

DICTAMEN SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA
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

- Alegaciones que la Asociación de Usuarios de Internet (AUI), la Asociación de Internautas (AI), la Asociación de Música en Internet (AMI), la Confederación General de la Pequeña y Mediana Empresa del Estado Español (COPYME), el Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación, la Federación de Asociaciones de Ingenieros en Informática (AI2), la Asociación para la Promoción de la Investigación y la Consultoría Estratégica (APICE), y la Asociación Española de Pequeñas y Medianas Empresas de Informática y Nuevas Tecnologías (APEMIT), la Asociación Nacional de Empresas de Internet (ANEI), el Colegio Profesional de Ingenieros en Informática de Castilla y León (CPLIICYL), y la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de CCOO (COMFIA), presentan al Defensor del Pueblo solicitando su interposición ante el Tribunal Constitucional -

Madrid, Septiembre 2006

ÍNDICE

	Página
<u>I. INTRODUCCIÓN</u>	
1.- <u>CONCEPTO</u>	1
1.1.- INTRODUCCIÓN	1
1.2.- ANTECEDENTES	5
1.3.- FINALIDAD	7
2. - <u>MARCO LEGAL</u>	11
3.- <u>TRATAMIENTO SOCIAL DEL CANON: IMPACTO ECONÓMICO EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN</u>	17
<u>II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS</u>	
1. - <u>FUNDAMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL</u>	20
2. - <u>FUNDAMENTOS DE DERECHO INTERNO</u>	38

INCONSTITUCIONALIDAD DEL PRECEPTO CUARTO DE LA 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, QUE DA NUEVA REDACCIÓN A SU ARTÍCULO 25.

I.- INTRODUCCIÓN

1. CONCEPTO

1.1 INTRODUCCIÓN

Dice el Real Diccionario de la Lengua Española al referirse al término “Derecho de Autor” que es el derecho que *“... la ley reconoce al autor de una obra para participar en los beneficios que produzca su publicación, ejecución o reproducción, y que alcanza, en algunos casos, a los ejecutantes e intérpretes.”*

Por otra parte, en el diccionario de la RAE, también encontramos una acepción relativa a “registro de la propiedad intelectual” ya que, en si, el término “propiedad intelectual” no aparece definido en este glosario. En ella se dice que es aquel que *“... tiene por objeto inscribir y amparar los derechos de autores, traductores o editores de obras científicas, literarias o artísticas”*; por lo que podríamos quizás deducir que una de las definiciones que la Real Academia entendería como válida cuando se habla del término “Propiedad Intelectual” podría ser la de *“Derecho de propiedad que asiste al autor, traductor o editor de cualquier obra científica, literaria o artística”*. En este caso, como vemos, sí que se habla del derecho del autor, sin referirse exclusivamente a su publicación, sino a la totalidad del derecho que asiste a quien crea una obra.

A tenor de estas dos definiciones, vemos que el término “Derecho de Autor” no hace referencia al acto de “creación” de una obra – al contrario que una eventual definición de “Propiedad Intelectual” - , sino tan solo al de su publicación, ejecución o reproducción. De ello se podría entender quizás que el Derecho de Autor no asiste al creador de una obra hasta que éste, o terceras personas por cuenta de éste, no la difunden o editan, pero la realidad es que a día de hoy, es el principal mecanismo (entre otros) para la protección de los derechos de propiedad intelectual porque permite a su titular, por ejemplo,

decidir quién puede y quien no tener acceso a su creación y utilizarla, duplicarla, difundirla así como protegerla de su uso no autorizado.

La diferencia entre estos dos términos se ha ido reduciendo a lo largo del tiempo en Europa sobre todo, y como veremos más adelante, donde “Propiedad Intelectual” es sinónimo de “Derecho de Autor” y viceversa, y donde las normativas que han tratado de proteger este derecho han sido denominadas comúnmente como Leyes de Propiedad Intelectual.

En el ámbito contrario tenemos a los países anglosajones que, por lo general, han ampliado aún más el término “Propiedad Intelectual” para incluir una serie de intereses comerciales que afectan a la copia masiva de una obra original – más conocido como “copyright” – e incluso crear leyes de “intellectual property” que no sólo protegen la propiedad intelectual sino también las marcas, patentes y signos distintivos.

Es por ello que las diferencias entre el “copyright” y nuestros “derechos de autor” son considerables puesto que, al abarcar la legislación que lo ampara una serie de conceptos mucho más amplios que la titularidad de la obra, el copyright puede ser un derecho de una persona o de una entidad, puede ser transferido de un propietario a otro, no vincula por ello necesariamente al autor o autores de la misma con el titular final de este derecho, sin hablar de la concepción mercantilista del término.

Podríamos decir que en Europa los Derechos de Autor están divididos en Derechos Morales – que tienen mucho que ver con la originalidad, autoría e identificación del autor - y Patrimoniales – que son los de carácter oneroso o de potestad de reproducción, distribución o comunicación - que asisten a cualquier propietario de un bien si desea transmitirlos -. En los países anglosajones – y más concretamente en Estados Unidos – el Derecho de Autor está casi copado por su vertiente patrimonial y mínimamente por el Derecho Moral del originario de una obra.

Para terminar de centrar el término, acudimos al Artículo 428 del Código Civil español donde se tipifica la “Propiedad Intelectual” como una propiedad

especial y se dice de ella que es “*el derecho que tiene el autor de una obra literaria, científica o artística de explotarla y disponer de ella a su voluntad*”.

No obstante, si el derecho de autor consistiese tan solo en una serie de derechos pertenecientes exclusivamente a los autores de cada obra, sería necesario entonces solicitarles a ellos permiso cada vez que estuviésemos interesados en reproducir, copiar o interpretar una creación suya. Para paliar esto, la mayor parte de las leyes de propiedad intelectual, por lo general, otorgan un derecho de uso lícito que afecta a la audiencia o público en general.

Así, para la gestión de estas posibilidades, el artículo 429 de nuestro Código Civil, reza...: “*La ley sobre propiedad intelectual determina las personas a quienes pertenece ese derecho – referido a la propiedad intelectual - , la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración. En casos no previstos ni resueltos por dicha ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad*”.

De este modo, el derecho de autor norteamericano ó copyright incluye un recurso llamado “uso legítimo” que faculta a los usuarios a utilizar obras con copyright siempre y cuando este uso no grave la explotación comercial y onerosa de los autores de las mismas. Dentro del ámbito de este “uso legítimo” recaen varios aspectos como la finalidad del uso (que puede ser comercial o privado), la naturaleza de la obra, el porcentaje de uso que se haya realizado de la misma así como las consecuencias que todo ello puede tener en su salida al mercado, si procediera.

1.2 ANTECEDENTES

Podemos circunscribir los orígenes del derecho de autor – sin tener en cuenta las ideas al respecto manejadas ya en tiempos de la Grecia clásica - al siglo XVIII, momento en el que la entrada en escena de la imprenta y la posibilidad de copia y distribución masiva de creaciones que se abría en ese momento, hizo necesario el proteger cualquier obra como fuente de propiedad intelectual de su autor.

En este mismo siglo, en Inglaterra, los editores – y no los autores – pretendieron justificar la necesidad de un derecho que pudiese controlar de manera perpetua la copia de las obras que ellos mismos habían comprado a sus autores. Ello suponía que nadie más podría imprimir copias de las obras sobre las cuales cada librero o editor tuviera un derecho de copia (más conocido en la actualidad como copyright). En este sentido, era una obligación fácil de cumplir puesto que el ámbito a regular por las autoridades estaba circunscrito a las obras literarias y a unos pocos espacios muy controlados como eran las imprentas de entonces.

Es aquí cuando nace el Estatuto de la Reina Ana que establece un plazo de “copyright” limitado a un número determinado de años mientras que en Estados Unidos se adoptó una normativa similar que equiparaba el copyright a un derecho de propiedad comerciable, con una serie de licencias legítimas para el usuario que, como veíamos en la introducción de éste documento, iban desde la finalidad del uso que se le diese a una obra hasta las consecuencias que este uso pudiera tener en el mercado.

Paralelamente, en Alemania y Francia, el derecho de autor evolucionó hacia una concepción menos mercantilista del término, entendiéndolo bajo el prisma de la titularidad única de la obra, frente a la idea de pago por derecho de copia de los países angloparlantes. Es en todo este proceso es donde ya comienza a verse la diferencia del término según el país de que se trate. Si bien es cierto que la totalidad de estos casos caían dentro del ámbito de las obras literarias, con la llegada del siglo XX aparecieron nuevos soportes susceptibles de almacenar, además de creaciones literarias, creaciones musicales, videográficas, etc. Si a todo ello añadimos la aparición de leyes que cada vez daban más importancia a controlar la copia masiva de las reproducciones originales, que a los derechos inherentes a la titularidad u originalidad de las mismas, podremos quizás entender la confusión que hoy en día existe con el término “Propiedad Intelectual”.

Es curioso ver cómo las leyes americanas fueron dando cierta flexibilidad al usuario de una obra para decidir como puede tratarla en función del perjuicio

que ello suponga al propietario de la misma – que no autor –, a la finalidad a la que se destine o a la propia naturaleza de la misma, mientras que las algunas leyes de Propiedad Intelectual europeas, como la nuestra por ejemplo, han impuesto un número indeterminable de medidas rígidas e inflexibles, destinadas a proteger por todos los medios los derechos de los autores en detrimento de los de su audiencia.

1.3 FINALIDAD

Según aclara la OMPI – Organización Mundial de la Propiedad Intelectual - Los creadores originales de obras protegidas por el derecho de autor y sus herederos gozan de ciertos derechos básicos. Detentan el derecho exclusivo de utilizar o autorizar a terceros a que utilicen la obra en condiciones convenidas de común acuerdo.

Por ejemplo, el creador de una obra puede prohibir o autorizar:

- su reproducción bajo distintas formas, tales como la publicación impresa y la grabación sonora;
- su interpretación o ejecución pública, por ejemplo, en una obra de teatro o musical;
- su grabación, por ejemplo, en discos compactos, casetes o cintas de vídeo;
- su transmisión, por radio, cable o satélite;
- su traducción a otros idiomas, o su adaptación, como en el caso de una novela adaptada para un guión.

En paralelo a éstos derechos que la OMPI le confiere a un autor como origen y titular genuino de una obra, surge el interés que éste tenga o desee para poder darla a conocer al “mundo”. Muchas obras creadas hasta hace unos pocos años y protegidas por el derecho de autor requerían de un gran esfuerzo, económico en gran medida, para ser divulgadas; es por ello que los creadores comenzaron a vender los derechos sobre sus obras a particulares o empresas

con más capacidad para comercializarlas, previo pago de ciertas cantidades que varían en función del uso al que se destine la obra.

Pero en la actualidad, y gracias a la gran difusión que permite Internet unida a la proliferación de herramientas y soportes informáticos cada vez más potentes y con más capacidad, cualquier autor puede divulgar sus obras originales a todo el mundo y a un coste muy reducido que ni siquiera puede compararse a las cantidades manejadas en la pasada década cuando, por ejemplo, las industrias discográficas pretendían dar a conocer al mercado el último trabajo de un artista.

Surgen alrededor además otras figuras a las que las normativas vigentes han atribuido durante los últimos 50 años una serie de “derechos conexos” al derecho de autor. Según la OMPI, estos derechos conexos han ido desarrollándose en torno a las obras protegidas por (“el”?) derecho de autor y conceden derechos similares, aunque a menudo más limitados y de más corta duración, a:

- los artistas intérpretes o ejecutantes (tales como los actores y los músicos) respecto de sus interpretaciones o ejecuciones;
- los productores de grabaciones sonoras (por ejemplo, las grabaciones en cassetes y discos compactos) respecto de sus grabaciones;
- los organismos de radiodifusión respecto de sus programas de radio y de televisión.

A finales del siglo XX y como respuesta a la necesidad de actualizar las bases normativas a la veloz realidad que las Nuevas Tecnologías habían asentado en el mundo de la creación, que aún no estaba preparado para asumirla, surgen nuevos tratados de carácter internacional que pretendieron complementar y asegurar los derechos de autor y sus derechos conexos dentro del mundo “digital”.

Estos tratados, generalmente siempre de la mano de la OMPI, pretendieron que la totalidad de los países que se vinculasen a ellos ofreciesen un marco

legal básico para controlar la rápida replicación y difusión de una obra que los medios digitales permitían, intentando además que ese control permitiese gestionar correctamente las cuantías que correspondían a cada autor por la difusión de su trabajo en éstos nuevos canales.

No obstante, estos tratados admitieron las excepciones propias que un país pudiese incluir para adaptarlos a sus realidades sociales, educativas, de investigación, etc.

No debemos de olvidar tampoco las “disposiciones por elusión” que estos tratados incluyen y que exigen a los países que las incorporen, que prevean en ellas el que determinadas medidas (que permiten hacer que un dispositivo no pueda ser copiado) no puedan ser eludidas y, de serlo, hagan caer todo el peso de la ley sobre quienes se las saltan. Un último requerimiento de estos tratados es el que hace referencia a la titulación de la obra, al recomendar prohibir en las normativas vigentes el hecho de que pueda borrarse o alterarse la información existente, eminentemente, en un medio de soporte digital, sobre la autoría de una obra, la propiedad y las condiciones de uso de la misma.

Con todo este rosario de exigencias que lo único que persiguen es preservar el derecho del autor a mantener la legitimidad de su obra, a través del medio, soporte o canal en que se manifieste, es chocante que algunas leyes graven estas medidas aún más con medidas leoninas que prácticamente convierten al usuario en un delincuente, basándose en gran medida en el famoso refrán de “oír” (o escuchar), “ver” y “callar”. Como ejemplo vemos que dentro del el famoso Libro Blanco sobre Propiedad Intelectual e Infraestructura Nacional de la Información del Departamento de Comercio de EEUU se convertían en delito actos cotidianos como el préstamo de un libro o un CD a un amigo, siempre que el canal utilizado fuese Internet e incluso, no contentos con perseguir las copias ilegales, cometido propio y legítimo de cualquier ley de derechos de autor que se precie, en este famoso Libro se decía que no estaba permitido el realizar copias para uso privado y se eliminaba de un plumazo el derecho que asistía hasta entonces a cada usuario legal y que permitía que éste redistribuyese esa copia, obviamente, siempre y cuando hubiese sido adquirida legalmente. Pues bien, éste documento ha sido tomado como modelo por

muchas de las leyes de propiedad intelectual europeas y, entre ellas, la española.

Pero no satisfechos aún con la interminable lista de prohibiciones y con la existencia en el mercado, cada vez (al igual que las TIC) en mayor medida y con mejor calidad, de medidas que permiten controlar, restringir o limitar las copias que se hagan de una obra, y en muchos casos, impedir su reproducción si se trata de una copia pirata, nuestros legisladores han optado por incluir una medida “adicional” para retribuir a los autores – y no a todos – fuese o no utilizada una copia de una obra suya de modo ilegal. A esto se le ha llamado comúnmente “Canon Digital” por copia privada y ha consistido en aplicar un porcentaje económico a cualquier soporte digital que pueda almacenar, entre otras cosas y tipos de información, una obra original, que posteriormente será entregado a entidades de carácter privado que gestionan los derechos de ciertos autores.

Pero ¿qué debemos de entender como “copia privada”? Pues bien, según la Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 31.2, copia privada es el “(...) límite del derecho exclusivo de los autores, que permite a una persona realizar una copia de una obra, sin que sea necesario obtener autorización expresa por parte del autor y demás titulares de derechos de propiedad intelectual (...). Para poder efectuarla se exige que la copia sea de una obra ya divulgada, realizada por una persona física para su uso privado, que se haya accedido legalmente a la obra, y que la copia no tenga fines ni colectivos ni lucrativos.”

¿Y cómo entiende el legislador que esto puede controlarse? Pues según podemos observar en la propia Ley de Propiedad Intelectual, aplicando una medida generalista que no sabe ni de autores ni de obras privadas.

2. MARCO LEGAL

El marco legal español de la Propiedad Intelectual está formado, en orden cronológico descendente, por la normativa siguiente:

REALES DECRETOS:

- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, que incorpora además las modificaciones introducidas por las siguientes disposiciones legales:
 - Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos que afectan a la materia de propiedad intelectual
 - Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil
 - Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
 - Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.
 - Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

LEYES:

- Ley 23/2006, de 7 de julio (BOE 08-07-2006), 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.
- Ley 19/2006, de 5 de junio (BOE 06-6-2006), por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y

se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

- Ley 5/1998, de 6 de marzo de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos. (BOE núm. 57 del sábado 7 de marzo de 1998).
- Ley 9/1975, de 12 de marzo (BOE 14-3-1975), del Libro, en lo no derogado por la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, y por el Real Decreto 875/1986, de 21 de marzo.

OTRAS DISPOSICIONES VIGENTES:

- Real Decreto, de 3 de septiembre de 1880, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre Propiedad Intelectual: capítulos I, II, III, IV, VII, VIII, IX, X y disposición transitoria del Título I; capítulos I, II, y III del Título II.
- Decreto 3837/1970, de 31 de diciembre (BOE 1-2-1971), por el que se regula la hipoteca mobiliaria de películas cinematográficas.
- Decreto 2984/1972, de 2 de noviembre (BOE 4-11-1972), por el que se establece la obligación de consignar en toda clase de libros y folletos el número ISBN.
- Real Decreto 2332/1983, de 1 de septiembre (BOE 8-9-1983), por el que se regula la venta, distribución y la exhibición pública de material audiovisual.
- Real Decreto 448/1988, de 22 de abril (BOE 14-5-1988), por el que se regula la difusión de películas cinematográficas y otras obras audiovisuales recogidas en soporte videográfico.

- Real Decreto 479/1989, de 5 de mayo (BOE 11-5-1989), por el que se regula la composición y el procedimiento de actuación de la Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual, en lo no modificado por el Real Decreto 1248/1995, de 14 de julio.
- Real Decreto 484/1990, de 30 de marzo (BOE 20-4-1990), sobre precio de venta al público de libros.
- Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre (BOE 16-12-1992), de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, en la versión dada a los mismos por la Ley 20/1992, de 7 de julio, en lo no modificado por el Real Decreto 325/1994, de 25 de febrero, y en lo no derogado por la disposición derogatoria del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.
- Real Decreto 325/1994, de 25 de febrero (BOE 15-3-1994), por el que se modifica el artículo 15.2 del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, en la versión dada a los mismos por la Ley 20/1992, de 7 de julio.
- Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto (BOE 20-4-1994), por el que se adecuan a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones.
- Real Decreto 1248/1995, de 14 de julio (BOE 4-8-1995), por el que se modifica parcialmente el Real Decreto 479/1989, de 5 de mayo, regulador de la composición y el procedimiento de actuación de la Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual.
- Real Decreto 1802/1995, de 3 de noviembre (BOE 8-12-1995), por el que se establece el sistema para la determinación de la remuneración

compensatoria por copia privada en las ciudades de Ceuta y Melilla.

- Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo (BOE 28-3-2003), por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual.

- Real Decreto 1228/2005, de 13 de octubre (BOE 28-10-2005), por el que se crea y regula la Comisión intersectorial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual. Corrección de errores (BOE 3-11-2005).

ÓRDENES

- Orden de 23 de junio de 1966, de 23 de noviembre, del Código Penal, Arts. (BOE 7-7-1966) por la que se establecen las normas básicas a las que deben ajustarse los contratos publicitarios del medio cine.

- Orden de 30 de octubre de 1971, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

- Orden de 25 de marzo de 1987, (BOE 1-4-1987) por la que se regula la Agencia Española del ISBN.

- Orden de 7 de julio de 1997, (BOE 14-7-1997). Normas de aplicación del Real Decreto 81/1997 en las materias de cuotas de pantalla y distribución de películas, salas de exhibición, registro de empresas y calificación de obras cinematográficas y audiovisuales (derogando la Orden de 3 de abril de 1991 que figuraba como vigente en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual).

También se hace necesario el observar ciertos aspectos que regulan temas relativos a la propiedad intelectual tanto del Código Civil en sus artículos 10.4, 428 y 429 como del Código Penal en los artículos 270, 271 y 272.

Dentro del ámbito comunitario, la normativa a seguir por los diferentes países miembros, entre ellos el nuestro, tiene como base las siguientes directivas:

- Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. Esta Directiva, entre otros aspectos, reconoce el derecho de autorizar o prohibir el alquiler y préstamo de originales y copias de obras protegidas.
- Directiva 93/98/CEE, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. En esta Directiva se armoniza el plazo de protección del derecho de autor, fijándolo en un período de setenta años tras la muerte del autor o desde el momento de la primera difusión lícita entre el público, y por lo que se refiere a los derechos afines, en cincuenta años desde que se produce el hecho generador.
- Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos. Reconoce un derecho de autor al creador de la estructura de la base de datos, y un derecho "sui generis" al fabricante de la misma, entendiendo por tal la persona física o jurídica que ha realizado una inversión sustancial para la fabricación de las bases de datos.
- Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, adecua el sistema de derechos de autor y conexos al entorno digital, asumiendo al mismo tiempo las obligaciones contraídas por la Unión Europea y sus Estados Miembros en el marco de los Tratados Digitales OMPI (WCT y WPPT).
- Por otra parte, se ha aprobado la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 (DOCE de 17 de julio) relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico

(Directiva sobre el comercio electrónico). En esa Directiva se regula, entre otros aspectos y por lo que interesa a la materia de propiedad intelectual, la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios (artículos 12 a 15 de la Directiva).

Por último, los tratados mundiales que hacen referencia a los derechos de autor y la propiedad intelectual son los siguientes:

- Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas
- Convenio de Bruselas sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite
- Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas
- Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión
- Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor
- Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas

3. TRATAMIENTO SOCIAL DEL CANON: IMPACTO ECONÓMICO EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Según la nueva Ley de Propiedad Intelectual, *el canon por copia privada compensa los derechos de propiedad intelectual que se dejaron de percibir por la reproducción de la obra en el ámbito privado.*

La realidad es que el gravamen que impone el canon digital por copia privada establecido en nuestra legislación sobre Propiedad Intelectual, ha calado hondo tanto en las finanzas de las empresas dedicadas a la producción de tecnología digital, como en los bolsillos de los usuarios de la Sociedad de la Información.

Este canon, según la Ley, ha de ser aplicado en cualquier soporte de ámbito digital que permita entre otras cosas, como decíamos anteriormente, almacenar una obra literaria, musical, informática, visual, audiovisual, etc. Lo cierto es que, como muchos estudios confirman, no distingue la infinidad de usos que pueden dársele a esos instrumentos, como tampoco contempla la infinidad de herramientas o medidas técnicas que permiten proteger las obras originales almacenadas en soporte digital.

El argumento principal, como veíamos, para justificar este canon era el de compensar económicamente a los autores y a los propietarios y titulares de derechos conexos de una obra, pero lo cierto es que parece que el sistema previsto para su compensación supera con creces las expectativas.

Según números oficiales manejados por AETIC y la SGAE, la recaudación obtenida en Europa por el canon en 2001 fue de 545 Millones de Euros, frente a los más de 1.570 Millones de Euros obtenidos en lo que va de año 2006 - 200 millones de los cuales corresponden a España – y los más de 2.000 que está previsto recaudar en 2009. En contrapartida, y para ilustrar su impacto económico, señalar que la industria ha sufrido en otro orden de cosas, por culpa de la piratería, unas pérdidas de unos 200 Millones de Euros, que se han reducido a la cantidad de 80 Millones de Euros para los autores. Observando estas cifras, vemos que existe un diferencia abismal entre lo que se ingresa (para compensar al autor (por las copias privadas que se supone hacen los

usuarios), y lo que se deja de ingresar por lo que se supone es la gran peste de la industria cinematográfica y musical, la piratería. En esta consideración, se debe recordar además que la piratería es un delito, y como tal, ha de ser considerada en sus efectos independiente y distinta del derecho a la copia privada. Esto plantea la siguiente cuestión: ¿Quién es el principal lesionado y por qué? En materia de copia privada, la industria digital y el consumidor, en materia de copias ilegales, la industria digital.-

Esta lesión al consumidor implica principalmente una restricción de acceso al progreso tecnológico, puesto que hemos visto cómo los precios de producción de soportes digitales subían en los últimos años, con la consecuente limitación además para los bolsillos de cada usuario que ve como la compra de un CD ó DVD se ha encarecido lo suficiente como para plantearse utilizar otras fuentes de almacenamiento. Lo cierto es que estas otras fuentes han comenzado a ser gravadas también por el canon – soportes que no define ni nombra claramente la ley puesto que habla en todo momento de “soportes idóneos” – con lo que reproductores MP3, teléfonos móviles y otros sistemas digitales que aparezcan en un futuro, ya están afectados por esta medida, se creen para las utilidades que se creen.

El canon sobre la producción y distribución de soportes digitales supera incluso el coste del mismo ampliamente – tal es el caso de los CD's o DVD's – y hace bajar el consumo en nuestro país puesto que estos productos son en muchas ocasiones adquiridos fuera de nuestras fronteras. Con la nueva Ley, el canon supone un porcentaje del precio del producto digital, de tal manera que las subidas o bajadas de precios significan lo mismo en el gravamen que impone el canon. Esto ha llevado a que los precios de aparatos tipo iPod o PDA hayan repuntado considerablemente en los últimos meses lo que es contraproducente para la Sociedad de la Información.

Según el Dictamen de la Comisión Asesora sobre la Sociedad de la Información del Ministro de Industria sobre el canon, *“La imposición de un canon a los elementos que intervienen en el desarrollo de la Sociedad de la Información (equipos, soportes o redes de comunicaciones electrónicas) representa una carga económica y fiscal injusta e indiscriminada, que encarece*

la adquisición del producto o el uso de las redes y se traduce en una mayor dificultad del usuario para acceder a los mismos. Esa dificultad 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”.

Si los usuarios tienen que pagar más que muchos europeos por adquirir soportes gravados por el canon en España, al final la industria se resentirá y la gran brecha digital que posee nuestro país seguirá siendo del mismo tamaño a lo largo del tiempo mientras en el resto de los países se reduce.

Por último hacer mención a las empresas distribuidoras de soportes informáticos, pequeñas empresas y tiendas en su mayoría, que han visto como la llegada de esta nueva especie de impuesto, recaudado no por entidades públicas sino de índole privado, ha supuesto la invasión de sus establecimientos de registros indiscriminados, multas desorbitadas y en muchos de los casos, la quiebra de empresas, factores que en este tejido empresarial también forman parte de nuestra Sociedad de la Información, donde especialmente el sector de las “Tecnológicas” – como en infinidad de ocasiones se les ha llamado a estos establecimientos de índole familiar – está tocado y corre peligro de extinguirse.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- FUNDAMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL

PRIMERO.- 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 considera que “sin una armonización a nivel comunitario, las actividades legislativas a nivel nacional, que se han emprendido ya en algunos Estados miembros para hacer frente a los desafíos tecnológicos, pueden crear diferencias significativas de protección y, por ende, restringir la libre circulación de los servicios o productos que incorporen obras protegidas o se basen en ellas, dando lugar a una nueva fragmentación del mercado interior y a incoherencias de orden legislativo”.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, también considera en su documento publicado como “Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos”, que en “el mundo virtual del nuevo milenio, la gestión de los derechos adquiere una nueva dimensión. En la actualidad, las obras protegidas se digitalizan, se cargan y se descargan, se copian y se distribuyen en Internet, a fin de enviarlas a cualquier lugar del mundo. Las posibilidades cada vez mayores que ofrece esta red, permiten el almacenamiento masivo y la distribución en línea de material protegido. Hoy ya es normal la posibilidad de descargar el contenido de un libro o de escuchar y grabar música procedente del ciberespacio. Las posibilidades son infinitas pero también son muchos los problemas que se plantean a los titulares, los usuarios y las organizaciones de gestión colectiva. En 1996, y con el fin de abordar los problemas planteados por la protección y la gestión del derecho de autor en la era digital, se concertaron dos tratados. Conocidos por el nombre de "Tratados Internet", el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (respectivamente, el WCT y el WPPT) esos tratados abordan, entre otras cuestiones, las relacionadas con las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas de

protección y a la información sobre la gestión de derechos en el entorno digital, al tiempo que velan por la protección de los titulares de derechos de obras divulgadas por Internet; contienen también disposiciones en cuya virtud se exige a los legisladores nacionales que prevean la protección eficaz de las medidas tecnológicas, por ejemplo, prohibiendo la importación, la fabricación y la distribución de medios o materiales ilícitos que permitan eludir dichas medidas, así como los actos que vayan en perjuicio de los sistemas de información sobre la gestión de derechos”.

Por su parte, el Preámbulo del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor reconoce la “necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna”.

Ante estas consideraciones, y para poder realizar un análisis efectivo del precepto cuarto de la 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, que da nueva redacción a su artículo 25, es necesario hacer referencia a algunos conceptos que parece haberse obviado por el legislador.

SEGUNDO.- Respecto del concepto del derecho de autor, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual considera autor a “la persona natural que crea una obra literaria, artística o científica”, reconociéndole la propiedad intelectual de la misma, así como los derechos de carácter personal y patrimonial que le atribuyen la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra. La OMPI, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual que, según consta en su presentación, es el “organismo especializado del sistema de organizaciones de las Naciones Unidas, cuyo objetivo es desarrollar un sistema de propiedad intelectual internacional, que sea equilibrado y accesible y recompense la creatividad, estimule la innovación y contribuya al desarrollo económico, salvaguardando a la vez el interés público”, establece que **“por derecho de autor se entiende la protección**

jurídica que se otorga al titular del derecho de una obra original del que es autor”.

Tanto de la definición de “Autor” como de “Derecho de Autor”, podemos observar la coexistencia de dos elementos fundamentales y necesariamente vinculados entre sí que son: el autor y su obra. Para que exista derecho de autor, es imprescindible la existencia de una obra determinada que origine un derecho a una persona determinada, de tal manera que no es posible el reconocimiento del Derecho de Autor si éste no está vinculado a su obra. El Derecho de autor nace de una vinculación cierta, específica y reconocida entre el autor y su obra, de tal manera que si no se puede conocer la autoría de la obra, el derecho patrimonial sobre la misma no se puede atribuir a su autor.

La normativa internacional reconoce la necesidad de proteger el derecho del autor siempre que esté vinculado a su obra determinada, como puede comprobarse en los siguientes ejemplos:

- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas:

Artículo 2, 6) “Las obras antes mencionadas gozarán de protección en todos los países de la Unión. Esta protección beneficiará al autor y a sus derechohabientes”.

Artículo 3, 1) “Estarán protegidos en virtud del presente Convenio: a) Los autores nacionales de alguno de los países de la Unión, por sus obras, publicadas o no”.

Artículo 15. 1) “Para que los autores de las obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio sean, salvo prueba en contrario, considerados como tales y admitidos, en consecuencia, ante los tribunales de los países de la Unión para demandar a los defraudadores, bastará que su nombre aparezca estampado en la obra en la forma usual. El presente párrafo se aplicará también cuando ese nombre sea seudónimo que por lo conocido no deje la menor duda sobre la identidad del autor”.

- 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:

Considerando (10) “Para que los autores y los intérpretes puedan continuar su labor creativa y artística, deben recibir una compensación adecuada por el uso de su obra [...] Es indispensable una protección jurídica adecuada de los derechos de propiedad intelectual para garantizar la disponibilidad de tal compensación y ofrecer la oportunidad de obtener un rendimiento satisfactorio de tal inversión”.

Ciertamente, la Directiva 2001/29/CE reconoce que el autor deber recibir una compensación adecuada para que puedan continuar su labor creativa y artística, sin embargo, esta compensación **se refiere al uso de su obra**, que es lo que, en definitiva, origina el derecho a esa compensación.

Considerando (28) “La protección de los derechos de autor, a efectos de la presente Directiva, incluye el derecho exclusivo a controlar la distribución de la obra incorporada en un soporte tangible [...] “

Esta Directiva 2001/29/CE precisa que la protección de los derechos de autor incluye el derecho de éste a controlar la distribución de su obra incorporada en un soporte tangible. Una vez más, se vincula al autor con una obra determinada. Esta consideración difiere de lo dispuesto en la nueva redacción del artículo 25 que establece la obligatoriedad de pagar una compensación, a modo de impuesto, sobre los soportes que “en teoría” y “presuntamente” pudieran contener una determinada obra en un futuro, puesto que en el momento que se pague esta compensación es seguro que no incorpora obra alguna que, a su vez, pueda generar un derecho a un autor identificado.

Considerando (29) [...] “A diferencia del CD-ROM o CD-I, en los que la propiedad intelectual está incorporada a un soporte material, esto es, una mercancía [...] “

Considerando (35) “En determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas. “

El considerando (29) por su parte relaciona la propiedad intelectual incorporada a un soporte material con una mercancía, abundando en la doctrina de que es requisito imprescindible que el soporte material contenga la obra de un determinado autor para que éste tenga derecho a una compensación por la utilización de su obra, como así se dispone también en el considerando (35). No es posible pues, como contempla el mencionado artículo 25 de la LPI, la posibilidad de que un CD-ROM vacío de contenido, pueda generar un derecho de compensación por el uso de ninguna obra, puesto que simplemente este hecho es imposible.

Considerando (35) “[...] A la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. [...] Un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos. [...] “

En atención a los considerandos relatados, cabe afirmar pues que el sistema que dispone el artículo 25 de la LPI para compensar los posibles perjuicios económicos de los autores no sólo no tiene en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, sino que además presume indiscriminadamente la intención de utilizar la obra de autores con derechos sobre las mismas. Por otra parte, la compra de un soporte vacío de contenido es un acto que por sí mismo no puede causar daño al titular del derecho de autor, puesto que no contiene ninguna obra en concreto ni autor reconocido a quien pueda perjudicar.

TERCERO.- La normativa internacional otorga al autor el derecho exclusivo a disponer de su obra, lo que se entiende por la voluntad del autor.

Este derecho comprende dos categorías principales, los derechos morales y los derechos de explotación de la obra. Respecto al derecho de explotación, denominado también patrimonial o económico, cabe decir que, si bien es cierto que el autor tiene derecho a una remuneración económica por la reproducción, la distribución y la comunicación pública de su obra (excepción hecha del ámbito doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo), no es menos cierto que le asiste el derecho a ceder el libre uso de la mencionada obra sin obtener una compensación económica, ejerciendo así su derecho exclusivo de disposición sobre la misma.

Estas facultades o prerrogativas del titular del derecho de autor, vienen estipuladas por la siguiente normativa:

- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas:

Artículo 9 ,1) “Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.”

Artículo 11. 1) “Los autores de obras dramáticas, dramático-musicales y musicales gozarán del derecho exclusivo de autorizar: 1º la representación y la ejecución pública de sus obras [...] por todos los medios o procedimientos. 2º la transmisión pública, por cualquier medio, de la representación y de la ejecución de sus obras.”

Artículo 11 bis. 1) “Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar: 1º la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes; 2º toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen; 3º la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.”

- Directiva 2001/29/CE del parlamento europeo y del consejo, de 22 de mayo de 2001:

Considerando (25) [...] Debe precisarse que todos los titulares de derechos reconocidos por la presente Directiva tienen el derecho exclusivo de poner a disposición del público obras protegidas por derechos de autor o cualquier prestación protegida mediante transmisiones interactivas a la carta. Tales transmisiones interactivas a la carta se caracterizan por el hecho de que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que ella misma elija.

Artículo 3. 1) Los Estados miembros establecerán a favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

- Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor:

Artículo 6. 1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad.

Artículo 8. [...] “los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

Según esta Organización, “cuando una persona crea una obra literaria, musical, científica o artística, pasa a ser titular de esa obra y es libre de decidir acerca de su uso. Incumbe, pues, a dicha persona (el "creador", o el "autor" o el "titular del derecho") lo que desea hacer con su obra”.

La imposición de un canon sobre todo soporte que pueda albergar una obra, limita este derecho exclusivo, ya que en el caso de que el autor decida poner su obra a disposición del público gratuitamente, renunciando a sus derechos económicos, no podrá hacerlo aunque esta sea su voluntad. Si además, se tiene en cuenta que el sistema de imposición del canon digital conlleva un considerable desconcierto conceptual al sustituir el término remuneración por el de compensación equitativa, se evidencia lo difuso de la verdadera finalidad del canon cambiando por completo el alcance de este derecho económico del autor. Mientras que remunerar significa “pagar algo a cambio de un bien o servicio determinado, compensar significa “dar algo o hacer un beneficio en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado”.

Se unen, por tanto y hasta el momento, dos factores que hacen cuestionar la viabilidad del artículo 25 del TRLPI en lo que se refiere a la compensación equitativa que grava los soportes sin contenidos: La ausencia de obra con su correspondiente falta de identidad del autor y la limitación del derecho de éste a disponer de su obra.

CUARTO.- Lo visto hasta el momento plantea como incuestionable para el panorama legislativo europeo, una protección jurídica del Derecho de Autor adecuada a la finalidad de frenar todo intento de eludir las medidas tecnológicas de protección y de garantizar que no se produzca ningún tipo de supresión o alteración de información que contribuyan a menoscabar los derechos de los autores.

En este sentido se manifiesta el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor que obliga a las Partes Contratantes a “[...] prever recursos jurídicos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos y contra la supresión o modificación de información, tales como ciertos datos que identifican las obras o sus autores, necesarios para la gestión de sus derechos. El tratado obliga a las Partes Contratantes a adoptar, de conformidad con su sistema jurídico, las

medidas necesarias para garantizar la aplicación del Tratado. En particular, la Parte Contratante deberá asegurarse de que en su legislación nacional existan procedimientos de aplicación que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos que el Tratado contempla. Dichas medidas deberán incluir todo recurso ágil para prevenir las infracciones, así como recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión para nuevas infracciones.”

Asimismo, la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo también reconoce la necesidad de establecer medidas de protección jurídica:

Considerando (9). “Toda armonización de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor debe basarse en un **elevado nivel de protección**, dado que tales derechos son primordiales para la creación intelectual. “

Considerando (10) [...] “Es indispensable una protección jurídica adecuada de los derechos de propiedad intelectual para garantizar la disponibilidad de tal compensación y ofrecer la oportunidad de obtener un rendimiento satisfactorio de tal inversión.”

Considerando (11) “Un sistema eficaz y riguroso de protección de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor constituye uno de los instrumentos fundamentales para asegurar a la creación y a la producción cultural europea los recursos necesarios y para garantizar la autonomía y dignidad a los creadores intérpretes.”

Considerando (13) “Es fundamental la búsqueda común y la aplicación coherente, a escala europea, de medidas tecnológicas tendentes a proteger las obras y prestaciones y a asegurar la información necesaria sobre los derechos, dado que el objetivo último de estas medidas tecnológicas es hacer operativos los principios y garantías establecidos por las normas jurídicas.”

Considerando (22) “El objetivo de un apoyo eficaz a la difusión de la cultura no podrá alcanzarse si no se protegen rigurosamente los derechos o si no se combaten las formas ilegales de comercialización de las obras culturales falsificadas o piratas.”

Considerando (25) “La inseguridad jurídica en cuanto a la naturaleza y el nivel de protección de los actos de transmisión a la carta, a través de redes, de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas por derechos afines a los derechos de autor debe superarse mediante el establecimiento de una protección armonizada a nivel comunitario [...]”.

Artículo 6. 1) “Los Estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada contra la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, cometida por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que persigue ese objetivo.”

Artículo 6.3) “A efectos de la presente Directiva, se entenderá por “medidas tecnológicas” toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE. Las medidas tecnológicas se considerarán “eficaces” cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección.”

Atendiendo a las disposiciones anteriormente expuestas, observamos cómo, tanto la OMPI como la Directiva 2001/29/CE, proponen una protección jurídica adecuada de los derechos de propiedad intelectual basada en los siguientes elementos:

a) Protección

- b) Prevención
- c) Persecución de las formas ilegales de comercialización de las obras.
- d) Intencionalidad. (Artículo 6.1 Directiva 2001/29/CE).

La imposición de un canon sobre los soportes materiales idóneos para realizar una reproducción tal como establece el artículo 25 del TRLPI, no puede considerarse como una medida racional de protección preventiva, capaz de combatir las formas ilegales de comercialización, y por supuesto ignora la intencionalidad del que compra el soporte que en infinidad de casos no será el uso de obra alguna. Más bien se trata de una forma de penalizar la buena fe de quien actúa acorde a la legislación vigente sin intentar en ningún caso quebrantar los derechos que asisten al autor por su obra. Es decir, el establecimiento del canon no se trata de una medida de protección sino que se presenta como una solución compensatoria ante el “presunto” quebrantamiento de la Ley de Propiedad Intelectual, que no se dará en innumerables ocasiones.

QUINTO.- El Convenio de Berna para la protección de Obras Literarias establece una serie circunstancias que de alguna manera suponen excepciones a los derechos de autor, ya sea por la extinción de los mismos, ya sea porque se prevé la posibilidad de uso de la obra en determinados casos y siempre que se cumplan una serie de requisitos.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 25 del TRLPI, estas excepciones y limitaciones a los derechos de autor en beneficio del interés general se ven notoriamente reducidas cuando no suprimidas en su totalidad, dada la manifiesta incompatibilidad entre el cobro del tan mencionado canon y las referidas excepciones y limitaciones, lo cual supone una grave incoherencia.

Artículo 6 bis, 2. “Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación e la presente Acta o de la adhesión a la misma,

no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor.”

Artículo 7. 1. “La protección concedida por el presente Convenio se extenderá durante la vida del autor y cincuenta años después de su muerte.”

Artículo 18. 1) “El presente Convenio se aplicará a todas las obras que, en el momento de su entrada en vigor, no hayan pasado al dominio público en su país de origen por expiración de los plazos de protección.”

La propia Ley establece un plazo de prescripción de los derechos de autor, pero el hecho de exigir el pago del canon sobre los soportes en los que se pueda reproducir estas obras cuyos derechos económicos ya no existen para el autor, hacen que esta extinción sea en la práctica nula.

Asimismo la Directiva 2001/29 también contempla excepciones y limitaciones a los derechos de autor que, como se ha comentado en el párrafo anterior, pierden su valor por la existencia del canon del artículo 25:

Considerando (14) “La presente Directiva aspira a fomentar el aprendizaje y la cultura mediante la protección de las obras y prestaciones, permitiendo al mismo tiempo excepciones o limitaciones en interés general para fines educativos y docentes”.

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

Artículo 5. 2) “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.”

En este caso en concreto vemos que la compensación equitativa está condicionada a los siguientes requisitos:

- que se trate de reproducciones efectivamente efectuadas;
- que las mismas sean realizadas por una persona física;
- que los fines de la reproducción sean para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales;
- que es necesario tener en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6.

Siendo esto así, la conclusión a la que llegamos es que para que exista una compensación económica al titular del derecho es necesario previamente identificar al mismo y para ello es requisito indispensable conocer cuál ha sido la obra reproducida. De no existir ninguna obra reproducida no ha lugar a ninguna compensación económica puesto que no existe ningún derecho de autor.

“c) En relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto;

d) Cuando se trate de grabaciones efímeras de obras, realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones; podrá autorizarse la conservación de estas grabaciones en archivos oficiales, a causa de su carácter documental excepcional;

e) En relación con reproducciones de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales que no persigan fines comerciales, como hospitales o prisiones, a condición de que los titulares de los derechos reciban una compensación económica.”

Artículo 5.5) “Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1,2,3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.”

Una vez más es necesario incidir en que es necesaria la existencia de la obra para que se origine un interés legítimo del titular del derecho en la explotación de la misma y esto es precisamente lo que hace que el pago del canon a que se refiere el artículo 25 sea incompatible con el concepto de derecho de autor.

SEXTO.- El entorno normativo europeo deja claro el concepto y la finalidad de la compensación equitativa por copia privada, y por ende los límites de su alcance. La situación fuera de la UE se plantea también sobre la imposibilidad de controlar todas las copias que se realizan en ámbitos domésticos, y los perjuicios que ello conlleva para los autores.

En la regulación de internacional, se distinguen sistemas como el “Fair Use” (“Uso Justo”) americano, institución limitativa de los derechos

patrimoniales de la propiedad intelectual, en concreto se permite la reproducción de determinadas obras protegidas por derechos vigentes de propiedad intelectual para fines de críticas, comentarios, reportajes noticiosos, educación o investigación sin que ello se considere una violación al derecho de autor. Lo que en España se recoge, de forma mucho más flexible y amplia, en el artículo 37 de la Ley de Propiedad Intelectual:

“(…) los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras cuando aquellas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación. Asimismo, los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, no precisarán de autorización de los titulares de los derechos ni les satisfarán remuneración por los préstamos que realicen”.

Esta facultad, se encuentra amparada por el artículo 9.2 del Convenio de Berna que, reserva a las legislaciones de los países el derecho de permitir la reproducción de dichas obras en casos especiales, con tal que esa reproducción no vaya contra la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Así, muchos países, además de España han optado por consagrar el derecho a la copia privada, como Brasil, Colombia, Costa Rica, México, Panamá, Perú, etc., aunque señalan estrictos requisitos para se de esta la excepción, como que sea efectuada por el propio interesado o que se haga sin fines de lucro y sólo para uso personal del copista. La mayor parte de las legislaciones de estos países han establecido la obligatoriedad de un pago por remuneración compensatoria, como un derecho establecido por ley a favor del autor que limita el derecho exclusivo de reproducción y a su vez legitima el uso privado de las obras, y no tanto para autorizar, como para exigir de terceros (que no son los copistas) el

pago de una remuneración compensatoria por la reproducción realizada en perjuicio de la explotación normal de la obra.

Se debe de todos modos distinguir dos grupos de legislaciones, aquellas que han mantenido la excepción de la copia privada tal y como estaba antes de la llamada revolución digital, y aquellos que la han adaptado para excluir explícitamente las descargas no autorizadas desde páginas web o redes p2p.

En países como en Reino Unido, Irlanda o Australia no existe una auténtica excepción de uso privado, y tampoco existe la remuneración compensatoria. La llamada “fair dealing” permite el uso de obras protegidas para investigación, estudio privado, crítica, comentario, noticias, varios usos educacionales, uso en librerías y archivos o en la administración pública, y no cubren las actividades de intercambio de ficheros en redes p2p.

En Suiza, existe una aclaración sobre la excepción de copia para uso privado, que no confiere derecho a realizar copias cuando el original ha sido puesto a disposición del público violando un derecho de comunicación pública. En Alemania, la copia privada ha de ser realizada de un original legal, lo que, al igual que ocurrirá en España, provoca la confusión respecto al caso de intercambio de ficheros p2p, en que el origen de la obra puede ser perfectamente lícito.

En Austria también existe la excepción del uso privado, pero no se considera copia “privada” cuando se realiza para poner la obra a disposición del público, en clara referencia al intercambio de ficheros en redes p2p. A diferencia de este sistema, en Italia, que también existe la excepción de copia privada, “es la copia realizada por una persona física para uso exclusivamente personal sin ánimo de lucro y sin fines ni directa ni indirectamente comerciales, siempre tomando en consideración las medidas tecnológicas introducidas por los titulares de derechos” (Ley italiana de derechos de autor y derechos conexos).

Otros países, han conservado una excepción de copia privada más amplia, por ejemplo, la República Checa acepta la copia para uso personal, y en Polonia se añade a esta posibilidad de uso el entorno familiar o de amistad del usuario. Holanda prevé la excepción sólo respecto de un número limitado de reproducciones y nunca para fines ni directa ni indirectamente comerciales.

En Francia, al igual que en Bélgica, para la gestión de la copia privada se ha establecido que el autor no puede prohibir las copias o reproducciones estrictamente reservadas al uso del copista cuando la obra ha sido publicada de manera lícita.

Así las cosas, en cada país en que se permite la realización de copias privadas se suele considerar justo el canon o la remuneración por copia privada, pero siempre y exclusivamente en su finalidad legítima compensar al autor por el uso de su obra. La polémica se manifiesta en todos los casos, últimamente de manera muy acusada en el marco de la Comisión Europea, que debate la pertinencia del sistema que se pretende por las sociedades gestoras de derechos de autor sobre el sistema de imposición del canon (del modo que el nuevo artículo 25 del TRLPI), y ello porque recrea situaciones imposibles de aplicar conforme a su finalidad legítima para con el autor, de forma más que irracional al considerar como supuesto de hecho gravado el adquirir soportes digitales, y ello, teniendo en cuenta que vivimos en la Sociedad de la Información.

2.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE DERECHO INTERNO

INCONSTITUCIONALIDAD PRECEPTO CUARTO DE LA 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, Y DA NUEVA REDACCIÓN A SU ARTÍCULO 25.

Respecto a la **pretensión de inconstitucionalidad**, del precepto cuarto de la 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, que da nueva redacción a su artículo 25, y que regula la “Compensación equitativa por copia privada”, se exponen los siguientes fundamentos para cada una de las cuestiones y/o apartados cuestionados:

PRIMERO: La **exposición de motivos** de la Ley por la que se modifica el texto refundido de la **Ley de Propiedad Intelectual**, con la reforma del artículo 25, señala que “Otra de las novedades más importantes es la nueva regulación del régimen de copia privada en la que se han intentado mantener los principios ya asentados en nuestro ordenamiento que originan la debida compensación que los fabricantes e importadores de equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para reproducir obras protegidas deben pagar a los autores y demás titulares de derechos de propiedad intelectual. Esta nueva regulación responde a la necesidad de armonizar los intereses tanto de los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados por la limitación de copia privada, establecida en el artículo 31.2 de la Ley, como de los distribuidores de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación por copia privada, y trata establecer un marco equilibrado que constituya un régimen en beneficio de todos los agentes afectados y adecuado a las nuevas realidades sociales y tecnológicas de la sociedad de la información.” Y para ello, dice que se “introducen las debidas diferencias entre el entorno analógico y el digital, ya que la copia privada digital puede

propagarse mucho más y tener mayor impacto económico”, y además así mantiene “un justo equilibrio entre los derechos e intereses de las distintas categorías de titulares y los de los usuarios de las obras y prestaciones protegidas”.

Aparentemente este precepto o la nueva regulación de la copia privada, quiere dar un equilibrio al ejercicio de los derechos de autor, frente la producción de soportes, aparatos y equipos digitales. Parece querer insistir en la proporcionalidad de la compensación equitativa en relación con la limitación que implica la copia privada.

Sin embargo, el sólo hecho de incluir un criterio, de forma incondicional, como el de la “idoneidad”, hace imposible un justo equilibrio entre los derechos e intereses de las distintas categorías de titulares de los derechos de autor y los de los usuarios, pero no sólo de las obras y prestaciones protegidas, sino además de los derechos de todos los usuarios de tecnología digital. Se hace igualmente imposible incluso la mera realización de las excepciones que la propia Ley prevé para los usuarios de obras y prestaciones, tal y como más adelante se verá, significando ya de forma abusiva, la imposibilidad de exceptuar de este régimen de cobro a quienes ni siquiera lo son, a meros consumidores lícitos de progreso.

SEGUNDO: La **Constitución Española** de 1978 (en adelante CE), en su Título I, Capítulo Tercero, recoge entre los deberes y derechos fundamentales, los **principios rectores de la política social y económica**, que han de regir sobre cualquier creación o modificación legal, y en concreto, en el artículo 51 se constitucionaliza la defensa de los consumidores y usuarios en los siguientes términos:

Artículo 51

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces,

la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

Este precepto, se encuentra dividido en tres párrafos, el primero designando los derechos esenciales del consumidor, y los otros dos señalando instrumentos de garantía para su realización. En especial, al imponer que “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”, está reconociendo en términos absolutos el derecho a la salud y a la seguridad, pero respecto del derecho a la protección de los intereses económicos, exige debe tratarse de intereses legítimos matizando así su defensa. Se plantea con todo ello una modalidad de principio general del Derecho, el denominado por la doctrina “**principio consumidor**”.

Es evidente que los intereses económicos de los consumidores no pueden pretender la actuación de los poderes públicos de forma independiente o individualizada, pues hay que tener en cuenta siempre los intereses económicos de todos y cada uno de los agentes que participan en el mercado. Pero para lograr una protección de todo ello de forma equilibrada, es para lo que el legislador incluyó en la CE la frase “mediante procedimientos eficaces” respecto de los poderes públicos, así, se reconoció la necesidad de arbitrar procedimientos que hiciesen efectivos los derechos que se querían recoger constitucionalmente, cosa que no hace con eficacia el nuevo artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual, pues el procedimiento que regula es incompleto, sin garantías para las partes afectadas, e incluso incongruente en las excepciones que prevé.

Los instrumentos de garantía que señalan los apartados 2 y 3, se han considerado por la doctrina como la concreción del reconocimiento genérico de las garantías establecidas a su vez en el artículo 9.3 CE, que por otra parte deben ser completados con lo dispuesto por el artículo 53.3 CE sobre las garantías de las libertades y derechos fundamentales:

Artículo 9

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Artículo 53

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Se plasma en estos artículos el respeto al mandato constitucional para un eficaz desarrollo legislativo, y para una eficaz protección (mediante procedimientos eficaces). No pueden los poderes públicos saltarse estos límites de forma arbitraria al legislar o al realizar lo legislado, ni puede tampoco imponer que se los salten terceros afectados, si con ello plantean situaciones de laguna legal en las que estas funciones de garantía queden al arbitrio de entidades privadas como las sociedades gestoras de derechos de autor, entidades que bajo la apariencia de un lícito régimen asociativo, llegan a convertirse incluso en inquisitivos agentes recaudadores de tributos. Además, el artículo 52 CE tampoco lo permite, por lo que una Ley no puede promover este tipo de situaciones, y mucho menos contribuir a ello instando el auspicio o participación de los poderes públicos.

Artículo 52

La ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

La defensa de los intereses económicos, sean de un profesional o sean de un consumidor, no puede implicar la desvinculación normativa del mandato constitucional en los términos señalados, si con ello se menoscaba el sistema democrático que ha de regir también el marco de una economía de mercado. Los artículos 38, 44 y 128.1 CE así lo exigen también:

Artículo 38

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

Artículo 44

1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.

2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.

Artículo 128

1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.

En un paso más, se debe reconocer en todo lo expuesto un Principio General de Derecho (principio del consumidor), que debe ser tenido en cuenta para fundamentar incluso la inconstitucionalidad de las disposiciones legales que sean contrarias o hagan imposibles sus postulados (ex. artículos 161.1.

CE, 27.1 y 39.1. LOTC), tal y como señala el artículo 1.4 del Código Civil al decir que “los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

Por último, de este contexto de respeto constitucional, y en relación con la modificación aprobada de la Ley de Propiedad Intelectual, debe ser citado el artículo 96.1 CE:

Artículo 96

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

Señala la propia Exposición de Motivos de la nueva Ley que “se establece que la compensación prevista en el artículo 25 deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a que se refiere el artículo 161. De este modo se da cumplimiento a lo exigido por la Directiva 2001/29/CE y se habilita al Gobierno para modificar lo referente a la relación entre dichas medidas tecnológicas y el límite de copia privada.”

Se acude a las previsiones de la ya mencionada Directiva 2001/29/CE, queriendo adaptarlas aparentemente a la legislación interna que regula nuestra particular “Sociedad de la Información”, sin embargo, tal y como se ha planteado y se mostrará en el apartado quinto, ha sido reinterpretada para la normativa interna y no tanto adaptada en sus términos, pues queda inutilizada su aplicación si se impone el nuevo artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual tal y como ha quedado aprobado.

TERCERO: La Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, con la reforma, tanto **el artículo 25**, como los artículos que lo relacionan (como los artículos 31, 31 bis y el 161), señalan literalmente que:

1. La reproducción **realizada exclusivamente para uso privado**, [...]

[...] **originará una compensación equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas** [...], (sonora, visual o audiovisual)

en favor de las personas que se expresan en el párrafo b) del apartado 4

(Acreedores: Los autores de las obras explotadas públicamente en alguna de las formas mencionadas en el apartado 1, juntamente en sus respectivos casos y modalidades de reproducción, con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas).

dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaron de percibir por razón de la expresada reproducción.

Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes.

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

[...]

4. En relación con la obligación legal a que se refiere el apartado 1, serán:

*Deudores: Los **fabricantes** en España, en tanto actúen como distribuidores comerciales, así como los adquirentes fuera del territorio español, **para su distribución comercial o utilización dentro de éste,** [...]*

5. Para los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción **analógicos**, el **importe de la compensación** que deberá satisfacer cada deudor [...]

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

1ª [...] **procedimiento para la determinación de los equipos, aparatos y soportes materiales** sujetos al pago por la compensación equitativa por copia privada, así como para la determinación, en su caso, de las cantidades que los deudores deberán abonar por este concepto a los acreedores.

La periodicidad bienal de las revisiones administrativas a las que se refiere el párrafo anterior podrá reducirse mediante **acuerdo de los dos ministerios** citados. Dicha modificación deberá **tener en cuenta la evolución tecnológica y de las condiciones del mercado.**

[...]

4ª Deberán tener en cuenta, entre otros, los siguientes **criterios:**

a) **El perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos** por las reproducciones a que se refiere el apartado 1, teniendo en cuenta que si el perjuicio causado al titular es mínimo, no podrá dar origen a una obligación de pago.

b) El **grado de uso** de dichos equipos, aparatos o soportes materiales para la realización de las reproducciones a que se refiere el apartado 1.

[...]

e) La disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las **medidas tecnológicas** a que se refiere el artículo 161.

[...]

g) Los importes 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.

7. Quedan **exceptuados** del pago de la compensación:

- a) Los discos duros de ordenador **en los términos que se definan** en la orden ministerial conjunta que se contempla en el anterior apartado 6.
- b) Las **personas naturales** que adquieran fuera del territorio español los referidos equipos, aparatos y soportes materiales en régimen de viajeros y en una cantidad tal que permita presumir razonablemente que los destinarán al uso privado en dicho territorio.
- c) Asimismo, el Gobierno, mediante real decreto, podrá establecer excepciones al pago de esta compensación equitativa y única cuando quede **suficientemente acreditado** que el destino o uso final de los equipos, aparatos o soportes materiales no sea la reproducción prevista en el artículo 31.2.

[...]

12. La **obligación de pago de la compensación** nacerá en los siguientes supuestos:

- a) Para los fabricantes en tanto actúen como distribuidores y para los adquirentes de equipos, aparatos y soportes materiales fuera del territorio español con destino a su **distribución comercial** en éste, **en el momento en que se produzca por parte del deudor la transmisión de la propiedad o, en su caso, la cesión del uso o disfrute de cualquiera de aquéllos.**
- b) Para los adquirentes de equipos, aparatos y soportes materiales **fuera del territorio español** con destino a **su utilización** dentro de dicho territorio, **desde el momento de su adquisición.**

13. Los deudores mencionados en el párrafo a) del apartado 12 presentarán a la entidad o a las entidades de gestión correspondientes o, en su caso, a la representación o asociación mencionadas en los apartados 8 a 11, ambos inclusive, dentro de los 30 días siguientes a la finalización de cada trimestre natural, una **declaración- liquidación** [...]

[...]

22. Los deudores y sus responsables solidarios permitirán a la entidad o entidades de gestión, o, en su caso, a la representación o asociación gestora, el control de las operaciones sometidas a la compensación y de las afectadas por las obligaciones establecidas en los apartados 13 a 21, ambos inclusive. En consecuencia, **facilitarán los datos y la documentación necesarios para comprobar el efectivo cumplimiento de dichas obligaciones** y, en especial, la exactitud de las declaraciones liquidaciones presentadas.

[...]

24. *El **Gobierno establecerá reglamentariamente los tipos de reproducciones que no deben considerarse para uso privado** a los efectos de lo dispuesto en este artículo; los equipos, aparatos y soportes materiales **exceptuados del pago de la compensación**, atendiendo a la peculiaridad del uso o explotación a que se destinen, así como a las exigencias que puedan derivarse de la evolución tecnológica y del correspondiente sector del mercado [...]*

25. *El **Gobierno podrá modificar por vía reglamentaria lo establecido en los apartados 13 a 21.***

Respecto de otros preceptos afectados por el sistema planteado, es necesario aludir a los siguientes artículos:

Artículo 31. Reproducciones provisionales y copia privada.

[...]

*2. **No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161.***

Artículo 31 bis. Seguridad, procedimientos oficiales y discapacidades.

*1. **No será necesaria autorización del autor cuando una obra se reproduzca, distribuya o comunique públicamente con fines de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios.***

[...]

Artículo 161. Límites a la propiedad intelectual y medidas tecnológicas.

1. Los titulares de derechos sobre obras o **prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces** deberán facilitar a los beneficiarios de los límites que se citan a continuación los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate. Tales límites son los siguientes:

a) Límite de copia privada en los términos previstos en el artículo 31.2.

b) Límite relativo a fines de **seguridad pública**, procedimientos oficiales o en beneficio de personas con discapacidad en los términos previstos en el artículo 31 bis.

c) Límite relativo a la ilustración de la **enseñanza** en los términos previstos en el artículo 32.2.

d) Límite relativo a la ilustración de la enseñanza o de investigación científica o para fines de seguridad **pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial**, todo ello en relación con las bases de datos y en los términos previstos en el artículo 34.2.b) y c).

e) Límite relativo al registro de obras por **entidades radiodifusoras** en los términos previstos en el artículo 36.3.

f) Límite relativo a las **reproducciones de obras con fines de investigación o conservación** realizadas por determinadas instituciones en los términos previstos en el artículo 37.1.

g) Límite relativo a la extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica de una **parte sustancial del contenido de una base de datos** y de una extracción o una reutilización para fines de seguridad pública o a los efectos de un procedimiento administrativo o

judicial del contenido de una base de datos protegida por el derecho sui géneris en los términos previstos en el artículo 135.1.b) y c).

*2. Cuando los titulares de derechos de propiedad intelectual no hayan adoptado medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, para el cumplimiento del deber previsto en el apartado anterior, los **beneficiarios de dichos límites podrán acudir ante la jurisdicción civil.***

Cuando los beneficiarios de dichos límites sean consumidores o usuarios, en los términos definidos en el artículo 1.2 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su defensa podrán actuar las entidades legitimadas en el artículo 11.2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

[...]

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

CUARTO: El presente recurso trata de poner de manifiesto el desequilibrio que supondrá la aplicación de la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante nueva LPI), reforma realizada en el sentido que ya indicaba el acuerdo privado celebrado el día 30 de julio de 2003, fue suscrito un acuerdo entre Asimelec (Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones) y las siguientes entidades de gestión de

derechos de propiedad intelectual: AIE (Artistas Intérpretes o Ejecutantes), AISGE (Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión), EGEDA (Entidad de Gestión de Derechos de propiedad Intelectual), SGAE (Sociedad General de Autores y Editores), DAMA (Asociación Derechos de Autor de Medios Audiovisuales) y CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos). Este acuerdo trataba de actualizar a la novedad digital la ya prevista compensación equitativa analógica, en la anterior redacción de la LPI.

En concreto, desde el nuevo artículo 25, se presenta un texto legal que ignora en sus previsiones las consecuencias reales de la “compensación equitativa” cuando es recaudada sin límites sobre bienes de naturaleza digital por el simple hecho de serlo. El término “equitativo” pierde su sentido original cuando se pasa de hablar de “reproducción realizada exclusivamente para uso privado”, a hablar de la “adquisición de equipos, aparatos y soportes idóneos para realizar dicha reproducción”.

Se produce con esta situación un palpable desequilibrio entre la finalidad buscada y el medio utilizado, que además viene a provocar con impunidad un fuerte impacto económico en el mercado, y no sólo en el sector tecnológico, sino en todos aquellos que lo utilizan en el desarrollo de su actividad económica, y en general, en la economía de un mercado que es digital, en la Sociedad de la Información. Sólo es posible ignorar esta realidad, contradiciendo con testarudez la actualidad que ya es reflejada diariamente desde todos los medios de comunicación.

Cuando se plantea que sobre un entorno económico de naturaleza mayoritariamente digital, se exige la recaudación de una cantidad no concreta de dinero, a través de una o varias entidades privadas, sin prever ningún sistema complementario justo y eficaz que garantice su justa aplicación, este sistema debe plantearse como inconstitucional, pues adolece desde su origen de desproporcionalidad, desequilibrio, desprotección, y de todo principio democrático que debe presidir todas y cada una de las actividades económicas del país.

Se pasa por ello a tratar a continuación los puntos que se consideran conflictivos en el nuevo artículo 25 (y artículos relacionados), y a justificar la necesidad de una declaración de inconstitucionalidad. Todo ello sin perjuicio de otros elementos del sistema de imposición del canon que aparecieran con igual defecto tras el análisis y consideración de lo que se expone, y se quieran asimismo considerar por el Alto Tribunal.

QUINTO: El sistema impositivo que integra el nuevo artículo 25 en nuestro ordenamiento jurídico, parte de las previsiones de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Esta norma, señala en sus considerandos que *(10) Para que los autores y los intérpretes puedan continuar su labor creativa y artística, deben recibir una compensación adecuada por el uso de su obra, al igual que los productores, para poder financiar esta labor, y que (35) En determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas.* Un caso de excepción, es la copia privada, elemento regulado por el nuevo artículo 25. __

Este argumento, impuesto normativamente desde Europa, se acepta y ha de respetarse en su aplicación al derecho interno español. Por lo tanto, no es la existencia misma de la remuneración compensatoria por copia privada lo cuestionado como inconstitucional sino el sistema previsto por la nueva LPI para su recaudación, porque se ha convertido en un sistema de pago de alcance indiscriminado, contrariando expresa y fraudulentamente tanto la propia LPI, como la Directiva 2001/29, y adoleciendo por este motivo de manifiesta inconstitucionalidad.

Se discute en concreto el sistema impositivo del canon, y de él, los hechos impositivos estipulados como tales “por idoneidad” en el nuevo artículo 25; **la imposibilidad de la realización efectiva de las excepciones previstas por la**

propia Ley y la confusión entre derechos morales del autor y derechos económicos, y se reivindica, además de su armonización, que se prevea un procedimiento eficaz y rápido para la resolución de las reclamaciones de quienes no estén obligados por la Ley, y que además están exceptuados expresamente incluso por la Directiva 2001/29.

Se pretende pues un sistema de canon digital equilibrado y aceptable para el desarrollo de la Sociedad de la Información y, por supuesto, siempre para el libre disfrute de quienes la conformamos en el marco de lo previsto por la CE tanto en su artículo 38 como en el 44 y el 51.1:

Artículo 38 CE

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

Artículo 44 CE

- 1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.*
- 2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.*

Artículo 51.1 CE

Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

En consecuencia, el punto de partida ha de ser que la compensación equitativa es una garantía más del derecho de autor, en concreto, **una garantía**

respecto de los usuarios de sus obras, del uso que hicieran de obras o prestaciones protegidas sin autorización del autor, para copias privadas sin finalidad comercial, y esto lo convirtió en “hecho impositivo”, que debía regir el sistema recaudatorio de dicha compensación. El artículo 25 así lo establece en su primer apartado:

1. La reproducción **realizada exclusivamente para uso privado**, [...]

[...] **originará una compensación equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas** [...], (sonora, visual o audiovisual)

en favor de las personas que se expresan en el párrafo b) del apartado 4

(Acreedores: Los autores de las obras explotadas públicamente en alguna de las formas mencionadas en el apartado 1, juntamente en sus respectivos casos y modalidades de reproducción, con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas).

dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaban de percibir por razón de la expresada reproducción.

Entonces, es claro que las reproducciones realizadas para uso privado originan una compensación equitativa a favor de los autores de obras explotadas públicamente, editores, productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes de éstos. Hasta aquí todo parece razonable y en consonancia con lo dispuesto en la Directiva 2001/29, que señala en su artículo 5.2 que:

2. 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; [...]*

Los términos, “uso”, “reproducción” y “soporte” son utilizados tanto en la norma europea como en la intención de la norma española, para afirmar - en este orden y sentido- que el uso se manifiesta con la reproducción (generando el derecho a la remuneración compensatoria) y, que ésta se plasma en equipos, aparatos y soportes mayoritariamente digitales.

Con este escenario, el nuevo artículo 25 de la LPI ha tratado de fijar cómo habrá de hacerse efectivo en la práctica el derecho de cobro o garantía, delimitando el supuesto de hecho que lo hace exigible, su naturaleza como irrenunciable, el sistema que debe seguirse para su recaudación y las excepciones al mismo. Concretamente, ha fijado el uso (la reproducción) de obras protegidas como el supuesto de hecho que debe generar para sus autores una serie de derechos económico, y en especial, uno previsto por cada copia privada que se haga de dichas obras en *equipos, aparatos y soportes idóneos para realizar dicha reproducción.* Pero, la literalidad del precepto se torna irrealizable en la práctica, de manera que este lícito silogismo inicial [uso o reproducción igual a derecho de cobro], se presenta ya incongruente en la redacción del apartado número 2 del artículo 25 de la LPI, cuando introduce el término **“idoneidad”** y cuando lo hace para calificar aquello ha de quedar gravado con el canon y establece que se hará sobre su adquisición o distribución:

2. *Esa compensación se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y soportes idóneos para realizar dicha*

reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera de éste para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio.

Con este texto, y su desarrollo posterior, es difícil no ver que el perjuicio considerado como origen de una digna compensación económica para los titulares de derechos de autor vulnerados, ya no es tal. Específicamente, la Ley exige el pago del canon a los fabricantes y distribuidores de equipos, aparatos y soportes digitales en España, ya no por el uso que se les de (no por hacer copias privadas), sino por fabricarlos y/o distribuirlos.

Exactamente así el “uso o reproducción de una obra protegida por derechos de autor” queda al margen de todo para dar paso a un nuevo y abstracto supuesto de hecho capaz de generar en la práctica un derecho económico para autores de obras protegidas. La mera adquisición de equipos, aparatos y soportes digitales por los consumidores del mercado español implica derecho a cobrar el canon de la copia privada, y se justifica incomprensiblemente en la “idoneidad” de estos soportes para “usar”, entre otras cosas, aquellos derechos protegidos.

Con este precepto se impone en la práctica una remuneración económica obligatoria para los adquirentes de dispositivos digitales, tanto si cumplen el supuesto de hecho legal y lícitamente establecido – realizan reproducciones de obras protegidas – como si no lo cumplen – usan bienes de naturaleza digital para asuntos propios -, sustentándose todo ello en la extraña presunción de que la totalidad de los equipos, aparatos y soportes digitales distribuidos en el mercado, presentes y futuros, son destinados sin excepción a la reproducción de obras protegidas en perjuicio de derechos de autor, por el mero hecho de ser idóneos o capaces de reproducirlas. El problema se agrava notablemente cuando la Ley olvida establecer un sistema proporcional y eficaz de prueba en contra. Se ha fijado por tanto una presunción “iure et de iure” que se basa en un vocablo tan indeterminado como el de la “idoneidad”, conllevando que dicho sistema recaudatorio sea lo suficientemente amplio, indeterminado e impreciso en su aplicación práctica y su alcance final en el mercado, como para que pueda ser cuestionada su constitucionalidad.

Cuando se habla de desarrollo y tecnología, no es posible circunscribir su uso en intereses exclusivos si con ello se perjudica el interés general. Es indiscutible que el progreso técnico lleva hoy hacia la multifunción, de tal manera que la idoneidad o no de un uso no la determina el soporte, sino la persona o el entorno en que se quiera utilizar. Es de sentido común observar de forma global que dichos soportes digitales son destinados fundamentalmente, tanto por empresas como por usuarios finales, para almacenar información y datos propios, y no tanto para reproducir obras protegidas de terceros. Por ejemplo, una empresa que compra una partida de equipos digitales “presumiblemente” lo va a utilizar para su actividad económica diaria, e igualmente una entidad o Administración Pública, por lo que cualquier presunción distinta a esto, limitará y condicionará arbitrariamente el acceso a la tecnología para usos legítimos y lícitos, afectando a todos y cada uno de los agentes parte en el mercado, y a todas y cada una de las fases de la propia actividad económica de la Sociedad de la Información, del país hoy. **En consecuencia se pretende en primer lugar un pronunciamiento expreso sobre el verdadero supuesto de hecho que da lugar a la remuneración compensatoria, y su delimitación, y la expresa distinción entre “reproducción” o “uso” de obras protegidas y “producción” o “distribución” de material digital, excluyendo de forma global estas actividades económicas de su ámbito recaudatorio.** Sólo así podrá hablarse de una Ley congruente, proporcionada y en consonancia con los intereses económicos y sociales de los artículos constitucionales citados en el apartado segundo.

Prueba de esta amplitud, indeterminación y arbitrariedad es que la nueva LPI establece una remuneración exclusivamente para compensar el perjuicio que pudiera ocasionar el límite específico de la copia privada hecha por persona física, pero aun existiendo límites a la consideración de copia privada, no se prevé sin embargo la correspondiente exención de su pago ni el sistema para hacerlo efectivo, por ejemplo, cuando sea una persona jurídica la que adquiere el bien digital, a pesar de que en teoría no puede hacer copia privada. De tal modo el sinsentido, que imposibilita hacer efectivas las excepción prevista.

Son mencionados ya en la Exposición de Motivos entre otros límites la exención de ciertas reproducciones provisionales de carácter técnico, la

ilustración con fines educativos, o la consulta mediante terminales especializados en bibliotecas y otros establecimientos (no hacen pues copias privadas), pero especialmente problemático en la práctica resulta el artículo 161 de la nueva LPI para la conciliación de los límites a la propiedad intelectual y las medidas tecnológicas. Este artículo señala uno a uno los límites que los titulares han de soportar respecto del ejercicio de sus derechos de autor, como por ejemplo, la posibilidad de que se realicen copias privadas sin necesidad de autorización del autor. El problema es que cada límite citado es independiente, y sólo uno de ellos debe soportar la remuneración de una compensación equitativa. La puesta en práctica de todos estos límites, tal y como se ha previsto el sistema de recaudación del canon, originarán la compensación equitativa, sin posibilidad de exención porque no existe procedimiento alguno para la realización efectiva de estas exenciones. Además, lo que atañe a las medidas tecnológicas de protección, va a verse condicionado de nuevo por cuanto hayan de desactivarse bien para copia privada o bien para uso conforme los propios límites que el artículo menciona (por ejemplo, seguridad pública, la educación o la investigación). Esta redacción olvida que sólo los beneficiados con la posibilidad de realizar copia privada, están obligados al pago de una compensación equitativa a los autores de las obras, y ello por el uso de sus obras, ni por la compra de soportes digitales ni por su uso para otros fines.

Pero existen otros límites al pago del canon. El artículo 25 de la nueva LPI, señala además en su apartado séptimo que quedan **exceptuados del pago de la compensación**:

[...]

- d) *Los discos duros de ordenador en los términos que se definan en la orden ministerial conjunta que se contempla en el anterior apartado 6.*
- e) *Las **personas naturales** que adquieran fuera del territorio español los referidos equipos, aparatos y soportes materiales en régimen de viajeros y en una cantidad tal que permita presumir razonablemente que los destinarán al uso privado en dicho territorio.*

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

[...]

Estos apartados ofrecen los tres ejemplos más visibles de la flexibilidad e indeterminación de que adolece la norma a la hora de fijar los límites y determinar su modo de aplicación. En primer lugar, los discos duros de ordenador parece que quedan excluidos de esta compensación pues la propia Exposición de Motivos así lo dice cuando explica que *se excluyen expresamente los discos duros de ordenador, sin que haya sido necesario explicitar la exclusión de las conexiones ADSL, dado que éstas no son, por su propia naturaleza, ni equipos, ni aparatos, ni soportes materiales susceptibles de reproducir, sino que son meras conexiones, por lo que en ningún caso podrían quedar sujetas a pago de ninguna clase, en atención a unas reproducciones de imposible realización. Sin embargo como se puede apreciar el artículo 25.7.d) lo deja al abierto y al arbitrio de una orden ministerial su definición como excepción.*

En segundo lugar, resulta que adquirir fuera del territorio español equipos, aparatos y soportes materiales en régimen de viajeros, queda fuera del alcance del canon, pero adquirir igual cantidad fuera del territorio español, y utilizando un sistema de pedido on-line no se contempla. Este supuesto que no sólo debería quedar englobado en la anterior excepción, sino que además debería gozar de una mayor protección para los consumidores al igual que cualquier otro sistema de compra-venta entre ausentes. En cualquier caso, si se quiere hacer notar que la propia Ley reconoce con esta excepción que los destinatarios finales del canon son los consumidores finales.

En tercer lugar, el apartado f) reconoce que el destino o uso final de los equipos, aparatos o soportes materiales, es el verdadero motivo para la imposición o no del canon, pues establece que se podrán *establecer excepciones al pago de esta compensación equitativa y única cuando quede*

suficientemente acreditado que el destino o uso final de los equipos, aparatos o soportes materiales no sea la reproducción prevista en el artículo 31.2. (copia para uso privado que genera la compensación equitativa). Lo que complementa con el apartado 24 del mismo artículo 25 al establecer que el Gobierno establecerá reglamentariamente los tipos de reproducciones que no deben considerarse para uso privado a los efectos de lo dispuesto en este artículo; los equipos, aparatos y soportes materiales exceptuados del pago de la compensación, atendiendo a la peculiaridad del uso o explotación a que se destinen, así como a las exigencias que puedan derivarse de la evolución tecnológica y del correspondiente sector del mercado [...].

En definitiva estos preceptos sólo insisten sobre el apartado sexto, regla cuarta, del artículo 25, que recuerda que el Gobierno deberá *tener en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:*

a) ***El perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos por las reproducciones a que se refiere el apartado 1, teniendo en cuenta que si el perjuicio causado al titular es mínimo, no podrá dar origen a una obligación de pago.***

b) ***El grado de uso de dichos equipos, aparatos o soportes materiales para la realización de las reproducciones a que se refiere el apartado 1.***

[...]

e) ***La disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas a que se refiere el artículo 161.***

Pero sin embargo, por lo expuesto hasta ahora, queda muy poco margen para la aplicación práctica de estas limitaciones, incluso para el Gobierno cuando quiera desarrollarlo aplicación práctica. Es difícil tener en cuenta el perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos, tanto como conocer el grado de uso de dichos equipos, aparatos o soportes materiales, cuando lo que se prevé es un sistema recaudatorio que ignora la evolución

tecnológica y de las condiciones del mercado. Lo mismo ha ocurrido con la supuesta atención a la realidad en el mundo digital, a la existencia de tecnologías que permiten la protección de los derechos de autor (TPMs y DRMs), que harían innecesarias ya esas compensaciones en el mundo digital.

En consecuencia se pretende en segundo lugar la previsión de un procedimiento sencillo, accesible y eficaz que permita el ejercicio de las exenciones al pago de la remuneración compensatoria. Se pretende la modificación del apartado número 2 del artículo 25 y sus correlativos, en el sentido de suprimir la condición de la idoneidad y la recaudación sobre equipos, aparatos y soportes, para pasar a recaudar, por hechos realizados como es el uso permitido para copias privadas, desde el soporte original, desde la propia obra protegida. Y ello, porque como se ha señalado, el propio apartado f) del artículo 25.7 está exigiendo que en la Sociedad de la Información, quede suficientemente acreditado que el uso de la tecnología es para fines lícitos, y ello sin siquiera establecer un procedimiento que se ajuste a la realidad económica y social de la actualidad, para poder acreditarlo de forma sencilla y eficaz, al menos tanto como lo es el procedimiento de recaudación del canon para poder hablar de equilibrio y/o proporcionalidad, y más aún si tenemos en cuenta que es algo irrenunciable tal y como señala el apartado primero del artículo 25, *Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes*, y refuerza el artículo 108. 2 y 3 de la LPI.

Esta característica del derecho a la compensación equitativa lo hace aún más confuso, pues parece querer decir que, además de todo lo expuesto (se genera sobre la tecnología por el simple hecho de serlo y distribuirse), las sociedades gestoras de derechos de autor están capacitadas para recaudar y gestionar los derechos económicos del autor como si de derechos morales se tratase, de tal forma que el autor no puede renunciar nunca al cobro de una remuneración compensatoria y las sociedades gestoras deben recaudarlo siempre y por siempre. Partiendo entonces de que en realidad lo que ocurre es que es necesario estar afiliado a una entidad de gestión si no se quiere renunciar a estos beneficios, y que además existen tecnologías digitales conocidas como Digital Rights Management (DRM), que permiten que cada

autor gestione por si mismo sus derechos de propiedad intelectual, fijando precios y condiciones para su utilización. Por todo ello, prever expresamente su irrenunciabilidad plantea una cortina de humo ante la realidad de que el derecho de autor no puede anular permanentemente la capacidad decisoria del autor sobre su obra y mucho menos sobre los resultados económicos de su distribución, sólo reforzar la decisión que éste adopte, de otra forma el ser autor dejaría de implicar un “derecho” para convertirse en un “gravamen” perpetuo. La irrenunciabilidad como tal supondría que el autor no puede hacer dejación de las facultades que le otorga la ley, es decir, el autor no podría obligarse de forma válida a renunciar nunca al cobro de una compensación económica por el uso de su obra.

En consecuencia se pretende en tercer lugar la supresión de cada referencia a la irrenunciabilidad del derecho a la compensación equitativa.

Por todo lo planteado para justificar las tres pretensiones expuestas sobre la confusión existente entre el supuesto de hecho de la recaudación del canon y la precisión de sus límites para una eficaz realización, queda puesto de manifiesto que en relación con el nuevo artículo 25 de la LPI, los poderes públicos han desatendido la obligación de velar por el interés general sobre la base de la proporcionalidad, teniendo en cuenta cómo afecta a otros derechos igualmente constitucionales.

En este sentido, citar la Sentencia 292/2000 del Tribunal Constitucional, por cuanto exigió una mayor precisión para los términos y configuración de un derecho fundamental, incluidos los límites y las excepciones. En su Fundamento Jurídico número 15 establecía que ***aun teniendo un fundamento constitucional y resultando proporcionadas las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una Ley (STC 178/1985), éstas pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación. Conclusión que se corrobora en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha sido citada en el FJ 8 y que aquí ha de darse por reproducida. Y ha de señalarse, asimismo, que no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y***

expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, FJ 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha Ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (SSTC 11/1981, FJ 15; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4, y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 7). De suerte que la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción [...] Y en el Fundamento Jurídico 16, completa respecto la labor de los poderes públicos que cabe estimar que la legitimidad constitucional de la restricción de este derecho no puede estar basada, por sí sola, en la actividad de la Administración Pública. Ni es suficiente que la Ley apodere a ésta para que precise en cada caso sus límites, limitándose a indicar que deberá hacer tal precisión cuando concorra algún derecho o bien constitucionalmente protegido. Es el legislador quien debe determinar cuándo concurre ese bien o derecho que justifica la restricción del derecho a la protección de datos personales y en qué circunstancias puede limitarse y, además, es él quien debe hacerlo mediante reglas precisas que hagan previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias. Pues en otro caso el legislador habría trasladado a la Administración el desempeño de una función que sólo a él compete en materia de derechos fundamentales en virtud de la reserva de Ley del art. 53.1 CE, esto es, establecer claramente el límite y su regulación.

SEXTO: Lo visto hasta ahora, lleva necesariamente a una serie de conclusiones sobre la falta de proporcionalidad de esta garantía específica para la protección del derecho de autor, el canon por copia privada, tanto respecto de la propia Constitución como respecto de la actual situación económica y social de este país.

Cabe resumir tras lo expuesto que el principal obstáculo para la aplicación plena del sistema recaudatorio establecido en el artículo 25 de la nueva LPI, es la aplicación de la **garantía constitucional de proporcionalidad prevista en los artículos 51 y 38 de la CE**. La delimitación legal del derecho de autor y sus

excepciones debe aportar elementos suficientes para deslindarlo de otros derechos con los que pudiera entrar en colisión, tanto desde sus límites como desde su aplicación práctica. Pero no es sólo esto, porque todo debe incardinarse en un marco de realidad, de racionalidad, de efectiva realización y, de control de sus efectos para el interés general, sobre todo cuando se hace a favor de un concreto interés de particulares. La defensa de una realización equilibrada de intereses económicos, para todos los agentes que participan en el mercado español, en el actual entorno de consumo y evolución digital, debe regularse tal y como exige el propio desarrollo del conocimiento, la ciencia y la tecnología.

Es cierto que el principio de proporcionalidad no se encuentra recogido expresamente en la Constitución española como límite a la actuación de los poderes públicos (incluido el poder legislativo, SSTC 3/1983, 178/1985, 199/1987, 141/1988, 132/1989, 179/1994, etc.), pero desde las primeras sentencias del Tribunal Constitucional se ha citado la “regla de la proporcionalidad de los sacrificios” (STC 30/1981) o la “necesaria proporcionalidad entre la medida restrictiva y la finalidad perseguida” (STC 62/1982), desarrollando una amplia jurisprudencia en el sentido que se muestra a continuación. Impulsada por la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esta jurisprudencia jugó un importante papel en la utilización del principio de proporcionalidad como criterio de interpretación racional de las limitaciones de distintos derechos fundamentales, y otras materias, como lo es por ejemplo la libre circulación de personas y bienes por el territorio nacional (y ahora también europeo), que desde la STC 37/1981 ha sido entendida como una libertad en la que no caben medidas que constituyan un obstáculo que no guarde relación y sea desproporcionado respecto al fin perseguido con las mismas.

Aunque en los primeros años de jurisprudencia constitucional no se logró una línea uniforme sobre la aplicación del principio de proporcionalidad, a principios de los noventa ya se empezó a apreciar cómo la relación “medio-fin” iba siendo dotada de contenido. Como elementos principales se fueron definiendo “la adecuación de la medida para conseguir su teórica finalidad”, (SSTC 66/1991 y 142/1993); “la ausencia de medidas menos drásticas igualmente efectivas para conseguir la finalidad perseguida” (SSTC 62/1982 y 13/1985); “la medida objeto de control sea necesaria en una sociedad

democrática” (STC 141/1988, en la que el Tribunal Constitucional señaló que existían medios menos drásticos para garantizar el pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que la inadmisión en juicio de los documentos que no lo acreditasen); y “el equilibrio entre la medida de control, su resultado y la finalidad perseguida con la misma” (SSTC 37/1989 y 120/1990).

La proporcionalidad de una medida significa por lo tanto, para el marco constitucional idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, es decir, idoneidad respecto de si la medida es susceptible de conseguir el objetivo real propuesto, necesidad respecto de si no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y proporcionalidad en sentido estricto respecto de si la medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general, que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. El Tribunal Constitucional utilizó estos criterios de interpretación en numerosas sentencias (SSTC 66/1995, 55/1996, 207/1996, 136/1999, 186/2000, 265/2000, etc.), y deben ser analizados aquí para la comprensión de los argumentos expuestos sobre la inconstitucionalidad del nuevo artículo 25 de la LPI.

La relación “medio-fin” la constituyen en el caso que nos ocupa los elementos “remuneración compensatoria (o canon) – compensar perjuicios por copia privada”, y corresponde al Tribunal Constitucional apreciar si el canon puede con la nueva configuración entenderse efectivamente dirigido a compensar las pérdidas que sufre el autor por las posibilidades de realizarse copias privadas, o si por el contrario, tal y como se defiende, la medida así prevista para el mundo digital es desproporcionada y parece más bien prevista para compensar los cuantiosos daños producidos por un delito, la piratería.

Partiendo de que la **finalidad** pretendida por el medio utilizado ha de ser constitucionalmente legítima, cabe plantearse la posibilidad de que la medida persiga más de una finalidad. Se trataría de distinguir entre la finalidad inmediata (la compensación por la copia privada), que constituiría el medio para alcanzar la finalidad mediata, y ésta, la finalidad real perseguida (la compensación de las pérdidas provocadas por la actividad delictiva llamada piratería). Si se dan ambas

en un mismo supuesto, se da también la obligación de apreciar entre ellas la “idoneidad” sin incoherencias (STC 207/1996), caso que no se daría pues no es idóneo ni justo cobrar un canon a los usuarios de tecnología digital para combatir los perjuicios provocados por delincuentes en un sector determinado, aunque sirva además para compensar a los autores por las copias privadas que se hagan. Son las propias cifras de la recaudación anual del canon las que llevan a pensar que lo que se quiere combatir es el perjuicio provocado por la piratería, porque las cifras que arrojan las autoridades policiales cada año, se acercan más a aquella recaudación que a lo que se pueda intuir en las previsiones más optimistas como copia privada de obras protegidas, y más si estamos en un entorno de economía y trabajo eminentemente digital.

Por otra parte, y respecto del requisito de la **necesidad**, el Tribunal habrá de apreciar si existen o no medidas alternativas menos gravosas que la imposición de un canon a la tecnología, por el sacrificio innecesario que impone a otros derechos constitucionales (SSTC 76/1996 y 265/2000) como el previsto en el artículo 51 CE: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”, en relación con lo previsto en el Artículo 44 CE: “Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.” Respecto de la gestión de los derechos de autor, recordar aquí que como medidas menos drásticas, existentes hoy, para el control específico de las copias privadas (entre otras que pudieran concebirse en un futuro) se citan en este documento los Digital Rights Management o la posibilidad de que la compensación fuera remunerada junto al producto original, y en otro orden, para el control y persecución de la piratería, la utilización del sistema penal y el principio constitucional de la presunción de inocencia.

Se trata de lograr apreciar con todo ello, si existe o no la **proporcionalidad en sentido estricto**, es decir, si la medida es proporcionada o equilibrada en relación con su verdadera finalidad, por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, teniendo en cuenta las circunstancias de carácter fáctico y racional que la rodean, y para ello, se expondrán en el apartado

octavo las cifras y casos reales pertinentes del impacto económico del canon en el mercado de la tecnología, y por ende en el progreso cultural y desarrollo económico del país y de sus habitantes.

Por último, el hecho de que una Ley prevea un sistema impositivo así de desproporcionado, puede derivar además en la apreciación del parámetro del **control del artículo 9.3 CE**, si se estudia tanto la medida (canon) como su finalidad (compensación equitativa) de forma separada. Incluso, el mero hecho de que el sistema recaudatorio impida la realización efectiva de las excepciones, por la defectuosa y desequilibrada configuración legal que se le ha dado, puede derivar en un posible supuesto de interdicción de la arbitrariedad. Este artículo señala que:

Artículo 9

3.La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

La determinación del entorno o las condiciones relatadas para poder predicar la constitucionalidad de la medida prevista por el nuevo artículo 25 de la LPI, viene además sugerida por la propia Directiva 2001/29 en su considerando número 35, al decir que:

(35) En determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas. A la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos. Cuando los

titulares de los derechos ya hayan recibido una retribución de algún tipo, por ejemplo, como parte de un canon de licencia, puede ocurrir que no haya que efectuar un pago específico o por separado. El nivel de compensación equitativa deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas tecnológicas de protección contempladas en la presente Directiva. Determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago.

SÉPTIMO: El sistema de recaudación de la remuneración compensatoria, compensación equitativa o canon, no deja de ser la **recaudación de una cantidad de dinero** que, aunque teóricamente lo es en función de un concreto supuesto de hecho (la copia privada), en realidad se recauda **por la mera venta-distribución-adquisición de dispositivos digitales a través de una actividad económica**. Esta capacidad recaudatoria es además detentada por entidades privadas, con habilitación legal específica para ello.

No se está ante un servicio de solicitud voluntaria (si lo es la copia privada, pero no la compra de tecnología, pues hoy no es posible ignorar que es imprescindible para cualquier actividad laboral o económica), por lo que no puede considerarse un “precio”, tampoco es una utilización de dominio público, por lo que no puede considerarse una “tasa”, sin embargo, el impuesto es una prestación tributaria obligatoria, cuyo presupuesto de hecho no es una actividad del Estado referida al obligado, el impuesto es la prestación de dinero o en especie que establece el Estado conforme a la ley, con carácter obligatorio, a cargo de personas físicas y morales para cubrir el gasto público y sin que haya para ellas contraprestación o beneficio especial, directo e inmediato.

Esta situación es sorprendentemente similar a algún sistema recaudatorio estatal, por ejemplo el IVA, que es una prestación tributaria obligatoria, cuyo presupuesto de hecho no es una actividad del Estado referida al obligado y destinada a cubrir los gastos públicos. El impuesto es la prestación de dinero o

en especie que establece el Estado coactivamente, conforme a la ley, con carácter obligatorio, a cargo de personas físicas y morales para cubrir el gasto público y sin que haya para ellas contraprestación o beneficio especial, directo e inmediato. El IVA en concreto, es un impuesto que recae sobre las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas por empresarios y profesionales en el seno de una actividad económica, así como las adquisiciones intracomunitarias de bienes (importaciones de otro Estado miembro de la Unión Europea) y las importaciones (de terceros Estados), que se va trasladando en la cadena de producción hasta el consumidor final.

En este sentido y conscientes de las semejanzas entre una y otra figura (IVA y canon), es fácil adivinar en la remuneración compensatoria la creación de una nueva categoría jurídica de prestación patrimonial (impuesto) para el sector digital, de especiales características como el órgano recaudador y el destino de la recaudación. El propio artículo 25 utiliza terminología propia del sistema tributario para definir determinados detalles de la recaudación:

*12. La **obligación de pago de la compensación nacerá** en los siguientes supuestos:*

- c) Para los fabricantes en tanto actúen como distribuidores y para los adquirentes de equipos, aparatos y soportes materiales fuera del territorio español con destino a su **distribución comercial** en éste, **en el momento en que se produzca por parte del deudor la transmisión de la propiedad o, en su caso, la cesión del uso o disfrute de cualquiera de aquéllos.***
- d) Para los adquirentes de equipos, aparatos y soportes materiales **fuera del territorio español con destino a su utilización** dentro de dicho territorio, **desde el momento de su adquisición.***

13. Los deudores mencionados en el párrafo a) del apartado 12 presentarán a la entidad o a las entidades de gestión correspondientes o, en su caso, a la representación o asociación mencionadas en los

*apartados 8 a 11, ambos inclusive, dentro de los 30 días siguientes a la finalización de cada trimestre natural, una **declaración- liquidación** [...]*

[...]

*22. Los deudores y sus responsables solidarios permitirán a la entidad o entidades de gestión, o, en su caso, a la representación o asociación gestora, el control de las operaciones sometidas a la compensación y de las afectadas por las obligaciones establecidas en los apartados 13 a 21, ambos inclusive. En consecuencia, **facilitarán los datos y la documentación necesarios para comprobar el efectivo cumplimiento de dichas obligaciones y, en especial, la exactitud de las declaraciones liquidaciones presentadas.***

[...]

*24. El **Gobierno establecerá** reglamentariamente los tipos de reproducciones que **no deben considerarse para uso privado** a los efectos de lo dispuesto en este artículo; los equipos, aparatos y soportes materiales **exceptuados del pago de la compensación**, atendiendo a la peculiaridad del uso o explotación a que se destinen, así como a las exigencias que puedan derivarse de la evolución tecnológica y del correspondiente sector del mercado [...]*

*25. **El Gobierno podrá modificar por vía reglamentaria lo establecido en los apartados 13 a 21.***

Ante esto, es necesario recordar y plantearse que en España los impuestos en general tiene una severa regulación legal que raciona las potestades de los poderes públicos tanto para su configuración como para su recaudación, y sin embargo, en el caso del canon ni siquiera se observa lo establecido en la propia Constitución, en el artículo 31.1 al decir que *Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los*

principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

Se quiere por tanto llamar la atención sobre un sistema recaudatorio especial que ignora, no sólo el propio supuesto de hecho que lo origina (la copia privada), sino también los elementos y garantías que han de ser propios a cualquier sistema recaudatorio en una democracia. Incluso entendiendo el canon como una categoría especial de tributo creada ad hoc, no es admisible en democracia, exigir todo el rigor y garantías a los poderes públicos en su actividad (sea o no la recaudatoria) e ignorarlo cuando se atribuyen potestades idénticas y exclusivas a entidades privadas. También el reparto de poderes ha quedado marginado en la nueva redacción del artículo 25 cuando aparta del legislativo, y deja en manos de la potestad reguladora del gobierno, detalles como determinar *los tipos de reproducciones que **no deben considerarse para uso privado** a los efectos de lo dispuesto en este artículo; los equipos, aparatos y soportes materiales **exceptuados del pago de la compensación**, atendiendo a la peculiaridad del uso o explotación a que se destinen, así como a las exigencias que puedan derivarse de la evolución tecnológica y del correspondiente sector del mercado [...] o la modificación por vía reglamentaria de lo establecido en los apartados 13 a 21.*

En este sentido citar el artículo 133 CE:

1. *La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley.*
2. *Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes.*
3. *Todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de ley.*
4. *Las administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes.*

Y recordar que todo sistema impositivo debe además estar basado en criterios o principios como el de la neutralidad, por el que el diseño de los

tributos no puede condicionar, ni positiva ni negativamente, la actividad económica que se deriva de cada uno de los entornos afectados, o el principio de seguridad jurídica y flexibilidad, para el que el marco jurídico fiscal debe ser claro y preciso, así como flexible para adaptarse a los nuevos cambios.

El Tribunal Constitucional, ha opinado también sobre estos planteamientos, eso sí, lo ha hecho en relación con los poderes públicos, lo que nos presentará la idea de cuan estricto habría de ser un sistema igual o similar dirigido por particulares o entidades privadas con habilitación legal. En concreto la Sentencia 185/1995, en su fundamento jurídico tercero precisa que *Como hemos declarado en múltiples resoluciones, el principio de legalidad en materia tributaria responde en su esencia a la vieja idea, cuyo origen se remonta a la Edad Media, de garantizar que las prestaciones que los particulares satisfacen a los Entes públicos sean previamente consentidas por sus representantes; la reserva de ley se configura como una garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma y, en última instancia, como una garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano (STC 19/1987). En el Estado social y democrático de derecho la reserva cumple sin duda otras funciones, pero la finalidad última, con todos los matices que hoy exige el origen democrático del poder ejecutivo, continúa siendo la de asegurar que cuando un ente público impone coactivamente una prestación patrimonial a los ciudadanos cuente para ello con la voluntaria aceptación de sus representantes (...)* La imposición coactiva de la prestación patrimonial o, lo que es lo mismo, el establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla es, pues, en última instancia, el elemento determinante de la exigencia de reserva de ley; por ello, bien puede concluirse que la coactividad es la nota distintiva fundamental del concepto de prestación patrimonial de carácter público.

(...) Estaremos en presencia de prestaciones coactivamente impuestas cuando la realización del supuesto de hecho resulta de una obligación impuesta al particular por el ente público -por ejemplo cuando surge de la prestación de servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria- y también cuando, siendo libre la realización del supuesto de hecho, éste no

consiste en la demanda de un bien, un servicio o una actuación de los entes públicos, sino que la obligación de pagar la prestación nace sin que exista actividad voluntaria del contribuyente dirigida al ente público, encaminada por ello mismo, siquiera sea mediatamente, a producir el nacimiento de la obligación.

(...) Esto significa que deberán considerarse coactivamente impuestas no sólo aquellas prestaciones en las que la realización del supuesto de hecho o la constitución de la obligación es obligatoria, sino también aquellas en las que el bien, la actividad o el servicio requerido es objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar o, dicho, con otras palabras, cuando la renuncia a estos bienes, servicios o actividades priva al particular de aspectos esenciales de su vida privada o social. La dilucidación de cuándo concurren estas circunstancias deberá atender a las características de cada caso concreto sin que sea procedente añadir ahora mayores precisiones.

También deben considerarse coactivamente impuestas las prestaciones pecuniarias que derivan de la utilización de bienes, servicios o actividades prestadas o realizadas por los entes públicos en posición de monopolio de hecho o de derecho. Aunque el nivel de coactividad que deriva del monopolio público sea ciertamente menor que el que resulta del carácter imprescindible de los bienes, servicios y actividades que generan la prestación, no por ello puede considerarse irrelevante, ni subsumirse en este requisito, pues, aunque los servicios o las actividades no sean obligatorias, ni imprescindibles, lo cierto es que si sólo son los Entes públicos quienes los prestan, los particulares se ven obligados a optar entre no recibirlos o constituir necesariamente la obligación de pago de la prestación. La libertad de contratar o no contratar, la posibilidad de abstenerse de utilizar el bien, el servicio o la actividad no es a estos efectos una libertad real y efectiva.

Con esta amplia referencia a lo que significa la “coactividad” y sus efectos en un sistema tributario dirigido por entes públicos, se quiere mostrar la necesidad de su apreciación en el sistema del artículo 25 de la LPI, pues este

importante elemento plantea hasta qué punto se está o no ante un tributo de naturaleza especial, que no tiene por qué quedar exento de cumplir con las garantías propias de estas figuras, ya sea un proceso propio de reclamación de errores en la recaudación, ya sea una estricta reserva de Ley. Es cierto que el desarrollo de la Sociedad de la Información exige cierta flexibilidad en la delimitación de los aspectos que la regulan, pero eso no significa que deba quedar totalmente abierto e indeterminado el supuesto de hecho. En el caso del canon, véase la no determinación de los bienes que éste grava, presentes, pasados y futuros, siendo tan sólo detallados por lo que pueda implicar el confuso término “idoneidad”, y con la consiguiente incertidumbre sobre futuras invenciones y productos de almacenamiento digital de cualquier tipo de información. Ya no depende pues del uso que se de a la tecnología, esta especie de “impuesto solidario” se recauda simplemente bajo la premisa “progreso tecnológico”, y ¿por qué no un impuesto similar en las autopistas? Son idóneas para el tráfico de copias privadas, y más aún, de copias ilegales grabadas en soportes físicos digitales.

Por último, y en relación con los problemas de doble imposición, e incluso en ocasiones triple o más, que se ocasionan debido al pago de esta tarifa en varios dispositivos y soportes que intervienen en la realización de una sola copia, citar la llamada Sentencia “ECOTASA” (STC 289/2000, de 30 de noviembre de 2000), en cuyo fundamento jurídico 4º, que establece que:

Así, según hemos reiterado, “el hecho imponible es un concepto estrictamente jurídico que, en atención a determinadas circunstancias, la Ley fija en cada caso ‘para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria’” (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 14; y 186/1993, de 7 de junio, FJ 4), es decir, es el acto o presupuesto previsto por la Ley cuya realización, por exteriorizar una manifestación de capacidad económica, provoca el nacimiento de una obligación tributaria. Por el contrario, “por materia imponible u objeto del tributo debe entenderse toda fuente de riqueza, renta o cualquier otro elemento de la actividad económica que el legislador decida someter a imposición, realidad que pertenece al plano de lo fáctico”. De ahí que, en relación con una misma materia impositiva, el legislador pueda

seleccionar distintas circunstancias que den lugar a otros tantos hechos imponibles, determinantes a su vez de figuras tributarias diferentes. En suma, al "hecho imponible" —creación normativa— le preexiste como realidad fáctica la materia imponible u objeto del tributo, que es la manifestación de riqueza efectivamente gravada, esto es, el elemento de la realidad que soportará la carga tributaria configurada a través del hecho imponible exponente de la verdadera riqueza sometida a tributación como expresión de la capacidad económica de un sujeto.(...) "lo que el art. 6.2 prohíbe, en sus propios términos, es la duplicidad de hechos imponibles, estrictamente" [STC 37/1987, FJ 14; y en términos similares STC 186/1993, FJ 4 c)]. Es decir, la prohibición de doble imposición en él contenida atiende al presupuesto adoptado como hecho imponible y no a la realidad o materia imponible que le sirve de base. Por el contrario, el segundo límite reconduce la prohibición de duplicidad impositiva a la materia imponible efectivamente gravada por el tributo en cuestión, con independencia del modo en que se articule por el legislador el hecho imponible. En este segundo supuesto, que es el aquí enjuiciado, resulta vedado cualquier solapamiento, sin habilitación legal previa, entre la fuente de riqueza gravada por un tributo local y por un nuevo tributo autonómico.

OCTAVO: A modo de conclusión, debe hacerse especial referencia al impacto económico del sistema recaudatorio previsto por el nuevo artículo 25 de la LPI, y ello porque ya la propia Directiva 2001/29 en su considerando 38 señala la importancia de **no provocar efectos significativos en el desarrollo de la Sociedad de la Información:**

*(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. **Aunque las diferencias existentes entre tales***

sistemas de retribución afecten al funcionamiento del mercado interior, en lo que respecta a la reproducción privada analógica, dichas diferencias no deben tener efectos significativos en el desarrollo de la sociedad de la información (...).

Es indiscutible que la imposición de un canon a los elementos que intervienen en el desarrollo de la Sociedad de la Información (equipos, soportes o redes de comunicaciones electrónicas) representa una carga económica y fiscal que encarece la adquisición del producto o el uso de las redes y que se traduce en una mayor dificultad del usuario para acceder a los mismos, y ello al margen de la discusión de si el impacto económico es mayor o menor. Partiendo de la innecesaria distinción entre el impacto económico provocado para los derechos de autor y el impacto económico provocado por la copia privada (que ya ha sido aclarada en puntos anteriores), queda ver si esa dificultad puede frenar y retrasar el desarrollo de la Sociedad de la Información, actuando incluso en contra de medidas adoptadas por el Gobierno para situar a España en el lugar que le corresponde en el contexto internacional, en el campo de las tecnologías de información. Así reconocía esto el Dictamen elaborado por la Comisión Asesora sobre la Sociedad de la Información del Ministro de Industria, para la elaboración de la reforma de la LPI, de 16 de Mayo de 2006.

Igualmente esta Comisión informaba de que *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.*

Recientemente, el 4 de abril del 2006, se presentó públicamente la plataforma "Todos contra el Canon" con motivo de la tramitación parlamentaria de la reforma de la LPI, habiendo pasado del Congreso al Senado. Uno de los principales argumentos que esgrimen las organizaciones firmantes en contra del derecho de compensación equitativa es el hecho que el "... canon introduce una múltiple imposición, ya que se pagan los derechos al comprar o adquirir el contenido, y se vuelve a pagar por el hecho de almacenarlo en un dispositivo, o de moverlo a través de una red de telecomunicaciones. El canon, como

también se ha demostrado con el Canon Analógico, no erradica, en ningún caso, la piratería o el 'top manta' y, en algunos casos, incluso la incentiva, al incrementar el coste de los soportes y propiciar que la compra de CDs, como otros servicios de Internet, sean deslocalizados a otros países que no tienen estos gravámenes

Gravar en distintos momentos el mismo producto, provocando un efecto cascada, no puede sino demostrar la inoperatividad de la remuneración compensatoria para el lícito fin que en teoría se pretende, la copia privada. Además, lo ya señalado, este sistema de canon imperfecto no permite tomar en consideración el uso real por parte del consumidor, la importancia o valor real de una obra en particular, las intenciones del propio autor o el valor en el mercado de dicha obra, y lo que es peor aún, no permite una la prueba fehaciente de no idoneidad. Se manifiesta de nuevo la irracionalidad de la relación establecida entre la presunción "iure et de iure", se realiza la copia privada, porque el elemento es idóneo, y la presunción "iuris tantum" (se realiza la copia privada y hay que demostrar fehacientemente que no se realiza), y todo ello a pesar de haber entendido que eso puede ocurrir:

Artículo 25.7. c) de la LPI:

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

Con lo que se acrecentarán los problemas si, como se viene exponiendo, no hay un sistema justo de reclamaciones, ya que se pueden producir situaciones como la que plantea la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Alcalá de Henares, el 15 de Junio de 2005, en la que el juez señaló que "el art. 25.1 de la Ley de Propiedad Intelectual prevé que la reproducción realizada exclusivamente para uso privado de obras [...] originará una remuneración equitativa y única [...] dirigida a compensar por razón de la

expresada reproducción”. Añadía que el art. 16 de dicha ley “posibilita la repercusión de la remuneración al cliente”.

No obstante, precisa que “la remuneración compensatoria de los derechos de propiedad intelectual por reproducción realizada exclusivamente para uso privado tiene como presupuesto que se haya realizado dicha reproducción. Tal reproducción cabe entenderla presumida, pero ello es así cuando teleológicamente no cabe otra posibilidad”. En este caso, “el material adquirido (10 CD vírgenes) tiene un campo de posibilidades que no viene necesariamente circunscrito a servir de soporte a obras literarias, artísticas o científicas de ajena pertenencia”.

El canon se originó por la existencia de aparatos y dispositivos analógicos diseñados específicamente para la reproducción de copias de obras protegidas. Este era el destino de los antiguos cassettes, con la consiguiente imposibilidad técnica de hacer un control individualizado del uso real que se hacía de esos productos analógicos. No es necesario acudir a ningún estudio ni informe oficial para entenderlo así por quienes los utilizábamos entonces. Hoy los equipos y materiales que permiten el procesamiento, almacenamiento o copias digitales, e incluso que permiten el adecuado control de las copias digitales que se realizan, tienen tal cantidad de funciones y usos incorporados que no cabe comparar un dispositivo digital con uno analógico en su uso diario en el mercado español actual.

Y es por ello, y no por mera figuración teórica, que la Directiva 2001/29 señala al respecto que la justa compensación debe de tener en cuenta la existencia o no de medidas tecnológicas de protección, así como el daño realmente causado y la existencia de otras compensaciones para el titular.

Pero para poder entender el verdadero impacto económico del canon en la Sociedad de la Información, es necesario hablar de las cifras que genera la recaudación del canon, y si ponemos estas cifras en comparación con las posibilidades que tiene por ejemplo una partida de CDs adquirida por la Administración Pública o por una empresa, de llegar a almacenar copias

privadas de derechos de autor, se pondrá en evidencia el significado de “múltiples usos”.

La aplicación del canon ha demostrado que los ingresos de las Entidades de Gestión en España en concepto de copia privada han pasado por ejemplo, de 31 a 114 millones de euros desde el año 2002 al 2004, lo que representa un incremento del 267% (cifras contrastables con documentación de las propias entidades gestoras, y en la que se puede comprobar además que hoy ese porcentaje es mayor). Si se tiene en cuenta que en el precio del producto digital el canon representa porcentajes superiores incluso sobre su propio valor, por ejemplo representando aproximadamente el 50% del precio medio del producto en el caso de los CD-R y de más del 100% en el caso de los DVD, habría que tener en cuenta además que el elevado importe del canon incentiva el fraude, pues posibilita márgenes comerciales muy elevados. Otro ejemplo es el DVD grabador para cuyo precio de mercado el canon ha pasado de representar aproximadamente un 2% a más del 20%, y ya sólo un canon igual o superior al 3% del precio del producto eleva las importaciones de países que no lo aplican, incrementa los costes de gestión y supone un potencial perjuicio injustificado a las ventas del sector tecnológico español. El incremento de precio de cara al consumidor como consecuencia de la aplicación del canon es incuestionable, y con ello, el hecho de que se sitúe en desventaja competitiva a las empresas en España frente a las de otros países frenando el desarrollo de la Sociedad de la Información.

Es más, ni siquiera con cifras puede ser aceptado el argumento de un ocasional resarcimiento, con el canon, de los perjuicios que la denominada “piratería discográfica” puede ocasionar a los autores y editores representados por las entidades firmantes del acuerdo anterior, y ello simplemente observando las cifras para algunos soportes, un año después de su firma:

Soporte	Ventas 2004	Total Canon	Total Canon	Pesetas
		Canon	Euros	
CD-R data	200.000.000	0,17	34.000.000	5.657.124.000
CD-RW data	6.200.000	0,17	1.054.000	175.370.844
CD-R/rw audio	4.350.000	0,40	1.740.000	289.511.640
DVD data	13.162.500	0,60	7.897.500	1.314.033.435
DVD video	7.087.500	1,40	9.922.500	1.650.965.085
		TOTAL	54.614.000	9.087.005.004

- Fuente: Report BSA - Understanding & Solutions
- Se han considerado los CDs de 80 Minutos (700 MB) y los DVD de 4,7 GB

En otro orden de problemas en el mercado, hay que plantear lo que ocurre en relación con la defensa de la competencia. Se quiere citar aquí la Sentencia *Vidrio Plano Italiano* de 1992:

(...) si dos o más empresas independientes disfrutaran en común, de un adelanto tecnológico que les confiera la posibilidad de comportarse en gran medida independientemente frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente sus consumidores". Esto es así en el presente caso, pues dos o más entidades de gestión sacan provecho en común de un adelanto tecnológico, disfrutan de que sea apto para, entre otros miles de usos, el de reproducción de derechos de autor, comportándose no sólo de manera independiente ante sus clientes (los autores) y los consumidores (los usuarios de derechos de autor protegidos), sino por extensión abusiva, frente a los clientes y consumidores de la otra parte del acuerdo, usuarios (compradores) de soportes digitales para usos privado lícito distintos de los protegidos por la LPI.

Incluso deben citarse los problemas en relación con el comercio exterior, pues ya en Francia ocurrió que cuando un distribuidor de equipos y soportes, interpuso una demanda (Tribunal de Commerce de Bobigny 15 September 2005 SA Rue du Commerce) contra minoristas online de Alemania y de Reino Unido por competencia desleal, pues resulta que los minoristas online de estos países no sufrían en sus exportaciones, las tasas que sufría Francia para exportar a dichos lugares. El problema es que no hay jurisdicción sobre los minoristas online, ni para las aludidas adquisiciones on-line que pueden ser similares a las adquiridas en régimen de viajero (puedes comprar para uso privado físicamente en el extranjero y solicitar su transporte a un tercero, o bien comprar on-line para uso privado).

En España, los minoristas se encontrarán de nuevo (a pesar de la reforma) con que por una parte se mantiene el problema de la adquisición de productos digitales sin canon por los consumidores, ya sea en régimen de viajeros físicos o de viajeros virtuales, y por otra, la aplicación y retroactividad

tanto del acuerdo del año 2003 que sustenta el sistema recaudatorio, que aún se supone vigente, como de las disposiciones transitorias. A día de hoy, muchas PYMES del sector tecnológico, deben lo comercializado con carácter retroactivo, remontándose a fechas anteriores al acuerdo origen, y debiendo lo que decidan comercializar en un futuro, sin saber exactamente qué será gravado y que no. Al estar las tarifas digitales aún por pactar, y al existir igualmente el carácter retroactivo tienen una deuda adquirida que supera al margen de beneficio.

Este gremio ha sopesado la posibilidad de aplicar la tasa (aún sin determinar) a los consumidores, estimándola en relación a la que se les está reclamando judicialmente, por ejemplo, 6,61 euros mas IVA por grabadora de DVD de ordenador, o 16,61 euros por un escaner, lo que les vuelve a expulsar del mercado por no resultar de ello un precio competitivo ni asequible al consumidor, que encuentra mejor oferta en grandes superficies, franquicias, bazares etc.

La progresión de la alteración del mercado interno está llevando al inevitable cierre de multitud de PYMES. La supervivencia de éstas, queda limitada a aquellos que se encuentren capacitados económicamente, para crear un nuevo sistema de negocio que consista en la importación directa, aplicación de tasas y eliminación del margen de sus proveedores (ASIMELEC).

La actual regulación prevista por la reforma del artículo 25, supone por lo expuesto gran inseguridad jurídica y el riesgo de una alta litigiosidad, que se manifiesta en el criterio que con carácter retroactivo se adopta respecto del alcance de las disposiciones de las normas en vigor desde el año 1994 (párrafo octavo del apartado II de la Exposición de Motivos y apartado 1 de la Disposición Transitoria Única).

La legislación sobre propiedad intelectual debe garantizar un equilibrio entre los intereses de los autores y los intereses de todos aquellos que contribuyen al desarrollo de la Sociedad de la Información, entre los que ocupan un destacado papel las empresas del sector. Más aún si se tiene en cuenta que existen otras fórmulas legales y tecnológicas para defender los

intereses de los creadores. Si se rompe ese equilibrio se perjudicará la competitividad de las empresas y se perderá la oportunidad que ofrecen las nuevas tecnologías para impulsar el desarrollo económico en España.

Como conclusiones sobre el impacto económico, reiterar únicamente la falta de un sistema sencillo y eficaz que permita destruir la presunción de que todo uso de equipos, soportes o aparatos digitales se realiza generando la deuda del canon, un sistema que no provoque sanciones con efectos retroactivos que puedan acabar con el sector PYME en tecnología, un sistema en definitiva coherente con las propias previsiones legales, tales como tener en cuenta las circunstancias de progreso, el uso real de la tecnología, los dispositivos o medidas de protección, criterios que para la fijación de la cuantía de la compensación equitativa atiendan al daño efectivo y no al daño potencial (para evitar que con el canon se persiga una compensación a los daños causados por la piratería).