

La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia (*)

I. INTRODUCCION

La fotocopia se ha convertido ya, desde hace algunos años, en parte integrante de la vida diaria de casi todos. Algunos producen fotocopias, bien como actividad principal —establecimientos de copistería— o secundaria —bibliotecas, oficinas públicas, centros de enseñanza, despachos profesionales—; la mayoría somos, en alguna ocasión cuando menos, consumidores de fotocopias, en cuanto que usuarios o miembros de alguno de estos centros donde se desarrolla actividad de fotocopia.

Este fenómeno de la reproducción en fotocopia afecta, de manera no despreciable, a obras protegidas por derechos de autor y, por ende, a los titulares de éstos.

En este trabajo se pretende analizar esta incidencia a la luz de la función y consecuencias sociales de esa institución llamada propiedad intelectual, así como sostener la posibilidad —y conveniencia— de comprender la entera reglamentación jurídica de la fotocopia de obras protegidas (1) en el sentido que resulta más eficiente en relación al cumplimiento de los objetivos de la propiedad intelectual en cuanto esquema de regulación. En particular, se pretende mostrar cómo la determinación del alcance e inter-

(*) Agradezco los comentarios y sugerencias de Santos Pastor, Alicia Real, Philip von Randow y Steven Shavell.

El trabajo se realizó mientras fui Visiting Scholar en la Harvard Law School, cuya hospitalidad, encarnada en Steve Shavell, quiero agradecer, así como la ayuda financiera de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación.

(1) Aunque la exposición y los resultados se restringen específicamente a la cuestión de la fotocopia, creo que en lo fundamental, cabría su extensión a los restantes ámbitos de copia de bienes intelectuales (copias realizadas por medio de aparatos de audio y videograbación).

pretación de los preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 aplicables a la copia, resulta condicionada por su relación con los instrumentos de compensación a disposición de los titulares de derechos de autor y las respectivas ventajas y desventajas, en términos de eficacia, de dichos instrumentos.

Para poder alcanzar estas conclusiones acerca de la normativa española sobre la fotocopia es preciso, como ya se ha apuntado, realizar una previa indagación de carácter teórico en torno al sentido de la propiedad intelectual como institución jurídica y social, sus efectos generales sobre la sociedad y el impacto que en este panorama representa —representó, para ser más exactos— la aparición y difusión de la copia. La regulación de la copia en la Ley de Propiedad Intelectual puede concebirse como un intento de restablecer el equilibrio en el sistema de la propiedad intelectual, aunque sea un equilibrio parcialmente distinto al que se daba antes del impacto de la copia.

Por consiguiente, la parte I del trabajo se ocupa del fundamento y función de ese régimen particular que es la propiedad intelectual, formulando la hipótesis —compatible con explicaciones diversas, en otros planos— de que, como institución social, persigue la promoción de incentivos a la creación de bienes intelectuales (obras artísticas, literarias, científicas, etc.), los cuales, en principio, la sociedad estima valiosos.

A continuación trata de precisar cómo es posible conceptuar teóricamente la posición global que el derecho de autor atribuye a su titular, a los efectos de poder analizar sus consecuencias. No se trata de un examen de las distintas facultades y situaciones jurídicas subjetivas que el sistema legal atribuye al autor, sino de calificar el conjunto de todos ellos en relación a ciertas categorías teóricas que permiten servir de base a la formulación de previsiones acerca del comportamiento de autores y público consumidor de obras intelectuales.

La parte III trata de ofrecer, esquemáticamente, el enunciado de los efectos que la fotocopia generalizada acarrea en relación a la situación de los titulares de derechos de propiedad intelectual y del público en general.

Los mecanismos de regulación son el objeto de la parte IV. En ella se examinan el canon compensatorio del artículo 25 LPI y el sistema de autorizaciones o licencias de fotocopia otorgadas por los autores y, en particular, sus respectivas ventajas y desventajas.

La parte V, por último, trata de aclarar el alcance normativo de los artículos 31.2 y 37 LPI, que son aquellos a los que, fundamentalmente, la Ley reserva la delimitación de la realización de copias en relación al consentimiento de los titulares de los derechos de reproducción.

Antes de comenzar con la parte I es necesaria una referencia terminológica. A lo largo del trabajo voy a utilizar los términos «autor», «productor de bienes intelectuales» y «creador» como sinónimos; además, con éstos se

pretende englobar tanto al autor en sentido estricto como al editor, y ello porque, aun siendo evidentemente una simplificación, resulta útil por dos razones de orden diverso: contar con un polo del problema —la parte activa, de producción frente al exterior de originales de obras del espíritu— configurando unitariamente, por más que ello sea en parte ficticio, permite obviar lo que sucede en su seno, para concentrarse en sus relaciones y conflictos con los otros actores del drama (productores de copias, consumidores de originales y de copias).

En segundo lugar, por razones de orden expositivo, ya que permite evitar repeticiones, digresiones e incisos aclaratorios, por desgracia ya bastante frecuentes, sin necesidad de esta simplificación.

No obstante todo ello, es obvio que los intereses de autores y editores no siempre —probablemente, incluso no a menudo— son coincidentes, y esta discrepancia, sin duda, podrá aflorar, debilitando tal vez el peso de alguno de los argumentos ofrecidos, sin por ello —al menos así lo creo— eliminar la validez de éstos (2).

II. LA FUNCION DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

II.a) ASPECTO PATRIMONIAL Y ASPECTO MORAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El derecho de autor confiere a su titular una posición jurídica ciertamente peculiar. Basta un somero examen del capítulo III, título II (arts. 14-25) LPI para reconocer la heterogeneidad del contenido del derecho de autor.

Esta diversidad suele agruparse conceptualmente en torno a una *summa divisio*: aspecto moral y aspecto patrimonial, o derecho moral de autor y derecho patrimonial. Como señala el artículo 2 LPI, «la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial».

En la indagación acerca de la significación y consecuencias sociales de la propiedad intelectual voy a centrarme exclusivamente en el segundo de los planos citados.

Con ello, sin embargo, no se pretende ni entrar, ni tomar partido, en el debate acerca del carácter unitario o dual del derecho de autor (3). Todo

(2) Para un interesante análisis de los conflictos de interés entre ambos y sus consecuencias, Vid. PLANT: «The Economic Aspects of Copyright in Books», en *Economica*, 1934, pág. 185; BESEN: «New Technologies and Intellectual Property: An Economic Analysis», *Mimeo*, Rand Corporation (1987), pág. 36.

(3) Vid., para un repaso de las principales posiciones en la polémica, LACRUZ: *Comentario al artículo 2*, en BERCOVITZ (coordinador): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1989, pág. 34; BAYLOS: *Tratado de Derecho industrial*, Madrid, 1978, págs. 385 y sigs.; VOGEL, en SCHRICKER (dir.): *Urheberrecht Kommentar*, Munich, 1987, pág. 81.

lo que a lo largo del trabajo se expondrá es compatible, a mi juicio, con cualquiera de las posturas sobre la naturaleza de la propiedad intelectual. Mucho menos, por ende, se pretende sostener la independencia de ambos aspectos (4); sí, en cambio, asumir la posibilidad de una justificación propia para el aspecto patrimonial tal y como se presenta real y actualmente y, por tanto, la posibilidad de que el aspecto moral viniese acompañado de un derecho patrimonial configurado de modo sustancialmente diverso al presente. Cabe, pues, preguntarse sobre el fundamento y el papel del derecho patrimonial de autor tal y como lo conocemos en sus rasgos esenciales —básicamente, con un modelo común en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos. Y es este plano, además, el que creo que incide más directa e intesamente en el bienestar de la colectividad en general —aparte del sector de población que puedan representar los creadores (5)— y, en todo caso, es el más relevante en cuanto al fenómeno particular que aquí interesa, que es el de la fotocopia, dentro del cual la consideración del derecho moral de autor parece no desempeñar un papel de trascendencia.

Por tanto, el uso que haré del término «derecho de autor» debe entenderse con las restricciones que se deducen de lo apenas señalado, en el sentido de no referirse al aspecto moral o personal; esto es, como equivalente —sólo a estos efectos, claro es— a derecho de explotación, e incluso dado el ámbito de interés específico, a derecho de reproducción (6).

II.b) PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHO DE DOMINIO

¿Y en qué consiste este derecho de explotación? En palabras de LACRUZ, consiste en «el aprovechamiento económico del derecho de autor, en régi-

(4) Una muestra de ello puede hallarse, entre otras, en las cautelas, limitaciones y especialidades que imponen los distintos sistemas jurídicos a la transmisión de los derechos de explotación del autor frente al régimen de general libertad de transmisión y autonomía de la voluntad que rige de ordinario los derechos patrimoniales: artículos 14.6, 43, 45, 48, 50 LPI; S 203 y 204 Copyright Act estadounidense de 1976; S 36 (1) S 37, S 41 (1) (4); S 42 (1) (2), Urheberrechtsgesetz alemana.

(5) No se pretende ignorar la trascendencia que el tratamiento, en términos de derechos morales o personales, que reciban los creadores por parte del sistema jurídico tenga en el conjunto de éste. Sin embargo, parece que esto trasciende a la sociedad en general en menor medida que aquello en lo que ésta resulta directamente afectada por la propiedad intelectual: por ejemplo, la licitud o no de hacer fotocopias, grabar en audio o en vídeo, ciertas obras, el incremento o no del precio de los aparatos de reproducción y de las copias son factores condicionados por el alcance del derecho de explotación y que tocan de manera directa al público en su conjunto.

(6) Tampoco el uso de las expresiones derecho de explotación o «derecho» de reproducción, en vez de calificar a éstos como «facultades», como sería tal vez más correcto, desde el punto de vista de la dogmática del derecho subjetivo (*Vid.* BERCOVITZ:

men de monopolio» (7); esto es, la exclusiva en la producción física de cualesquiera soportes materiales o formas de exteriorización del bien intelectual y en la difusión, reproducción y manifestación de éstos.

Sin duda, la facultad de exclusión es parte integrante —y esencial— del común y ordinario derecho de dominio. Pero el derecho de autor atribuye a su titular un plus exorbitante respecto al titular dominical, ya que le permite impedir cualquier difusión de los soportes materiales o manifestaciones de la obra (8).

Por ejemplo, el propietario de un manzano de extraordinaria calidad puede ciertamente excluir del consumo de sus manzanas a quienes no las hayan adquirido previamente. Pero una vez que ha vendido una manzana, no puede oponerse a que el comprador plante las pepitas en su terreno, obtenga un manzano y consiga frutos de idéntica calidad.

En cambio, el autor, tras vender ejemplares de su obra, puede impedir que los adquirentes de éstos realicen y distribuyan copias de los mismos.

Cabe, por supuesto, recurrir a una respuesta rápida: en un caso, se trata de propiedad sobre objetos materiales; en el otro, la propiedad recae sobre un objeto inmaterial —el bien intelectual—, con independencia de la propiedad sobre los medios en que éste viene fijado.

Pero en ella sólo se da respuesta al «¿cómo?», pero no al «¿por qué?» del derecho de explotación del autor y a las restricciones que éste comporta para los adquirentes de ejemplares de la obra y, en general, para los potenciales usuarios del bien intelectual y a la sociedad en general. Se nos dice en qué consiste —en su expresión más básica— este derecho de los creadores, en términos de comparación con el derecho de dominio sobre cosas del mundo físico; pero no ofrece ninguna justificación de por qué deba ser así, ni en términos morales, ni finalísticos ni meramente prácticos. Parece latir implícitamente en esta respuesta, la idea siguiente: como básicamente —aunque no en todos sus extremos, por supuesto— la propiedad intelectual no es diferente de la propiedad ordinaria —sólo su objeto lo es—, aquélla no requiere ninguna justificación, como tampoco ésta la precisa. Aun así, todavía le quedarían por explicar las razones de la diversidad entre los regímenes específicos de una y otra especie de propiedad, sin duda más intensos que los que dan entre distintas subclases

Comentario al artículo 1, en BERCOVITZ (coord.): *Comentarios...*, cit., pág. 27), no implica, subrepticamente, adoptar una postura dualista. En primer lugar, esta es la terminología de la LPI (cfr., por ejemplo, arts. 2, 17, 42, 43, 58 LPI); y en segundo, es posible, según algunos, que ciertos derechos de tipo complejo tengan como componentes a otros derechos; JARVIS THOMSON: *The Realm of Rights*, Cambridge (MA), 1990, pág. 66; FEINBERG: *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, 1973, pág. 70.

(7) LACRUZ, *op. cit.*, pág. 41.

(8) Aunque el derecho de explotación cuenta, en contrapartida, con la importante limitación de la temporalidad: artículo 26 LPI, lo que no ocurre con el dominio.

del dominio sobre cosas materiales —muebles e inmuebles, por ejemplo- (9).

Y todo ello a expensas de aceptar la asunción —no justificada— de la equivalencia sustancial entre derecho de autor y derecho de dominio.

Y este presupuesto no resulta aceptable (10). Sin ánimo de exhaustividad, basta reseñar dos razones de cierta trascendencia: en primer lugar, el dintinto papel que juega la facultad de exclusión en el contenido de uno y otro derecho. Así, en el derecho de propiedad ordinaria, esta facultad de excluir a otros de la cosa es el medio de proteger el goce propio del titular dominical; en el derecho de autor, la exclusividad es el contenido de goce, en cuanto ésta puede ser ejercitada por el mismo titular o excepcionarse a cambio de una compensación económica —traducción última del goce en este ámbito— (11).

En segundo lugar, la presencia de unos sujetos que no son simples terceros respecto al objeto del derecho: son los propietarios de los medios de fijación material de la creación intelectual.

Estos ven limitadas sus facultades respecto a un bien material de su propiedad: no pueden reproducirlo o comunicar públicamente el mensaje en él plasmado (art. 56.1 LPI) (12).

(9) El derecho de autor puede entrar en colisión, en algunos casos, con la libertad de expresión y de información (por ejemplo, un personaje público que se opone a que se reproduzca en una biografía o reportaje, fragmentos de escritos o discursos de las que es autor). El supuesto se ha presentado ya, con frecuencia, ante los Tribunales norteamericanos: *Rosemont Enters v. Random House Inc.*, 366 F2d 303 (2d Cir. 1966); *Meeropol v. Nizer*, 520 F2d 1061 (2d Cir. 1977); *New Era Publications Int'l Aps' v. Henry Holt & Co.* 873 F. 2d 576 (2nd Cir. 1989). *Vid.*, sobre ello, DENICOLA: «Copyright and Free Speech: Constitutional Limitations on the protection of Expression», en *Cal. L. Rev.*, 1979, pág. 283.

(10) En el mismo sentido de señalar la divergencia sustancial entre ambos: LACRUZ, *op. cit.*, págs. 36 y 38; FRANCESCHELLI: «Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur», en *Studi riuniti di diritto industriale*, 2nd ed., Milán, 1972, pág. 72; NORDEMANN, en FROMM/NORDEMANN: *Urheberrecht Kommentar*, 7.^a ed., Stuttgart, 1988, pág. 51; VON GAMM: *Urheberrechtgesetz*, Munich, 1968, págs. 65 y 67; más extenso, acerca de las relaciones entre «Immaterialgueterrechte» y «Sachenrechte», TROLLER: *Immaterialgueterrecht*, t. 1, 3.^a ed., Basilea, 1983, pág. 55. Sin embargo, es cierto que también existen paralelismos estructurales entre los dos: GORDON: «An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent and Encouragement Theory», en *Stanford L. Rev.*, 1989, págs. 1354 y sigs.; LITMAN: «Public Domain», en *Emory L. J.*, 1990, pág. 971.

(11) BAYLOS, *op. cit.*, pág. 212; FRANCESCHELLI, *op. cit.*, págs. 68 y sigs.

(12) En el caso de obras plásticas, la situación es bien distinta. Dada la mayor unidad entre bien intelectual y soporte de éste (porque sólo hay uno que es verdaderamente «la obra de arte»), el destino del derecho de explotación está ligado de manera muy sustancial a la propiedad del «original» de la obra plástica: artículo 56.2 LPI. *Vid.*, sobre las relaciones a que este especial carácter de la obra plástica da lugar, SCHOEFER: *Die Rechtsverhältnisse zwischen dem Urheber eines Werkes der bildenden Kunst und dem Eigentümer des Originalwerkes*, Munich, 1984, págs. 40 y sigs. En general, sobre

Y no puede decirse que el que adquiere un soporte material (libro, disco) adquiere sólo éste y no el bien intelectual cuya exteriorización y recepción permite y que, por ello, el autor retiene el dominio sobre aquél.

Aparte de la dificultad de separar, una vez engarzadas, creación intelectual y soporte (*joint supply*, en términos económicos) sobre todo a efectos de determinar a qué se dirige la voluntad negocial de compra, en todo caso, el orden sería el inverso: dado que previamente existe propiedad intelectual, el adquirente de un ejemplar no recibe, con éste, toda una serie de facultades; y no al contrario, que al no adquirirse éstas por los compradores de ejemplares quedan comprendidas en el derecho de explotación del autor (13).

Parece, por consiguiente, que debemos exigir una justificación funcional autónoma para la propiedad intelectual, con independencia de la predicable para el derecho de propiedad en general.

II.c) LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO RECOMPENSA DEL ESFUERZO CREADOR

En una aproximación general, es posible adscribir conceptualmente las diversas justificaciones que tradicionalmente se han ofrecido para ese régimen peculiar que es el derecho de autor a dos polos esenciales: uno de ellos vendría dado por la justificación consistente en la idea de la recompensa (en sentido amplio) al autor por su trabajo creador; el otro, por aquella otra justificación, de sabor hegeliano, que se apoya en el principio de que la obra es una emanación de la personalidad de su autor y, por ende, necesariamente —si se quiere respetar ésta— sometida a su poder y voluntad (14).

Sin embargo, ambas posiciones ofrecen algunas debilidades, así como contradicciones con el régimen positivo del derecho patrimonial de autor.

La primera de ellas, la teoría del trabajo (15), resulta ambigua respecto al «qué», en concreto, ha de ser recompensado. La remuneración puede

la disolución o no del derecho patrimonial de autor y la propiedad de los ejemplares, en términos de los costes de transacción para los usos de la obra, LANDES: «Copyright Protection of Letter, Diaries and Other Unpublished Works: An Economic Approach», *Mimeo*, University of Chicago, Law School, 1991, pág. 7.

(13) *Vid.*, sobre ello, ARE: *L'oggetto del diritto di autore*, Milán, 1963, págs. 232 y sigs.; ULMER: *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlín, 1960, pág. 13.

(14) Una excelente revisión y análisis de ambas justificaciones en HUGHES: «The Philosophy of Intellectual Property», en *Georgetown L. J.*, 1989, pág. 287. *Vid.* también el detallado examen de BAYLOS, *op. cit.*, págs. 460 y sigs.

(15) Esta teoría deriva de la doctrina de LOCKE sobre los derechos —en especial la propiedad— naturales: LOCKE; *Two Treatises on Government*, Cambridge edition 1988, págs. 237 y sigs.; *vid.* la reciente defensa de la misma en WEINREB: «Toward a Fair Use Standard», en *Harvard L. Rev.*, 1990, pág. 1138; YEN: «Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession» en *Ohio State L. J.*, 1990, págs. 536 y sigs.; con

referirse, de un lado, al «esfuerzo creador» del autor (esto es, el trabajo y talento invertidos en la producción de la obra), y de otro, al valor o beneficio social derivado de la obra creada y atribuible, por tanto, a su autor.

Si se resuelve por la primera (16) nos encontramos con la imposibilidad de armonizarla con la realidad del derecho de explotación del autor. En efecto este derecho se atribuye por parte de los sistemas jurídicos con independencia de medición alguna del trabajo que su creación haya supuesto; además, la recompensa viene dada por los beneficios económicos que la explotación de la obra confiera, y ello tiene poco (o nada) que ver con el trabajo que ésta haya llevado consigo: un novelista de éxito que en pocas semanas es capaz de escribir un «best-seller» obtiene una recompensa muy superior a la del oscuro autor que, en horas robadas al sueño durante años, escribe una obra que no alcanza un éxito de ventas.

La segunda opción parece, sin embargo, poder obviar las objeciones apenas señaladas en cuanto a la concordancia de la recompensa con lo recompensado, ya que no es el trabajo, sino el beneficio social añadido por la obra lo que se retribuye, y éste puede determinarse —aunque no perfectamente, claro es— indiciadamente por la voluntad del público de adquirir o consumir la misma, que es la que, al tiempo, fija el montante de la recompensa (17).

Hay un lugar, pues, aparentemente, para predicar la asignación del derecho de autor como consecuencia natural (entendido el término, bien estrictamente, como verdadera atribución del Derecho natural, bien como resultado lógico y plausible; ambas posibilidades se han dado y serían compatibles con el razonamiento anterior) del valor social añadido por la producción de la obra.

Ahora bien, aun admitiendo que todo el beneficio para la colectividad que se deriva de un bien intelectual, sea atribuible a su creador inmediato

algunas matizaciones, en SPECTOR: «An Outline of a Theory Justifying Intellectual and Industrial Property Rights», en *European Intellectual Property Review*, 1988, pág. 270. Vid. asimismo la discusión, más general, en FEINBERG, *op. cit.*, pág. 114, y BECKER: *Property Rights*, Londres, 1977, pág. 89; WALDRON: *The Right to Private Property*, Oxford, 1988, pág. 137; MUNZER: *A Theory of Property*, Cambridge, 1990, pág. 254.

(16) Para algunos, sólo ésta tendría una base ética para exigir recompensa o remuneración. Más aun, sólo el esfuerzo o desutilidad del trabajo, en sentido estricto, es lo que merece moralmente una compensación: RACHELS: «What People Deserve», en ARTHUR y SHAW (ed.): *Justice and Economic Distribution*, Englewood Cliffs, 1978, pág. 152; HETTINGER: «Justifying Intellectual Property», en *Philosophy & Public Affairs*, 1989, pág. 42, y FEINBERG, *op. cit.*, págs. 116-117.

(17) Para una mayor simplicidad del razonamiento, se está ignorando el efecto que en el valor económico del derecho de explotación y, por consecuencia, en la recompensa, tienen factores como la publicidad, precios de bienes sustitutivos del bien intelectual, o la mejor o peor situación económica de la sociedad, etc., factores todos ellos ajenos al incremento del beneficio social debido a la creación.

(el autor en el sentido de la LPI) (18), dicha justificación no encuentra explicación para muchos rasgos esenciales de la propiedad intelectual.

En efecto, ¿qué sentido tiene, en la línea de razonamiento que se critica, la limitación temporal del derecho de autor? Si el valor social se incrementa por el uso de las generaciones futuras —como así parece ser—, el derecho de explotación debería sobrevivir para obtener los ingresos de este beneficio social.

Tampoco tiene sentido, bajo esta óptica, la inexistencia de propiedad intelectual sobre ideas. En efecto, las ideas, teorías, puros conocimientos, métodos intelectuales o conceptos no determinan un derecho exclusivo de explotación para los creadores de las mismas (aunque sí resulte protegida la específica expresión, por cualquier medio, de la idea) (19). ¿Es que acaso las ideas no tienen valor social? ¿Puede decirse que la aparición de ideas tan dispares como la teoría de la evolución, el cálculo infinitesimal, la exposición del Derecho civil según el esquema de Savigny, la idea de un Tribunal especial para controlar la constitucionalidad de las leyes, la idea de ofrecer cupones de descuento para atraer nuevas compras de un producto, la idea de utilizar un esquema contractual como la franquicia para ampliar la red de distribución de un fabricante, la idea de rellenar una tortilla con gambas o espárragos, o la idea de una obra de ficción sobre los amores de dos jóvenes cuyas familias están enfrentadas, no añade ningún valor positivo para la sociedad?; si esto es así, ¿por qué los creadores o descubridores de ideas tales no reciben «como consecuencia natural» una parte al menos del valor social que sus ideas han generado?

(18) HETTINGER, *op. cit.*, pág. 38, y LITMAN, *op. cit.*, pág. 1010, lo discuten, resaltando el papel que la tradición, el ambiente social y las previas aportaciones de otros juegan en el valor añadido por un bien intelectual.

(19) Este principio de la inexistencia de propiedad intelectual sobre ideas se admite en los distintos sistemas jurídicos: en España, *vid.* BERCOVITZ: *Comentario al artículo 10*, en BERCOVITZ (coord.), cit., pág. 212; BAYLOS, *op. cit.*, pág. 529; en Alemania, SCHRICHER (dir.), cit., pág. 102; VINCK, en FROMM/NORDEMANN, cit., pág. 60; VOM GAMM, cit., pág. 177; en Estados Unidos la Sec 102, b), Copyright Act prevé expresamente la exclusión de ideas, principios, conceptos, etc. de su ámbito de protección. Sin embargo, esta aparente tajante distinción entre idea y expresión ha planteado numerosas dudas a la hora de fijar su contenido en concreto; de ahí la amplia, compleja e insegura aplicación jurisprudencial: *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F2d 119 (2d Cir. 1930); *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 45 F2d 81 F2d 49 (2d Cir. 1936); *Morrissey v. Procter & Gamble Co.* 379 F2d 675 (1st Cir. 1967); *sid & Marty Krafft Television Productions Inc. v. McDonald Corp.*, 562 F2d 1157 (9th Cir. 1977), *vid.* sobre ello, GOLDSTEIN: *Copyright Principles, Law and Practice*, Boston, 1989, t. I, págs. 76 y sigs.

Recientemente, incluso se ha criticado dicha dicotomía, sosteniendo la imposibilidad de distinción *a priori* y genérica entre idea y expresión: GORDON: «Toward a Jurisprudence of Benefits: The Norms of Copyright and the Problem of Private Censorship», en *University of Chicago L. Rev.*, 1990, pág. 1023; SHEPARD WILEY JR.: «Copyright at the School of Patent», en *University of Chicago L. Rev.*, 1991, pág. 5.

Parece, por consiguiente, que tampoco la idea del valor social del bien intelectual puede dar explicación cumplida a los rasgos diferenciales del derecho de autor.

II.d) EL BIEN INTELECTUAL COMO MANIFESTACIÓN DE LA PERSONALIDAD DEL AUTOR

La otra línea de razonamiento que trata de explicar la propiedad intelectual en términos apriorísticos es la que considera que un bien intelectual, en cuanto tal, ha de pertenecer a su creador en cuanto que es una manifestación de su personalidad y voluntad. Si negamos esta pertenencia, estamos violando y no respetando el desenvolvimiento y perfección de la personalidad de su autor (20).

Este argumento halla su expresión más completa y radical en la concepción hegeliana de la propiedad (21), que concibe a ésta como corporeización de la personalidad y libre voluntad del sujeto en el proceso de concreción y perfección de la personalidad hasta la Idea. Y ello lo predica Hegel de toda propiedad sobre el mundo externo (22). Pero, concretamente, en relación a las obras intelectuales distingue entre la propiedad de una copia o ejemplar de la obra, en cuanto cosa material, y la propiedad de la universalidad de medios de exteriorización del bien intelectual. Y esta última corresponde al autor, en cuanto plasmación del proceso de su personalidad, salvo que voluntariamente la haya renunciado o transferido (23).

(20) Esta es la concepción, explícita o implícitamente, dominante en la literatura germánica: SCHRICKER, en SCHRICKER (dir.), cit., págs. 56 y sigs.; NORDEMANN, en FROMM/NORDEMANN, cit., págs. 51 y sigs. (con explícita formulación en términos de Derecho natural); VON GAMM, *op. cit.*, págs. 62 y sigs. Una temprana crítica —dirigida a la formulación de esta teoría por Gierke—, en KOHLER: *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Aalen, 1980 (reimpresión de la edición de 1907), págs. 4 y sigs. Incluso esta teoría parece ser la opinión del «Bundesgerichtshof» y el «Bundesverfassungsgericht». Sobre la consideración por este último del derecho de autor bajo el prisma del artículo 14 Grundgesetz (garantía institucional de la propiedad privada), *vid.* BADURA: «Zur Lehre von der verfassungsrechtlichen Institutgarantie des Eigentums, betrachtet am Beispiel des „geistigen Eigentums“», en *Festschrift fuer Maunz zum 80. Geburtstag*, Munich, 1981, pág. 1; OTT «Reprographieabgabe und Verfassungsrecht», en *ZRP*, 1985, pág. 12.

(21) La doctrina del «geistiges Eigentum» fue elaborada por una larga serie de pensadores, desde los iusnaturalistas hasta Fichte y, por tanto, no es «resultado» de la filosofía de la propiedad hegeliana ni tiene a ésta como presupuesto. *Vid.* sobre esta evolución, TROLLER, *op. cit.*, págs. 20 y sigs.; KOHLER, *op. cit.*, págs. 61 y sigs.

(22) HEGEL: *Phylosophy of Right* (trad. inglesa), Oxford, 1942, págs. 40 y sigs.

(23) Sin embargo, el propio Hegel parece aceptar también otras justificaciones que remiten de algún modo a la teoría de la recompensa por el esfuerzo o incluso a una justificación de tipo utilitarista: *op. cit.*, pág. 55.

Frente a esta justificación, no obstante, pueden asimismo oponerse buen número de objeciones. Ahora bien, todas éstas no deslegitiman la idea de que los bienes intelectuales contienen la expresión de la personalidad de sus autores y, por ende, el sustrato del derecho moral de autor. Lo que se va a argumentar es que, aun siendo válida con carácter general, no sirve por sí sola para justificar los elementos básicos de la protección patrimonial de las creaciones intelectuales.

En primer lugar, la manifestación de la personalidad del autor en lo creado es algo que, o bien se entiende presente en toda obra intelectual, del tipo que sea, por su propia naturaleza de bien intelectual, o bien cuyo grado de presencia hay que comprobar casuísticamente en cada bien intelectual producido, con el fin de decidir si se le otorga el derecho de exclusiva a su autor o no. Bien es verdad que es posible proceder a una división de los bienes intelectuales en categorías y que, dentro de éstas, habrá algunas en las que la expresión de la personalidad es más probable o más intensa (pensemos en obras literarias o musicales, por ejemplo) que en otras; pero esto sólo de modo aproximativo, y ello no es suficiente para acordar o no protección a la posible manifestación de personalidad creadora. Parece, pues, que la línea de justificación que se examina no se acuerda demasiado bien con la categorización en la atribución de propiedad intelectual.

Pero éste, por contra, es el sistema que adoptan los ordenamientos jurídicos: artículo 10 LPI, parágrafo 2, Urheberrechtsgesetz alemana; s (102), Copyright Act americana.

Por otro lado, los sistemas jurídicos otorgan la protección de la propiedad intelectual a diversos productos intelectuales, en los que la expresión de una personalidad o individualidad es limitada, aunque variable: mapas, gráficos, planos y diseños técnicos de ingeniería y artes aplicadas, listines de teléfonos y todas aquellas que se conocen en Alemania con la gráfica expresión de «kleine Münze» (calderilla): catálogos, recetarios, *pout poutis* literarios o musicales, etc. (24).

No parece, en todo caso, que la manifestación de la personalidad sea de mayor entidad en éstas que la que se expresa en teorías científicas, estéticas, morales o filosóficas, las cuales se hallan excluidas, como se ha visto, del ámbito del poder exclusivo del creador.

(24) Aunque todos estos tipos de obras pueden presentar particularidades que determinan pequeñas modulaciones en las condiciones de otorgamiento de la propiedad intelectual, *vid.*, sobre ellas mismas, BERCOVITZ: *Comentario al artículo 10*, cit., págs. 228 y sigs.; LOEWENHEIM, *op. cit.*, págs. 99, 139 y sigs., 148 y sigs.; GOLDSTEIN, *op. cit.*, págs. 173 y 195.

II.e) LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO MECANISMO DE INCENTIVACIÓN
A LA CREACIÓN

La propiedad intelectual, en cuanto derecho exclusivo de explotación de un bien intelectual, no resulta justificada satisfactoriamente, en sus rasgos más destacados, por las dos posiciones anteriormente examinadas. Lo cual no quiere decir que no puedan considerarse factores que apoyan la existencia de la institución «propiedad intelectual», expliquen algunos de sus rasgos e incluso inspiren un aspecto importante de ella —el derecho moral—. Pero por sí solos creo que no son capaces de ofrecer una racionalización del sentido y la función del derecho patrimonial exclusivo ni iluminar, por tanto, la comprensión de su normativa específica.

Para ello vamos a tratar de proponer una síntesis de la función de la propiedad intelectual en una línea bien diferente de las anteriores. No pretende ser la «única» explicación, sino completar las carencias teóricas de otras líneas de justificación, permitir un análisis de las consecuencias sociales del derecho de autor —lo que no es posible con las anteriores explicaciones— y orientar, en consecuencia, el entendimiento de la regulación positiva en la materia. Se trata, pues, de una argumentación consecuencialista.

La idea central consiste en la visión de la propiedad intelectual como un recurso para promover la creación de bienes intelectuales, en la medida que la sociedad desea, a través de los incentivos económicos que se derivan de la explotación exclusiva (25).

Surge, sin embargo, de inmediato una pregunta. ¿Por qué tener que acudir al otorgamiento de un derecho de exclusiva y no contentarse con los derechos ordinarios de dominio, libertad de expresión y libre iniciativa económica?

La razón es que un mercado ordinario de bienes intelectuales, sobre la base de estos derechos apenas mencionados, se enfrenta a un problema

(25) Esta línea de justificación es prevalente en el ámbito anglosajón (incluso es implícitamente recogida en la Constitución norteamericana, artículo I, s. 8, cláusula 8): GOLDSTEIN, *op. cit.*, págs. 4 y 10; KAPLAN: *An Unhurried View of Copyright*, Nueva York, 1976, págs. 74 y sigs.; BROWN: «Eligibility for Copyright Protection: A Search for Principled Standards», en *Minnesota L. Rev.*, pág. 607; FISCHER: «Reconstructing Fair Use Doctrine», en *Harvard L. Rev.*, 1988, pág. 1700; POSNER: *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, Cambridge (Mass.), 1988, pág. 338; LANDES & POSNER: «And Economic Analysis of Copyright Law», en *J. Legal Stud.*, 1989, pág. 234. Suele ser considerada una doctrina de base utilitarista: GOLDSTEIN, *op. cit.*, pág. 8; LEV AL: «Toward a Fair Use Standard», en *Harvard L. Rev.*, 1990, pág. 1107. Sin embargo, creo que no es necesario abrazar una concepción utilitarista para sostener una justificación como la del texto: *vid.* FISCHER, *op. cit.*, págs. 1744 y sigs.

Una crítica a esta línea de pensamiento, en YEN: «Restoring the Natural Law...», *cit.*, págs. 539 y sigs., y «When Authors Won't Sell: Parody, Fair Use and Efficiency in Copyright Law», en *University of Colorado L. Rev.*, 1991, págs. 96 y sigs.

derivado de la propia naturaleza de los bienes intelectuales. Y éste consiste en que dichas producciones intelectuales poseen (al menos en parte) las características de los que, en la teoría económica, se llaman bienes públicos; bienes públicos son aquellos que, una vez producidos, presentan dos notas típicas:

- i) No rivalidad en el consumo, en el sentido de que distintos sujetos pueden consumir el bien sin que el consumo de unos disminuya las posibilidades de consumo de los otros: el que una persona lea un ejemplar de una obra literaria no impide ni afecta a que otras puedan tener acceso a la misma obra a través de otro ejemplar de ésta o de otro medio de transmisión —difusión televisiva o por radio, por ejemplo—. En definitiva, muchos pueden disfrutar simultáneamente y sin interferencias mutuas de idéntico bien intelectual. En cambio, el soporte material de la obra —el libro— no es un bien público, sino privado.
- ii) No exclusión o, por lo menos, difícil exclusión respecto al disfrute del bien de aquellas personas que no han pagado el precio de su consumo al productor de dicho bien. El ejemplo más evidente de este carácter se da en la defensa y seguridad públicas que proporcionan las fuerzas armadas y de policía. Aquí no es posible excluir de los beneficios de aquéllas a los ciudadanos que no pagan sus impuestos. En el caso de la propiedad intelectual, paralelamente, es extremadamente difícil impedir —en ausencia de un medio legal dirigido a evitarlo, como es el derecho de exclusiva del autor— que accedan a una obra personas que no han comprado un ejemplar de aquélla, porque la piden prestada a un amigo o fotocopian el que hay en una biblioteca, entre otras posibilidades. En el caso de la propiedad intelectual, sin embargo, la no exclusión no se produce de forma absoluta o pura (como ocurre con la defensa, o con la limpieza de las ciudades, o del aire), dado que el acceso a la obra comporta, de ordinario, un coste (el coste de las fotocopias, de manera clara; en otros supuestos el coste es indirecto o es simplemente el coste de oportunidad) que dificulta en alguna manera el libre consumo de los *free riders* (26).

Estos dos rasgos provocan el efecto que la teoría económica denomina «fallo del mercado» (27): la definición de simples derechos de propiedad

(26) Así se conoce en la literatura anglosajona a aquellos sujetos que escogen consumir un bien sin pagar su precio.

(27) El otro fenómeno, junto al de los «bienes públicos» que constituye «market failure», es el de la externalidad, que es toda incidencia —positiva o negativa— de la conducta de un individuo sobre el bienestar de otros, y cuyo coste o beneficio

privada y el intercambio de mercado de estos derechos no asegura que la producción de estos bienes públicos —al contrario de los privados— alcance el nivel que resulta socialmente óptimo y deseable.

Y en la medida en que ambos rasgos pueden predicarse de los bienes intelectuales este resultado insatisfactorio se presentará, toda vez que la producción paralela, que los caracteres de bien público de éstos hacen posible, disminuirá los rendimientos del productor y, por consiguiente, los incentivos económicos para la producción de nuevas obras originales.

Para paliar esta falta de incentivos los sistemas jurídicos han acudido, entre otras vías (28), a la atribución a los creadores de bienes espirituales de un derecho patrimonial de propiedad intelectual, cuyo rasgo más saliente consiste en eliminar, en favor del autor, la competencia en la reproducción y suministro a los consumidores de la obra en cuestión (29). La producción y distribución de ejemplares o copias se otorga monopolísticamente al autor, y todos aquellos procesos de circulación de la obra no autorizados por él son, en principio y con algunas limitaciones excepcionales, ilícitos. De

—precisamente por recaer en otros— no es tenido en cuenta a la hora de decidir la actuación. El ejemplo típico de externalidad negativa sería la contaminación producida por los automóviles y que afecta a todos. *Vid.*, sobre la noción de externalidad, COLEMAN: «Efficiency, Auction and Exchange», en COLEMAN, *Market, Morals and the Law*, Cambridge, 1988, pág. 76 (originalmente publicado en *California L. Rev.*, 1980). Diversas soluciones se proponen frente a las externalidades negativas: aplicación de las normas de responsabilidad civil, regulación pública, sanciones penales, impuestos, etc.: POLINSKY: «Controlling Externalities and Protecting Entitlements: Property Rights, Liability Rules and Tax Subsidy Approaches», en *J. Legal Stud.* 1982, pág. 1.

(28) Otra posibilidad no solamente teórica, sino operativa, es la de las subvenciones o ayudas públicas a la creación de obras intelectuales. Es un mecanismo legítimo, e incluso necesario, en ámbitos en que el beneficio derivado de la propiedad intelectual es reducido o que se encuentran fuera del ámbito de ésta [*vid.* ARROW: «Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention», en *Collected Papers of K. J. Arrow*, vol. 5, Cambridge (MA), 1985, pág. 118].

Sin embargo, no parece deseable como única alternativa, por el riesgo que podría implicar de dirigismo y control estatal en la producción de bienes intelectuales.

(29) Lo cual no supone asumir que los únicos motivos que inducen a crear una obra intelectual son los puramente económicos. No cabe duda de que estos móviles extrapecuniarios son influyentes. Pero no conviene olvidar que, cuando se habla de obras intelectuales, el término comprende asimismo obras de intención no artística, sino de carácter informativo, educativo, práctico, etc., en las cuales el incentivo económico es más poderoso. Además, en la producción de obras intelectuales no sólo interviene el creador en el sentido estricto, sino también el «editor», de cuyas motivaciones económicas no cabe dudar.

En todo caso, sea mayor o menor el peso real de estos incentivos, lo cierto es que parece claro que si se reducen los rendimientos de las obras intelectuales de algún modo la producción de éstas, en el futuro, previsiblemente se vería afectada.

Vid., sobre ello, mi trabajo «Reglas de transacción y derechos de propiedad intelectual», en *Revista del Colegio de Economistas de Madrid*, 1989, pág. 41, y POSNER: *Law and Literature*, cit., págs. 349 y 342 y sigs.

este modo, se obtienen unos beneficios que inducen a emplear esfuerzos y recursos en la producción de este tipo de bienes.

Todo ello no hace sino poner de manifiesto cómo la regulación jurídica del fenómeno de creación y difusión de bienes intelectuales es inseparable de las consecuencias del mismo, contempladas desde una perspectiva económica, esto es, como producción de un tipo de bien económico deseable para los individuos y para la sociedad en su conjunto. Estos efectos del fenómeno influyen en el bienestar de los individuos —sean productores o consumidores— afectados y, en definitiva, en el bienestar general. Por eso la consideración legal no surge en el vacío, ni obedece simplemente a la continuación de la tradición jurídica o a genéricos objetivos de protección a la cultura y a sus creadores; puede ser explicada fructíferamente atendiendo a su preocupación por obtener la situación óptima socialmente, dado el entorno social y económico, en el sentido aludido. Pero esta interdependencia es recíproca, puesto que la normativa jurídica no constituye un factor marginal, sino determinante de las consecuencias económicas para los sujetos afectados a través de los incentivos que las reglas jurídicas crean para los sujetos: incentivos a la creación intelectual, aumentando los potenciales beneficios a la creación, incentivos a copiar sin autorización del autor si no hay sanciones para dicha conducta, etc.

Y esto que se predica con carácter general del tratamiento jurídico de la propiedad intelectual puede hacerse respecto al —más restringido— problema de la fotocopia. Por eso mismo, para examinar cómo afronta el sistema jurídico español la incidencia de la fotocopia en los intereses y derechos de los autores, hay que analizar los efectos que la atribución de los derechos de propiedad intelectual en las obras escritas tiene en la producción y diseminación de éstas, así como las consecuencias de la extensión de la fotocopia.

III. EL DERECHO DE AUTOR COMO MONOPOLIO

Se ha venido caracterizando, a lo largo del apartado anterior, el derecho patrimonial del autor como una posición monopolística o exclusiva en la producción y diseminación de la obra creada (30). Lo que nos interesa es

(30) La idea de que el derecho patrimonial de autor es un derecho exclusivo de explotación de un bien espiritual es prevalente en todos los países; LACRUZ, *op. cit.*, págs. 40-41; BAYLOS, *op. cit.*, pág. 211; LOBATO: «Sobre la "usucapio libertatis" de los bienes inmateriales», en *RDP*, 1990, pág. 983; FRANCESCHELLI, *op. cit.*, págs. 75 y sigs.; GRECO y VERCELLONE: «I diritti sulle opere dell'ingegno», en *Tratado Vasalli*, Turín, 1974, págs. 130 y sigs., KOHLER: *Kunstwerkrecht*, Stuttgart, 1908, pág. 52; SCHRICKER, *op. cit.*, pág. 58; V. UNGERN-STERNBERG, en SCHRICKER (dir.), *cit.*, pág. 275; PLANT, *op. cit.*, pág. 170; BREYER: «The Uneasy Case for Copyright: copyright in Books, Records and Computer Programs», en *Harvard L. Rev.*, 1970, pág. 252.

poder conocer cuáles son las consecuencias sociales de la atribución de esa posición jurídica a los acreedores, y para ello resulta crucial la determinación de la procedencia de calificarla o no como «monopolio» en el preciso sentido económico del término. Y ello porque la ciencia económica posee instrumentos analíticos que permiten predecir los efectos de una situación de monopolio, y si efectivamente éste es el caso en relación al derecho de explotación de los autores, estaremos en condiciones de utilizar aquellos instrumentos para estudiar este derecho y atribuirle los efectos sociales que de acuerdo con ellos el monopolio lleva consigo.

La concepción de la propiedad intelectual como monopolio no es pacífica ni mucho menos. Para un influente sector doctrinal y judicial norteamericano (31) los derechos de propiedad intelectual e industrial no crean verdaderos monopolios —ni por tanto beneficios monopolísticos para sus titulares—, sino que son derechos de propiedad ordinarios, aunque su objeto es un bien intangible; lo cual genera especialidades en su régimen, fundamentalmente que al ser muy especializado y permitir un uso prolongado general unas especiales retribuciones económicas.

Sin embargo, creo que es sostenible que la posición jurídica resultante del conjunto de facultades que la ley otorga —la propiedad intelectual— puede analizarse utilizando el concepto económico de monopolio, que es meramente un concepto teórico sobre el modo de operar un mercado.

En efecto, el productor de obras intelectuales tiene capacidad de influir en el precio del producto, no se limita a aceptar el precio que fija el mercado (32) (porque si se apartara de este precio, nadie compraría su producto, sino otros que son sustitutivos perfectos de éste) (33); cada obra intelectual presenta, en grado mayor o menor, peculiaridades, caracteres específicos que determinan la ausencia de alternativas perfectas o idénticas a ella. Lo que hace que un productor no sea precio-aceptante, y esto es suficiente para caracterizarlo como monopolio en este contexto.

Ello no implica, no obstante, asumir que hay una completa atomización en las demandas y ofertas de obras intelectuales, en el sentido de que cada

Sin embargo, afirmar esto, y por todo lo que más abajo se explicita, concluir que el derecho de reproducción es un monopolio en sentido económico, no implica abrazar la tesis de que el derecho de autor no tiene por objeto la obra, sino que su objeto único es la posición de monopolio del titular en cuanto *ius excludendi*. Esta teoría ha contado con diversos sostenedores, sobre todo en Italia (*vid.* la exposición de las distintas posturas en BAYLOS, *op. cit.*, págs. 431 y sigs., y ARE, *op. cit.*, pág. 265).

(31) EASTERBROOK: «Intellectual Property is Still Property», en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1990, pág. 108; KIRCH: «Property Rights in Inventions, Writings and Marks», *ivi*, pág. 121; KITCH: «Patents: Monopolies or Property Rights?», en *Res. in L. & Econ.*, 1986, pág. 31.

(32) En términos técnicos no tiene una demanda horizontal, sino una de pendiente negativa.

(33) Esto es lo que ocurre cuando hay competencia perfecta.

obra determina un mercado separado y ajeno por completo a los de las restantes. Las obras intelectuales tienen sustitutivos en las preferencias y en las demandas de los individuos —en realidad, todos los productos tienen sustitutivos, aunque sean enormemente imperfectos—. Y vienen dados por otras obras intelectuales u otros productos distintos (34). Probablemente, en el ámbito de los bienes intelectuales existen en realidad distintos mercados y submercados (obras de ficción, literatura infantil, manuales de Derecho civil, manuales de anatomía vegetal, etc., por ejemplo), y en el seno de cada uno de ellos conviven distintos productores, cuyas obras son percibidas por los potenciales usuarios como similares —y, por tanto, sustitutivos—, aunque no idénticos —esto es, la sustituibilidad no es perfecta—. Este tipo de estructura de mercado se conoce en la teoría económica con el nombre de competencia monopolística (35).

Dentro de esta configuración global, es lícito considerar aisladamente a cada productor, con independencia de la influencia de los otros, como un monopolio, a los efectos de analizar su comportamiento y las consecuencias que éste puede ocasionar. Es en este sentido en el que se contempla al titular de derechos de propiedad intelectual como un monopolista y no en el de entender que ostenta una posición de dominio en un mercado a los fines, por ejemplo, de la aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia (36). En este plano parece claro que el titular de derechos de propiedad intelectual no ostenta, en cuanto simple titular, tal poder, y no es, en el sentido de la legislación antimonopolio, un monopolista (o, cuando menos, estaría exento de la aplicación de ésta: artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia).

IV. LAS CONSECUENCIAS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA COPIA

Sobre esta base, pues, procede tratar de explicar las previsibles consecuencias que sobre los intereses y comportamientos en general de produc-

(34) Un individuo puede sustituir la adquisición y lectura de una novela concreta por otras novelas, la televisión o un abono para el teatro, entre otras opciones para su tiempo libre.

(35) Vid., en general, la estructura de la competencia monopolística: HIRSHLEIFER: *Teoría de precios y sus aplicaciones*, trad. esp., Madrid, 1980, pág. 339, y un tratamiento más formal en VARIAN: *Análisis microeconómico*, trad. esp., 2.ª ed., Barcelona, 1986, pág. 109. Un análisis paralelo al del texto, en relación al derecho de autor y al derecho de patente, se encuentra ya en CHAMBERLIN: *The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge (Mass.), 1963 (reimp., la edición original es de 1933), págs. 58 y sigs.

(36) Vid. artículo 6 Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Por el contrario, BAYLOS, *op. cit.*, pág. 216, sí parece concebirlo como un monopolio en el sentido de poder de mercado (aunque no habría lugar a aplicar la normativa sobre protección de la competencia porque es un monopolio otorgado por la ley).

tores y consumidores de bienes intelectuales pueden derivarse de la atribución de derechos de explotación exclusiva en favor de los primeros.

Se van a analizar dos situaciones diferentes.

IV.a) LOS EFECTOS DEL MONOPOLIO DE LOS AUTORES

En la primera de ellas se va a suponer, hipotéticamente, que no se da copia generalizada o que, aun dándose, los productores pueden reprimirla eficazmente por medio de los instrumentos de prevención y reacción que el sistema jurídico prevé para la violación de sus derechos (se puede pensar, por ejemplo, en el momento anterior al descubrimiento de las tecnologías de reproducción masiva). Es decir, el derecho de exclusiva legal que la propiedad intelectual representa se traduce en un monopolio efectivo del productor de la obra intelectual. Es en esta situación donde más claramente pueden apreciarse las consecuencias arriba aludidas. ¿Y cuáles son éstas? (37).

En primer lugar, el productor del bien intelectual obtiene los beneficios —superiores a los normales en un sector competitivo— propios de un monopolista. Esta retribución económica para los productores de esta clase de bienes sirve de incentivo a dedicar esfuerzos y recursos a la creación de estos productos. Esto es, convierte la actividad de producción intelectual en una «buena inversión». Así, la sociedad puede conseguir en un largo plazo la cantidad deseable de dichas obras (38).

Sin embargo, hay una importante contrapartida: los beneficios económicos extra los obtiene el productor a costa de los consumidores de dicha obra. En efecto, como la teoría del monopolio señala, éste determina una reducción de la cantidad ofrecida y un incremento del precio. En el ámbito que nos interesa, esto indica: i) que los adquirentes de ejemplares de la obra están pagando un precio más alto del que pagarían si la produc-

(37) La concreta determinación de qué es monopolio (entendido como posición dominante en el mercado, «market power») y su relación con la consideración analítica o teórica de aquél, es tarea ardua, dentro del ámbito del Derecho de la competencia. *Vid. ARREDA & KAPLOW: Antitrust Analysis*, Boston, 4.³ ed. pág. 531.

(38) No va a tratarse aquí el aspecto de la «variedad» en las obras intelectuales que se producen. Probablemente la sociedad no sólo está interesada en un cierto volumen de creaciones espirituales, sino también en el grado de diversidad o variedad entre las mismas (que no sea ni excesivo ni insuficiente). Hipotéticamente, puede presumirse que, dados los supuestos de nuestro análisis, el nivel de variedad que se alcanza con el régimen de la propiedad intelectual sería excesivo. Sin embargo, un análisis más atento requeriría considerar una serie de factores (la posibilidad de obras derivadas, el nivel de sustituibilidad entre las distintas obras, la capacidad de los productores de nuevas obras de atraer parte de la clientela de los productores ya existentes, etc.), que excede de los objetivos y posibilidades de este trabajo.

ción fuera competitiva; ii) que potenciales adquirentes no pueden acceder a la obra porque se producen un número de ejemplares inferior al deseado (39).

En definitiva, el efecto de la explotación es doble: uno, positivo, inducir la creación de nuevas obras a través del incentivo económico; otro, negativo, restringir en alguna medida el acceso de los consumidores (40), con pérdida neta de bienestar social, al menos en el corto plazo.

Sin embargo, la situación apenas contemplada dista mucho de ser realista en la actualidad. En realidad, los últimos años han visto un ininterrumpido crecimiento del fenómeno de la fotocopia, propiciado por la extensión de los centros de producción de copias a media escala y por la aparición de aparatos de menor tamaño y costo y la difusión de éstos en amplios sectores profesionales, educativos, etc.

Todo ello da lugar a que la traducción del monopolio legal del autor en un monopolio efectivo sea cada vez más costosa y, por ende, cada vez más imperfecta.

IV.b) QUIÉN GANA Y QUIÉN PIERDE CON LA COPIA

La segunda situación se caracterizaría por la existencia de copia generalizada que los titulares de los derechos de autor no pueden reprimir.

¿Cuáles son las consecuencias de ésta sobre el cuadro que se ha descrito en la primera situación?

Existe ya una extensa literatura que trata de dar respuesta a esta pregunta utilizando los instrumentos del análisis económico.

La posición mayoritaria corresponde a aquellos que sostienen que, asumiendo que la copia compite con los originales, y los productores de éstos no pueden ni controlarla, ni recibir una compensación por ella, los resultados son previsiblemente la reducción de ingresos de productores de bienes intelectuales y, consiguientemente, una subproducción de éstos en el largo plazo (41).

(39) Vid. un análisis más preciso en mi trabajo «La producción de copias y los derechos de autor: el caso de la fotocopia», en *Información Comercial Española*, 1990, pág. 43.

(40) La discusión de esta dicotomía está ya en PLANT, *op. cit.*, pág. 167, y en HURT & SCHUCHMANN: «The Economic Rationale for Copyright», en *Am. Ec. Re.*, v., 1966, pág. 421, en ambos con un sentido marcadamente crítico frente a los efectos sociales de la propiedad intelectual.

(41) Fundamentalmente, Novos & WALDMANN: «The Effects of Increased Copyright Protection: an Analytic Approach», en *J. Pol. Ec.*, 1984, pág. 236; JOHNSON: «The Economics of Copying», en *J. Pol. Ec.*, 1985, pág. 158; PETHIG: «Copyright and Copying Costs: A New Price-Theoretic Approach», en *Journal of Institutional and Theoretical*

Otros argumentan, no obstante, que la copia no autorizada no tiene por qué influir negativamente en los ingresos de autores y editores, ya que éstos cuentan con distintos medios para garantizar aquéllas: la prioridad temporal en el mercado, lo que atribuye una ventaja muy sustancial y asegura un nivel de ingresos suficiente para incentivar la creación (42). Incluso puede resultarles beneficiosa la copia si son capaces de aprovecharse de ella, fundamentalmente a través del mecanismo de discriminación en el precio entre distintos ejemplares y compradores de la obra, esto es, cargando un precio superior por aquellos ejemplares de los que pueda esperarse que van a realizarse copias —por ejemplo, ejemplares adquiridos por una biblioteca o un departamento universitario— (43).

Un modelo simple con una serie de supuestos estrictos, como el empleado por BESEN y NATARAJ KIRBY por mí mismo (44), permiten concluir que la copia en escala significativa determina un doble efecto: por una parte, reduce los ingresos de los productores de obras, con lo cual disminuyen, en el largo plazo, los incentivos a la producción de nuevos bienes intelectuales; por otra, mejora la situación de los consumidores de estos bienes a través de la doble vía de reducir el precio de los originales —que ahora sufren la competencia de las copias, la cual presiona a la baja del precio de aquéllos— de un lado, y de permitir el acceso —aunque imperfecto— a la obra a aquellos que ahora adquieren copias y antes no podían adquirir el original, de otro (45).

Es muy difícil precisar cuál de estos dos efectos es de mayor magnitud y, por tanto, el impacto global sobre el bienestar general resulta incierto.

Economics, 1988, pág. 86; LANDES & POSNER: «An Economic Analysis of Copyright Law», en *J. Legal Stud.*, 1989, pág. 325.

(42) Este es uno de los argumentos, entre otros varios, aportados por BREYER: «The Uneasy Case for Copyright. A Study of Copyright in Books, Photocopies and computer Programs», en *Harvard L. Rev.*, 1970, pág. 281, para demostrar lo innecesario de la propiedad intelectual.

(43) LIEBOWITZ: «Copying and Appropriability: The Case of Photocopying», *Mimeo*, University of Rochester (1984); «Copying and Indirect Appropriability: Photocopying of Journals», en *J. Pol. Ec.*, 1985, pág. 945, «Copyright Law, Photocopying and Price Discrimination», en *Res in L. & Econ.*, 1986.

(44) BESEN y NATARAJ KIRBY: «Private copying, Appropriability and Optimal copying Royalties», *Mimeo*, Rand Corporation, 1987, y en *Journal of Law & Ec.*, 1989, y el que —una variante de éste— se contiene en mi trabajo «La producción de copias y los derechos de autor: el caso de la fotocopia», *cit.* Para una formulación más precisa de los supuestos y las conclusiones y el tratamiento técnico (algebraico y gráfico), me remito a éstos.

(45) Con otros supuestos (menos realistas, en mi criterio), las conclusiones son diferentes. Cfr. BESEN: «Private Copying, Reproduction Costs, and the Supply of Intellectual Property», en *Information Economics Policy*, 1986, pág. 5.

IV.c) ALGUNAS CONCLUSIONES DE POLÍTICA JURÍDICA

¿Qué conclusiones pueden extraerse de todo lo expuesto hasta ahora para orientar el diseño de la reglamentación jurídica de la copia en general y de la fotocopia en especial, y la interpretación de dicha regulación?

El fenómeno de la copia produce ganadores y perdedores, como se acaba de ver. Sin embargo, parece que, a la larga, si no se compensa de alguna manera la reducción de ingresos que la copia causa a los productores de bienes intelectuales los incentivos a la creación se resentirán.

Por ello, la solución deseable requeriría arbitrar mecanismos de compensación en favor de los productores de dichas obras que mantengan el nivel necesario de incentivos, pero al mismo tiempo con la restricción mínima al acceso del público a la obra que la copia posibilita. Esto es, si la retribución a los autores refleja el valor de las copias para los consumidores, entonces ambos grupos resultan beneficiados con la introducción de la copia respecto a la situación anterior a la misma.

Esto elimina de entrada dos posibles soluciones extremas: prohibir de raíz e indiscriminadamente la actividad de copia, por una parte, y no regularla en absoluto, permitiendo su existencia libre e incontrolada.

Así pues, algún tipo de regulación jurídica del fenómeno que suponga compensación para los autores resulta necesaria. Y efectivamente, esa ha sido la vía escogida por la LPI. Los dos modos de regulación previstos por ella serán el objeto del apartado siguiente.

V. LOS MODOS DE REGULACION DE LA FOTOCOPIA EN LA LPI

La LPI acude a dos esquemas diversos a la hora de enfrentarse al problema de la copia (46).

El primero de ellos consiste en excluir la realización de copias del ámbito del derecho de reproducción exclusiva de los autores al tiempo que se arbitra un sistema de compensar a éstos a cargo, aunque sea de forma mediata, de los usuarios de la copia. Esto rige en el círculo de aplicación de los artículos 31.2.^º y 37 LPI —aunque no de idéntico modo en ambos—.

El segundo supone, simplemente, dejar inalterado el monopolio de reproducción de autores y editores, de manera que éste comprenda en su interior la reproducción a través de la fotocopia —ya se verá que esto no equivale a la eliminación de la actividad de fotocopia—.

(46) El modelo por antonomasia de este sistema dual es el Derecho alemán.

V.a) EL IMPUESTO DEL ARTÍCULO 25 LPI

1. *Funcionamiento*

La primera de estas alternativas es la de la llamada remuneración compensatoria que el artículo 25 LPI coloca a cargo de los fabricantes e importadores de aparatos técnicos de reproducción no tipográficos (47). La norma comprende también el ámbito de las reproducciones de audio y vídeo, pero ahora prescindimos de ellas en el análisis.

En su redacción anterior a la Ley 20/1992, de 7 de julio, el apartado tres de este artículo 25 confiaba al desarrollo reglamentario la determinación de los equipos sujetos a dicho canon compensatorio, la cuantía de éste, el procedimiento de recaudación y el reparto entre los beneficiados. Y a ello procedió el Real Decreto de 21 de marzo de 1989. Sin embargo, este último, en vez de fijar directamente dichos extremos (48), lo que hacía era crear un esquema institucional para llevar a cabo esta tarea: una comisión mixta formada por representantes de los potenciales pagadores y perceptores de la remuneración, además de tres miembros neutrales designados por el Ministerio de Cultura (arts. 2 y sigs. RD 89) (49).

Las indicaciones que para la fijación ofrecía el Real Decreto de 21 de marzo de 1989 a la Comisión Mixta (art. 14) eran más bien vagas: el canon compensatorio puede consistir en una cantidad fija o en un porcentaje sobre el precio o en una combinación de ambos, y el elenco de criterios utilizables en el cálculo de la cuantía —la calidad, las características, la duración, la capacidad de reproducción— era un elenco abierto («y cualquier otro tipo que se considere necesario»).

Sin embargo, este sistema abierto, que dejaba la efectividad de la remuneración compensatoria en manos de la Comisión Mixta, no ha funcionado —como era de esperar—, dada la escasa o nula predisposición de los productores e importadores de los equipos de reproducción a cooperar en la buena marcha de un sistema que les vendría a suponer consecuencias eco-

(47) *Vid.*, en general, sobre la citada norma VALLES RODRÍGUEZ, en BERCOVITZ (coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., págs. 456 y sigs.; DIETZ: *Das Urheberrecht in Spanien und Portugal*, Baden-Baden, 1990, págs. 135 y sigs.

(48) Salvo el último de ellos —la distribución de lo recaudado que sí fijaba específicamente el artículo 17 RD. 89—.

(49) El modelo en el diseño de este sistema ha sido claramente la Ley francesa de 3 de julio de 1985, que en los artículos 34 y sigs. prevé la constitución de una Comisión Mixta —aunque dando cabida en ella a representantes de los consumidores— para determinar los tipos de soporte grabados, la tasa y las modalidades de pago —aunque sólo en el ámbito de los fonogramas y videogramas, al contrario de la ley española, que se refiere también a la reprografía. *Vid.*, sobre ello, EDELMANN: *Droit d'auteur et droit voisins. Commentaire Loi 3 juillet 1985*, París, 1987.

nómicas desventajosas —frente a la situación precedente— y a la vista de la inexistencia en el diseño de la LPI y del RD del 89 de cualquier mecanismo apto a presionar o incentivar en el sentido de la obtención de la colaboración de los obligados al desembolso de la remuneración (49 bis).

Por ello, la Ley 20/1992, de 7 de julio, ha venido a alterar de modo significativo los medios de concreción y eficacia de la remuneración compensatoria, aunque no la intención ni el papel de ésta.

Y ello lo ha pretendido a través de una doble vía:

De un lado, inspirándose de forma directa en el modelo alemán (apéndice al par. 54 Urheberrechtsgesetz), ha fijado la cuantía de la remuneración compensatoria según el tipo (capacidad de reproducción) de los equipos gravados con aquélla. Con ello, sin duda, se presta una base sólida, de rango legal y por ello estable, a las pretensiones de los titulares de los derechos de autor [art. 25.4.a) LPI] y eventualmente a las acciones civiles que entablaran a estos efectos (art. 25.7 LPI). De otro, ya que esta fijación por clases de aparato no basta por sí misma para el cálculo practicable y realizable de la remuneración global debida a los autores (faltaría el número de equipos y el modo de reparto en concreto entre el colectivo de los obligados genéricamente al pago), mantiene y favorece la posibilidad del acuerdo entre los deudores y los acreedores de la remuneración para la fijación anual definitiva de ésta [art. 25.5.a) LPI]. Y el Real Decreto de 27 de noviembre de 1992, que desarrolla los artículos 24, 25 y 140 de la Ley de Propiedad Intelectual en la redacción que a los mismos da la Ley 20/1992, de 7 de julio (en adelante RD.Des), reglamenta de forma detallada y prolija las partes, el proceso de negociación, la Mesa de Negociación y sus órganos, sus efectos y la formalización del Convenio sobre la remuneración compensatoria entre los interesados: artículos 20 a 30 RD.Des.

Pero con el fin de evitar el lánguido e inefectivo decurso de las negociaciones bajo el régimen del RD del 89, introduce una importante cláusula de salvaguardia del funcionamiento real y eficacia del sistema: si transcurrido un plazo razonable —dos meses— no hay Convenio entre las partes, la determinación de la cuantía global y el reparto se confía a un mediador designado por el Ministerio de Cultura [arts. 25.5.5) y 25.6 LPI; arts. 31 a 35 RD.Des], cuya decisión mediadora es obligatoria para todos los acreedores y deudores de la remuneración.

(49 bis) Ya se advertía en GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 49.

2. LA REMUNERACION COMPENSATORIA COMO IMPUESTO Y SUBSIDIO

El destino de lo recaudado por intermedio de la remuneración compensatoria no es el habitual de los impuestos —las arcas de la Administración Pública—, sino las Entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual (art. 25.1 LPI y 11 RD.Des), las cuales, a su vez, lo distribuyen entre sus miembros y lo destinan a ciertas actividades señaladas por la ley: artículo 140 LPI, artículos 36.c), 37 y 39 RD.Des.

Todo ello parece apartar esta remuneración compensatoria del esquema que nos resulta familiar en los impuestos. Al carácter jurídico-civil de la obligación de pagar la remuneración y del derecho a su percepción, derivados ambos del artículo 25 LPI aunque sea por intermedio de un Convenio o una resolución mediadora, hacen referencia la Ley, bien de forma implícita —art. 25.7 y 8 LPI— o explícita —art. 35.6 RD.Des— (49 tris).

Sin embargo, a pesar de que juzgando con criterios dogmático-jurídicos este carácter de relación de Derecho privado no parece cuestionable, esta calificación no ayuda mucho a comprender los posibles efectos del sistema de la remuneración compensatoria sobre el comportamiento de las partes interesadas (no sólo los acreedores y deudores de la misma, sino también los productores y consumidores de copias).

Desde el punto de vista de su impacto sobre los productores y consumidores de un cierto bien económico como es un aparato de reprografía, la obligación del pago de la remuneración —que se calcula en el art. 25.4 LPI como una cantidad determinada (7.500, 22.500, 30.000 ó 37.000, dependiendo de la capacidad reprográfica del equipo) por cada aparato vendido— se asemeja mucho a un impuesto indirecto sobre la cantidad —no *ad valorem* o de porcentaje sobre el precio, como el IVA—, como los de gasolinas o alcoholes.

Supongamos por un momento que el sistema del artículo 25 LPI, en vez de suponer la entrega de la remuneración por los productores e importadores de equipos de reproducción directamente a los autores, se realizara por intermedio de la Administración tributaria. Esta se encargaría de cobrar la remuneración como si fuera un impuesto y a continuación trasladaría las cantidades recaudadas —descontados sus gastos de gestión— a los titulares de los derechos de autor.

¿Qué diferencia hay, desde el estricto punto de vista de los efectos económicos sobre los sujetos directa o indirectamente involucrados entre este hipotético sistema y el realmente adoptado por el artículo 25 LPI?

(49 tris) Vid., además, los argumentos en este sentido de DELGADO: «La copia privada en España», *Boletín ALADDA*, núm. 2, 1991, pág. 39.

En mi criterio, ninguna; por ello, creo que económicamente puede calificarse el mecanismo legal de la remuneración compensatoria como un esquema combinado de impuesto-subsidio: un impuesto sobre los equipos de reproducción, más un subsidio a los productores de obras intelectuales —y por ello es un medio de compensación para éstos—.

Y al tener esta componente impositiva, resulta pertinente acudir, para tratar de evaluar los efectos de este sistema de remuneración, a la teoría de la incidencia y traslación de los impuestos (50).

Caben pocas dudas acerca de la intención de la LPI de que la subvención a los autores recaiga —por intermedio de los productores de copias, que son a su vez los adquirentes de los equipos de reproducción— sobre los consumidores de copias.

Sin embargo, un impuesto indirecto sobre ciertos bienes —aparatos de reproducción en este caso— que tiene como obligados al pago a los fabricantes e importadores de los mismos, no se traslada completamente a los consumidores de dichos bienes, salvo que las elasticidades de oferta y demanda (51) alcancen valores verdaderamente excepcionales —y no hay, en absoluto, ninguna evidencia de que éste sea el caso que nos ocupa.

Por lo tanto, la remuneración para autores y editores recae en parte sobre los fabricantes e importadores de equipos reprográficos, lo cual hacía presagiar las reticencias de estos sectores a colaborar en las tareas de la Comisión Mixta en orden a establecer los extremos que a ella correspondían (52). Y esta conciencia es, sin duda, una de las causas de la nueva opción recogida en la versión modificada del artículo 25.

3. DEFICIENCIAS DEL SISTEMA

No es ésta la única distorsión que la remuneración compensatoria puede generar, ya que lo pagan —en la medida trasladada sobre ellos— todos los adquirentes de equipos reprográficos, en la forma de un mayor precio. Con seguridad, algunos de estos adquirentes no realizan fotocopias de obras protegidas o lo hacen en cuantía despreciable. Y, sin embargo, sobre ellos recaen, igual que sobre los copistas habituales de dichas obras, los efectos

(50) Una exposición simple de la teoría estándar se encuentra en CUERVO-ARANGO & TRUJILLO: *Introducción a la economía*, Madrid, 1986, pág. 299.

(51) La elasticidad es un concepto económico que hace referencia a la sensibilidad a las variaciones en el precio de un bien. Cuanto más elásticas son la oferta y la demanda, más reaccionan ante dichos cambios.

(52) Como ha corroborado la experiencia de la marcha de la Comisión desde su constitución hasta su sustitución por el nuevo sistema en 1992.

del impuesto. Esta situación no parece fácilmente remediable, ya que el mecanismo que podría idearse —eximir a estos adquirentes del impuesto—, es extremadamente complejo y costoso de poner en práctica: dificultades de probar que en efecto no se fotocopian obras protegidas; altos costes de inspeccionar este hecho; cambios en la propiedad de los equipos y necesidad de mantener constancia de los adquirentes iniciales y ulteriores de aquéllos; incentivo a las compras por persona interpuesta, para eludir el pago del canon; posibilidad de colusión entre fabricantes de equipos y adquirentes en perjuicio de autores y editores, si el pago del canon se difiere al momento de la compra de los equipos (53), etc.

Este efecto en la reprografía de obras no protegidas es, pues, una ineficiencia del sistema del canon compensatorio que no hay que despreciar.

Asimismo, otro factor que es preciso considerar es la medida en la cual la cuantía del canon va a reflejar, aun potencialmente, el valor de las copias de obras protegidas que van a realizarse con los equipos gravados.

Pocos datos firmes ofrece el artículo 25 LPI y el RD.Des para poder hacer una previsión con un razonable grado de confianza.

Sin embargo, y aun a riesgo de aventurar un pronóstico luego desechado por la realidad, parece poco probable, a pesar del carácter abierto del RD.Des., que en el citado cálculo se den entrada a factores distintos de los especificados por esta última norma (54). Y aun cuando pretendiera tenerse en consideración la cuantía de las copias protegidas, esta consideración ha de ser necesariamente estadística y global por tipo de aparato. El intento de calcular un canon diferente para cada aparato en particular, según el potencial uso que a éste pudiera dársele —atendiendo a datos como la localización o a la actividad del usuario— se enfrenta a dificultades semejantes a las apuntadas en relación a la exención de la retribución para equipos que no realizan copias de obras sometidas a propiedad intelectual.

Así pues, en el mejor de los casos —poco probable, de todos modos—, la remuneración reflejaría estadísticamente el impacto de las fotocopias realizadas; pero así se generan disfunciones e ineficiencias paralelas a las descritas en relación a usuarios que no fotocopien obras bajo derecho de autor, ahora afectando a los que hacen menos fotocopias de obras protegidas que la media estadística de las que se realizan dentro de la categoría o clase en la que haya sido encuadrado el aparato de reproducción —conforme a su capacidad de reproducción u otros factores influyentes—. Probablemente, la inclusión en una u otra de las categorías de aparatos que se definen

(53) Semejante al conocido y frecuente fraude en el IVA.

(54) Así permite conjeturarlo la experiencia de otros sistemas jurídicos que con anterioridad han introducido esquemas semejantes.

será el elemento que determine la cuantía del canon a pagar por cada aparato en particular (55).

Y en el peor, la compensación que el sistema ofrece es ajena —o sólo remotamente conectada— al valor de las copias realizadas.

Y aún hay otro dato negativo —el fundamental— que hay que tener en cuenta. El canon compensatorio del artículo 25 LPI previsiblemente se abonará de una vez y con carácter previo a la puesta en funcionamiento de los equipos reprográficos para la actividad de fotocopia (artículo 17 RD.Des). Pero ésta se ve afectada sólo por la existencia de un impuesto sobre los aparatos de reproducción y, por tanto, dichos equipos se demandarán en menor cantidad, al ser más caros por efecto del impuesto —como nos dice la teoría estándar sobre la incidencia impositiva—. La realización de copias, por contra, no se ve afectada, ya que la cuantía del canon no guarda ninguna relación con las copias que se produzcan en el futuro con ese equipo —a lo sumo, con la previsión *ex ante* de las que se podrían realizar, pero no con las efectivamente hechas—, de manera que cada copista tiene un incentivo para hacer el máximo de copias que desee, ya que ello no le supone ningún coste adicional (56). Por tanto, no sólo no se induce una limitación —a través de la imposición del «precio» que supone todo pago, aunque sea de tipo impositivo—, sino que probablemente se produce el efecto contrario.

V.b) LAS LICENCIAS DE COPIA

1. De la acción «ex» artículo 123 LPI a la licencia de copia

La segunda de las vías de afrontar el fenómeno consiste en incluir la realización de fotocopias en el ámbito del derecho de explotación exclusiva del productor de bienes intelectuales. Este régimen se hace efectivo, en el sistema de la LPI, a través de la acción que el artículo 123 otorga al titular de los derechos de reproducción con el fin de obtener el cese de la actividad que infringe sus derechos y una indemnización por los daños que aquélla hubiera ocasionado.

(55) Vid. artículo 25.4 LPI. Ello induce, además, a copiar más que si se computara individualmente el número de copias que cada uno realiza, puesto que el aumento en las copias realizadas se reparte entre todos los que están en la misma clase o grupo. Esto es, si en la categoría hay n copistas, cada uno individualmente, al incrementar su producción en una copia, aumenta la media del grupo que es la que se percibe y se toma en cuenta, en $1/n$.

(56) En términos de remuneración compensatoria. Está claro que hacer una copia supone un coste (de papel, electricidad, desgaste del equipo) y, evidentemente, en estas condiciones el número de copias se incrementará hasta el punto en que el beneficio que deriva de incrementar las copias igual el costo añadido de hacerlo.

Pero este régimen parece obtener resultados no sólo magros, sino contraproducentes.

Por una parte, porque aparentemente puede conducir a eliminar al menos una parte de la actividad de fotocopia, suprimiendo así los beneficios que ésta reporta a los usuarios.

Por otra, como método de compensar las pérdidas de ingresos derivados de la competencia de la actividad de fotocopia que viniera realizándose no parece muy efectivo y, en todo caso, es muy costoso; costoso tanto para los autores como para la sociedad, por requerir la intervención de la Administración de Justicia, cuyos costes recaen parcialmente sobre los litigantes —gastos de defensa y representación— y parcialmente sobre el contribuyente.

Sin embargo, la acción judicial y sus consecuencias no pretenden ser una vía para la eliminación de la fotocopia ni un medio en sí mismo de retribuir a los productores de bienes intelectuales. Más bien se orientan a inducir a los copistas potenciales sujetos pasivos de dichas acciones a que compensen a los titulares de los derechos por la realización de las copias. Y ello se concretaría fundamentalmente a través del pago de una licencia por parte de los copistas —obviamente con exclusión de los cubiertos por los arts. 31.2.^º y 37 LPI—.

A los autores y editores no les es posible —me refiero ahora a un plano pragmático— oponerse frontalmente a la actividad de fotocopias no sólo ya a la que se realiza en el ámbito privado y en pequeña escala, sino incluso a la de media y gran escala que se lleva a cabo en empresas, centros de enseñanza, Administraciones Públicas y establecimientos comerciales de copia.

Es una práctica tan arraigada socialmente —además de servir fines individual y socialmente valiosos— que cualquier intento de erradicarla está condenado al fracaso.

En estas circunstancias, tratar de utilizar la fotocopia en su ventaja es importante para el productor de bienes intelectuales.

En efecto, éste puede pasar de ser un monopolista que vende un solo producto (originales de una obra) a un monopolista que tiene dos productos (originales y licencias para copiar los originales). Comparando los beneficios en una situación y otra, es claro que son mayores en la segunda y, por tanto, es racional para él conceder licencias de copia remuneradas (57).

(57) En la primera situación ha de añadir el beneficio neto —esto es, descontados los costes— que obtiene de las actuaciones judiciales de indemnización de daños y perjuicios que interponga y obtenga. Este factor, no obstante, no parece que pueda hacer variar la conclusión, dado que las posibilidades de controlar y perseguir las infracciones, aunque existen, no son plenas.

Pero aun cuando los productores de obras del espíritu pudieran de forma realista oponerse a la fotocopia, no es claro que ello fuera en su provecho: siempre que aquéllos recibieran por las fotocopias una cantidad que, sumada a la obtenida por la venta de originales —cantidad esta última que refleja ya el impacto de la competencia de la fotocopia—, fuera superior a la que obtendrían de los solos originales en ausencia de la fotocopia, los autores y editores obtienen mayores ingresos si autorizan la fotocopia a cambio de una compensación, que si la prohíben (58). Y es plausible pensar que éste es el caso (59).

2. *Licencia de copia y costes de transacción*

Evidentemente, esta solución, que parece ser la ideal (compensación de los creadores, ahorro de costes judiciales, fijación negociada de las relaciones entre autores y copistas), no está exenta de dificultades.

En primer lugar, los costes de transacción son, en todo caso, considerables y, en algunos, estrictamente prohibitivos (60).

El sistema de las licencias de copia exige la previa identificación de todos los potenciales copistas, la negociación de los términos de licencia —o, cuando menos, la fijación de los mismos con carácter general, pero atendiendo a parámetros que hay que comprobar individualizadamente, la capacidad de la máquina, por ejemplo—, la realización de los pagos conforme a ella y la verificación del cumplimiento de sus términos.

Ello convierte este sistema en prácticamente inviable en todos aquellos ámbitos en que la producción de copias se realiza en centros dispersos y no existe una organización que la aglutine como interlocutor de los autores y editores (este es el caso de las fotocopias en el sector doméstico, por ejemplo), y/o el volumen de fotocopias protegidas que se realizan es tan escaso que los ingresos obtenibles por medio de las licencias apenas superan los costes de transacción.

Pero incluso prescindiendo de estos ámbitos en que es patente la inviabilidad de las licencias, en las restantes los costes de transacción son importantes: no existe un único productor de originales, sino muchos, y el número de copistas (negocios de copistería, empresas con equipos de fotocopia, etc.) es también elevado.

Aquellos medios que tienden a organizar a los titulares de los derechos

(58) Vid. la exposición algo más formalizada de este argumento en mi trabajo «La producción de copias...», cit., pág. 49.

(59) Vid. BESEN y NATARAJ KIRBY: «Private copying...», cit, pág. 23.

(60) Los costes de transacción son los costes de negociar un acuerdo, hacerlo efectivo y controlar su cumplimiento, en este caso, los acuerdos entre los titulares de los derechos de autor y los potenciales productores y usuarios de las copias.

de reproducción, por un lado, y a los copistas, potenciales licenciataria, de otro, tienden a reducir estos costes de transacción y, por tanto, a facilitar la implantación y extensión del sistema de licencia.

Así, la agrupación de los autores y editores en Entidades de gestión tiene este sentido. Y aunque la LPI no lo impusiera —lo que sí hace— para cobrar la remuneración sobre aparatos reprográficos del artículo 25, CEDRO (la Entidad de gestión en España en el ámbito de los derechos de reprografía) hubiera surgido igualmente, por el ahorro que representa en los costes de hacer efectivos los derechos de autores y editores y su inexcusabilidad para un sistema de licencias de fotocopia (61).

La LPI prevé asimismo otros medios tendentes al ahorro de costes de transacción: la obligación impuesta a dichas entidades de gestión de establecer tarifas generales [art. 142.1.b)] y celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio [art. 142.1.c)].

Sin embargo, estos mecanismos no se hallan exentos de riesgos.

En primer lugar, las propias Entidades de gestión, en cuanto tales, presentan facetas con fuertes matices anticompetitivos. No cabe duda de que la agrupación de autores y editores en un ente que unitariamente organiza y gestiona los derechos de sus miembros —y por tanto, fijando unitariamente, condiciones y precios de las licencias— reduce la competencia entre los distintos autores y editores en el otorgamiento de licencias de fotocopia (62).

No es extraño, pues, que los mismos hayan sido objeto de atento control bajo la legislación «antitrust» (63).

(61) En otros países organizaciones semejantes han aparecido, exista o no en ellos un sistema semejante del artículo 25 LPI.

Así, en Estados Unidos, el Copyright Clearance Center: SPILHAUS: «The Copyright Clearance Center», en *Scholarly Publishing*, 1978, pág. 143, BESEN y NATARAJ KIRBY: «Compensating Creators of Intellectual Property: Collectives that Collect», *Mimeo*, Rand Corporation, 1989, pág. 46, o en Gran Bretaña, la Copyright Licensing Agency: CORNISH: *Intellectual Property: Patents Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 2.^a ed., Londres, 1989, pág. 345, DWORKIN & TAYLOR: *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, Londres, 1989, pág. 88, donde no se da este mecanismo.

O en Alemania, V. G. Wort: MELICHAR: *Die Wahrnehmung von Urheberrechte durch Verwertungsgesellschaften. Am Beispiel der V. G. Wort*, Munich, 1983, pág. 72, donde hay un esquema semejante al español.

(62) Y no cabe duda de que la competencia económica es, en principio, un valor para el sistema jurídico español: *vid.* preámbulo a la Ley de Defensa de la Competencia.

(63) Este fenómeno se ha presentado, fundamentalmente, en relación a las entidades de gestión en el sector de las obras musicales, sin duda por la mayor trascendencia económica que, históricamente, aquellas han tenido.

Donde ha adquirido mayor intensidad ha sido en Estados Unidos: ya desde los años treinta ASCAP fue objeto de investigación por parte del Departamento de Justicia norteamericano y obligada a modificar —en 1941 y 1950— sus estatutos y modo de operar para eludir responsabilidades civiles y criminales. Más recientemente hay que destacar

Y estos posibles efectos se amplían si las Entidades de gestión utilizan con carácter forzoso —o casi— licencias omnicomprendivas que abarquen todo su repertorio (*blanket licence*) (64).

Aunque, a pesar de todo, las ventajas derivadas de las Entidades de gestión superen los posibles efectos anticompetitivos (65), no cabe duda de que éstos han de pesar en el juicio sobre la eficiencia del sistema de licencias.

Y en segundo lugar, las tarifas y los contratos generales pueden inducir que los grupos de licenciarios, al ampliarse, sean menos homogéneos y, por tanto, el precio de la licencia se ajuste de forma más deficiente a las fotocopias realmente realizadas. Y agravan asimismo el problema de los incentivos —excesivos— a la producción de copias a los que ya se ha aludido (66).

Por último, es preciso señalar otra posible deficiencia de las licencias de copia. Estas recaen directamente sobre los productores de copias, los cuales pueden coincidir (caso de las copias de uso interno en Administraciones Públicas o empresas) o no (caso de las copias realizadas en establecimientos comerciales de copistería) con los usuarios de las mismas. En este último supuesto, la traslación del importe de la licencia sobre los consumidores es, salvo casos excepcionales —como ya se aludió más arriba—, incompleta (67).

el caso *ASCAP v. CBS* 441 U.S.1, 1979, como el último ataque —infructuoso— a las entidades de gestión.

Vid., sobre ello, COMERFORD: «CBS vs. ASCAP: Blanket licensing and the Unresolved Conflict between Copyright and Antitrust», en *Connecticut L. Rev.*, 1981, pág. 465, nota en 87 *Yale L. J.*, 1978, pág. 783; FUJITANI: «Controlling the Market Power of Performing Rights Societies: An Administrative Substitute for Antitrust Regulation», en *California L. Rev.*, 1989, pág. 103.

También en Gran Bretaña la actividades de licencia de las entidades de gestión quedan sometidas al control de la Monopolies and Mergers Commission (S. 144, Copyright Act de 1988).

Y en el ámbito del Derecho comunitario, los estatutos y operaciones de diversas entidades de gestión europeas (la GEMA alemana, la SABAM belga, la SACEM francesa) han sido denunciadas ante Tribunales nacionales u órganos comunitarios (Comisión y Tribunal de Justicia) por violación del artículo 86 del Tratado de Roma.

(64) En teoría, es perfectamente posible que las entidades de gestión, aun actuando unitariamente en la administración de los derechos de reproducción a ella confiados, no fijen coordinadamente las licencias —esto es, que cada miembro sea el que determine las condiciones de licencia de sus propias obras— o, aun existiendo dicha coordinación, no se plasme en el sistema de *blanket license* —así operó inicialmente el «Copyright Clearance Center» norteamericano—, pero parece inevitable la tendencia apuntada en el texto: BESEN & NATARAJ KIRBY: «Compensating creator...», cit., págs. 9 y sigs.

(65) *Vid.*, sobre ello, mi trabajo «Copyright Collecting Societies: An Economic Analysis», *Mimeo*, Harvard Law School, 1991.

(66) *Vid.*, *supra*, nota 55.

(67) *Vid.*, sobre la traslación de la sobrecarga monopolística, SCHAEFER: «Passing on Theory in Antitrust Treble Damage Actions: An Economic and Legal Analysis», en

V.c) UNA COMPARACIÓN DE AMBOS REGÍMENES
EN TÉRMINOS DE EFICIENCIA

En las secciones anteriores se han expuesto los rasgos esenciales de los dos regímenes alternativos de la fotocopia en la LPI.

En ésta vamos a tratar de comparar su relativa eficiencia en dos aspectos.

Uno es el de la gestión y administración de dichos regímenes y sus costes respectivos.

Otro es el grado en que logran que la valoración que los consumidores de copias tienen de éstas se refleje en la compensación a los productores de bienes intelectuales. Esta es una condición necesaria para que tanto autores como usuarios incrementen su bienestar como consecuencia de la utilización de la fotocopia.

No parece requerir una detallada justificación la impresión de que el primero de los sistemas citados supone menores costes de administración: la centralización de las negociaciones en la mesa del negociación del Convenio, la simplicidad del esquema del canon compensatorio fundado en tipos impositivos que se fijan en función de las características del aparato de reprografía, el pago en origen —productor o importador— sin esperar al destino final de los equipos gravados (68).

El mecanismo de las licencias, a pesar de los medios de reducción de los costes de transacción que se han citado, inevitablemente resulta más complejo y, por ende, más costoso tanto para los directamente implicados como para la sociedad en su conjunto.

Por contra, en relación al segundo de los factores de evaluación, la calificación es bien distinta.

Es obvio que la licencia de fotocopia no puede fundarse en el comportamiento individual de cada uno de los productores de copias, ya que ello supone unos costes prohibitivos. Es obligada la construcción de categorías de copistas para el cálculo de los términos de la licencia. Y ya se ha dicho que esto genera distorsiones por sujetar a condiciones idénticas situaciones dispares y por no hacer que cada productor de copias internalice el coste de las copias que realiza, en términos de necesario incremento de la licencia que se habría de pagar a los autores —porque al hacerse más copias hay

William and Mary L. Rev., 1975, pág. 883, HARRIS & SULLIVAN: «Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis», en *University of Pennsylvania L. Rev.*, 1979, pág. 269.

(68) El sistema podía haberse hecho más simple aún si se hubiera optado por no excluir del esquema legal los aparatos empleados en usos distintos a los del artículo 31.2 (como se hace, por ejemplo, en Alemania, en que el canon compensatorio graba todos los equipos reprográficos).

mayor utilidad para los usuarios de ésta y ello debe reflejarse en la compensación—, sino por categorías.

Pero no cabe duda de que la licencia puede tener en cuenta no sólo el tipo y capacidad de reproducción del equipo, sino también el destino y utilización del mismo: en un centro educativo, en un establecimiento de copistería, en una oficina de registro pública, en un establecimiento comercial no dedicado prioritariamente a la copia —por ejemplo, un negocio de papelería que posee una fotocopidora a disposición del público—, etc.

Todas estas diferencias inciden indiscutiblemente en diversas pautas y alcances en la actividad de copia.

Incluso dentro de cada tipo de uso, la licencia es susceptible de entrar a considerar ciertos factores que, si bien no expresan de manera directa la cuantía de copias realizadas, sí permiten estimar con más precisión la producción de fotocopias en cada categoría. Así, en relación a los negocios de fotocopia, el carácter del centro de población en el que radican —número de habitantes, presencia o ausencia de centros de educación superior—, la localización —proximidad a centros docentes—, el número de equipos reprográficos por habitante en la población de que se trata, etc. (69); por lo que toca a empresas u oficinas públicas, puede considerarse el número de empleados, la existencia en su seno de centros de documentación, etc.

Todo ello, evidentemente, resulta imposible en el cálculo de la remuneración compensatoria del artículo 25 LPI.

Asimismo, ya se ha comentado que esta última se recaba una sola vez y *a priori* —antes de realizarse copias con el equipo gravado— y por ello no afecta al comportamiento de los copistas.

En cambio, la licencia ha de obtenerse y abonarse por cada período de realización de copias que se haya fijado en aquélla (semestral, anual, plurianual). Y si se incrementa el número de copias producidas en un período, ello se traducirá —aunque imperfectamente— en una elevación de la licencia que habrá de pagar en los siguientes períodos la categoría en la que se halle encuadrado el copista que aumenta su número de copias.

Bien es verdad que la licencia se abona por los productores de copias, los cuales no son siempre usuarios de éstas. Y los productores no pueden trasladar completamente —al menos en corto plazo— el importe de las

(69) *Vid.*, por ejemplo, las tarifas que VG Wort aplica en Alemania, teniendo en cuenta este tipo de criterios: VG WORT: «Merkblatt über Höhe und Abwicklung der Betreiberabgabe gem. § 54 Abs. 2 Staz 2 und 3 Urh G», Munich, 1986.

La corrección y razonabilidad de estas tarifas en el sentido de ajuste de lo dispuesto por el Art. § 54 Par 2.3.^a Urh G. —la compensación a los autores y editores debe ser correspondiente al tipo y alcance de la utilización que, según las circunstancias, se estime probable— ha sido afirmada en la decisión arbitral del Deutsches Patentamt (competente, de acuerdo, los •§ 14.2 y S 18.1 Urheberrechts-Wahrnehmungsgesetz) de 14 de julio de 1988.

licencias a sus consumidores. Pero así la parte trasladada recae por igual sobre usuarios de copias de obras protegidas y usuarios de otro tipo de copias, lo cual disminuye el grado de éxito del sistema de licencias, desde el segundo punto de vista.

Sin embargo, deficiencias de esta clase las presenta también el sistema de retribución del artículo 25 LPI, como se vio en la sección V.a).3.

En definitiva, es evidente que ambos sistemas son imperfectos. Esto es lo que se deduce de buena parte de las secciones V.a) y V.b), en que se han puesto de relieve las distorsiones que ambos regímenes provocan. Ello, por otra parte, no es de extrañar. Las soluciones óptimas suelen escasear en el mundo real.

Sin embargo, conocemos algo acerca de los pros y los contras de cada uno.

Sabemos que un sistema de licencias de copia es costoso y de gestión compleja —aunque en medida diversa, según los sectores—, pero asegura una compensación más elevada a los creadores y consigue en un mayor grado —aunque no perfectamente— que el peso de esta compensación recaiga sobre los consumidores de copias —que son los beneficiarios últimos de la introducción de las tecnologías de fotocopia— y refleje las fotocopias efectivamente producidas y consumidas.

Sabemos, asimismo, que la remuneración compensatoria del artículo 25 LPI es un mecanismo de más simple y barata puesta en aplicación, pero supone, en principio, una retribución inferior para los productores de bienes intelectuales, y además su peso económico se traslada de forma más deficiente a los consumidores finales de copias, ni tiene en cuenta el volumen real —y por tanto el valor para los consumidores— de fotocopias efectuadas. Bien es verdad que podría pensarse —aunque no es probable por la razón ya expuesta (70)— que la remuneración *ex* artículo 25 pueda fijarse de manera que arroje cantidades muy elevadas. En efecto, puede establecerse un tipo impositivo muy alto que grave los equipos de reproducción. Pero ello supondría un obstáculo muy notable a la tecnología de la fotocopia —que, recordémoslo, no sólo se aplica a obras protegidas por derecho de autor— una verdadera reducción del acceso a la copia, y esto es un resultado bastante indeseable. Además, las distorsiones ya apuntadas se agravarían proporcionalmente al aumento de la cuantía de la remuneración.

Por todo ello parece plausible deducir que, en términos generales, en aquellos ámbitos en que los costes de transacción y los costes de gestión del sistema de licencias superarían cualquiera de las ventajas de éste, el esquema del artículo 25 LPI resulta preferible; en cambio, en los ámbitos en que los citados costes pueden presumiblemente mantenerse dentro de límites

(70) *Vid., supra*, texto correspondiente a nota 52.

razonables, las licencias de fotocopia ofrecen resultados más favorables desde el punto de vista de la eficiencia.

¿Y cuál es la relevancia de todo este examen de eficiencia para el análisis jurídico de las reglas específicas de la LPI? La importancia viene dada a través de la necesaria correspondencia, en el sistema de la LPI, entre remuneración compensatoria *ex* artículo 25 y exención del derecho de reproducción exclusiva de los autores (en el art. 31.2.º, de forma segura, y en el art. 37, con algunas dudas).

Esto es, en cuanto al problema de la copia, allí donde se excepciona el monopolio de reproducción entra en juego el artículo 25 LPI; el resto queda sujeto a la regla general del monopolio y, por tanto, a la licencia de copia.

Resulta interesante examinar, pues, en qué medida el diseño legal de los ámbitos exentos y sujetos al derecho de exclusiva influye en los comportamientos de los sujetos afectados y conduce a resultados confrontables con criterios de eficiencia —esto es lo que podría llamarse análisis positivo de las reglas jurídicas—, y emplear dicho criterio como elemento de interpretación del alcance y sentido de aquellos preceptos que definen los ámbitos de exención —esto es lo que podría denominarse análisis normativo—.

El examen de los artículos 31.2.º y 37 LPI, desde esta perspectiva, será, por consiguiente, el objeto de las dos partes siguientes del trabajo.

VI. EL ARTICULO 31.2.º LPI

El artículo 31.2.º autoriza la reproducción de las obras divulgadas, sin autorización del autor, cuando sea para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa. Esta norma ha de considerarse, como ya se ha dicho, en relación estrecha con la del artículo 25 LPI, que prevé el sistema de remuneración compensatoria para los productores de bienes intelectuales, precisamente por las producciones o copias hechas para uso personal, cubiertas por la excepción al derecho exclusivo de los autores contemplada en el artículo 31.2.º Esta conexión entre ambos no sólo se pone de manifiesto en el artículo 9 RD.Des, paralelamente a como se hacía en el artículo 1.1 del Decreto del 89, sino en el nuevo texto del artículo 25 de forma expresa.

Como ha puesto de manifiesto LLEDÓ, la norma en cuestión parece inspirarse en el artículo 41 de la Ley francesa de 11 de marzo de 1957 (71).

La fórmula empleada, «uso privado del copista», derivada de la regulación francesa, plantea diversos interrogantes.

(71) LLEDÓ YAGÜE: «Comentario a los artículos 31-32», en BERCOVITZ (coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., pág. 495.

VI.a) ¿QUÉ ES USO PRIVADO?

Por una parte, es preciso preguntarse qué usos deben considerarse privados. ¿Debe limitarse a la realización de aquellas fotocopias que satisfacen necesidades o intereses puramente personales, es decir, con exclusión de las profesionales, académicas y económicas? En este sentido restrictivo es cómo, en el Derecho alemán, se interpreta la expresión «Zum privatem gebrauch» del parágrafo 53 (1) Urheberrecht Gesetz, según la fórmula de la Ley de 1985 (72). Ello determinaría que la fotocopia que realiza un abogado para recabar información sobre un aspecto de un caso que tiene encomendado, o un profesor para preparar su clase de la semana siguiente, no estén cubiertos por el artículo 31.2.⁹

Aunque la utilización del término «privado» se contrapone muy a menudo en el uso ordinario —e incluso jurídico— a «profesional», no creo que esta visión restrictiva sea aceptable.

Por un lado, en otros Derechos, la excepción no se interpreta tan limitadamente. Así, en el Derecho alemán, si bien es verdad que el parágrafo 53 (1) se contempla en el sentido antes apuntado, el parágrafo 53 (2) admite la posibilidad de realizar copias «Zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch» (núm. 1) y «Zum sonstigen eigenen Gebrauch», lo que viene a cubrir los supuestos excluidos del parágrafo 53 (1) —bien es verdad que no exactamente en las mismas condiciones, sino en otras ligeramente menos favorables— (73).

En el Derecho francés, según la interpretación común del artículo 41 de la Ley de 1957, éste contempla los usos de profesionales y estudiantes para fines de sus respectivos trabajos (74).

Por fin, en el Derecho norteamericano, la más importante excepción al monopolio de los autores, la excepción del *fair use* (75), se aplicó en principio por los Tribunales —creadores de la misma— solamente a los

(72) LOEWENHEIM, en SCHRICKER (ed.) *Kommentar*,..., cit., pág. 708; NORDEMANN, en NORDEMANN/VINCK/HERTIN: *Urheberrecht*, pág. 282, DIETZ: «Ton-und Bildaufnahmen sowie fotokopie zum eigenem Gebrauch in Recht und Praxis der Bundesrepublik Deutschland», en *GRUR*, 1978, pág. 457. En contra, HUBMANN: *Urheber-und Verlagsrecht*, 6.^a ed., Munich, 1987, pág. 176.

(73) LOEWENHEIM, cit., pág. 709; NORDEMANN, cit., pág. 283; HUBMANN, cit., pág. 177.

(74) COLOMBET: *Propriété littéraire et artistique*, 4.^a ed., París, 1988, pág. 222.

(75) Vid., en general, sobre el concepto de «Fair Use», y los factores que determinan la apreciación o no de su subsistencia (hoy recogidas en la S. 107 de la Copyright Act norteamericana), PATRY: *The Fair Use Privilege in Copyright Law*, Washington, 1985; LATMAN/GORMAN/GINSBURG: *Copyright for the nineties*, 3.^a ed., Charlottesville, 1989, págs. 578 y sigs.; GOLDSTEIN, op. cit., vol. II, págs. 187 y sigs.; FISCHER, op. cit., pág. 1659; LEV AL, op. cit., págs. 1111 y sigs.; WEINREB, op. cit., págs. 1142 y sigs.

llamados «usos productivos» (76). Y aunque esta idea no está exenta de dificultades aplicativas e incluso de contradicciones conceptuales y el mantenimiento de su exigencia es cuestión dudosa, no cabe duda de que fines profesionales o de estudio no están en absoluto excluidos *a priori* del *fair use*.

Además, un entendimiento tan restrictivo prácticamente vaciaría de contenido real el artículo 31.2.⁹ en el ámbito de las obras escritas (no así en las obras sonoras o visuales, donde las reproducciones para fines recreativos o de disfrute extraprofesional son mucho más frecuentes).

Asimismo, la interpretación que se rechaza supondría sujetar a la autorización de los titulares de los derechos de reproducción todas las fotocopias que, aun en pequeña escala, se realizan en el ámbito profesional, académico o de investigación (dejando aparte los que con este último fin se realizan por bibliotecas o archivos, que se rigen por el art. 37 LPI). Dado que precisamente el volumen de fotocopias es reducido, el valor que éstas representan para el potencial copista, probablemente también será escaso; y aunque un cierto número de estos usuarios estarían dispuestos a solicitar el permiso del autor o editor, los costes de transacción (localizar al titular de los derechos de autor, negociar una compensación por las fotocopias realizadas, enviar el pago, etc.) serían previsiblemente inferiores a la apreciación de las copias por el usuario (77). Con lo cual,

- i) o bien se abstendrá de realizar las copias si el desvalor de la sanción por la violación del derecho de reproducción descontado por (multiplicado por) la probabilidad de ser aprehendido (que probablemente es muy pequeña) supera al valor de las fotocopias para él; con lo cual resultan desincentivadas actividades socialmente valiosas;
- ii) o bien las efectuará, pero sin contar con dicho consentimiento y, por tanto, sin ninguna compensación para los productores de la obra, si la comparación entre ambos factores arroja un resultado opuesto al de i).

En este segundo caso, los productores de obras escritas se hallan —previsiblemente— en peor situación que si se ampara la conducta en el

(76) Esto es, que el uso de la obra es, a su vez, un uso creativo. Sin embargo, hoy ya no se limita a éstos: *Rosemont Enters v. Random House, Inc.* 366 F. 2d 303 (2d Cir. 1966), *Pacific & S. Co. v. Duncan* 744 F. 2d 149 (11th Cir. 1984) y, sobre todo, la famosa sentencia (el caso Betamax) *Sony Corp. of America v. Universal City, Studios, Inc.* 464 U.S. 417, 1984.

(77) Evidentemente, la existencia de las entidades de gestión tiende a reducir —y lo hace efectivamente— estos costes de transacción, pero probablemente no de forma tan radical como para comprometer la validez del argumento señalado en el texto.

artículo 31.2, porque entonces reciben compensación —aun globalizada e indirecta— a través de la remuneración del artículo 25. En cambio, así la cuantía de la remuneración sería menor —los obligados al pago alegarían que hay una larga serie de supuestos fuera del ámbito de las copias autorizadas por el artículo 31.2.⁹ y, por ende, la compensación total que corresponde es más baja—. Bien es cierto que los autores y editores quedan en libertad de perseguir estas «violaciones de derechos», pero, dada la pequeña escala de las mismas, los costes de inspección, control, acción judicial y obtención de compensación son tan altos en relación al beneficio que pueden obtener, que es más bien exiguo en cada caso concreto (tal vez no lo sea globalmente considerado, pero así también los costes de obtenerlo se disparan) que las posibilidades reales de eficacia son remotas. Incluso en ocasiones, los intentos de inspección podrían chocar con el derecho a la intimidad de las personas.

VI.b) EL CONCEPTO DE COPISTA EN EL ARTÍCULO 31.2.⁹

La comprensión del artículo 31.2.⁹, no obstante, está todavía lejos de ser completa. El término «copista» ha planteado asimismo dudas. LLEDÓ, en su comentario del precepto en cuestión, se plantea si copista es el que hace la copia o el que la encarga, pronunciándose por la primera opción con apoyo, sobre todo, en argumentos derivados de la normativa y la doctrina francesas (78).

En el derecho francés, en efecto, el concepto de copista del artículo 41 de la Ley de 1957 ha sido polémico y discutido tanto en los Tribunales como en la literatura jurídica.

En la Sentencia del Tribunal de Grande Instance de París de 28 de enero de 1974 (79) se debatía una demanda de un editor frente al Centre National de la Recherche Scientifique por realizar fotocopias de revistas científicas existentes en sus archivos, sin autorización, por encargo de científicos e investigadores de todo el país. El Tribunal considera copista (y además, copista para uso privado) a la persona que escoge el contenido de la copia en función del uso que piensa darle (en este caso, cada investigador individual) y, en principio, por tanto, lícita la actividad del CNRS, pero siempre

(78) LLEDÓ YAGÜE, *op. cit.*, págs. 497 y sigs. Hay que precisar a su argumentación que el artículo 41 de la Ley de 1957 no ha sido derogado por la Ley de 3 de julio de 1985. El artículo 29 de ésta —con tenor algo distinto— se refiere a los «droits voisins», mientras que dicho artículo 41 se refiere al «droit d'auteur». No parece razonable entender, pues, que la diferencia en la letra persiga una diversidad en el régimen jurídico.

(79) *Gazette du Palais*, 1974, (2. sem. p. 713).

que comprobara el carácter de investigador del peticionario de las copias y la justificación de que no se daría a las copias un uso colectivo (80). Como no se daban estos dos requisitos, la decisión fue favorable a los demandantes.

Unos años más tarde, sin embargo, la Casación francesa (81) consideró que copista era la persona que, explotando un establecimiento de fotocopia, asegura el funcionamiento de los aparatos y los mantiene, con independencia de que sea él (o sus empleados, más bien) quien materialmente presione el botón de la máquina o sean los clientes los que lo hagan (82).

En el Derecho alemán, por contra, el párrafo 53 UrhG prevé expresamente que la copia privada no necesita ser realizada por el «copista», sino que puede ser realizada por otro (de manera gratuita o a cambio de un precio) a indicación de aquél, sin perder por ello su carácter de copia para uso privado o propio (83).

Aparentemente, pues, las soluciones a las que llegan los sistemas alemán y francés son diametralmente opuestas. Pero si las consideramos atendiendo al conjunto de sus reglas referentes al régimen de la fotocopia, el objetivo perseguido por ambos es sustancialmente el mismo.

- i) eximir de responsabilidad al usuario final de la copia que persigue un fin caracterizable como privado a efectos de la ley. El artículo 41.2 del Derecho francés —según la más reciente interpretación de la casación y la literatura dominante—, porque no la considera copista; el párrafo 53 (1) Urh.G, porque, conceptuándolo como copista, le ampara en la excepción del uso privado o propio,
- ii) asegurar una retribución al productor de la obra copiada, según los mecanismos —distintos— existentes en cada sistema. El Derecho francés, otorgando al titular de los derechos de reproducción, una

(80) Para una crítica de las consideraciones del Tribunal, *vid.* el comentario a la sentencia de DESBOIS en *Rev. Trim. de Droit Comm.*, 1974, pág. 7; DESBOIS: *Le Droit d'auteur en France*, 3 ed., París, 1978, pág. 308; COLOMBET, *op. cit.*, pág. 224; LUCAS, en *Travaux de l'association Henri Capitant*; t. XXXVII: *Les Nouveaux moyens de reproduction*, París, 1986, pág. 302; LUCAS: «Copyright and New Technologies en France», en *European intellectual Property Review*, 1987, pág. 45.

Un caso muy similar, y con el mismo principio general —aunque distinto resultado concreto— subyacente a la decisión, se planteó en Estados Unidos: *Williams & Wilkins Co. v. United States*, 487 F. 2d 1345 (Ct. Cl. 1973). Sobre ella, PERLMAN & RHINELANDER: «Williams & Wilkins v. V. S.: Photocopying, Copyright and the Judicial Process», en *Sup. Ct. Rev.*, 1975, pág. 355.

(81) Cass. 1 er. Chambre Civile, 7 marzo 1984, en *Gazette du Palais*, 1984, 3, pág. 219.

(82) *Vid.* el juicio favorable a la misma en el comentario de FRANCON, en *Rev. Trim. de Droit Comm.*, 1984, pág. 677, y LUCAS, *op. y loc. últ. cit.*

(83) *Vid.* LOEWENHEIM, *op. cit.*, pág. 709.

acción frente al autor material de la copia —si es distinto del usuario final— y la posibilidad de obtener una indemnización por los daños sufridos y el consiguiente importe de licencias de fotocopia que de ésta pueden derivarse —esta es la principal vía de compensación prevista en el Derecho francés en el ámbito de las obras impresas— (84). En el caso alemán, porque el uso privado se compensa —globalmente con el «Geräteabgabe» del parágrafo 54 (2), primer apartado—, y además, en los casos de fotocopias realizadas a cambio de precio —sea con ánimo de lucro o por instituciones no lucrativas—, el titular de la actividad de fotocopia debe pagar el «Großbetreiberabgabe» del parágrafo 54 (2), segundo apartado (85).

Ambos propósitos parecen más que justificados y pueden iluminar la solución en el Derecho español. Esto es, que el usuario de la copia para un fin privado debe verse libre de toda responsabilidad, realice él la fotocopia personalmente, se la encargue a un amigo o a un empleado de una copistería (86). Y al mismo tiempo asegurar en cada una de estas alternativas una compensación para los productores de las obras copiadas.

El primero de estos propósitos se logra a través de la primera de las dos interpretaciones conflictivas: si se considera copista al que encarga la copia o al usuario de la misma, siendo el uso privado, y desprovisto de carácter colectivo o lucrativo, no hay duda de la cobertura del artículo 31.2.º LPI.

En cambio, si se entiende por copista el autor material de la fotocopia, caben dos posibilidades: si coincide éste con el usuario, se daría el mismo resultado apenas mencionado; pero si no coincide, es claro que el copista no está amparado por la excepción, dado que el uso no es propio suyo, aparte de la posible presencia del factor lucrativo. ¿Pero qué ocurre en esta segunda hipótesis con el consumidor de la fotocopia? No es copista en sentido estricto —porque lo es el autor físico—, pero aplicando los principios generales de participación plural en un acto ilícito, parece que deberá

(84) La «Loi des finances» de 31 de diciembre de 1975 introdujo un impuesto del 3 por 100 sobre el material reprográfico, la recaudación del cual se asigna al Centre Nationale des Lettres. Aunque de alguna manera persigue los mismos fines, no se puede, sin embargo, considerar equivalente a los sistemas alemán y español, que tiene un verdadero y propio sistema de compensación por copia privada.

(85) LOEWENHEIM, *op. cit.*, pág. 730; MELICHAR, *op. cit.*, pág. 43; MELICHAR: «Auswirkungen der Urheberrechtsnovelle», en *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 1985, pág. 59; THOMS: «Zur Vergütungspflicht für reprografische Vervielfältigungen und Regierungsentwurf zur Urheberrechtsnovelle», en *GRUR*, 1983, pág. 540.

(86) Omiso voluntariamente el supuesto de la fotocopia realizada por el empleado de una biblioteca —supuesto bastante frecuente— porque pospongo su examen hasta el tratamiento del artículo 37 LPI.

conceptuársele como cooperador —o incluso inductor— en la violación del derecho de autor.

En cuanto al segundo objetivo, ninguna de las dos consigue alcanzarla, aunque esta desventaja es más seria en la primera interpretación que en la segunda.

En efecto, según aquella, la única remuneración que percibirían los autores y editores sería la del artículo 25 LPI, y ésta no refleja adecuadamente una actividad de reproducción sistemática, organizada y voluminosa como la de una empresa de fotocopia. Y hay que recordar que una empresa no sería copista, en esta interpretación, sino el usuario y, al entrar en juego el artículo 31.2, el productor de la obra no tiene a su favor más que el artículo 25.

En cambio, la segunda opción hace inaplicable el artículo 31.2.º —y, por tanto, el 25—, dejando a los titulares de los derechos de reproducción la plena posibilidad de perseguir la realización de estas copias —o de obtener una licencia, como se ha visto—. Lo cual no se consigue, sin embargo, sin ciertos costes de inspección y transacción. Esta posibilidad resulta plausible respecto a las fotocopias en forma sistemática y abierta en las empresas de fotocopia, pero lo es menos —o no lo es en absoluto— respecto a las efectuadas fuera de estos establecimientos (por amigos o compañeros de trabajo, por ejemplo). Estas últimas copias, al no estar tampoco bajo el artículo 31.2.º —el copista no hace uso privado de ellas—, tampoco se verían compensadas por el mecanismo del artículo 25. Este efecto, sin embargo, podemos considerarlo como insignificante, dado que en el cálculo del canon compensatorio de esta última norma —previamente— no se podrá, de todos modos, dar entrada, por su propio carácter de remuneración global y «cuasi impositiva», a factores tan complejos como el de las fotocopias realizadas a favor de amigos; incluso el número de fotocopias para uso privado, plenamente dentro del ámbito del artículo 31.2, como ya se ha señalado, difícilmente pueden imputarse salvo de modo estadístico o forfetario. En todo caso, el monto total de fotocopias realizadas en aquellas circunstancias no parecen representar una cantidad demasiado significativa.

Así pues, cada interpretación posee ventajas e inconvenientes. Es bastante probable que el último inciso del artículo 31.2.º, «que la copia no sea objeto de utilización colectiva o lucrativa», incline a pensar en la segunda opción, ya que parece más fácil representarse este tipo de utilización si se entiende que el copista es el autor material —la copistería, sobre todo—; mientras que si el copista es el usuario, con independencia de ser el autor material de la copia, es más difícil —aunque no imposible— imaginarse la realización lucrativa o colectiva.

Sin embargo, creo que es posible avanzar una solución que evita buena

parte de los inconvenientes apuntados. Y consiste en estimar que usuario de la copia y autor material de la misma —si no coinciden— son ambos copistas. Obviamente, sólo el primero, concurriendo los demás requisitos, podrá ser amparado por la excepción del artículo 31.2.^º. Así, no es la copia en sí misma la que se califica de lícita o ilícita, sino es el comportamiento de cada uno de los participantes en el proceso de copia el que resulta justificado o injustificado. Con lo cual las posibilidades de acción de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, frente a los copistas en sentido material, permanecen intactos y, consiguientemente, las de obtener compensación por las copias.

Hay, cierto es, una cierta discordancia entre la calificación jurídica de las conductas, que se predica separadamente de cada uno de los sujetos intervinientes en el proceso de copia, y el sistema de compensación previsto en el artículo 25 LPI, que es «por copia» (aunque globalizadamente, y sin computar en concreto cada copia realizada). De manera que, en teoría, la realización de una *sola copia*, por una empresa de copistería por ejemplo, daría lugar a una doble compensación: la genérica a través del artículo 25, porque hay en el supuesto copia privada —si el usuario efectivamente está cubierto por el art. 31.2.^º— y la obtenible —en forma de indemnización de daños por violación del derecho de reproducción o en forma de licencia, etc.— por el titular de los derechos del empresario de fotocopias.

Esta duplicidad, en sí misma, no es algo desconocido: es, por ejemplo, la solución, y no involuntaria, del Derecho alemán (87).

Ni siquiera es algo negativo, al contrario, si se estima que el sistema global de compensación del artículo 25 subestima abiertamente el impacto de la copia privada en los intereses económicos de autores y editores y, por tanto, en los incentivos a la producción intelectual (88).

(87) S 54 (2) UrhG., *vid.*, sobre ello, LOEWENHEIM, *op. cit.*, págs. 729 y sigs.; MELICHAR: «Auswirkungen der Urheberrechtsnovelle», *cit.*, pág. 57.

(88) Estimar el daño que causa la copia a los productores de bienes intelectuales es tarea difícil. No sólo por la vaguedad que el término daño tiene en general, sino por su ambigüedad en este ámbito en concreto: ¿comprende el daño sólo los ingresos perdidos respecto a la situación anterior a la copia o se extiende los beneficios que se obtendrían de poder utilizar en el propio provecho la crecida difusión de la obra que la copia permite? Además, la concreta evaluación económica requiere un modelo previo del comportamiento de productores y consumidores de originales y copias.

Por ello, muchas de las evaluaciones llevadas a cabo —la mayoría en el ámbito fonográfico o videográfico— presentan amplios flancos a la crítica. *Vid.* el examen y crítica de las más señaladas en BESEN: «New Technologies and Intellectual...», *cit.*, págs. 51 y sigs. *Vid.*, asimismo, un modelo que permite una estimación más ajustada en BESEN: «Private Copying, Reproduction Costs, and the Supply of Intellectual Property», en *Information Economics and Policy*, *cit.*, pág. 5.

Lo que resulta todavía más difícil —si no imposible— es estimar los efectos de este daño en los incentivos a la creación, ya que ello supondría calcular la elasticidad de la oferta de bienes intelectuales —o de algún tipo de ellos, cuanto menos, si el cálculo es

Pero, sin entrar en el mérito de las dos anteriores justificaciones, la realidad del modo de operar de la remuneración compensatoria convierte a esta posible duplicidad en un factor despreciable en su impacto práctico (89).

VI.c) LA AUSENCIA DE UTILIZACIÓN COLECTIVA O LUCRATIVA

Queda por examinar el último —limitativo respecto al espectro cubierto por la norma— inciso del artículo 31.2.º: «siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva o lucrativa».

El propósito aparente del mismo consiste en eliminar de la excepción algunos de los supuestos de copia para uso privado.

Sin embargo, la formulación es un tanto equívoca, puesto que la exclusión se realiza respecto a utilizaciones colectivas o lucrativas. Con independencia de un análisis más pormenorizado del significado de ambos conceptos, lo que resulta claro ya en una somera aproximación es que, literalmente entendida, resulta una limitación que limita muy poco. En efecto, «una» fotocopia singular de una obra escrita es empleada muy raramente por distintas personas (e incluso cuando lo es, ello resulta muy difícil de detectar, pues se trata entonces de personas próximas en su ámbito de relación por ejemplo, amigos o compañeros de trabajo); lo que sí es frecuente es que la «actividad» o la «realización» de copias sea colectiva en el sentido de que se realicen varias copias de un mismo original o que sistemáticamente se realicen copias para diferentes usuarios.

Por ello, creo que esta expresión debe entenderse paralela a la del artículo 37: «reproducciones... sin finalidad lucrativa», en el caso del artículo 31, contemplando —en sentido excluyente— el carácter colectivo además del lucrativo. Esto es, se trata de evaluar la nota colectiva o lucrativa no tanto en relación a la utilización de la copia una vez realizada —creo que la cláusula «uso privado del copista» es suficiente para regular esta hipótesis— cuanto a su concurrencia o no en la actividad de reproducción de la cual las fotocopias son el producto resultante. El acento recae sobre la realización más que sobre la posible utilización —aunque, obviamente, muy a menudo aquélla vendrá determinada o condicionada por ésta—.

de ámbito más limitado—, lo cual parece tarea más que ardua: BESEN: «New Technologies...», *cit.*, págs. 7 y sigs.

(89) *Vid., supra*, IV a).

1. *Los entes colectivos como copistas*

Esto nos lleva a plantear la cuestión de la admisibilidad, dentro de la cobertura del artículo 31.2.º, de las copias realizadas por personas jurídicas, organizaciones, públicas o privadas, entes colectivos en general, o simplemente una pluralidad de individuos, siempre y cuando, claro es, la utilización de la o las copias sea estrictamente interna al ente colectivo o pluralidad (pues si se transmiten al exterior, obviamente no hay uso privado): en este sentido, el artículo 10 RD.Des. excluye la aplicación del artículo 31.2.º —y, por tanto, del 25— las efectuadas en establecimientos dedicados a la reproducción o que tienen aparatos a disposición del público, pero también aquellos que sean objeto de reproducción a cambio de precio, que sería el caso normal, salvo en supuestos reconducibles bajo el artículo 37.

Algún comentarista parece admitirlo, siempre que el uso sea interno al grupo y no persiga un fin de competencia desleal (90).

En el Derecho alemán, la reproducción de obras «Zum sonstigen eigenen Gebrauch» (parág. 53 Abs. 2.4 UrhG) comprende las realizadas para necesidades internas por cualquier persona jurídica, pública o privada, y persiga ésta fines lucrativos o no. Sin embargo, la jurisprudencia (91) ha impuesto un límite máximo insuperable a las copias amparadas por este privilegio: 7 (92); además, la propia ley limita el objeto de la autorización legal a pequeños fragmentos de una obra o un artículo de una publicación periódica (para superar estos límites la obra original debe estar agotada en los canales ordinarios de distribución con dos años de anterioridad). Además, las fotocopias realizadas en el ámbito educativo, con fines de instrucción en clase o examen, están sometidas a un régimen especial: parágrafo 53 (3) (93).

Ninguna de estas previsiones legales existen en la ley española, y los límites jurisprudenciales tampoco parecen plausibles.

De aceptar una generalizada inclusión del uso colectivo interno en el ámbito del artículo 31.2.º LPI, resultaría que la gran cantidad de fotocopias realizadas por las Administraciones Públicas, los establecimientos de enseñanza y las empresas (94) vendrían compensadas a través del canon com-

(90) LLEDÓ YAGÜE, *op. cit.*, pág. 501.

(91) BGH Z 14 de abril de 1978.

(92) El límite, por supuesto, es completamente arbitrario. Igual podría ser tres (como defiende NORDEMANN, *op. cit.*, pág. 283, aunque esta cifra es idénticamente caprichosa) que diez.

(93) S 53 (3) UrhG. Vid. PASCHKE: «Rechtsfragen des Novellierten Fotokopierrechts —unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen im Hochschulbereich», en *GRUR*, 1985, pág. 951.

(94) Según estimaciones de CEDRO, las fotocopias de obras protegidas, realizadas en el ámbito interno de las empresas —industriales con 20 o más empleados y de

pensatorio del artículo 25, que será, muy previsiblemente, uniforme según el tipo y la capacidad de reproducción del aparato de reprografía. Es decir, se colocan en pie de igualdad con las reproducciones que lleva a cabo un profesional o un particular, a igualdad de equipo reprográfico. Lo cual no parece reflejar en absoluto el respectivo impacto de situaciones bien dispares. Ello supone, además, la opción por el régimen del artículo 25 en algunos ámbitos de costes de transacción relativa y razonablemente bajos —facilidad de identificación, escaso número de copistas—; al mismo tiempo la solución opuesta no implica, por contra, imponer el sistema de licencias en casos de elevados costes de transacción, como se verá a continuación.

Además, una interpretación tan laxa del término «utilización colectiva» vendría a vaciar de buena parte de su contenido al artículo 37 LPI, toda vez que el privilegio que éste otorga a las reproducciones realizadas en bibliotecas, museos, archivos, etc., de titularidad pública o insertos en entidades no lucrativas, vería reducida su eficacia legitimadora a las copias para circulación externa, puesto que aquellas fotocopias, cuya utilización no trascendiera el ámbito estrictamente interno, resultarían amparadas ya por la previsión del artículo 31.2.^º LPI (95).

Ahora bien, aun cuando se rechace la extensión de la cobertura del artículo 31.2.^º LPI a la copia realizada por cualquier ente colectivo o pluralidad de sujetos, la remuneración compensatoria del artículo 25 LPI gravará al menos un cierto número de los equipos reprográficos empleados por aquéllos en su actividad de copia. Y ello no porque se entienda que el gravamen del artículo 25 LPI haya de extender su ámbito de incidencia más

servicios con 10 o más—, Administraciones Públicas y Departamentos universitarios —esto es, excluyendo las realizadas en bibliotecas o servicios de copistería de las Universidades—, suman casi 250 millones anuales, superando el 20 del total de fotocopias de obras protegidas que se hacen al año en España.

(95) El Grupo parlamentario Popular del Senado planteó una enmienda dirigida a limitar el artículo 37 LPI a aquella reproducción que «se realice exclusivamente al servicio de la propia entidad», *BOCG Senado*, núm. 94 (c), 7 de septiembre de 1987; esta enmienda fue rechazada, pero no por entenderse que dicha norma debería circunscribir su eficacia al ámbito puramente externo de los entes mencionados en la norma en cuestión.

Tampoco creo que la sustitución del término «uso personal» por «uso privado» en el artículo 31.2 pueda considerarse indicio del deseo de amparar la copia por las personas jurídicas, a pesar de que la justificación de la enmienda del Grupo Socialista que motivó dicha sustitución pudiera dar pie a pensarlo: «el término "uso privado" permite no restringirlo al uso de una persona como sujeto físico». Por ejemplo, en su aprobación por la Ponencia del Senado se consideró de similar contenido a una del Grupo Convergencia i Unió, del siguiente tenor: «Para uso personal del copista y siempre que la copia (una)...». Parece claro que, en la interpretación aludida, no habría lugar de ningún modo a predicar la similitud de contenido.

allá de los límites trazados por la excepción del artículo 31.2.⁹ LPI (96). Muy al **contrario**, creo que la correspondencia entre los espacios respectivos de ambas normas es un principio que preside la comprensión del entero sistema de la LPI en lo tocante a la copia.

Sin embargo, el carácter de gravamen en origen de la remuneración *ex* artículo 25 LPI probablemente determinará que vaya a pesar inicialmente sobre todos los equipos **reprográficos**, con independencia de que, por el uso a que vaya a aplicarse, resulten o no comprendidos en la excepción del artículo 31.2.⁹ LPI. El propio RD.Des. (art. 10) establece que los titulares de los establecimientos que tienen aparatos de reproducción a disposición del público están exentos de gravamen. Pero de los artículos 16 y 17 RD.Des. se desprende que no es fácil tenerlo en cuenta a la hora del cálculo inicial del canon. En mi opinión, estas previsiones lo que reflejan es la conexión entre los artículos 25 y 31.2.⁹ LPI en el sentido de que los que se encuentran fuera de éste, lo están también de aquél. No tendría sentido eximir del gravamen a las empresas de copistería y no hacerlo para los departamentos universitarios u otras empresas cuyo objeto no es la fotocopia, por ejemplo.

Así, los copistas obligados a contar con la autorización del titular de los derechos de reproducción se hallan exentos del gravamen compensatorio

(96) Igualmente estimo rechazables las interpretaciones del artículo 25 LPI que le atribuyen un ámbito más reducido que al artículo 31.2 LPI. Así, la opinión de DIETZ: «Das Urheberrecht in Spanien...», cit., pág. 145, que, sobre la base del tenor literal de aquella norma, entiende que la remuneración compensatoria en el campo de la reprografía se refiere sólo a las obras publicadas en forma de libro, entendido este último término por oposición a otras formas de materialización de las producciones escritas.

No es posible compartir este criterio reductor, dado que el propósito confesado del legislador —al menos en lo reflejado en el preámbulo en la LPI— y mantenido a lo largo de todo el *iter* parlamentario de ésta, el introducir en nuestro sistema jurídico el mecanismo configurado en el artículo 25 LPI, ha sido el de dar entrada a un sistema de compensación de los autores, bien conocido ya entonces en el Derecho comparado. En efecto, en aquellos ordenamientos que la conocían, como el alemán, el austríaco, el portugués, los escandinavos, no es rastreable una discriminación como la citada entre los productores de obras escritas. Su introducción en la LPI, dado su carácter absolutamente novedoso en el panorama de la legislación comparada, a la que el legislador parece querer asimilarse, exigiría una justificación, ausente por entero en los trabajos previos y parlamentarios de la LPI.

Esta interpretación, en mi criterio la más razonable bajo la anterior redacción del artículo 25, ha venido a ser simultáneamente desechada en sus términos literales y aceptada en su intención por la Ley 20/1992, de 7 de julio, y el RD.Des.

Así, la nueva redacción del artículo 25 refiere la remuneración compensatoria tanto a los libros como a las «publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente» (habilitación a la que ha dado pronto cumplimiento el art. 9.3 RD.Des., dicho sea de paso, de forma más bien restrictiva) y la disposición transitoria única número 3 especifica que para el período anterior a la entrada en vigor de la Ley 20/1992 dichas publicaciones asimiladas no devengarán remuneración.

por los equipos que utilizan en su actividad de copia. Y ello se corresponde con el mecanismo que parece más razonable para ejecutar la exención: cuando el copista se integre en el sistema de licencias de fotocopias se le reintegrará —o se le descontará del precio a pagar por la licencia— el canon que habría abonado al adquirente el aparato de reprografía.

Sin embargo, en muchos de los supuestos que constituyen «utilización colectiva» la producción de copias se realiza en escala reducida y de forma dispersa, con lo cual la identificación y control de la misma resulta difícil (pequeñas empresas, departamentos universitarios, etc.). Por ello, salvo que la presencia de entidades que agrupen a diversos copistas permitan reducir los costes de transacción y control del cumplimiento (por ejemplo, la negociación de licencias de fotocopia para los departamentos universitarios puede hacerse con cada Universidad en su conjunto, o incluso con el Ministerio de Educación), no cabe duda de que a los autores y editores no les resultará económicamente rentable tratar de introducir y hacer efectivo el sistema de licencias en aquellos campos. Y como esto último iría contra los propios intereses de los copistas —con seguridad el precio de la licencia a lo largo de varios años superará el montante del gravamen *ex artículo 25 LPI*—, tampoco éstos se ven incentivados a modificar la situación.

Por el contrario, cuando la realización de copias es concentrada o fácilmente localizable —con lo que se reducen los costes de transacción— o alcanza un volumen de consideración, es previsible que la diferencia entre lo que los productores obtendrían a través de las licencias y lo que tendrían que restituir por lo recibido a título de remuneración *ex artículo 25* supone el coste de obtener y gestionar las licencias. En estos ámbitos, pues, el sistema de licencia de copia se impondría, lo cual se corresponde, en términos generales, con el criterio de eficiencia propuesto.

2. *La «utilización lucrativa» de la fotocopia*

Queda por considerar la restricción impuesta por el «carácter lucrativo» de la utilización de la copia.

Este inciso apareció tardíamente en la tramitación parlamentaria de la LPI. En el Congreso, la enmienda de Minoría Catalana tendente a su introducción fue rechazada por entenderse superflua (97). En cambio, fue aceptada en el Senado, sin que las motivaciones de la enmienda ni la discusión en Ponencia ofrecieran una justificación del cambio de actitud (98).

Creo que no es posible —o cuanto menos, a mí no se me alcanza—

(97) *BOCG Comisiones*, núm. 128, 1987.

(98) *BOCG Senado*, núm. 94 (c), 7 de septiembre de 1987; *vid.*, núm. 94 (d), 23 de septiembre de 1987.

discernir cuál pueda ser el contenido innovador del inciso citado. No parece que sirva para introducir algún elemento nuevo en la delimitación del círculo de supuestos bajo la excepción del artículo 31.2.^º LPI.

Para ello sería necesario que una realización de copias, para uso privado, y sin carácter colectivo —en el sentido atribuido a todo ello más arriba—, al ser calificada de lucrativa, venga expulsada de la cobertura prestada por la norma en examen.

Podría pensarse que éste es el caso respecto a aquellas hipótesis en que el copista persigue un fin de enriquecimiento con la *utilización* de la copia, por oposición a la *realización* de la misma. Esto es, los casos que presentan no transmisiones u operaciones económicas que tienen por objeto la copia —porque entonces ya no hay uso privado—, sino que, ausentes éstos, el uso privado de la copia reporta una ventaja patrimonial al usuario. Así, cuando la copia se realiza en el seno de una actividad profesional o empresarial, resultaría en todo caso excluida por su «carácter lucrativo».

Pero esta posibilidad interpretativa no es de recibo, y no sólo por los motivos ya expuestos con anterioridad al examinar el concepto de uso privado, sino porque la idea de la ventaja patrimonial derivada de la utilización no es un criterio firme para asentar ninguna distinción.

En efecto, ¿es que acaso un investigador que emplea fotocopias como instrumento de trabajo no ahorra costes en su tarea al no tener que comprar originales de las obras utilizadas?, ¿y no es esto una ventaja patrimonial? (99).

¿Un individuo que fotocopia en su copiadora personal algunas páginas de un libro de ficción que ha pedido prestado, no se está beneficiando de un ahorro en sus costes de esparcimiento, por mucho que el fin exclusivo de la lectura de las páginas copiadas sea el mero recreo?.

El criterio del carácter lucrativo, estrictamente entendido, no hace más que convertir en inaplicable el artículo 31.2.^º LPI. Otra cosa es que ciertas modalidades de utilización —por ejemplo, en el ámbito de los sectores empresariales o profesionales— parezcan susceptibles de inducir una producción de copias más intensa que otras —actividades de entretenimiento, por ejemplo—. Pero ni siquiera como indicio de la intensidad de la copia (100) resulta el criterio del carácter lucrativo un punto de apoyo si

(99) Además, cuanto más y mejor investigue aumentará su prestigio como investigador y, con ello, su cotización en el mercado de trabajo, privado o público, y su retribución esperada. Hay una inversión en capital humano de la cual la utilización de la fotocopia, como medio de facilitar el trabajo, es una parte, por muy pequeña que sea.

(100) En el Derecho norteamericano, el carácter comercial o no del uso se considera un factor indiciario del impacto negativo de la copia en el valor potencial de la utilización de la obra protegida (en el sentido de que el uso comercial hace presumir *iuris tantum* la existencia del perjuicio, mientras que el no comercial no determina

dicha intensidad se considerara un factor relevante a la hora de la aplicación del artículo 31.2.^º, porque atender directamente a la modalidad de uso se ajusta mejor a la estimación de la realidad. Ello se confirma ahora a la vista del artículo 10.1.a) RD.Des.

VII LA EXENCION DEL ARTICULO 37 LPI

No es el artículo 31.2.^º LPI la única norma que diseña un ámbito de reproducción o copia de obras protegidas que resulta, sin embargo, exento de la autorización del titular de los derechos de reproducción.

El artículo 37 LPI determina idéntico efecto para la reproducción de las obras cuando «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».

A pesar de ello, el fundamento de ambas soluciones normativas es bien distinto. En la primera, es lo inviable —o por lo menos, lo costoso e imperfecto— de mantener la exigencia del consentimiento del autor para las fotocopias de ámbito privado y pequeña escala, lo que aconseja adoptar la excepción del artículo 21.2.^º LPI, y el esquema impuesto-subsidio del artículo 25 LPI, a pesar de las deficiencias que este sistema puede presentar. Pero parece que no existe otra alternativa practicable, aparte de las extremas —y sin duda indeseables—, de la ausencia total de restricciones y compensación, de un lado, o la prohibición total de la fotocopia, salvo en establecimientos plenamente autorizados, de otro.

En cambio, respecto a la segunda, no parece existir una dificultad extrema que impida el funcionamiento de un sistema de licencias en relación a bibliotecas, museos, archivos, etc., o cuanto menos, no unos obstáculos superiores a los que se dan en los casos de establecimientos comerciales de copistería, empresas o centros educativos. En efecto, aquellas entidades no son más difícilmente identificables que estas últimas, y no consigo encontrar ningún factor o dato que pudiera hacer pensar en que el mercado de licencias de fotocopias fuera a toparse con más altos costes de transacción o mayores imperfecciones en unos y otros supuestos.

Parece, pues, que el fundamento de la cobertura que el artículo 37 LPI otorga a las reproducciones comprendidas dentro de su esfera aplicativa, hay que buscarlo en la intención de subvencionar las actividades de inves-

presunción alguna: Sony Corp. v. Universal City Studios, cit., *vid.* PATRY: *Copyright Law*, cit., págs. 248 y sigs. Sin embargo, esta función presuntiva del factor lucrativo ha sido contestada: FISHER: «Reconstructing the Fair Use...», cit., págs. 1672 y sigs.

tigación de los centros que elenca la norma en cuestión, a través del expediente de reducir los costes de la realización de fotocopias necesarias para dichas actividades, respecto al nivel de aquellos que habrían de afrontarse de no existir el artículo 37 LPI. En efecto, no cabe duda de que los costes económicos inmediatos para dichas entidades son inferiores en el esquema del artículo 25 LPI (101) de lo que serían bajo la presión de las licencias de fotocopias —muchos de estos centros son productores de copias en cuantías nada despreciables— y también quedan eliminados de raíz, gracias a esta norma, todas las molestias e inconvenientes de negociación y control que la licencia de fotocopias puede acarrear: llevar constancia de las fotocopias realizadas y de las obras copiadas, informar a los autores y editores de estos extremos, etc. (102).

Sin duda, la investigación es una tarea digna de ser subvencionada, sobre todo si se tiene en cuenta el carácter de «bien público» de la información o resultados de la actividad investigadora (103). Esto es predicable, en particular, de la investigación realizada en centros públicos o de carácter no lucrativo, puesto que a ésta no le cabe la posibilidad, como le ocurre, en cambio, a la investigación en el seno de una empresa, de recuperar los beneficios de la misma a través de un incremento o mejora de la producción de la empresa.

Sin embargo, ello no implica que la subvención haya de provenir de los autores y editores de las obras que constituyen parte del material para la investigación.

Además, esta subvención beneficia no sólo a la investigación en el ámbito interno de las instituciones mencionadas en el artículo 37 LPI, sino también a los investigadores ajenos a las mismas, pero que utilizan sus fondos o archivos (104): el precio que pagarán por las fotocopias que realicen será inferior, al no estar incluido en él el —inexistente en este caso— importe de la licencia de copia (105).

(101) *Vid., infra*, para la aplicabilidad de la remuneración compensatoria a los supuestos contemplados en el artículo 37 LPI.

(102) Una enmienda del Grupo Mixto (IU-EC) del Congreso, tendente a introducir medidas de control de índole semejante, fue rechazada en la Comisión, por entenderse que entorpecería la actividad de los centros o bibliotecas; *BOCG Comisiones*, núm 128, 1987.

(103) La institución de la patente es el medio al que acude el sistema jurídico para paliar de algún modo este problema.

(104) *Vid., supra*, nota 95.

(105) La exigencia del artículo 37 LPI, de ausencia de finalidad lucrativa en la realización de las reproducciones por parte del centro de que se trate, no impide que éste solicite un precio a cambio de la fotocopia. Lo que no es admisible es una explotación comercial de la actividad de fotocopia, pero sí la fijación de un precio que refleje el coste de la copia —e incluso una contribución a los gastos generales del archivo o biblioteca—. De hecho, la sec. 38 (2) (c) de la Copyright Act británica de 1988 impone

Ello no quiere decir que la solución legal sea, sin más, censurable (106). Tal juicio debería ir precedido de un cuidadoso balance entre la disminución de ingresos para los titulares de los derechos de reproducción y el beneficio para los investigadores, y su comparación con otras políticas alternativas que traten de subvencionar la investigación sin efectos distributivos negativos para los productores de bienes intelectuales.

El régimen por el que ha optado la LPI permite a los centros a los que se refiere el artículo 37 determinar el nivel de realización de fotocopias que estimen más conveniente, de acuerdo con sus necesidades de investigación, lo cual, no cabe duda, coloca a éstos en posición más favorable que cualquier sistema que prevea una compensación para los titulares de derechos de autor.

Sin embargo, no conviene olvidar que las obras que se fotocopian en dichas instituciones culturales o de investigación son, mayoritariamente, obras del mismo carácter, de modo que si, de un lado, el sistema del artículo 37 LPI subvenciona la investigación, de otro, contribuye a reducir los incentivos económicos a la producción de obras de investigación (a través de la disminución de la remuneración a los autores de trabajos de este tipo, y para aquellos que entiendan que esta es, en todo caso, muy reducida o inexistente, afectando negativamente los ingresos de los editores de dichos trabajos —ellos mismos, muy a menudo, centros de investigación—, con lo cual se restringe la aptitud de éstos para dar salida a resultados de investigación.

En diversos sistemas jurídicos la solución es muy semejante a la española: S. 108 Copyright Act norteamericana; S. 37 y siguientes de la nueva Ley británica de 1988 (aunque un régimen similar ya estaba en la de 1956); en Francia, la sentencia del caso CNRS llega a un resultado similar. Por contra, en Alemania, el párrafo 54.2 UrhG adopta una regla opuesta, basada en la idea de que en bibliotecas y centros similares el volumen de producción de copias es muy significativo.

Lo que sí es llamativo en el artículo 37 LPI es la ausencia de las cautelas presentes en aquellos otros ordenamientos para evitar la copia sistemática y, por tanto, un perjuicio excesivo para autores y editores: límites al volumen o porción reproducible, límites en cuanto al número de copias, simultáneas o dentro de ciertos períodos de tiempo prefijados, que pueden hacerse de un mismo original, etc. (107).

que el usuario de la biblioteca o archivo soporte el coste de la copia para que la excepción a la necesidad de autorización pueda entrar en juego.

(106) Jucio muy positivo le merece la norma a DE ANGEL YAGÜEZ: *Comentarios...*, cit., págs. 576 y sigs.

(107) Vid. S. 90 y sigs. de la ley británica y los «Guidelines for the Proviso of Subsection 108 (G) (2)», de la National Commission on New Technologies Uses of

Sin embargo, éste puede verse contrarrestado en el sistema español por la compensación a través de la vía del artículo 25 LPI. En efecto, dado que esta remuneración compensatoria se paga en origen, y las entidades favorecidas por el artículo 37 LPI no se encuentran expresamente recogidas en el listado de sujetos exentos del gravamen del artículo 10 RD.Des., considero que los equipos reprográficos de que se sirven bibliotecas, archivos, etc., están sujetos al citado canon, con lo cual el volumen de la subvención a dichos centros se ve reducido de algún modo. No creo que sea obstáculo para esta interpretación el artículo 10 RD.Des., dada la genérica formulación de éste. Además, como ya se ha expuesto, el canon compensatorio del artículo 25 LPI no afecta al volumen de fotocopias que se van a producir con el aparato gravado, de modo que no incidirá en la determinación del volumen óptimo, según los criterios internos del centro de investigación: El único efecto es que tienen que pagar algo más por la adquisición del equipo reprográfico —lo cual, claro es, puede afectar en algún caso la decisión de adquirir o no dicho equipo—.

CONCLUSION

Las ideas y propuestas formuladas en este trabajo no pretenden, ni mucho menos, agotar la problemática jurídica de la fotocopia. Tampoco persiguen ofrecer una perspectiva exclusivística —«monopolística»— de las cuestiones que suscita la propiedad intelectual. Se ha tratado, más modestamente, de mostrar cómo una concepción de la propiedad intelectual como mecanismo jurídico y económico de incentivo a la creación de bienes intelectuales es consistente con la función y rasgos esenciales de la misma. Y esta posición permite analizar los efectos que la fotocopia determina para autores y consumidores, así como las consecuencias que los regímenes alternativos de reglamentación de la copia (remuneración compensatoria de carácter impositivo, de un lado, y autorización o licencia del autor para fotocopiar, de otro) pueden acarrear y —de resultados de todo ello, implicaciones positivas o normativas respecto a los respectivos ámbitos de las dos alternativas y la interpretación de sus reglas jurídicas específicas—.

FERNANDO GÓMEZ POMAR
Departamento de Derecho Civil
Universidad Complutense