



**CONSIDERACIONES SOBRE EL DICTAMEN DE LA COMISIÓN
ASESORA DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN**

“Evaluación Crítica de la Propuesta del Derecho a Compensación por Copia Privada (Canon) en el marco del Proyecto de Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual” de 16 de mayo de 2006

Francisco Marcos Fernández
Juan Santaló Mediavilla
Albert Sánchez Graells

Madrid, 20 de junio de 2006.

**CONSIDERACIONES SOBRE EL DICTAMEN DE LA COMISIÓN
ASESORA DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (*)**

INTRODUCCIÓN	3
1. LOS DERECHOS DE AUTOR Y LA COPIA PRIVADA: CANON Y ENTIDADES DE GESTIÓN.	4
1.1. LA COPIA PRIVADA.	5
1.2. LA COPIA PRIVADA Y EL CANON.....	6
1.3. LA COPIA PRIVADA Y EL CANON EN ENTORNOS DIGITALES.	8
1.4. LA GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS: APLICACIÓN AL CANON POR COPIA PRIVADA.....	10
2. EL CANON Y SU APLICACIÓN.....	13
2.1. CORRELACIÓN ENTRE CANON Y PRECIO DE VENTA DE DISPOSITIVOS Y SOPORTES.....	13
2.2. ESTIMACIÓN DE LA EVOLUCIÓN DE INGRESOS POR REMUNERACIÓN DE COPIA PRIVADA.....	14
3. EL PROYECTO DE LEY Y LOS PRESUNTOS PERJUICIOS DERIVADOS DE SU APROBACIÓN.....	17
3.1. LA REGULACIÓN DE LA COPIA PRIVADA EN EL PROYECTO DE LEY.....	17
3.2. CONSECUENCIAS DE LA REGULACIÓN DE LA COPIA PRIVADA EN EL PROYECTO DE LEY.....	19
4. CONCLUSIONES.....	24

(*) El presente Dictamen ha sido elaborado por un equipo de consultores con formación jurídica y económica, dirigido por

- Dr. D. *Francisco Marcos Fernández*. Profesor del Área Jurídica del Instituto de Empresa. Director del Observatorio de Política de Competencia. Doctor en Derecho, Colegio de España (Bolonía, Italia) 1998. PLI, Harvard Law School, 1995. Master of Laws, Boalt Hall School of Law (UC Berkeley) 1995. Licenciado en Derecho, Universidad de Oviedo, 1993.
- Dr. D. *Juan Santaló Mediavilla*. Profesor del Área de Estrategia Empresarial del Instituto de Empresa. Ph.D. in Economics, University of Chicago, 2002. Master in Economics, University of Chicago, 1997. Master en Economía, Universitat Pompeu Fabra, 1996. Licenciado en Economía, Universitat de Barcelona, 1995.
- D. *Albert Sánchez Graells*. Abogado especializado en Derecho Regulatorio y de la Competencia. Doctorando en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Licenciado en Administración y Dirección de Empresas, Universidad Nebrija, 2003. Licenciado en Derecho, Universidad Nebrija, 2002.

SOBRE LA COPIA PRIVADA Y SU REMUNERACIÓN

Desde la perspectiva económica, las creaciones intelectuales pueden caracterizarse como bienes informativos (*information goods*), que son el resultado de la creatividad y originalidad de su creador (autor, intérprete, etc). Se trata de bienes que, por sus características son susceptibles de consumo simultáneo o no rival (*non-rivalrous*) por varias personas en igualdad de condiciones, sin que los titulares de estos bienes puedan excluir de su uso a terceros (*non-excludable*). Por tanto, el creador está sujeto a un permanente riesgo de expropiación del valor creado por el uso de terceros (*free riding*) que requiere la protección de los derechos de propiedad intelectual.

Entre los derechos correspondientes al titular de la propiedad intelectual, destaca el derecho a realizar copias de su obra, que únicamente se encuentra limitado por la posibilidad de realización de copias privadas para "*uso privado*", esto es, siempre que la finalidad de la misma no sea una utilización colectiva o lucrativa. Cuando la finalidad sea otra, nos encontraremos ante una copia ilícita, que no sólo infringe el derecho de propiedad intelectual del autor, sino que puede ser delictiva de conformidad con el vigente Código penal español.

Para compensar la pérdida de ingresos que conlleva la realización de copias privadas de sus obras, la ley introduce un mecanismo de remuneración de los titulares de los derechos de propiedad intelectual por copia privada: el "canon por copia privada". La finalidad del canon no es otra que la de compensar al autor por la disminución de ingresos debida a la copia privada legítima que la ley autoriza. Las características de la propiedad intelectual dificultan el ejercicio individualizado por el autor de sus derechos, en la medida que resulta imposible determinar cuáles son o cuáles han sido las obras protegidas efectivamente copiadas en cada caso, y por eso un sistema centralizado de gestión colectiva facilita el ejercicio y protección de los derechos de manera eficiente.

El inmenso avance y desarrollo de la sociedad de la información y la digitalización de las creaciones intelectuales sobre las que existen derechos de propiedad intelectual ha facilitado enormemente la realización de copias privadas por los usuarios y ha dado lugar a unas remuneraciones compensatorias por copia privada para los soportes digitales que se encuentran en la media de las que se cobran en otros países europeos.

La convergencia y la digitalización de contenidos protegidos han traído consigo el desarrollo de distintos mecanismos tecnológicos de protección, restricción y control del uso y el acceso (conocidos como *Digital Rights Management*, o *DRMs* y *Technical Protection Measures* o *TPMs*). Sin embargo, su adopción no es en la actualidad (ni se prevé que sea a corto o medio plazo) una posibilidad sustitutiva del canon por copia privada.

Cuando los soportes tienen un coste de fabricación muy reducido, lo que normalmente ocurre con los CD-R y DVD-R, el importe del canon puede constituir una parte sustancial del precio final de venta al público. No obstante, ha de entenderse que la lógica de la remuneración por copia privada no cambia en función de los costes de producción o del precio de venta de los bienes sobre los que recae. El progreso tecnológico y los procesos de fabricación pueden, en ocasiones, abaratar los costes de producción de ciertos bienes, pero no conlleva que los contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual merezcan una remuneración menor.

La estimación de la evolución de ingresos incluida en el Dictamen es sorprendente y no parece ajustarse a criterios estándar de análisis ni a los datos de evolución real del mercado que, en absoluto ascienden al crecimiento del 90% anual. Los incrementos en la recaudación son muy inferiores al 90% indicado en el Dictamen y, en todo caso, decrecientes. La desproporción que el Dictamen pretende poner de manifiesto (indicando que en un plazo de veinte años los ingresos por copia privada digital podrían llegar a representar casi treinta veces los ingresos generados directamente por la comercialización de contenidos) no es tal. De hecho, conforme a nuestras estimaciones, difícilmente podría llegar a apreciarse una diferencia superior a 1,50 veces.

SOBRE EL PROYECTO DE LEY

El Dictamen confunde la eliminación del canon por copia privada con la eliminación de la posibilidad de que los particulares realicen copias privadas de obras protegidas –lo que no guarda una relación directa y afecta gravemente a los intereses de los usuarios-.

El Dictamen no aporta ningún elemento cuantitativo que permita establecer una comparación o correlación entre la importancia cuantitativa del canon y el volumen de inversión en el desarrollo de la sociedad de la información o la estructura de costes de las empresas españolas de tecnologías de la información.

Conviene tener en cuenta que el Proyecto de Ley establece un mecanismo suficientemente flexible para permitir que la determinación de los aparatos y dispositivos sujetos al canon, así como el importe del mismo, se adapte al contenido del resto de regulaciones comunitarias en función de su evolución.

No puede asumirse que en la actualidad la copia privada digital sea inocua para los autores y, aún menos, proponer la eliminación del canon por copia privada por apreciar una hipotética desproporción entre el canon y el perjuicio que debe compensar –puesto que tan desproporcionado es cobrar un canon excesivo como no satisfacer canon alguno-. Parece claro que la nueva configuración legal del sistema de determinación del canon por copia privada digital contiene suficientes criterios para refinar la evaluación del daño efectivamente causado a los titulares de derechos de propiedad intelectual y ajustar su importe en consecuencia.

CONSIDERACIONES SOBRE EL DICTAMEN DE LA COMISIÓN ASESORA DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

INTRODUCCIÓN

Las páginas que siguen constituyen un breve análisis y reflexión a raíz del dictamen que, bajo el título "*Evaluación Crítica de la Propuesta del Derecho a Compensación por Copia Privada (Canon) en el marco del Proyecto de Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*", ha elaborado la denominada Comisión Asesora sobre la Sociedad de la Información del Ministro de Industria (en adelante el "Dictamen" y la "Comisión", respectivamente). La citada Comisión se constituyó formalmente en septiembre de 2005, bajo la presidencia del Prof. Dr. Manuel Castells, y nació como un grupo de trabajo dedicado a reflexionar sobre criterios de futuro que impulsen el desarrollo tecnológico y la sociedad de la información en España y la convergencia con Europa, realizando propuestas de intervención al Ministro que permitan convertir a nuestro país en un punto de referencia sobre la sociedad de la información.

El *Dictamen* en cuestión se presenta como una crítica del Proyecto de ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (121/000044), presentado por el Gobierno el 26 de julio de 2005, y pendiente de aprobación definitiva por las Cortes esta semana (en adelante, el "Proyecto de Ley"). El *Dictamen* ciñe sus observaciones a lo referido a la regulación de la copia privada, el derecho a compensación por copia privada y su aplicación práctica; aunque para ello mezcla y vierte consideraciones varias sobre la piratería, el papel de las entidades de gestión en la explotación de los derechos de propiedad intelectual y, en definitiva, sobre la misma esencia de la propiedad intelectual.

En principio, ha de valorarse la iniciativa de la Comisión como conveniente y oportuna. No en vano, las creaciones intelectuales (obras artísticas -literarias, gráficas, musicales y audiovisuales- y científicas) son uno de los bienes con fuerte carácter informativo que permiten la existencia y el desarrollo de la sociedad de la información. De hecho, junto con el desarrollo de las nuevas tecnologías y probablemente -incluso con mayor relevancia- la creación de contenidos audiovisuales es uno de los principales factores de desarrollo de la sociedad de la información. Por tanto, la Comisión hace bien en preocuparse por los contenidos que "navegan" por las redes digitales pues son estos los que en última instancia justifican o explican la propia existencia y el crecimiento de la sociedad de la información. Desde esa perspectiva, es innegable que la regulación de los derechos de propiedad intelectual sobre los bienes de información y conocimiento, sean de la naturaleza que sean, puede tener un impacto relevante en el funcionamiento de la sociedad de la información.

No obstante, la oportunidad de la iniciativa de la Comisión no se ha visto acompañada de una reflexión suficientemente ordenada y rigurosa. Es evidente que el entorno digital constituye un escenario novedoso que plantea un reto para la explotación de los derechos de propiedad intelectual. Eventualmente, la convergencia digital puede requerir adaptaciones en la configuración legal de algunos de los mecanismos de retribución/compensación de los derechos de propiedad intelectual que están pensados para el entorno analógico. Sin embargo, la inmensa mayoría de las afirmaciones que el *Dictamen* formula no están fundadas en un análisis sólido y centrado en la situación actual. Se entremezclan conceptos, que aparecen desordenados, se realizan afirmaciones erróneas, se especula de manera infundada y se utilizan de manera equivocada algunos datos, distorsionando la realidad.

¹ El documento a que hemos tenido acceso aparece fechado el 16 de mayo de 2006. A falta de una fuente pública asociada al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, el documento se encuentra disponible en http://www.escolar.net/wiki/index.php/Dictamen_de_la_Comisi%C3%B3n_Asesora_sobre_la_Sociedad_de_la_Informaci%C3%B3n_del_Ministro_de_Industria_sobre_el_canon.

Las páginas que siguen no pretenden ser una respuesta al Dictamen, sino una explicación y aclaración de algunos de los errores y defectos en las ideas y argumentos que en él se contienen, especialmente de aquellos más graves y que pueden dar lugar a una visión distorsionada de la situación actual.

1. LOS DERECHOS DE AUTOR Y LA COPIA PRIVADA: CANON Y ENTIDADES DE GESTIÓN.

Desde la perspectiva económica, las creaciones intelectuales pueden caracterizarse como bienes informativos (*information goods*), que son el resultado de la creatividad y originalidad de su creador (autor, intérprete, etc.). Aunque hay variaciones en función del tipo de creación, mayoritariamente se trata de bienes que gozan de atributos análogos a los bienes públicos (*public goods*). En esencia se trata de bienes que, por sus características –fundamentalmente su intangibilidad- son susceptibles de consumo simultáneo o no rival (*non-rivalrous*) por varias personas en igualdad de condiciones, sin que los titulares de estos bienes puedan excluir de su uso a terceros (*non-excludable*). La facilidad con que las creaciones intelectuales pueden ser copiadas, exacerbada por el progreso tecnológico y la digitalización (que permiten realizar copias rápidas, baratas y de una calidad que las hace difícilmente diferenciables del original, véase *infra* §1.3), convierte a las creaciones intelectuales en bienes públicos casi perfectos.

Naturalmente, las características apuntadas dificultan el establecimiento de sistemas adecuados de compensación al creador (que está sujeto a un permanente riesgo de expropiación del valor creado por el uso de terceros, o *free riding*) pero sistemáticamente se le viene reconociendo un derecho de propiedad análogo a los derechos sobre bienes inmuebles o muebles (véanse, artículos 428 y 429 del Código Civil español de 1889 y artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril) con especiales mecanismos de protección frente al aprovechamiento de terceros de su esfuerzo creativo.

El Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, "TRLPI"), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (que unifica la regulación ya prevista en la Ley 22/1987, de 11 de noviembre), construye el sistema de propiedad intelectual en nuestro país y reconoce a los autores de creaciones intelectuales (literarias, artísticas o científicas) derechos análogos a los de un propietario respecto de la explotación de su obra, bajo diversas formas (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación). El autor es propietario, y como tal, tiene derecho a recibir una contraprestación por las distintas utilidades que puedan hacerse de su obra. El reconocimiento al creador, autor de la obra, de un derecho de propiedad durante un tiempo determinado (que, con carácter general, cubre toda la vida del autor y setenta años más) persigue construir en la práctica un sistema de recompensa y remuneración que incentive la actividad creativa.

Sin embargo, los usos de las obras intelectuales tienen ciertas especificidades, que no pueden predicarse de otro tipo de bienes, precisamente por su carácter inmaterial e intangible, por la facilidad con que pueden copiarse, por la susceptibilidad de consumos simultáneos no rivales y por la dificultad/imposibilidad de excluir a terceros de su uso. Por tanto, el derecho de propiedad que se concede es análogo a otros derechos de propiedad sobre muebles o inmuebles, pero las particularidades mencionadas suponen importantes matizaciones en las facultades que el creador-propietario puede ejercitar (y también respecto de cómo las puede ejercitar).

En efecto, entre el haz de facultades que el titular del derecho de propiedad intelectual posee, se encuentra naturalmente el de efectuar copias de su obra –que, en principio le corresponde a él y sólo a él, con la única excepción del límite de copia privada que analizamos a continuación en detalle (véase *infra* § 1.1)-. Otro tanto puede decirse respecto de la transformación y distribución de la obra, pero también – cuando proceda- sobre la comunicación pública de la misma. Todos estos derechos están concebidos

como facultades del titular, que compensan su actividad creativa y la originalidad de la obra, sin que se cuestionen las cantidades económicas que por su ejercicio el titular pueda obtener. De hecho, una vez determinados estos derechos del titular de la propiedad intelectual, en una economía abierta y de mercado como la española, deberá ser el juego de la oferta (organizada en algunos casos a través de las entidades de gestión) y la demanda la que fije la remuneración adecuada para cada uno de estos derechos.

Como en otras actividades, la originalidad y creatividad pueden ser innatas o fruto de un largo proceso de aprendizaje, pero el legislador – sin prejuzgar el origen ni el mérito de la creación, y a través de los derechos de propiedad intelectual- parte de la base de que habrán de ser adecuadamente retribuidas dentro del sistema legal descrito.

Por otra parte, si bien la mayoría de esos derechos podrán ejercitarse de manera individual, también está previsto el ejercicio colectivo de algunos de esos derechos (obligatoria esencialmente para la comunicación pública de las obras audiovisuales y para la remuneración compensatoria por copia privada, véase *infra* §1.4).

1.1. LA COPIA PRIVADA.

Como hemos indicado, entre los derechos correspondientes al titular de la propiedad intelectual, destaca el derecho a realizar copias de su obra (arts. 17 y 18 TRLPI). Este derecho es, en principio, exclusivo y excluyente, susceptible de cesión a terceros de forma gratuita o remunerada. Sin embargo, entre las limitaciones que el Derecho español establece a la reproducción de la obra, que es la principal facultad que integra los derechos de propiedad del autor, se encuentra la realización de copias privadas (art. 31.1.2º TRLPI)².

De este modo, la ley establece que quien adquiera un ejemplar de una obra sobre la que exista un derecho de propiedad intelectual puede efectuar copias para su uso privado. La realización de copias privadas constituye, por tanto, una excepción en la mecánica ordinaria de explotación de los derechos de propiedad intelectual. La copia privada se limita a aquéllos supuestos en los que se hace para “*uso privado*”, esto es, siempre que la finalidad de la misma no sea una utilización colectiva o lucrativa. Así, en los casos en que los particulares adquieren ejemplares de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual, partiendo de la base de que deben poder usarlas y disfrutarlas razonablemente (de hecho, este es el concepto utilizado en otros ordenamientos, *fair use*) y conservarlas en caso de que los soportes sobre los que se haya fijado puedan ser inestables, la ley prevé con carácter general la posibilidad de realizar copias privadas en determinadas condiciones. Principalmente, estas condiciones se limitan a garantizar que la copia privada se destina a los usos razonablemente previstos por el legislador.

Cuando la finalidad sea otra (principalmente, el ánimo de utilización lucrativa o colectiva), y el copista no disponga de una licencia de reproducción, nos encontraremos ante una copia ilícita, que no sólo infringe

² La solución no es original de nuestro legislador: es común y ampliamente aceptada en la UE. Por ello, 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 (DOCE nº L167, de 22 de junio de 2001, págs. 10-20, disponible en http://europa.eu.int/eur-lex/pri/es/oj/dat/2001/l_167/l_16720010622es00100019.pdf) la contempla expresamente en el artículo 5.2.b) y afirma (Cdo. 38): “*Debe facultarse a los Estados miembros para que establezcan una excepción o limitación al derecho de reproducción en relación con determinados tipos de reproducción 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.*”

el derecho de propiedad intelectual del autor, sino que puede ser delictiva de conformidad con el vigente Código penal español (art. 270). Sin embargo, el tipo penal poco tiene que ver con la copia privada (aunque el *Dictamen* parece confundirlos, pág. 4, véase *infra* § 3.2.6). Se trata de un ilícito que comete quien reproduce, sin autorización del titular, obras sobre las que existen derechos de propiedad intelectual. Naturalmente, comete también el delito quien copia obras adquiridas legítimamente con el propósito de lucrarse, porque se extralimita del ámbito de la excepción de copia privada establecido legalmente. Nada hay de extraño en esta dualidad (civil y penal) dado que opera exactamente igual respecto de las violaciones de otros derechos de propiedad: la infracción de los derechos del propietario de muebles y inmuebles se configura –en función de las circunstancias– bien como ilícito civil o como ilícito penal.

1.2. LA COPIA PRIVADA Y EL CANON.

Por otra parte, para compensar la pérdida de ingresos que conlleva la realización de copias privadas de sus obras, la ley introduce un mecanismo de remuneración de los titulares de los derechos de propiedad intelectual por copia privada (art. 25 TRLPI)³. Esta remuneración, conocida popularmente como el “canon por copia privada”, es originaria del derecho alemán (1964) y desde ahí se ha extendido a muchos países como mecanismo de compensación de las pérdidas derivadas de la realización de copias privadas. En España el canon existe desde 1987.

La finalidad del canon no es otra que la de compensar al autor por la disminución de ingresos debida a la copia privada legítima que la ley autoriza (ya que en ausencia de copias privadas los usuarios adquirirían un número de obras originales mayor)⁴. Desde el punto de vista práctico, el canon se configura como un cargo que deben satisfacer los fabricantes e importadores de soportes y dispositivos aptos para copiar obras protegidas. Su recaudación se encomienda a las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual que, posteriormente, lo redistribuyen entre los titulares últimos de los derechos sobre las obras cuya copia privada se pretende compensar con el citado canon. Además, las normas reglamentarias de desarrollo del sistema de remuneración por copia privada obligan a las entidades de gestión a dedicar el 20% de lo que recaudan por este concepto a actividades y servicios de carácter asistencial en beneficio de sus socios y actividades de formación y promoción de autores y artistas intérpretes o ejecutantes (art. 39 del RD 1434/1992, de 27 de noviembre), que establece mecanismos para el control del cumplimiento de esta obligación por el Ministerio de Cultura.

El establecimiento de un sistema de remuneración compensatoria que grave a los soportes y dispositivos que pueden ser utilizados para la copia de las obras protegidas con una “tasa” que remunere la pérdida de los ingresos derivada del ejercicio de copias privadas constituye una solución que, en principio, ha de considerarse aceptable⁵. Varias razones avalan esta afirmación:

³ Tampoco esta solución es original. Todos los Estados miembros de la UE que reconocen la excepción de copia privada, salvo Luxemburgo, establecen una remuneración compensatoria por copia privada.

⁴ Las palabras del Tribunal Supremo no dejan lugar a dudas: “*Se trata... de una obligación de naturaleza jurídico-civil, dirigida a compensar, anualmente, los derechos de propiedad intelectual, de naturaleza jurídico-privada por tanto, dejados de percibir por razón de la reproducción para uso privado del copista que la Ley permite sin autorización del autor, artículo 31.2, es decir, a compensar una ganancia dejada de obtener...*”, STS de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997\1564).

⁵ En general, Joaquín De Fuentes Bardají, “Un enfoque jurídico. Razón de ser de la remuneración por copia privada. Un septenio legislando sobre la materia”, en *La Copia Privada a Examen: el derecho de remuneración compensatoria en el ámbito de la propiedad intelectual*, Ministerio de Cultura, Madrid 1995, pág. 68 (“*Así las cosas, se considera que la construcción legal es homenaje a la realidad. Dada la imposibilidad material –y probablemente la inconveniencia– de proceder a controlar todos los medios no consentidos de reproducción (la técnica ha evolucionado tremendamente ofreciendo múltiples y baratos medios de reproducción de las obras y de*

- La primera es que, ciertamente, la adquisición de dispositivos y soportes *aptos para* copiar puede ser una buena indicación y correlato (*proxy*) de la utilización de estos dispositivos y soportes *para* copiar. Para ello bastará con establecer la compensación que tenga en cuenta exclusivamente la mayor o menor aptitud o idoneidad para la copia del dispositivo/soporte en cuestión (excluyendo del abono de la misma a aquéllos con menor idoneidad y ajustando la compensación al uso mayoritario que se haga de los mismos)⁶.
- La segunda es que genera un sistema con unos costes de implementación, gestión y control más razonables que los asociados a un sistema que pretendiera el cobro de este recargo directamente a los usuarios finales que realizan la copia. Al ser mucho más reducido el número de productores (o importadores) de dispositivos y soportes, y éstos más fáciles de identificar, el establecimiento de la obligación de pago del canon en este nivel de la cadena de valor racionaliza el sistema.
- La tercera es que se trata del mecanismo empleado por todos los ordenamientos que establecen la remuneración compensatoria por copia privada. A la fecha actual no hay soluciones alternativas con posibilidades de implantación mínimamente plausibles.

Sin embargo, no está asegurado que la recaudación a través del mecanismo de remuneración compensatoria sea igual al perjuicio patrimonial para los titulares de derechos derivados del ejercicio de copias privadas. En este sentido, y sólo en este, el sistema es imperfecto: es difícilmente estimable el importe exacto de la compensación justa y adecuada. No obstante, y en atención a las razones antes apuntadas, es difícilmente concebible un sistema mejor; y, además, sus eventuales defectos e imperfecciones han de corregirse mediante la conveniente determinación de su ámbito de aplicación (sujetos, dispositivos y soportes gravados) y mediante la ponderación del importe de la remuneración en función del uso de los mismos.

En cualquier caso, es la solución legal (y no sólo en España, sino en la mayoría de los Estados de la UE), y no hay a la vista sistemas alternativos eficaces que sean comparables con el anterior. Puede aceptarse (y discutirse) que la aplicación práctica del mecanismo de compensación requiera ajustes y adaptaciones, pero ello en modo alguno justifica una propuesta de eliminación del mismo como hace el *Dictamen* (págs. 11-12).

De otro lado, y en coherencia con lo anterior, por imperativo legal el canon recae sobre todos los equipos, aparatos y materiales idóneos para la grabación de obras sobre las que existen derechos de propiedad intelectual (artículo 25.2 TRLPI). Es decir, de acuerdo con la Ley, la sujeción a la remuneración por copia privada no depende de la utilización real y efectiva de los dispositivos y soportes en la grabación de estas obras, sino de su idoneidad para ello. De nuevo, resulta imposible controlar el uso que los particulares hagan de los mismos.

Por ello, es incorrecto afirmar, como hace el *Dictamen* (pág. 2) que el canon se aplica de manera indiscriminada, pues es la legislación de propiedad intelectual y su desarrollo reglamentario la que establece los supuestos en los que la idoneidad para la realización de la copia existe y también en qué casos determinados sujetos están "exceptuados" (sic) del pago del canon (así, v. gr., los previstos en el

multiplicación de ejemplares de las mismas), parece lógica y coherente la decisión del legislador de hacer participar al autor en el mercado de reproducciones que tienen origen en sus obras").

⁶ Véase, con ejemplos, Antonio Santillana del Barrio, "El mercado de la copia privada", en *La Copia Privada a Examen*, pág. 47 ("dicho canon debería aproximarse a los derechos que dejan de percibirse por la reducción de las ventas de las obras pregrabadas al autorizar la reproducción para uso privado. Ya se ha dicho varias veces que es imposible medir en cuánto aumentarían dichas ventas si la copia privada no se llevara a cabo, pero es posible estimar la remuneración por copia privada que cubre los perjuicios de autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores, bajo hipótesis diferentes de aumento de ventas de fonogramas y videogramas si no se practicara la copia privada").

art. 25.6 TRLPI). Corresponde, por tanto, al legislador establecer en qué supuestos, en coherencia con el sistema establecido, no procede el abono del canon por determinados sujetos o para determinadas actividades.

1.3. LA COPIA PRIVADA Y EL CANON EN ENTORNOS DIGITALES.

El inmenso avance y desarrollo de la sociedad de la información y la digitalización de las creaciones intelectuales sobre las que existen derechos de propiedad intelectual ha facilitado enormemente la realización de copias privadas por los usuarios. Estas copias se han multiplicado y, gracias a la evolución tecnológica, se efectúan ahora con gran facilidad y a un bajo coste (de hecho, el coste marginal de las copias tiende a cero), permitiéndose además una reproducción de calidad que iguala a la de los originales copiados.

La convergencia y el entorno digital cuestiona el concepto mismo de copia privada, pues el funcionamiento de algunos de los dispositivos digitales requiere la realización de transmisiones que no son comparables con las copias que se efectuaban en el entorno analógico, básicamente porque es discutible que sean copias en sentido estricto al efectuarse con el propósito de consumo inmediato, extinguiéndose a continuación (copias técnicas).

Por otra parte, la utilización de soportes digitales para la realización de copias privadas es un hecho constatado empíricamente en diversos informes que acreditan una utilización masiva de los nuevos dispositivos y soportes para realizar copias de contenidos amparados y protegidos por derechos de propiedad intelectual. Así ocurre, por ejemplo, con los CD-R y DVD-R, en los que esa utilización es mayoritaria (alrededor del 70% de los usos) y explica parte del crecimiento del mercado en estos últimos años⁷; pero también ocurre con los reproductores digitales de música y dispositivos MP3, que por esencia se adquieren con la finalidad principal de copiar en los mismos obras protegidas por derechos de propiedad intelectual⁸.

Sin embargo, la ley vigente no contempla expresamente esa realidad, al no regular específicamente cuáles son los importes que se han de devengar en concepto de remuneración compensatoria por copia privada en los dispositivos y soportes digitales. Además, los aparatos y soportes digitales se adaptan difícilmente a los parámetros de fijación previstos en el actual artículo 25.5 TRLPI (que tienen en cuenta la rapidez de copia y la capacidad de almacenaje en minutos)⁹. Y es que la convergencia y la digitalización no sólo facilitan y abaratan la copia, haciéndola de una calidad comparable al original, sino que han permitido también la creación de nuevos dispositivos para copiar contenidos protegidos, incrementándose la capacidad de almacenamiento en los nuevos soportes.

A pesar de la aparente indefinición legal, la situación actual ha dado lugar a múltiples pronunciamientos judiciales en los que de manera casi unánime se constata como, en atención al uso que mayoritariamente se hace de algunos de esos dispositivos y soportes digitales, es necesario que devenguen remuneración compensatoria por copia privada como los tradicionales videocasetes o las cassetes vírgenes¹⁰.

⁷ Según datos de CIMEC-Millward Brown para 2005.

⁸ De hecho, así ocurre con más del 80% de los usuarios de música digital en España, véase INDICARE, *Digital Music Usage and DRM. Results from an European Consumer Survey*, 24 May, 2005, pág. 15 (disponible en <http://www.indicare.org>)

⁹ Es decir, que la aplicación de los parámetros previstos en el vigente TRLPI podría dar lugar a la imposición de unas cuantías inadecuadas.

¹⁰ Véanse, sentencias del Juzgado Primera Instancia 2 de Esplugues de Llobregat, de 13 de marzo de 2002, SGAE contra VERBATIM ESPAÑA.; del Juzgado Primera Instancia 22 de Barcelona, de 2 de enero de 2002, SGAE contra TRAXDATA IBERICA; del Juzgado Primera Instancia 2 de Cornellà de Llobregat, de 20 de junio de 2002, SGAE

La pervivencia del sistema de remuneración compensatoria nada tiene que ver con la “inercia burocrática” o la protección de “los intereses de intermediación de las entidades gestoras” (como el Dictamen sugiere, pág. 3), sino con la adecuada y legítima compensación del perjuicio patrimonial que los titulares de derechos de propiedad intelectual sufren como consecuencia de la excepción legal que permite a los usuarios la libre realización de copias privadas.

Con posterioridad a estos pronunciamientos judiciales y de manera transitoria e insuficiente, la situación se ha resuelto mediante un acuerdo privado entre las entidades de gestión y la industria que fabrica los materiales y dispositivos susceptibles de ser empleados para efectuar copias¹¹. El acuerdo fija una remuneración compensatoria respecto de algunos de los nuevos soportes, incluyendo en el cálculo el porcentaje de usuarios que no utilizan los soportes digitales para copiar obras protegidas por derechos de propiedad intelectual. En otras palabras, en los soportes polivalentes como el CD-R DATA y el DVD-R DATA, la remuneración está aminorada en una estimación del porcentaje correspondiente a esos usuarios que no los utilizan para copiar obras musicales ni audiovisuales. El acuerdo tiene una vigencia de dos años, y las tarifas acordadas fueron las que siguen:

€/hora	2003	2004	2005
CD-R/W Data	0,13	0,13	0,16
CD-R/W Audio	0,30	0,30	0,35
Minidisk	0,30	0,30	0,35
DVD+-R/RW Data	0,30	0,30	0,30
DVD+-R/RW Video	0,70	0,70	0,70

€/Disco	2003	2004	2005
CD-R/W Data 700MB	0,17	0,17	0,22
CD-R/W Audio 80 Min	0,40	0,40	0,47
Minidisk 80 Min	0,40	0,40	0,47
DVD+-R/RW Data 4,7GB	0,60	0,60	0,60
DVD+-R/RW video 120Min	1,40	1,40	1,40

Fuente: Los Soportes Digitales y el Canon por Copia Privada. Acuerdo privado en aplicación de la Ley, de 29 de julio de 2003, pág. 4 (el documento íntegro puede consultarse en http://www.internautas.org/documentos/CANON-Julio_2003.pdf).

Las remuneraciones compensatorias por copia privada para los soportes digitales que se contienen en el acuerdo se encuentran en la media de las que se cobran en otros países europeos. Así, por ejemplo, la remuneración acordada para los CD-R DATA, está aproximadamente en la media de las tarifas aplicadas en Europa, situándose por encima de nuestra tarifa Dinamarca (0,45 € por hora de grabación), Francia (0,29 € por hora de grabación), Austria (0,17 € por hora de grabación) e Italia (0,17 € por hora de grabación).

El *Dictamen* califica a este acuerdo como “mal menor” para las empresas de Tecnología de la Información (pág. 9). Se desconocen las razones en que se funda tal afirmación, en la medida que responde y está inspirado en la misma lógica que el mecanismo de remuneración por copia privada específicamente previsto en la ley para otros soportes. Además, la bondad del acuerdo se deduce también de que el legislador ha considerado oportuno mantenerlo en el Proyecto de Ley.

Por otra parte, la crítica velada de que el acuerdo constituyó una imposición abusiva de las entidades de gestión sobre la industria debe rechazarse como pone de manifiesto el archivo por el Servicio de Defensa

contra CIOCE SA.; del Juzgado Primera Instancia 5 de Alcobendas, de 15 de noviembre de 2002, SGAE contra IMATION IBERICA S.A.; del Sección 7ª Audiencia Provincial de Valencia, de 31 de julio de 2003, SGAE contra JUMP ORDENADORES S.L.

¹¹ *Los Soportes Digitales y el Canon por Copia Privada. Acuerdo privado en aplicación de la Ley*, de 29 de julio de 2003, que puede consultarse en http://www.internautas.org/documentos/CANON-Julio_2003.pdf

de la Competencia de varias denuncias contra el acuerdo por constituir una práctica restrictiva de la competencia.

1.4. LA GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS: APLICACIÓN AL CANON POR COPIA PRIVADA.

La imposibilidad de que el titular gestione algunos de los derechos que la titularidad de la propiedad intelectual le confiere justifica la existencia de entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual. Estas entidades, que carecen de ánimo de lucro, y cuya creación ha de ser autorizada por el Ministerio de Cultura, existen con el exclusivo propósito de gestionar los derechos de explotación y otros de carácter patrimonial por cuenta y en interés de sus titulares (art. 147 TRLPI). La gestión a través de estas entidades no comprende exclusivamente el cobro de las retribuciones económicas que correspondan a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, sino también el ejercicio y la defensa de esos derechos en el marco de cualquier procedimiento, incluidos los judiciales (art. 150 TRLPI).

Algunos de los derechos de propiedad intelectual son de ejercicio necesariamente colectivo, eso ocurre, por ejemplo, con la remuneración compensatoria por copia privada (art. 25.7 TRLPI). Las características de la propiedad intelectual como bien susceptible de consumo simultáneo y no excluyente por los usuarios dificultan el ejercicio individualizado por el autor de sus derechos, en la medida que resulta imposible determinar cuáles son o cuáles han sido las obras protegidas efectivamente copiadas en cada caso y por eso un sistema centralizado de gestión colectiva facilita el ejercicio y protección de los derechos de manera eficiente.

La entidad de gestión correspondiente, según la categoría de derechos afectados, efectúa el cobro de la compensación según lo establecido según las normas legales y reglamentarias (así, véase art. 36 del RD 1434/1992, de 27 de noviembre) y luego procede al reparto de manera equitativa, con arreglo a un sistema predeterminado en sus estatutos, proporcional en función del uso de las obras y no arbitrario (art. 154 del TRLPI y art. 38 del RD 1434/1992) y todo ello sometido al control e inspección del Ministerio de Cultura (art. 159 del TRLPI). Poca opacidad debería existir si existe este control público (a pesar de que el Dictamen afirma lo contrario, pág. 9). Por otro lado, ciertamente es difícil que el sistema –como el Dictamen parece exigirle- consiga "*que el autor cuya obra se utiliza en esa forma de copia privada reciba las cantidades pagadas por las empresas del sector*". Como esto es imposible, y precisamente por eso la gestión colectiva obligatoria no es caprichosa, el legislador -con buen criterio- se limita a exigir transparencia, equidad y proporcionalidad y falta de arbitrariedad a las entidades de gestión en el reparto.

La convergencia y la digitalización de contenidos protegidos han traído consigo el desarrollo de distintos mecanismos tecnológicos de protección, restricción y control del uso y el acceso (conocidos como *Digital Rights Management*, *Digital Restrictions Management* o *DRMs* y *Technical Protection Measures* o *TPMs*). Estas tecnologías existen desde los años ochenta con el propósito de controlar las copias y se encuentran muy desarrolladas en la aplicación a los programas de ordenador. Respecto de otros contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual ha de tenerse en cuenta que su eficacia puede limitar la posibilidad de que el usuario efectúe copias privadas de contenidos legítimamente adquiridos. La utilización de DRMs o TPMs puede impedir la realización de copias o limitar el número de copias que pueden efectuar los usuarios, puede también limitar la utilización de los contenidos fuera de determinados dispositivos o programas.

El *Dictamen* alude a los DRMs y TPMs como instrumentos que permitirían suprimir la remuneración compensatoria por copia privada y la gestión colectiva de la misma a través de las entidades de gestión (entre otras, págs. 2-3).

Independientemente de otras consideraciones, hay que contextualizar la importancia de los DRMs y TPMs en la actualidad, dado que el *Dictamen* puede transmitir la impresión de que se trata de medidas mucho más desarrolladas y extendidas de lo que en realidad están. En este sentido, según las estimaciones que baraja la Comisión Europea, en 2010 alrededor del 37% de la música comercializada estará protegida por medidas que impidan su copia no autorizada¹². Más allá del dato concreto, lo que debe tenerse muy presente es que la adopción de TPMs y DRMs no es en la actualidad (ni se prevé que sea a corto o medio plazo) una posibilidad sustitutiva del canon por copia privada, ni siquiera en el entorno digital –sin perjuicio de que el canon deba adaptarse progresivamente al desarrollo y extensión en la implantación de TPMs y DRMs (vid infra § 3.2.2)-.

- En primer lugar, un sistema de propiedad intelectual que impone a través de DRMs el mismo número de copias privadas para todos los usuarios resulta ineficiente, dado que los distintos usuarios pueden tener diferentes preferencias en relación al número de copias privadas a obtener de un ejemplar. El sistema de canon es más eficiente y se adapta mejor a las necesidades particulares de los usuarios. En efecto, algunas personas pueden querer copiar una obra protegida cien veces y otras tres. Si el DRM limita a tres las posibilidades de copia crea ineficiencias en el sistema¹³.
- En segundo lugar, aunque técnicamente fuera posible que el titular controlara y cobrara por las copias que se hacen de su obra, no puede obviarse la injerencia que ello pueda suponer en la intimidad y privacidad del usuario¹⁴.
- En tercer lugar, la gestión colectiva de la remuneración compensatoria por copia privada no supone exclusivamente una actividad recaudatoria sino que las entidades de gestión desarrollan una intensa actividad de tutela y defensa de los derechos de los titulares de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual mediante el ejercicio de actividades de comprobación (*monitoring*) y la interposición de acciones en los tribunales para luchar contra el fraude en su pago (además de otro tipo de acciones de protección de los titulares de derechos de propiedad intelectual que también se financian con parte de los ingresos procedentes del canon). Desgraciadamente, la digitalización no facilita el ejercicio individual por el titular de las acciones judiciales, y cuando son varios los afectados, el ejercicio individual deviene antieconómico.
- En cuarto lugar, incluso si la gestión colectiva obligatoria desapareciera y las actuales entidades de gestión con ella, muy probablemente los autores se agruparían libremente en entidades de gestión colectiva de sus derechos. La centralización en la gestión responde a razones prácticas y también de solidaridad. En efecto, distintos estudios han puesto de manifiesto que el sistema DRM rompe el principio de solidaridad de las sociedades de gestión colectiva y deja al autor a merced de su capacidad de negociación, que sólo será alta en el caso de las superestrellas, dejando al resto en una posición desfavorable para negociar sus derechos. La eficiencia de un sistema de gestión individualizada, desde un punto de vista económico, no está ni mucho menos asegurada. Por ende, a día de hoy, la solución legal no es arbitraria sino que es la más eficiente dado que se trata de aprovechar las economías (de todo tipo) inherentes a la administración y gestión de un repertorio

¹² Estimaciones de Forrester Research, citadas por la Comisión Europea. Véase EU Commission, *Stakeholders' Consultation, Copyright Levies in a Converging World*, junio 2006, pág. 6. (disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/stakeholder_consultation_en.pdf).

¹³ En este sentido, véanse las enmiendas número 21 (del Grupo Parlamentario Canario) y 34 (del Grupo Parlamentario Vasco) al artículo 161.4 del Proyecto de Ley inicial. BOCG, Congreso, de 30 de noviembre de 2005—Serie A. Núm. 44-10 págs 37 – 38 y 43.

¹⁴ Véanse, por citar solo algunos, Julie E. Cohen, "DRM and Privacy", Berkeley Tech. L. J. 18 (2003) 575 <https://www.law.berkeley.edu/institutes/bclt/drm/papers/cohen-drm-and-privacy-btlj2003.html>; Ian Kerr y Jane Bailey, "The Implications of Digital Rights Management for Privacy and Freedom of Expression", *Info. Comm & Ethics in Society* 2 (2004) págs. 87-91.

entero de obras, frente a los costes y complicaciones inherentes (especialmente para los usuarios) a un sistema de gestión individualizada.

- En quinto lugar, como ya hemos apuntado, el uso de los DRMs no se encuentra todavía demasiado extendido y aunque hay expectativas de una creciente difusión en los próximos años, no cabe – actualmente- confiar en ellos exclusivamente para la tutela y protección de los derechos de propiedad intelectual en entornos digitales.

En cualquier caso, y al margen de los posibles beneficios de los DRMs y TPMs, conviene tener presente que la polémica ha acompañado a estas tecnologías desde su creación, ya que no sólo presentan defectos técnicos en su configuración que permiten soslayar su eficacia (*cracking*), sino que en la medida en que limitan las posibilidad de realizar copias por los usuarios, restringiendo y controlando su libertad, gozan tanto de seguidores como detractores. Además, cualquier solución que permita la “gestión digital individual” que el *Dictamen* propone ha de considerar necesariamente las implicaciones que ello tiene para la arquitectura del modelo de gestión y protección de los derechos de propiedad intelectual en su conjunto. Además, y en coherencia con otra de las preocupaciones del *Dictamen* (el equilibrio entre los intereses de creadores y de la industria) es posible que las medidas tecnológicas propuestas puedan distorsionarlo)¹⁵.

¹⁵ Véase Celeste Gay Fuentes, *“La propiedad intelectual en el entorno digital. Las industrias de los contenidos, en especial la industria musical, frente a la copia digital y la distribución no autorizada de obras en Internet”, Documento de Trabajo 82/2006*, Fundación Alternativas, Madrid, 3 de mayo de 2006, pág. 20 (*“El reforzamiento del sistema de compensación por copia privada tiene un interés público de la mayor importancia. El efecto final del discurso en defensa de la utilización de medidas tecnológicas de protección de obras frente a su copia privada es la eliminación de libertades básicas de los ciudadanos en la utilización de obras intelectuales, instaurando una cultura de acceso de pago a los contenidos digitales. El interés de la industria del software y la electrónica en el desarrollo de las medidas tecnológicas es claro, puesto que, a la par que pueden quedar liberadas del pago de la compensación, se crean nuevos productos, las propias medidas tecnológicas, que serán objeto de protección por la propiedad intelectual o industrial. La alambrada digital, pues, puede contribuir a profundizar aún más la brecha digital, es decir, la desigualdad de los ciudadanos en el acceso a la cultura y al conocimiento y, por otro lado, puede conducir a la creación de nuevos monopolios sobre lenguajes informáticos que se solapan con el lenguaje libre sobre el cual se ha desarrollado Internet. El objetivo, por lo tanto, sería atraer al sistema de compensación remuneratoria el mayor número de obras no cercadas tecnológicamente”*).

2. EL CANON Y SU APLICACIÓN.

El *Dictamen* realiza diversas afirmaciones en relación con la aplicación del canon y los ingresos de la remuneración compensatoria por copia privada. Las valoraciones que formula son discutibles tanto porque no se basan en datos objetivos, se encuentran deslavazadas y sin conexión a lo largo del texto, y los datos que utiliza son difíciles de contrastar, como por el excesivo alcance de las conclusiones alcanzadas a partir de los datos facilitados. Por otra parte, cualquier análisis cuantitativo y comparativo de estas magnitudes exige contrastar distintas fuentes y minimizar y hacer explícitas las suposiciones e hipótesis de que se parte. Somos conscientes de que para satisfacer esta condición es precisa una investigación de mayor envergadura que la contenida en estas páginas. Sin embargo, sirva lo que a continuación se dice para contextualizar y comprender mejor algunas de las aseveraciones del *Dictamen*¹⁶.

2.1. CORRELACIÓN ENTRE CANON Y PRECIO DE VENTA DE DISPOSITIVOS Y SOPORTES.

Es cierto que cuando los soportes tienen un coste de fabricación muy reducido, lo que normalmente ocurre con los CD-R y DVD-R, el importe del canon puede constituir una parte sustancial del precio final de venta al público (*Dictamen*, pág. 6).

No obstante, ha de entenderse que la lógica de la remuneración por copia privada no cambia en función de los costes de producción o del precio de venta de los bienes sobre los que recae (por ello no se fija como un porcentaje sobre ninguna de esas dos magnitudes sino como una cuantía fija). El principal parámetro de cálculo es la capacidad de almacenamiento de contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual y, ciertamente, a nadie se le escapa que un CD-R o un DVD-R multiplica exponencialmente la posibilidad de copia de contenidos protegidos frente a un casete o videocasete tradicional. Aunque parezca paradójico, en algunos casos, la remuneración digital es más económica que la analógica (así, por ejemplo, los 0,16€ por hora de grabación que en virtud del Acuerdo de 2003 devenga un soporte por hora de grabación musical son menos que los 0,18€ por hora de grabación que el TRLPI establece para los casetes).

Por otra parte, a medida que los precios de soportes y dispositivos digitales se reduzcan puede ocurrir que el canon constituya una parte sustancial, o incluso la mayor parte, del precio de venta (como el *Dictamen* afirma, respecto de los DVDs grabadores, pág. 6, en los que el canon puede haber pasado del 2% al 20% en relativamente pocos años). Sin embargo, ya hemos indicado que no hay razones por las que la lógica y coherencia del sistema de remuneración por copia privada deba verse alterado por esas variaciones. El progreso tecnológico y los procesos de fabricación pueden, en ocasiones, abaratar los costes de producción de ciertos bienes, pero no conlleva que los contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual merezcan una remuneración menor. A nadie se le escapa que la originalidad y creatividad de los autores de las obras artísticas, literarias o científicas (que los derechos de propiedad intelectual no hacen sino premiar) no se ve afectada por el "abaratamiento" en los costes inherente a los procesos de fabricación y automatización que pueden aplicarse a las máquinas y soportes para la copia de los mismos.

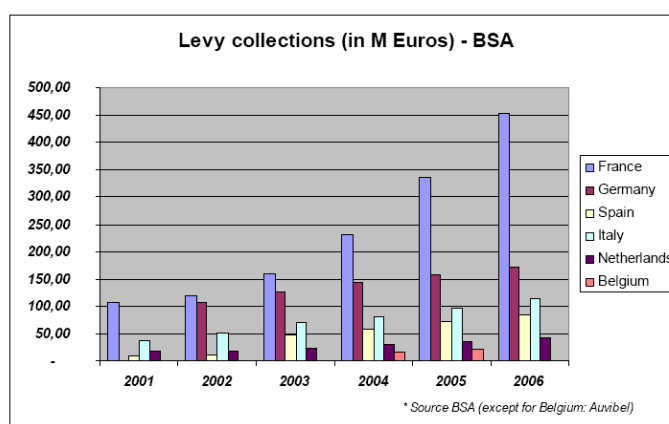
Por tanto, a nuestro juicio, resulta criticable e incoherente de acuerdo con esta lógica la inclusión de un nuevo apartado h) al proyectado artículo 25.6.4^a TRLPI mediante enmienda en el Senado, por el que a los efectos de determinar el canon por copia digital aplicable deberá tenerse en cuenta que "*los importes*

¹⁶ Sin embargo, omitimos reflexión alguna, por ejemplo, sobre la afirmación del *Dictamen* que relaciona el importe del canon con el fraude (pág. 7, "*El elevado importe del canon incentiva el fraude, pues posibilita márgenes comerciales muy elevados*"). Es cierto que la cuantía del canon puede afectar a los incentivos al cumplimiento por los obligados al pago, pero es sólo una de muchas variables que han de tenerse en cuenta y, seguramente, no es la más importante.

correspondientes de la compensación aplicables a los distintos tipos de equipos y aparatos deberán ser proporcionados económicamente respecto del precio medio final al público de los mismos". Esta previsión realiza una vinculación directa entre el precio medio del soporte y la cuantía de la remuneración de los autores por copia privada digital, que son dos conceptos que no mantienen una vinculación económica clara.

2.2. ESTIMACIÓN DE LA EVOLUCIÓN DE INGRESOS POR REMUNERACIÓN DE COPIA PRIVADA.

La estimación de la evolución de ingresos incluida en el *Dictamen* es sorprendente y no parece ajustarse a criterios estándar de análisis ni a los datos de evolución real del mercado que, en absoluto ascienden al crecimiento del 90% anual (pág. 6). Los datos manejados no se contextualizan suficientemente.



	2001	2002	2003	2004	2005	2006
France	106,69	120,12	159,95	230,90	337,59	451,74
Germany	-	107,11	126,22	142,63	157,92	171,69
Spain	10,95	12,16	47,78	58,72	71,44	82,98
Italy	37,84	51,92	69,46	81,53	97,41	113,11
Netherlands	17,15	18,77	23,43	29,04	35,90	41,85
Belgium	-	-	-	16,63	21,00	-
<i>Total</i>	172,63	310,09	426,84	559,45	721,26	861,38

* Source BSA (except for Belgium: Auvibel)

Fuente: EU Commission, Stakeholders' Consultation, Copyright Levies in a Converging World, junio 2006, pág. 15 (disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/stakeholder_consultation_en.pdf)

Si bien es cierto que los ingresos del canon por copia privada han crecido de forma sustancial en los últimos años, no puede olvidarse que el canon sobre soportes digitales sólo se viene satisfaciendo desde el 1 de septiembre de 2003¹⁷. Por tanto, la única comparación válida es la correspondiente a la evolución de los ingresos a partir de 2004 –por ser éste el primer año completo de cobro de canon sobre soportes digitales-. En este sentido, los incrementos en la recaudación son muy inferiores al 90% indicado en el *Dictamen* y, en todo caso, decrecientes.

¹⁷ Ante la pluralidad y disparidad de datos disponibles en función de la fuente consultada (de la que se hace eco la Comisión Europea en *Stakeholders' Consultation, Copyright Levies in a Converging World*, junio 2006, pág. 13), hemos optado por manejar los datos de la Business Software Alliance, que son los que atribuyen mayores ingresos a la remuneración por copia privada en España.

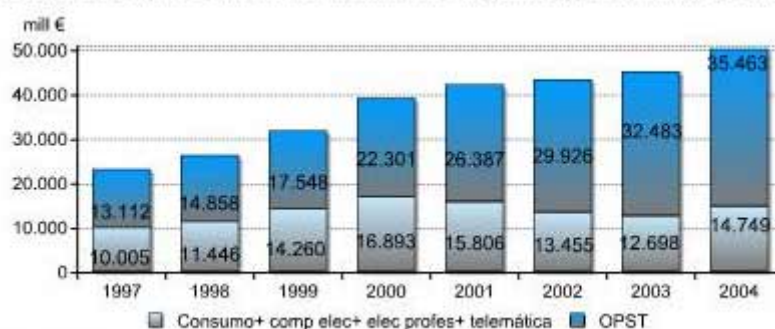
	<i>Ingresos por copia privada (soportes analógicos y digitales (en millones de Euros)</i>	<i>Variación Total Ingresos</i>	<i>Variación Digital Ajustada¹⁸</i>
2004	58,72	-	-
2005	71,44	21,66 %	16,66 %
2006	82,98	16,15%	12,86 %

Fuente: elaboración propia sobre datos de BSA. EU Commission, Stakeholders' Consultation, Copyright Levies in a Converging World, junio 2006, pág. 15 (http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/stakeholder_consultation_en.pdf)

A continuación, el *Dictamen* compara la evolución futura de los ingresos "regulares" (es decir, por venta de contenidos) y los ingresos por canon, asumiendo que los primeros crecerán a una tasa del 6% anual, mientras que los segundos crecerán al 25% por estimar que esta es la tasa de crecimiento de ventas de bienes sujetos al canon. Parece conveniente hacer algunas precisiones al respecto.

En primer lugar, según los datos publicados por AETIC, el crecimiento medio linealizado de las ventas del sector industrial de las TIC en los últimos años es inferior al 6%.

Evolución del desglose del mercado de la Industria Electrónica y de Telecomunicaciones



Fuente: AETIC

Fuente: AETIC. Valor de mercado, en millones de Euros, del sector industrial TIC español 1997 - 2004 (comprende los segmentos de consumo, componentes electrónicos, electrónica profesional y telemática) y del sector de Operadores y Servicios de Telecomunicación. Disponible en http://observatorio.red.es/indicadores/areas/tic/mercado/electronica_espana.html.

Este dato (6%) incluye tanto las ventas de productos sometidos al canon como de otros productos no sujetos a su pago. Sin embargo, dada la intensidad de la innovación en esta industria y la fuerte canibalización entre productos innovadores y sus antecesores tecnológicos, no parece fácil anticipar un crecimiento sostenido del 25% en las ventas de equipos sujetos al canon en un periodo de veinte años, como hace el *Dictamen* en sus proyecciones (págs. 6-7). De hecho, parece más razonable estimar un crecimiento medio en torno al 6-8 % anual, en línea con la estimación que el *Dictamen* hace para la evolución del mercado de los contenidos. En tal caso, la desproporción que el *Dictamen* pretende poner de manifiesto (indicando que en un plazo de veinte años los ingresos por copia privada digital podrían llegar a representar casi treinta veces los ingresos generados directamente por la comercialización de contenidos) no es tal¹⁹.

¹⁸ Asumiendo un crecimiento de los derechos por copia analógica del 6% anual, pese a que el incremento anterior a septiembre de 2003 era más cercano al 10% anual.

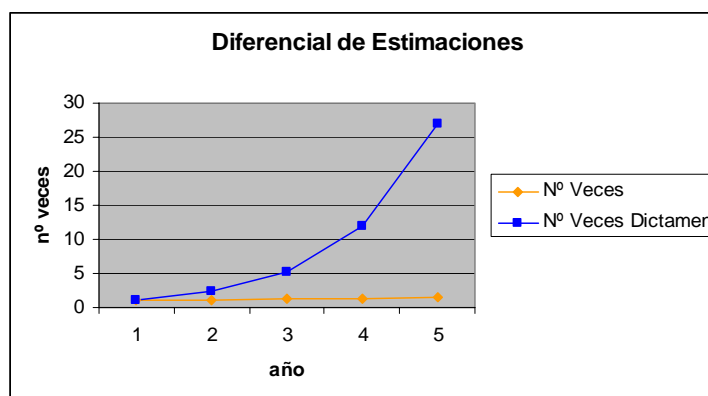
¹⁹ De hecho, conforme a nuestras estimaciones, difícilmente podría llegar a apreciarse una diferencia superior a 1,50 veces.

Estimación Evolución de Ingresos

Año	0	5	10	15	20
En función del mercado de contenidos	100	134	179	240	321
En función del mercado de equipos	100	147	216	317	466
Nº Veces Estimadas	1	1,01	1,21	1,32	1,45
Nº Veces Dictamen	1	2,30	5,20	11,90	27,00

Fuente: Elaboración propia.

En la tabla anterior, utilizamos las estimaciones del *Dictamen* correspondientes al mercado de contenidos. En cambio, las relativas al mercado de equipos se han recalculado al 8% anual. Finalmente, las dos líneas de resumen muestran la divergencia entre las estimaciones del *Dictamen* y las que consideramos más razonables. En la gráfica que sigue se representa la divergencia de estimaciones.



Fuente: Elaboración propia

En cualquier caso, las anteriores estimaciones se ofrecen exclusivamente para ilustrar lo discutible de los datos contenidos en el *Dictamen*, dado que no es previsible que el entorno regulatorio, económico, tecnológico y de desarrollo de la sociedad de la información mantenga una estabilidad suficiente como para realizar proyecciones fiables, y mucho menos a largo plazo.

3. EL PROYECTO DE LEY Y LOS PRESUNTOS PERJUICIOS DERIVADOS DE SU APROBACIÓN.

A partir de sus análisis previos, con falta de sistemática, el *Dictamen* analiza algunas de las modificaciones contenidas en el Proyecto de Ley y extrae diversos perjuicios que ocasionaría su aprobación. El Dictamen introduce también consideraciones sobre el particular en algunas de las propuestas de medidas con las que concluye con lo que, cuando proceda, las trataremos conjuntamente.

3.1. LA REGULACIÓN DE LA COPIA PRIVADA EN EL PROYECTO DE LEY.

El *Dictamen* se refiere a las propuestas de modificación del régimen de copia privada contenidas en el Proyecto de Ley, indicando que el [proyectado] *"artículo 31 (apartado 2) explicita que '... no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física a partir de una copia legal para su uso privado y la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa...'*".

De forma poco razonada, el *Dictamen* (pág. 5) identifica tres *"cambios que la propuesta de reforma de la LPI introduce [y que] son significativos"*. A saber:

- 1) que cualquier soporte y procedimiento técnico que genere copias (ya sean temporales o definitivas) de una obra deberá responder a la obligación de compensación por dicha copia;
- 2) que se produce una restricción del derecho de copia privada a las personas físicas (según previsiones de la Directiva 2001/29/CE); y
- 3) que se gravan equipos y soportes que permiten la copia y *"que pueden ser utilizados con otras finalidades absolutamente lícitas"* (sic), entre las que indica a modo de ejemplo el almacenamiento de datos con fines profesionales.

Conviene tener en cuenta que, desde su entrada en el Congreso, el Proyecto de Ley ha sido objeto de numerosas enmiendas que han ido alterando el contenido de muchos de sus preceptos –y, destacadamente, de los referidos al régimen de copia privada y su compensación-. En este sentido, debemos subrayar que la versión actualmente sometida a votación en las Cortes prevé un texto distinto del indicado en el *Dictamen* (pág. 4), al establecer que *"No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física a partir de un ejemplar adquirido legalmente 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 [...]"*²⁰. Las modificaciones introducidas respecto del texto comentado en el *Dictamen* son significativas, pero no alteran de manera sustancial las conclusiones indicadas en el *Dictamen*, que resultan exorbitantes en comparación con el texto comentado.

En primer lugar, resulta injustificado considerar que del proyectado artículo 31.2 TRLPI pueda concluirse que *"cualquier soporte y procedimiento técnico que genere copias (ya sean temporales o definitivas) de una obra deberá responder a la obligación de compensación por dicha copia"*. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el también proyectado artículo 25 TRLPI contiene numerosas indicaciones que justifican precisamente la conclusión contraria. Así, el artículo 25.2 prevé que la *"compensación [por copia privada] se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y soportes materiales idóneos y que se utilicen para realizar dicha reproducción"*.

²⁰ Enmiendas del Senado mediante mensaje motivado al Proyecto de Ley 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. BOCG, Congreso, de 9 de junio de 2006 — Serie A. Núm. 44-17, pág. 167.

Por su parte, el artículo 25.6 establece que *“Los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio [...] establecerán, mediante orden conjunta, la relación de equipos, aparatos y soportes materiales, las cantidades aplicables a cada uno de ellos”* –por lo que aquellos equipos o dispositivos que simplemente realicen copias temporales por razones técnicas podrán quedar excluidos de las listas aprobadas, si hay justificación suficiente para dicha exclusión-.

Y el artículo 25.7 establece un listado de criterios a tener en cuenta en la determinación del canon de compensación por copia privada digital que permite atender justificadamente a la naturaleza y uso de los distintos aparatos o dispositivos tanto al decidir si se incluyen o no en la lista de productos sujetos a canon, como –muy especialmente- al establecer la cuantía del gravamen que debe recaer sobre los mismos.

Por tanto, la eventual sujeción al canon de aparatos o dispositivos que exclusivamente realicen copias técnicas con carácter temporal, no puede aventurarse en este momento y dependerá de los criterios finalmente adoptados en el proceso de determinación de la lista definitiva de productos sometidos al pago del canon por copia privada digital.

En segundo lugar, también resulta sorprendente que se critique la limitación de la posibilidad de realización de copias privadas sólo a las personas físicas. Como ya hemos comentado (vid *supra* §1.4), la realización de copias privadas presenta una vinculación intrínseca con la intimidad y privacidad de las personas (art. 18 de la Constitución española) y con su derecho al libre desarrollo de su personalidad. En este sentido, no cabe duda de que la jurisprudencia constitucional ha determinado claramente que la extensión y el ámbito de protección de los derechos fundamentales de las personas jurídicas es más limitado que el de las personas físicas.

Por ello, no se comprende bien el interés que puede tener una persona jurídica en realizar usos de obras protegidas con un carácter no lucrativo y no colectivo dado que, de existir este tipo de usos, son claramente marginales y no parecen justificar un régimen similar al previsto para las personas físicas. Por otra parte, extender la realización de copias privadas a las personas jurídicas podría interpretarse como una inadmisibles ampliación de los términos previstos en la Directiva 2001/29/CE (que sólo se refiere a las personas físicas). Ello podría llevar a considerar que la transposición de la misma se realiza de manera incorrecta y, más aún, que se introducen restricciones al derecho de los autores en España que les sitúan en una peor posición que en el resto de Estados miembros.

Por último, también resulta equivocado e injustificado considerar que se gravan equipos y soportes que permiten la copia y *“que pueden ser utilizados con otras finalidades absolutamente lícitas”*, dado que el *Dictamen* da a entender que la realización de copias privadas por parte de personas físicas es una actividad ilícita y mezcla –de nuevo- la regulación de la copia privada y su remuneración con la lucha contra la piratería –que no tienen nada que ver²¹-.

En este sentido, debe recordarse que el establecimiento del régimen de copia privada legaliza la actividad de los particulares, compensando a los autores por la misma. Por tanto, no cabe identificar la copia privada con ningún tipo de actividad ilícita. Como ya hemos indicado, la imposición del gravamen sobre

²¹ Y, de hecho, así lo reconoce el propio *Dictamen* (pág. 4) al indicar que *“El Proyecto de Ley se refiere [...] a las copias realizadas para uso personal y sin ánimo de lucro. Las copias fraudulentas que generan las prácticas ilegales o piratería son un delito y, como tal, debe ser combatido mediante la aplicación del derecho penal y, por lo tanto, no son objeto de este Proyecto”*. Sin embargo, a lo largo del desarrollo posterior, parece olvidarse esta diferenciación básica entre realización de copias privadas y cualesquiera tipos de actividades ilícitas.

los soportes obedece a razones suficientemente justificadas y ya tiene en cuenta los distintos usos (lícitos) que los usuarios pueden hacer de los mismos (véase *supra* §1.2 y 1.3)²².

Por otra parte, de manera parcial y objetable, el *Dictamen* omite cualquier examen de las demás novedades que el Proyecto de Ley prevé introducir en el actual TRLPI y que pueden contribuir a mejorar la regulación existente al adaptar el sistema de copia privada y su remuneración al ámbito digital.

3.2. CONSECUENCIAS DE LA REGULACIÓN DE LA COPIA PRIVADA EN EL PROYECTO DE LEY.

El *Dictamen* aventura una serie de perjuicios que ocasionaría la aprobación del Proyecto de Ley (pág. 8) que parecen, a primera vista, escasamente justificados, por las siguientes razones.

1. Inseguridad jurídica, efectos retroactivos de la Ley riesgo de una alta litigiosidad.

No se comprende bien la referencia que el *Dictamen* realiza a la adopción de un “criterio retroactivo”, dado que la entrada en vigor de la norma que resulte del Proyecto de Ley se regirá por los criterios generales del ordenamiento y, por el análisis que se ha podido realizar de la misma, no contiene ninguna previsión que resulte de aplicación con carácter retroactivo.

Si el *Dictamen* quería manifestar que el legislador ha reconocido la aplicabilidad de la remuneración por copia privada al ámbito digital –de conformidad con la realidad preexiste y con las resoluciones judiciales recaídas en la materia, así como en aplicación de mecanismos análogos a los existentes en otros ordenamientos comunitarios-, no se entiende bien que realice una crítica velada y que recurra al argumento de la aplicación retroactiva de las normas (que implícitamente debe considerar desfavorables).

Resulta incongruente con la ansiada seguridad jurídica que el *Dictamen* proponga la “supresión pura y simple del canon” (pág. 11), sin indicar siquiera si se refiere exclusivamente al ámbito digital o, incluso, al analógico. No parece que pueda introducirse mayor inseguridad jurídica en un ordenamiento como el nuestro –basado en la libertad de empresa y la economía de mercado (art. 38 Constitución española)- que introduciendo inseguridad acerca de los derechos de propiedad, su extensión y protección. Es difícil imaginar las repercusiones que tendría una medida de ese calado pero, sin duda, podría considerarse contraria a la seguridad jurídica y a las obligaciones del Estado en distintos convenios internacionales. Situación que, sin duda, es mucho más indeseable que una eventual ralentización del desarrollo de la sociedad de la información (que el *Dictamen* identifica y que tampoco puede considerarse suficientemente justificada, vid *infra* §3.2.3).

En cuanto a la litigiosidad asociada al canon por copia privada digital, resulta sorprendente que se entremezclen en el *Dictamen* consideraciones relativas a la litigiosidad a que ha dado lugar la indefinición legal hasta este momento y la que se pueda prever en el futuro. Parece, en cualquier caso, que el

²² En el mismo sentido, Eduardo Serrano Gómez, “La copia privada en la reforma de la ley de propiedad intelectual”, en *La Ley*. Año XXVII. Número 6493. Martes 30 de mayo de 2006. (“[...] el hecho de que un mismo soporte o aparato de reproducción sirva para almacenar o grabar contenidos no protegidos por el derecho de propiedad intelectual no debe ser argumento suficiente para eximirle del canon porque en la práctica también se usa para efectuar reproducciones de uso privado. Sólo cuando la utilidad de cara a la reproducción sea mínima o claramente secundaria deberían quedar excluidos”).

Dictamen está más preocupado por la litigiosidad ya habida que por la que se pueda generar (véase propuesta de mejora nº 1, pág. 12).

2. *Medidas tecnológicas y límites para la copia privada. El Proyecto de Ley no contempla sistemas de protección TPM y DRM.*

Tampoco es exacta ni está suficientemente justificada la afirmación de que *"el canon se desea aplicar a equipos y soportes digitales, productos que incorporan, cada día en mayor número, sistemas tecnológicos de protección (TPM, DRM) que protegen los derechos de propiedad intelectual sin necesidad de recurrir al canon"* dado que da a entender que el Proyecto de Ley desconoce la existencia de estos mecanismos y, por tanto, impone injustificadamente el pago de canon en situaciones que no lo requieren.

Sin embargo, como el propio *Dictamen* indica (pág. 8), el texto del Proyecto de Ley prevé en su artículo 25.6.4^a.e) que la existencia de medidas tecnológicas eficaces de protección de las obras sujetas a derechos de propiedad intelectual y, más concretamente, su *"disponibilidad, grado de aplicación y efectividad"* deberán ser tenidas en cuenta en la elaboración de la lista de soportes sujetos al pago del canon por copia privada digital y en la determinación de su cuantía. Por tanto, no parece justificado considerar que el Proyecto de Ley se ha desarrollado a espaldas de esta realidad ni que la aplicación práctica de sus disposiciones no vaya a adaptarse al desarrollo de TPM y DRM que efectivamente puedan proteger las obras sujetas a derechos de propiedad intelectual en el ámbito digital.

Por otra parte, no se aprecia en qué medida *"la relación entre medidas tecnológicas de protección y el límite de copia privada está mal definido en el Proyecto de Ley, por lo que debe darse prioridad a las medidas"* (*Dictamen*, pág. 9). El proyectado artículo 161 TRLPI da prioridad a la adopción de medidas eficaces de protección de las obras y se limita a prever que los autores de obras sujetas a estas medidas deberán facilitar la posibilidad de realizar copias privadas a los beneficiarios de las mismas.

De este modo, el legislador promueve la adopción de medidas de protección a la vez que quiere mantener el valor que la obra tiene para los usuarios –valor que, en parte, deriva de la posibilidad de realizar copias privadas-. Parece que, en este punto, el *Dictamen* confunde la eliminación del canon por copia privada con la eliminación de la posibilidad de que los particulares realicen copias privadas de obras protegidas –lo que no guarda una relación directa y afecta gravemente a los intereses de los usuarios-.

3. *Retraso en el desarrollo de la Sociedad de la Información y desventaja competitiva para la industria española.*

En numerosas ocasiones a lo largo del *Dictamen* se hace mención al canon por copia privada como uno de los principales obstáculos para el desarrollo de la sociedad de la información y para la competitividad de la industria española. Así se aprecia en manifestaciones como *"La imposición de un canon [...] frena y retrasa el desarrollo de la Sociedad de la Información y actúa en contra de las medidas adoptadas por el Gobierno para conseguir que España se sitúe en el lugar que le corresponde en el contexto internacional en el campo de las tecnologías de información y se liberen recursos económicos para su reinversión en innovación y en la mejora de la competitividad del país"* (pág. 3). O como *"el incremento de precio al consumidor como consecuencia de la aplicación del canon sitúa en desventaja competitiva a las empresas en España frente a las de otros países y frena el desarrollo de la Sociedad de la Información"*

(pág. 7). Este es uno de los argumentos generalmente utilizados para criticar la existencia del canon pero, al mismo tiempo, se trata de uno de los argumentos menos sustanciados en el *Dictamen*²³.

El *Dictamen* no aporta ningún elemento cuantitativo que permita establecer una comparación o correlación entre la importancia cuantitativa del canon y el volumen de inversión en el desarrollo de la sociedad de la información o la estructura de costes de las empresas españolas de tecnologías de la información. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la traslación del canon al precio final del producto es potestativa para las empresas de tecnologías de la información, que pueden reducir sus márgenes comerciales para mantener su competitividad en precios, de modo que no puede establecerse una relación directa de causalidad entre la imposición del canon y el incremento de precios de los productos afectados por el mismo. Adicionalmente, el sector de las tecnologías de la información está creciendo de forma sostenida en los últimos años (creció cerca de un 10% en 2005 y del 9% en 2004²⁴) por lo que no puede extraerse tan claramente la conclusión de que el desarrollo de la sociedad de la información en España esté sustancialmente frenada.

En cuanto al argumento relativo a la desventaja competitiva para la industria española, no puede simplificarse el análisis reduciéndolo a la existencia del canon. Otros factores (como los costes laborales, la productividad de la industria o la inversión en I+D) son probablemente más definitorios de la competitividad de la industria española y europea²⁵. Además, debe tenerse en cuenta que la mayoría de países europeos han establecido el cobro de un canon por copia privada digital, si bien su configuración e importe varía entre los Estados miembros²⁶. En algunos casos, la regulación española puede suponer una desventaja competitiva en relación con otros Estados miembros con cánones más reducidos, mientras que también produce ventajas competitivas relativas sobre los Estados miembros que prevén cánones más elevados. Por tanto, la existencia misma del canon no es la que produce ventajas o desventajas competitivas para la industria española, sino su concreta regulación –en relación con la de cada uno del resto de Estados miembros-. Estas circunstancias, sin duda, pueden ser tenidas en cuenta en el establecimiento del canon, en virtud de lo previsto en el artículo 25.6 TRLPI.

Debe tenerse en cuenta que la iniciativa de la Comisión Europea a que el *Dictamen* hace referencia (pág. 8) no parece centrarse en la eliminación del canon, sino en prever mecanismos que permitan una cierta uniformización de su regulación en toda la Unión Europea, no su eliminación. En este sentido, conviene tener en cuenta que el Proyecto de Ley establece un mecanismo suficientemente flexible para permitir que la determinación de los aparatos y dispositivos sujetos al canon, así como el importe del mismo, se adapte al contenido del resto de regulaciones comunitarias en función de su evolución. Es más, en caso de que llegase a adoptarse un estándar europeo como consecuencia del actual proceso de

²³ Véase Gay Fuentes *Op. Cit.*, pág. 18. (*En la exposición de motivos de esta proposición de ley se contemplaban dos críticas, las más frecuentes y de mayor calado, frente a lo que se denomina el canon digital: en primer lugar, que constituye un obstáculo al avance de la sociedad de la información [...] El primero de los argumentos esgrimidos en la proposición de la ley es fácilmente rebatible. El desarrollo de la sociedad de la información está condicionado, desde luego, por el precio de los materiales y equipos informáticos, pero, sobre todo, implica el mantenimiento y la apertura de nuevas vías de acceso de los ciudadanos a la cultura y a la información. La sociedad de la información no es sólo una sociedad de las tecnologías, sino de la tecnología al servicio del conocimiento y la cultura*).

²⁴ AETIC, *Informe Anual del Sector español de electrónica, tecnologías de la información y telecomunicaciones 2005*. Resumen disponible en http://www.n-economia.com/informes_documentos/SINTESIS_NE_21-2005.PDF. AETIC – DMRConsulting *Las tecnologías de la Sociedad de la información en la Empresa Española 2005*. Resumen disponible en <http://www.aetic.es>. AETIC – MITC, *Las Tecnologías e la Información en España 2004*. Madrid, 27 de julio de 2005. Disponible en http://www.aetic.es/pw_ver_documentos.aspx?id=58&idContenidos=103.

²⁵ En este sentido, ver European Commission, *Key Indicators On The Competitiveness Of EU's ICT Industry*, de 17 de marzo de 2005. Disponible en http://ec.europa.eu/enterprise/ict/policy/ict/key_indicators_v3.pdf.

²⁶ La propia Directiva 2001/29/CE es consciente de esa realidad al reconocer la afectación al mercado interior de las diferencias existentes entre los sistemas de retribución (cdo. 38).

consulta llevado a cabo por la Comisión Europea, los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio podrían hacer uso de su facultad de anticipar la revisión de los cánones que se encuentren en vigor en ese momento para adaptarla al resultado de la acción legislativa comunitaria (*ex* artículo 25.6.1ª *in fine* del Proyecto de Ley).

4. La cuantía debe atender al daño efectivo.

El establecimiento de una correlación directa entre remuneración por copia privada y perjuicio para los titulares de los derechos de propiedad intelectual es un objetivo completamente justificado y al que debe tender la configuración legal del mecanismo de compensación por copia privada. Actualmente es difícil precisar el volumen de la copia privada, por lo que resulta complejo valorar si el volumen de la compensación se ajusta o no al perjuicio efectivo.

No obstante, el Proyecto de Ley, con la nueva redacción del artículo 25 –y principalmente con el proyectado artículo 25.6.4ª- establece un catálogo de criterios que se deberán tener en cuenta a la hora de fijar el importe de la compensación a satisfacer por los deudores; estableciendo un primer criterio de materialidad del perjuicio que debe llevar a no compensar en aquellas situaciones en que el perjuicio sea despreciable. Sin embargo, no puede asumirse que en la actualidad la copia privada digital sea inocua para los autores y, aún menos, proponer la eliminación del canon por copia privada por apreciar una hipotética desproporción entre el canon y el perjuicio que debe compensar –puesto que tan desproporcionado es cobrar un canon excesivo como no satisfacer canon alguno-. Por tanto, debe huirse de planteamientos extremistas y tratar de buscar soluciones que permitan ajustar en mayor medida la remuneración y el perjuicio producido por la copia privada.

Así, y para la mayor parte de las situaciones –en que el perjuicio es significativo- el Proyecto de Ley establece un catálogo de criterios correctores, tales como i) el grado de uso de los equipos²⁷, ii) su capacidad de almacenamiento, iii) la calidad de las reproducciones, iv) la existencia de medidas tecnológicas, v) el tiempo de conservación de las reproducciones, vi) el fomento al acceso y difusión de la cultura o v) la proporción respecto al precio medio final al público de los equipos y aparatos. Sin perjuicio de la idoneidad de incluir algunos de estos criterios (como el de proporcionalidad con el precio medio de los productos sometidos al canon, véase *supra* §2.1) parece claro que la nueva configuración legal del sistema de determinación del canon por copia privada digital contiene suficientes criterios para refinar la evaluación del daño efectivamente causado a los titulares de derechos de propiedad intelectual y ajustar su importe en consecuencia –sea elevándolo, o reduciéndolo, en función de las estimaciones que resulten oportunas en cada momento-. Lo que en modo alguno parece razonable, porque iría en contra de la seguridad jurídica que preocupa al *Dictamen*, es un criterio compensatorio basado en una realidad volitiva y subjetiva de la finalidad para la que se creó el dispositivo o soporte en cuestión (propuesta nº 2, pág. 12).

5. Exención de la Administración Pública.

Conviene tener en cuenta que el Proyecto de Ley regula las excepciones al pago de la compensación por copia privada en el proyectado artículo 25.7 TRLPI, entre las que no parece que por el momento el legislador haya estimado oportuno incluir a la Administración Pública (propuesta nº 5, págs. 13-14). Sin

²⁷ Este criterio ha sido especialmente destacado por la doctrina para justificar la adecuación de la compensación al perjuicio. En este sentido, ver Serrano Gómez. *Op. Cit.* (“uno de los criterios [...] para determinar el importe de la remuneración es el grado de uso de [los] equipos y materiales, lo cual garantiza perfectamente la ponderación, y en su caso exclusión, del pago de aquellos instrumentos o soportes que aun permitiendo la realización de copias privadas no causen un efectivo perjuicio para los titulares de los derechos”).

embargo, debe subrayarse que el propio artículo 25.7.d) del Proyecto de Ley autoriza al Gobierno para que establezca nuevas excepciones al pago de la compensación mediante Real Decreto, por lo que en cualquier caso podrá excluir a la Administración Pública del pago de la compensación por copia privada (total o parcialmente) en caso de considerarlo necesario. De este modo, no se aprecia razón alguna para considerar que el hecho de que el propio legislador no haya hecho uso de esta posibilidad resulte en un "desequilibrio entre los intereses afectados" por el canon (*Dictamen*, pág. 8); máxime cuando el Ejecutivo podrá alterar esta situación inicial en cualquier momento.

6. *De nuevo reflexión sobre canon por copia privada y piratería: grave error técnico.*

Una vez más, el *Dictamen* (pág. 10) olvida la imprescindible separación entre regulación de la compensación por copia privada y reintroduce elementos de confusión en su discurso. Al manifestar que "el canon de copia privada es un sistema manifiestamente ineficaz e imperfecto que, no sabemos con que motivos, se tiende a mezclar y a confundir con la piratería" y que "se confunde con la piratería para intentar compensar los daños causados a los autores y productores por esa actividad ilícita con el daño (mucho menor) causado por la teórica disminución de las ventas de libros, discos y videos por las copias privadas hechas en los domicilios particulares"; el *Dictamen* está imputando a los defensores del sistema de copia privada una confusión interesada con la lucha contra la piratería que no está justificada en términos generales. Son precisamente afirmaciones como las contenidas en el *Dictamen* (que da a entender, recordemos, que la realización de copias privadas es una actividad ilícita; pág. 5) las que pueden inducir a confusión entre ambas actividades.

4. CONCLUSIONES.

Las observaciones realizadas sólo pretenden explicar, a la luz del Dictamen de 16 de mayo de 2006 de la Comisión Asesora sobre la Sociedad de la Información del Ministro de Industria (aparecido bajo el título "*Evaluación Crítica de la Propuesta del Derecho a Compensación por Copia Privada (Canon) en el marco del Proyecto de Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*"), la lógica del sistema de remuneración compensatoria por copia privada en el Derecho español de propiedad intelectual. Su existencia y funcionamiento es plausible de acuerdo con el objetivo de incentivar la actividad creativa y el desarrollo cultural y científico de nuestro país. Se trata de una opción del legislador español, seguida en otros Estados, y que no parece que pueda –en principio- cuestionarse.

Las adaptaciones del sistema de remuneración compensatoria por copia privada a la convergencia digital en el Proyecto de Ley pendiente de aprobación por el Parlamento, en adaptación de nuestro derecho a la Directiva 2001/29/CE, son coherentes con esa lógica y permiten equilibrar la protección de los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual con el desarrollo de la sociedad de la información.

Naturalmente, un estudio pormenorizado del sistema y de algunos de sus detalles en su aplicación práctica puede llevar a sugerir ajustes o modificaciones menores del mismo. Sin embargo, el desarrollo de los dispositivos digitales de control (DRMs) no permite –por el momento- una alternativa a la gestión colectiva por las entidades de gestión, que además puede resultar contraria a los intereses de los usuarios al dificultar el juego de la excepción de copia privada prevista por el legislador en el vigente sistema de propiedad intelectual.

¿QUÉ ES ECONLAW STRATEGIC CONSULTING, S.L.?

ECONLAW es una empresa de consultoría constituida por varios profesores y expertos en materia de Derecho y Economía con dedicación principalmente académica. Los consultores de ECONLAW son profesores de enseñanza superior e investigadores con formación y vocación interdisciplinar.

ECONLAW nace en 2005 como un nuevo estilo de consultora dedicada al estudio e investigación aplicada de problemas o conflictos sociales con una metodología interdisciplinar. ECONLAW surge con vocación de asesorar a entidades públicas y operadores privados sobre el planteamiento correcto y plausible en términos de bienestar social de diversas cuestiones de relevancia.

¿A QUÉ SE DEDICA ECONLAW?

ECONLAW realiza estudios e investigaciones para el sector público y privado, en España y en otros países, sobre cuestiones relevantes sobre el funcionamiento de las empresas y los mercados. Las investigaciones que ECONLAW realiza emplean la metodología de las ciencias sociales para el análisis y el asesoramiento sobre diferentes problemas de relevancia empresarial.

Consciente de la utilidad de la aproximación interdisciplinar en el adecuado enfoque y resolución de los problemas y conflictos, ECONLAW combina las herramientas del análisis jurídico con técnicas cuantitativas y de análisis económico.

El rigor y la autoridad de los trabajos de ECONLAW se fundamenta en una sólida formación y conocimiento de nuestros profesionales y en una amplia experiencia en el análisis de diversos problemas en materias jurídicas y económicas de relieve. Los consultores de ECONLAW combinan su actividad docente e investigadora con la actividad consultora, lo que ayuda a un enfoque dinámico y creativo de los asuntos, beneficiándose del rigor científico y académico.

Las principales áreas de actividad de ECONLAW son las siguientes

- Asesoramiento al Sector Público
 - Análisis Regulatorio Sectorial
 - Competencia y Organización Industrial
 - Gobierno Corporativo y Regulación de Mercados de Valores
- Asesoramiento al Sector Privado
 - Análisis Regulatorio Sectorial
 - Competencia y Organización Industrial
 - Elaboración de Dictámenes y Asistencia en Juicio
 - Asesoramiento sobre Estrategia de Mercado

¿QUIÉNES INTEGRAN ECONLAW?

ECONLAW es un equipo de consultores con formación jurídica y económica, dirigido por

- Dr. D. *Francisco Marcos Fernández*. Profesor del Área Jurídica del Instituto de Empresa. Director del Observatorio de Política de Competencia. Doctor en Derecho, Colegio de España (Bologna, Italia) 1998. PLI, Harvard Law School, 1995. Master of Laws, Boalt Hall School of Law (UC Berkeley) 1995. Licenciado en Derecho, Universidad de Oviedo, 1993.
- Dr. D. *Juan Santaló Mediavilla*. Profesor del Área de Estrategia Empresarial del Instituto de Empresa. Ph.D. in Economics, University of Chicago, 2002. Master in Economics, University of Chicago, 1997. Master en Economía, Universitat Pompeu Fabra, 1996. Licenciado en Economía, Universitat de Barcelona, 1995.
- D. *Albert Sánchez Graells*. Abogado especializado en Derecho Regulatorio y de la Competencia. Doctorando en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Licenciado en Administración y Dirección de Empresas, Universidad Nebrija, 2003. Licenciado en Derecho, Universidad Nebrija, 2002.