serían el desarrollo de la cultura y la protección de los derechos de los autores, teniendo presente que la defensa a ultranza de la primera postura puede dar lugar a situaciones contrarias al propio artículo 44 como un descenso de la actividad creativa de los autores al no considerar suficientemente protegidos sus derechos lo cual a su vez con el tiempo redundará en un empobrecimiento cultural de la sociedad.

### 3.4.3. *El derecho de propiedad*

Por último, también se puede argumentar en defensa de la copia privada que el adquirente del soporte digital debe tener la posibilidad (en ejercicio de su derecho de propiedad del soporte), de garantizarse un uso futuro del mismo ante posibles deterioros o pérdidas, con lo cual y si no existe la figu-

<sup>5</sup> Artículo 44.1 de la Constitución Española: «1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.»

ra de la copia de seguridad que sí encontramos en el ámbito del software <sup>6</sup>, la copia privada es un instrumento que nos permitiría dar solución a esas situaciones que se pueden plantear en la práctica.

### 3.5. La aparición del canon digital

La regulación de la posibilidad de realizar copias privadas en el TRLPI por parte de los usuarios dio lugar a que se regulara de forma paralela lo que en un primer momento fue denominado como remuneración equitativa, y que tenía como finalidad básica servir como compensación para los autores y otros titulares de la propiedad intelectual por lo que dejaran de percibir como consecuencia de la reproducción como copia privada.

La regulación del canon ya la encontrábamos en la Ley de 1987 y se extendía a la adquisición de todos aquellos soportes que fueran aptos para llevar a cabo reproducciones que tuvieran la consideración de copias privadas. Sin embargo, en el mundo analógico en que nos movíamos, esta posibilidad de reproducción era bastante limitada no solo en cuanto al número de ejemplares sino también en cuanto a la calidad de los mismos. Pero la tecnología digital ha supuesto la gran revolución en esta materia, apareciendo una gran cantidad de instrumentos que permiten realizar un número de copias enorme en un periodo de tiempo cortísimo, y con un nivel de calidad semejante al original.

Esta revolución tecnológica hizo necesario modificar el TRLPI para incorporar en el ámbito de aplicación del canon elementos como los reproductores mp3, mp4, memorias USB, teléfonos móviles, etc., es decir, todos aquellos elementos que fueran aptos para realizar la reproducción de una obra de propiedad intelectual. Esta regulación quedó incorporada a nuestro ordenamiento a través de la nueva redacción que la Ley 23/2006 otorgó a los artículos 31,32 y 25 del TRLPI, quedando amparado a través de ellos el gravamen de los aparatos citados con lo que ahora se denomina compensación equitativa.

La aparición del denominado canon digital ha sido uno de los elementos más polémicos que se han debatido a través de internet y de las redes sociales en los últimos años, como consecuencia de lo que se ha calificado como gravamen injusto y basado en un criterio de idoneidad que no tiene en cuenta para nada la intención última del usuario que adquiere los elementos aptos para efectuar la reproducción.

Todas estas cuestiones dieron lugar a que la Audiencia Provincial de Barcelona y el Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid plantearan cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) sobre los siguientes puntos:

- a) Si la compensación equitativa es un concepto «armonizable», esto es, si debe entenderse por tal concepto lo mismo en todos los Estados miembros de la Unión. Recordemos que ya el Consejo de Estado nos comentaba que se trata de un «un nuevo concepto introducido por la Directiva».

<sup>6</sup> Artículo 100.2 del TRLPI, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996: «La realización de una copia de seguridad por parte de quien tiene derecho a utilizar el programa no podrá impedirse por contrato en cuanto resulte necesaria para dicha utilización.».

- b) Si la compensación ha de guardar un justo equilibrio entre quienes lo pagan y quienes lo reciben.
- c) Si la compensación puede aplicarse a los equipos y materiales de los que no puede presumirse que se destinen a copia privada (como, por ejemplo, las actas judiciales).
- d) Si la aplicación indiscriminada del canon sobre los profesionales y empresas es conforme con el concepto de compensación equitativa.

Nuestra jurisprudencia hasta este momento ha mostrado una posición controvertida en relación con este canon, si bien en la mayoría de los casos ha optado por la aplicación del criterio de la idoneidad, de tal forma que lo que determina la sujeción al pago del canon es que se trate de soportes aptos técnicamente para la realización de copias e incluso idóneos para ello, aunque también puedan emplearse para otros usos <sup>7</sup>. Es suficiente, por lo tanto, la posibilidad real de la reproducción con independencia del destino que finalmente se le dé.

Sin embargo, en otros términos se han manifestado en ocasiones nuestros tribunales, y así el Juzgado de lo Mercantil de Sevilla en Sentencia de 2 de septiembre de 2009 y la Audiencia Provincial de Málaga en Sentencia de 19 de septiembre de 2006, basándose en el párrafo 7.º del artículo 25 del TRLPI consideran que la ley establece una presunción de que la compra de soportes es para llevar a cabo la reproducción como copia privada, presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada mediante prueba contraria, acreditándose en el procedimiento que los soportes eran adquiridos por un abogado para ser utilizados en su actividad profesional y así obtener una copia de las vistas celebradas. En estos casos, el demandante recuperó el importe satisfecho en concepto de canon.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado recientemente resolución <sup>8</sup> sobre la cuestión prejudicial antes citada y que en cierto modo viene a tratar de resolver una cuestión que como hemos visto no es pacífica para nuestros tribunales.

Parte el TJCE de considerar como totalmente legítimo el abono de la citada compensación en base a la regulación contenida en el artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE para todos aquellos Estados miembros que han establecido la limitación de la copia privada. En el punto anteriormente analizado, el TJCE admite como válido y plenamente ajustado a la normativa comunitaria este criterio de la mera idoneidad del soporte para la realización de la reproducción, indicando de forma expresa:

«En cambio, una vez que los equipos en cuestión se han puesto a disposición de personas físicas para fines privados, no es necesario verificar en modo alguno que estas hayan realizado efectivamente copias privadas mediante aquellos ni que, por lo tanto, hayan causado efectivamente un perjuicio a los autores de obras protegidas».

Esta interpretación la sustenta fundamentalmente en el Considerando trigésimo quinto de la Directiva 2001/29/CE donde no exige para el cobro del canon que se produzca un daño efectivo, sino simplemente un «posible daño», por lo que tal y como indica el citado Tribunal, basta con el cumplimiento

<sup>7</sup> Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de julio de 2007 y 28 de enero de 2008.

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (sala tercera) de 21 de octubre de 2010.

to del requisito previo de la puesta a disposición del público de un aparato susceptible potencialmente de llevar a cabo la reproducción para que se genere la obligación de pago.

Sin embargo, el tribunal considera que no es conforme con la Directiva el cobro indiscriminado de dicho canon en relación con aquellos instrumentos que no vayan a ser utilizados por personas físicas y, por lo tanto, vayan a ser realizados, por ejemplo, por personas jurídicas, cuestión lógica ya que como posteriormente veremos si uno de los requisitos de la copia privada es que la haga una persona física, no parece viable cobrarle una compensación por la copia a una persona a la que la ley no se la permite realizar.

Estas consideraciones del Tribunal nos llevan a plantearnos dos cuestiones:

1. En el caso de las personas jurídicas, debemos tener en cuenta que el deudor del canon no es el usuario final (aunque indirectamente será el que finalmente lo pague), sino los fabricantes y, en su caso, los distribuidores y comercializadores de equipos y aparatos, los cuales además tienen una responsabilidad solidaria en el pago con los primeros. Ello da lugar a que si el comercializador de un aparato sujeto al canon ya lo ha abonado al fabricante del mismo y así lo ha hecho constar en la correspondiente factura, habrá que ver qué procedimiento deberá seguirse para reclamar el abono de estas cantidades cuando los elementos gravados sean luego vendidos en la tienda a una persona jurídica.
2. En segundo lugar, debemos señalar que a pesar del silencio de la sentencia del TJCE, el énfasis puesto en la no aplicación indiscriminada del canon hace pensar que la acreditación por parte del adquirente de algún bien sujeto al gravamen de su no uso para la realización de reproducciones que no tengan la consideración de copia privada le eximirían del abono del mismo, cuestión que, sin embargo, dejaría en manos de particulares la decisión de qué medios de prueba deben ser considerados como válidos y cuáles no y que debe ser revisado en la próxima reforma de la regulación del canon para adaptarlo a la resolución del TJCE.

### 3.6. Requisitos de la copia privada

Partiendo de la redacción establecida por la reforma del año 2006, y en contraposición a la normativa anterior, vamos a tratar de analizar de forma aislada cada uno de los requisitos que deben existir para estar en presencia de una copia privada.

#### 3.6.1. La copia debe llevarse a cabo por una persona física

La normativa existente antes de la reforma no utilizaba el término persona física sino otro muy diferente que ha dado lugar a numerosos problemas y diferentes interpretaciones. Se decía que la copia podía realizarse *para uso privado del copista*<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Artículo 31.2 en la redacción anterior a la Ley 23/2006. «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».

Sin embargo, el texto legal nada decía de qué es lo que debe entenderse por copista, de ahí que con carácter general podríamos encontrar cuatro acepciones del mismo (GONZÁLEZ DE ALAIZA, 2006):

- La persona que realiza materialmente la copia.
- La persona que controla y mantiene los mecanismos de reproducción (por ejemplo, el dueño de una imprenta).
- La persona que dirige el proceso intelectualmente, es decir, quien decide qué reproducir, cuándo y cómo.
- La persona que en último término es la destinataria de la copia con independencia del autor material de la misma.

La reforma del 2006 al eliminar el término del copista e incluir la expresión «... la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado...», parece decantarse por un criterio estrictamente material, será copia privada la que realice la persona que está en posesión del soporte al que ha accedido legalmente.

Parece claro que esta redacción deja fuera las copias realizadas en establecimientos abiertos al público por los dependientes y empleados de estos locales al no realizarlos para su uso privado específico, sino para el uso de su cliente. En este sentido, debe notarse que la nueva redacción ha incluido el término posesivo **su**, el cual vincula claramente al realizador material de la copia con el titular del disfrute.

Más problemas han surgido en relación con aquellos establecimientos que ponen a disposición de sus clientes una serie de máquinas para su uso a cambio del abono de las reproducciones realizadas. En estos casos (muy comunes en Universidades y en establecimientos reprográficos de considerables dimensiones), sí se darían los requisitos establecidos por el nuevo artículo 31.2; la persona física realiza su copia para su uso privado y, por tanto, estaríamos ante una copia privada.

Antes de la reforma operada por la Ley 23/2006, esta actividad quedaba excluida de la copia privada en virtud del artículo 10 a) del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, al señalar que «no tiene la condición de reproducciones para uso privado del copista, .... a) las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización...».

En aplicación de esta norma, nuestro Tribunal Supremo <sup>10</sup> ha señalado que no puede entenderse como copia privada: 1.º por razón del lugar donde está la máquina de reproducción y 2.º por la finalidad de la copia, bastando que uno de los dos se cumpla para que no exista copia privada, y en este caso el precepto del Real Decreto citado es claro al respecto. Sin embargo, debemos tener en cuenta que la resolución anterior se produce en un supuesto bajo el amparo de la normativa anterior,

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2007.

por lo que debemos plantearnos si tras la nueva redacción debe seguir aplicándose el artículo 10 del Real Decreto o este debe entenderse superado por la Ley del año 2006.

La generalidad de la doctrina defiende este segundo punto sobre la base de una derogación tácita del artículo 10 dictado además en desarrollo del artículo 25 de la Ley de 1987. La modificación de ese artículo y del propio artículo 31 a través de una norma de rango legal deja en la práctica sin efecto su aplicación debiendo considerarse que las reproducciones realizadas en máquinas puestas a disposición del usuario sí pueden tener la consideración de copias privadas siempre que cumplan todos los requisitos del artículo 31.2. En la práctica, el supuesto sería el mismo que si adquiriéramos una fotocopidora para tener en nuestro domicilio y con ella realizáramos copias privadas, ya que el único elemento diferenciador vendría establecido por la retribución que se hace al establecimiento por la reproducción, pero ello no se podría incorporar en la finalidad lucrativa ya que esta debe exigirse de la copia obtenida y no es posible imputarlo al procedimiento utilizado para obtener la copia.

### 3.6.2. *Para su uso privado*

El segundo de los requisitos marcados en el artículo 31.2 es el del uso privado por parte de la persona física que realiza la copia.

En la tramitación del texto legal se plantearon diferentes alternativas a este uso privado, especialmente la declaración del uso personal en contraposición al privado, optándose finalmente por este último para incorporarlo al texto definitivo. Ello nos lleva a plantearnos la diferencia entre un uso personal de algo y un uso privado, coincidiendo la doctrina mayoritaria en que el concepto de privado va más allá del personal, englobando a este y extendiéndose en lo que se podría calificar como su círculo familiar o íntimo (GARROTE, 2009).

Dentro de lo que consideremos como círculo familiar o íntimo podríamos realizar no solo una copia privada sino varias copias privadas (por ejemplo, grabamos un disco 10 veces y entregamos esas copias a familiares o amigos), siempre que todas ellas se encuentren dentro de ese círculo familiar. Esta postura desde luego nos llevaría a resultados prácticos imprevisibles y en muchas ocasiones incontrolables, ya que la validez de la copia vendría dada por los lazos de parentesco, el contacto y relaciones existentes de forma efectiva entre dos parientes, el grado de amistad...

Parece claro que la extensión de este ámbito privado puede en muchas ocasiones afectar a la normal explotación de la obra por parte del autor y al ejercicio de sus derechos patrimoniales, por lo que para equilibrar su ejercicio debemos tener siempre presente el artículo 40.Bis de la ley donde se recoge la regla de los tres pasos.

### 3.6.3. *A partir de obras a las que haya accedido legalmente*

Como hemos visto anteriormente, la persona física debe realizar la copia y utilizarla para su uso privado. Ahora la nueva redacción incorpora un nuevo concepto algo difuso como es que la copia

debe realizarse a partir de obras a las que se haya accedido legalmente. Este concepto es el que plantea las mayores dificultades ya que el acceso legal a la obra es un término demasiado amplio y ambiguo y, por tanto, sujeto a todo tipo de interpretaciones.

En principio, la inclusión del requisito del acceso legal no aparece contemplado en el artículo 5.2 de la Directiva, pero el legislador español a semejanza de otros legisladores europeos ha optado por su inclusión fundamentalmente para incorporar un mecanismo que permita actuar contra la descarga de archivos en internet especialmente a través de las redes p2p (ORTEGA, 2007).

Sin embargo, la falta de precisión del concepto acceso legal en la Directiva comunitaria (que sí hace referencia a este concepto en otros preceptos <sup>11</sup>) y en la propia normativa española plantea numerosas dificultades a la hora de llevar a cabo su interpretación y aplicación práctica.

Si atendemos al tenor literal del precepto, «*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...*» parece claro que lo que se regula es que el medio a través del cual se accede a la obra sea legal, con independencia del origen de la obra en sí misma, pudiendo este ser legal o ilegal. Por lo tanto, no se incide en la ilegalidad de la fuente sino en el modo en que se accede a dicha fuente (GARROTE, 2009, pág. 91).

Seguramente aquí radican los inconvenientes en la aplicación del precepto, ya que si la finalidad originaria del mismo era sancionar aquellas copias que se realizaban de obras que tenían un origen ilícito (pensemos en las obras incorporadas para su comunicación a una red p2p sin autorización del titular), en la práctica este origen pasa a ser irrelevante y debemos fijarnos en la forma o mecanismo a través del cual el usuario ha accedido a la copia. El legislador no debería haber puesto el énfasis en la forma de acceso a la obra, sino en que la copia haya sido obtenida a través de algún acto que suponga vulneración de los derechos de autor (lo cual se produce en una red p2p en el momento en que un usuario pone una obra a disposición de los demás sin autorización del titular).

Quizá para conseguir la finalidad antes apuntada habría que haber acudido a una redacción diferente y más clara para tratar de actuar contra las redes p2p, indicando por ejemplo que «*queda excluido del concepto de copia privada las reproducciones cuya finalidad principal o accesoria sea ponerlas a disposición de terceros en los términos del artículo 20.2 i)*», lo cual permitiría actuar ante las reproducciones de obras realizadas sin autorización para incorporarlas a una red p2p y ponerlas a disposición de millones de potenciales usuarios.

<sup>11</sup> Artículo 6.4 de la Directiva 2001/29/CE: «*No obstante la protección jurídica prevista en el apartado 1, en caso de que los titulares de los derechos no adopten medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación establecida por el Derecho nacional de conformidad con las letras a), c), d), y e) del apartado 2 del artículo 5 o con las letras a), b) y e) del apartado 3 del mismo artículo, los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación, en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas.*»



En todo caso y volviendo a la redacción que figura en la Ley 23/2006, la pregunta que debemos hacernos en el caso que nos ocupa es si una red p2p debe ser considerada como un medio de acceso legal o si, por el contrario, no reúne tal condición y permitiría la aplicación del artículo 32.1 del TRLPI. Ello nos lleva a diferenciar entre propias redes consideradas en sí mismas como un vehículo de transmisión de información, y el uso que de ellas hagan los usuarios. Esta idea es la recogida por nuestros tribunales que hasta el momento defienden la condición de acceso legal de estas redes, indicando que la mayoría de los usuarios acceden de forma legal a los archivos al haber suscrito un contrato válido con un prestador de servicios en la Red a cambio de un precio <sup>12</sup>. Además y como argumento adicional indica la referida sentencia que «las copias descargadas en muchas ocasiones son incorporadas a un DVD o a un disco duro portátil que están gravados con el canon digital del artículo 25, lo cual incluso redunda en beneficio de los titulares de los derechos de explotación».

Parece claro que el problema radica por tanto en la redacción de nuestro artículo 31.2, ya que si bien las redes p2p son mecanismos perfectamente válidos para la transmisión de archivos, no todas las actuaciones realizadas a través de ellas deben revestir esta legalidad, por lo que la inclusión de una cláusula semejante a la anteriormente recogida daría solución a muchos de los problemas que se están produciendo en la práctica con estas redes de intercambio.

#### 3.6.4. *Que no sean objeto de utilización colectiva o lucrativa*

Hemos unido en este apartado los dos últimos requisitos que exige el artículo 31.2 para estar en presencia de una copia privada. En relación con el lucro no nos extenderemos al haber sido ya tratado el tema con profundidad por la doctrina, indicando simplemente que existirá este lucro cuando utilicemos las copias para obtener a posteriori un beneficio de carácter comercial.

En relación con este punto simplemente destacar que la Directiva de la Unión Europea 29/2001/CE hace referencia a la consecución de *finis directa o indirectamente comerciales*, mientras que nuestro artículo 31.2 utiliza de forma genérica el término *finalidad lucrativa*. Ello nos da a entender que mientras en el ámbito de un procedimiento penal el concepto de lucro debe ser entendido de forma restrictiva (tal y como lo hemos analizado en un epígrafe anterior), para apreciar la existencia de una copia privada la finalidad lucrativa en base a lo dispuesto por la Directiva comunitaria se convierte en un término amplio que recoge no solo la finalidad comercial directa sino cualquier tipo de compensación económica indirecta que pueda traer su causa de la realización de la copia privada. Aquí por supuesto entraría todo tipo de remuneración que con carácter publicitario pueda obtenerse a través de la explotación de una web desde donde se efectúen las correspondientes descargas.

Pero el concepto más interesante de este apartado es el de la utilización colectiva. Quizá debe considerarse esta expresión como superflua ya que al exigirse previamente el uso privado de la copia, se nos hace realmente difícil pensar en un supuesto en que se produzca el uso privado pero no la utilización colectiva y viceversa, ya que ambos conceptos deben ir necesariamente unidos. En este sen-

<sup>12</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona n.º 7 de 9 de marzo de 2010.

tido, la Directiva comunitaria que sirve de base a nuestra norma hace referencia al uso privado pero omite declaración alguna en relación con el uso colectivo que se entiende integrado en el primero.

En todo caso, uno de los supuestos donde más se debate en la actualidad de si estamos en presencia o no de una copia privada es el de las descargas a través de las redes p2p, por lo que debemos analizar en este caso si se produce esta utilización colectiva de la obra que exceda del ámbito familiar del mismo.

Parece claro que el usuario que pone una obra a disposición de otras personas a través de una red de intercambio no está dando un uso privado a la copia, sino más bien lo que se está haciendo es todo lo contrario, poner a disposición de un colectivo de usuarios una obra de propiedad intelectual, por lo que aunque el usuario carezca de ánimo de lucro la utilización de redes de intercambio para compartir copias de obras protegidas no encuentra justificación ni amparo legal en los límites del derecho de autor (APARICIO, 2005), y, por tanto, no podrá ampararse esa actividad en el límite de la copia privada del artículo 31.

Es este requisito del uso colectivo el que impide de forma clara y precisa que las reproducciones realizadas a través de estas redes puedan tener la consideración de copia privada.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PALMA, Ángel Luis. *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*. Madrid: Centro de Estudios Financiero, 2006, pág. 51.

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo. «El intercambio de archivos en redes de pares a la luz del derecho vigente». Madrid: *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* (núm. 8), 2005, págs. 55-72.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, Ignacio. *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual* (2.<sup>a</sup> edición). Madrid: Editorial Comares, 2010, págs. 63, 71 y 84.

GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, José Javier. *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*. Granada: Editorial Comares, 2006, págs. 122 y 162.

MARTÍN SALAMANCA, Sara. *Remuneración del autor y comunicación pública*. Madrid: Editorial Reus, 2004, pág. 15.

MATEU PÉREZ-GIRARDI, Bruno. *La copia privada en la Sociedad de la Información*. Madrid: *Economist&Jurist*, (101), 2006, págs. 56-60.

ORTEGA DOMÉNECH, Jorge. *Derechos de compensación equitativa por copia privada*. Madrid: Colección de Propiedad Intelectual. Editorial Reus, 2007, págs. 79 y 86.

PLAZA PENADÉS, Javier. *Propiedad intelectual y sociedad de la información*. Navarra: Aranzadi, 2002, pág. 26.