

---

# L'obra periodística

---

PID\_00227129

Raquel Xalabarder Plantada

---

Temps mínim de dedicació recomanat: 6 hores

---





# Índex

|   |    |
|---|----|
| <b>Introducció</b> .....  | 5  |
| <b>Objectius</b> .....  | 7  |
| <b>1. La protecció de les notícies: informació i expressió</b> .....                              | 9  |
| 1.1. Obra protegida .....   | 9  |
| 1.2. Els titulars (títols) periodístics .....   | 12 |
| 1.3. La competència deslleial. La doctrina del <i>hot news</i> .....                              | 14 |
| <b>2. Les fotografies: obra o mera fotografia?</b> .....  | 16 |
| 2.1. Creació intel·lectual o aplicació tècnica? .....   | 16 |
| 2.2. Obra fotogràfica i mera fotografia .....   | 17 |
| 2.3. Autor i realitzador .....  | 23 |
| 2.4. Drets .....  | 24 |
| 2.5. Termini de protecció i límits .....  | 25 |
| 2.6. Contractes .....   | 26 |
| <b>3. La producció audiovisual</b> .....  | 27 |
| <b>4. La titularitat dels drets d'explotació: Publicacions periòdiques i bases de dades</b> ..... | 29 |
| 4.1. El diari com a obra col·lectiva .....  | 29 |
| 4.2. El periodista assalariat .....   | 31 |
| 4.3. El periodista <i>freelance</i> i les publicacions periòdiques .....                          | 33 |
| 4.4. La protecció de les bases de dades: drets d'autor i dret <i>sui generis</i> .....            | 34 |
| 4.5. Exemples de clàusules contractuals per a l'anàlisi .....                                     | 35 |
| 4.5.1. Contracte d'encàrrec d'obra i cessió de drets .....  | 35 |
| 4.5.2. Clàusula de cessió de drets sobre aportació a obra col·lectiva .....                       | 40 |
| 4.5.3. Clàusula de cessió de drets sobre obra creada en virtut de relació laboral .....           | 40 |
| 4.5.4. Contracte de cessió de drets (continguts <i>freelance</i> ) .....                          | 41 |
| 4.6. Un exemple per a l'anàlisi .....   | 41 |
| <b>5. Límits</b> .....  | 44 |
| 5.1. Obres no protegides: exclusions de protecció .....   | 46 |
| 5.2. Límits a favor del dret fonamental a donar i rebre informació ...                            | 47 |
| 5.2.1. Treballs i articles sobre temes d'actualitat (art. 33.1 TRLPI) .....                       | 47 |
| 5.2.2. Conferències i discursos públics (art. 33.2 TRLPI) .....                                   | 50 |

|  |  |    |
|--|--|----|
| 5.2.3.                                 | Obres susceptibles de ser vistes o sentides en ocasió d'informacions sobre esdeveniments d'actualitat (art. 35.1 TRLPI) .....      | 51 |
| 5.2.4.                                 | Recopilacions periòdiques en forma de ressenyes o revistes de premsa i <i>press-clipping</i> (art. 32.1, paràgraf 2n. TRLPI) ..... | 55 |
| 5.2.5.                                 | La «taxa Google» o «cànon AEDE» (art. 32.2 TRLPI) .....  | 59 |
| 5.3.                                   | Límits a favor del dret fonamental a la llibertat d'expressió .....  | 63 |
| 5.3.1.                                 | La citació (art. 32.1 paràgraf 1r. TRLPI) .....  | 63 |
| 5.3.2.                                 | La paròdia (art. 39 TRLPI) .....   | 65 |
| 5.4.                                   | El <i>fair use</i> .....   | 67 |
| <b>Resum</b> .....                     |  | 70 |
| <b>Exercicis d'autoavaluació</b> ..... |  | 73 |
| <b>Solucionari</b> .....               |  | 74 |
| <b>Bibliografia</b> .....              |  | 75 |

## Introducció

En aquest mòdul aprofundirem en l'estudi de la propietat intel·lectual (PI) de les creacions i prestacions relacionades amb l'activitat periodística. En concret, analitzarem la protecció –sota el règim de la propietat intel·lectual– de les notícies, les fotografies i els reportatges audiovisuals a més a més de la seva explotació en publicacions periòdiques i bases de dades de continguts periodístics, i posteriorment tractarem el tema dels límits específicament pensats per a facilitar l'accés i la difusió de la informació. Finalment, farem una breu referència a la complexa protecció dels continguts periodístics en l'àmbit d'internet, especialment pel que fa a la jurisdicció i llei aplicable.

La relació entre propietat intel·lectual i notícies sempre ha estat complicada. El motiu, no obstant això, és fàcil d'entendre. Tal com hem vist en el mòdul general, el dret d'autor només arriba a **protegir l'expressió original, no les idees, els fets o la informació** continguda en aquesta expressió. En canvi, sovint el valor de la notícia no rau tant en l'expressió (que també és important, per descomptat) com en la informació que conté.

Per aquest motiu, ja des del segle XIX les notícies sempre han rebut un tracte especial en les lleis de propietat intel·lectual. Bon exemple n'és la disposició continguda en l'art. 2.8 del Conveni de Berna, que diu així: «La protecció del present Conveni no s'aplicarà a les notícies del dia ni dels successos que tinguin el caràcter de simples informacions de premsa». Que ningú s'espanti! Això no diu el que sembla que diu. Per a entendre aquesta disposició, n'hi ha prou amb fer una mica d'història i veure com mercats, tecnologia i dret d'autor han anat evolucionant amb el pas del temps. Actualment, en la gran majoria de països, ningú posa en dubte que els articles periodístics o els reportatges gràfics (ja sigui en forma de fotografia o d'enregistrament audiovisual) són mereixedors de protecció sota el règim de la propietat intel·lectual, mentre siguin creacions originals (vegeu art.10 TRLPI). No obstant això, la necessitat de **distingir entre obra/expressió protegida i informació no protegida** continua sent fonamental i tan difícil com sempre. De fet, la tecnologia digital i internet, concretament, han replantejat el tema en un context encara més visible i cru: d'una banda, la informació (i les obres protegides) circula per les xarxes a gran velocitat i constitueix el flux sanguini d'internet i, d'altra, l'obra informativa (escrita, gràfica o audiovisual) ja no procedeix només de fonts professionals sinó també de qualsevol usuari.

Com veurem, el Tribunal de Justícia de la UE (TJUE) ha tingut ocasió d'emetre diverses resolucions en matèria de protecció de les notícies i continguts periodístics sota el dret d'autor: tant si el títol d'un article periodístic pot ser considerat obra («Infopaq»), com si enllaçar a continguts periodístics lliurement

disponibles en línia constitueix una infracció de la PI en tractar-se d'un acte d'explotació (comunicació pública) que hauria de tenir la corresponent llicència del seu titular («Svensson», «BestWater» i «GSMedia»).

## **Objectius**

- 1.** Conèixer i distingir els conceptes d'obra periodística, obra fotogràfica i mera fotografia.
- 2.** Comprendre el règim de protecció de les publicacions periòdiques i les bases de dades de continguts periodístics.
- 3.** Conèixer l'abast i els requisits dels límits per a finalitats d'informació.





## 1. La protecció de les notícies: informació i expressió

L'estudi de la protecció de les notícies sota el règim del dret d'autor exigeix una doble anàlisi: la protecció de l'article periodístic com a obra i la protecció dels titulars/títols d'aquest article. En tots dos casos, el repte fonamental serà distingir entre la informació (no protegida) i l'expressió original (objecte de protecció del dret d'autor). Precisament per aquesta dificultat, també podem qüestionar-nos si el règim del dret d'autor és el més apropiat per a protegir la inversió (de tot tipus: creativa, professional, empresarial i financera) que exigeix la creació i producció de continguts periodístics.

### 1.1. Obra protegida

La protecció de les notícies sota el règim del dret d'autor no ha estat un camí fàcil. L'any 1886, la primera versió del Conveni de Berna (CB) va excloure clarament la protecció de les notícies sota el règim del dret d'autor. L'art. 7 del CB (1886) deia expressament que els articles de diari i de revistes publicats en un país membre de la Unió de Berna podien ser reproduïts lliurement – en l'idioma original o en traducció– tret que els autors o editors s'haguessin reservat expressament aquest dret.

Una disposició semblant la trobàvem en l'art. 31 de la Llei de propietat intel·lectual de 1879 (avui ja derogada):

#### PERIÓDICOS

**Art. 29º.** Los propietarios de periódicos que quieran asegurar la propiedad de estos y asimilarlos a las producciones literarias para el goce de los beneficios de esta ley, presentarán al fin de cada año en el Registro de la Propiedad Intelectual tres colecciones de los números publicados durante el mismo año.

**Art. 30º.** El autor o traductor de escritos que se hubiesen insertado o en adelante se insertaren en publicaciones periódicas, o los derechohabientes de los mismos, podrán publicarlos formando colección, escogida o completa, de los dichos escritos, si otra cosa no se hubiera pactado con el dueño del periódico.

**Art. 31º.** Los escritos y telegramas insertos en publicaciones periódicas podrán ser reproducidos por cualesquiera otras de la misma clase si en la de origen no se expresa junto al título de la misma o al final del artículo que no se permite su reproducción; pero siempre se indicará el original de donde se copia.

Amb el temps, aquestes regles es van anar flexibilitzant a mesura que la sensibilitat nacional (i el mercat) es decantava a favor de la protecció de les notícies sota el règim del dret d'autor.

De fet, des de la revisió d'Estocolm (1967), l'art. 2.8 del Conveni de Berna diu així:

La protecció del present Conveni no s'aplicarà a les notícies del dia ni dels successos que tinguin el caràcter de simples informacions de premsa.

#### Lectures recomanades

**J. Díaz Noci; A. Tous Rovira** (2012). «La audiencia como autor: narrativas transmedia y propiedad intelectual del público. Algunas reflexiones jurídicas».

**J. Díaz Noci** (2013). «A History of Journalism on the Internet: A state of the art and some methodological trends». *Revista internacional de Historia de la Comunicación* (núm. 1, vol. 1, pàg. 253-272).

Amb això, el CB simplement deixa a les mans de cada estat membre la decisió de si protegir les notícies sota el règim del dret d'autor o no.

Totes aquestes negacions i regles especials, tant les del CB com les de l'LPI de 1879, s'expliquen fàcilment per la dificultat que comporta distingir entre expressió protegida i informació no protegida.

El dret d'autor solament protegeix les creacions originals. Ja vam tenir ocasió d'estudiar el concepte de **creació original**, que normalment es fonamenta en dos requisits: que no existeixi còpia i que mostri un mínim de creativitat (aquest mínim dependrà del tipus d'obra i de les diferents tradicions nacionals). A més, hem de tenir present que el concepte d'originalitat ha anat evolucionant al llarg del temps, de la mà dels canvis tecnològics, socials i de mercat. Això és especialment visible en la protecció de l'obra periodística.

#### Art. 10 TRLPI

Són objecte de propietat intel·lectual totes les creacions originals literàries, artístiques o científiques expressades per qualsevol mitjà, tangible o intangible, actualment conegut o que s'inventi en el futur.

La distinció entre idea o informació (no protegida) i expressió (protegida) és l'axioma que permet assegurar el creixement cultural d'una comunitat (sempre que l'accés a les obres estigui assegurat, és clar) i, al mateix temps, que les idees i la informació quedin lliures i a l'abast de tots. Aquesta distinció és, com a mínim, difícil (i, sovint, impossible).

Normalment, per a distingir entre idea i expressió es recorre al **test de la separabilitat**: no es protegeix l'expressió d'una idea (informació) que no pot expressar-se d'una altra manera.

#### El test de la separabilitat

També s'utilitza per a analitzar si existeix o no infracció: davant de dues obres que no siguin completament idèntiques, el test de la separabilitat ens ajuda a veure si el que ha estat objecte de còpia és la informació/idees (no protegides) o l'expressió concreta. Només en aquest segon cas, estarem davant d'una infracció.

Un últim factor determinant –com ja vam tenir ocasió de veure– per a la protecció de les obres és el **nivell de creativitat**: com més creativa sigui una obra, més forta serà la seva protecció enfront de possibles infraccions i enfront d'altres expressions de la mateixa idea o informació. Com més factual, menys robusta serà la seva protecció.

Recordem també que **al dret d'autor no li importa la novetat de l'obra, ni tampoc el seu valor comercial**.

#### El binomi idea/expressió

És la distinció entre idea (no protegida) i expressió (protegida).

#### Obra artística i obra factual

En una obra artística, la creativitat gairebé es pressuposa. En canvi, com més fàctica sigui l'obra, més exigents serem –en grau de creativitat– a l'hora de protegir-la sota el dret d'autor.

Tampoc cal que l'obra sigui objecte de registre ni dipòsit de cap tipus: tota obra està protegida pel mer fet de la seva creació. L'únic requisit és, doncs, que es tracti d'una **creació original expressada** d'alguna manera (tangiblement o intangiblement). La gran majoria de notícies són, doncs, obra protegida.

Ara bé, els **avanços tecnològics** –especialment internet– posen a prova tots aquests conceptes sobre els quals tradicionalment s'ha sustentat el règim del dret d'autor: el test de la separabilitat, el binomi idea/expressió, el mínim de creativitat exigida perquè una expressió quedi protegida pel dret d'autor o, fins i tot, la irrellevància de la novetat i del valor comercial de l'obra. Justament, aquests són els conceptes pels quals discorren els diversos contenciosos que enfronten des de fa anys els titulars de diaris i els proveïdors de motors de cerca i de serveis d'agregació a internet (per exemple, el motor de cerca de Google i l'agregador Google News).

### El concepte de creació original pot variar de país a país

Per exemple, al Regne Unit tradicionalment es recorre al concepte de *labor, skill and effort* (treball, tècnica i esforç); als països de l'Europa continental, en canvi, es tendeix a exigir una creació intel·lectual més aviat «personal».

A la Unió Europea, el concepte d'originalitat ha estat harmonitzat com a «**creació intel·lectual pròpia de l'autor**» per a tres tipus d'obres:

- Programes d'ordinador (Directiva 91/250/EEC, art. 1.3)
- Bases de dades (Directiva 96/9/EC, art. 3.1)
- Fotografies (Directiva 93/98/EEC, art. 6)

Curiosament, el TJUE en la seva sentència del cas «Infopaq» va utilitzar aquest concepte harmonitzat per a aplicar-lo a **un altre tipus d'obres**, en concret la protecció de les notícies de premsa.

### El cas «Infopaq»

Infopaq Internacional A/S és un servei de monitoratge de notícies que ofereix serveis informatius als seus clients. Infopaq prepara llistes de referències a articles periodístics publicats en la versió paper de diaris i les envia als seus subscriptors. Per a fer-ho, Infopaq escaneja els articles impresos i els converteix en un arxiu de text que utilitza per a fer cerques (d'acord amb les preferències indicades pels seus clients), els resultats de les quals reproduceix a les llistes mostrant unes deu paraules per a cadascun (cinc paraules anteriors i cinc posteriors al terme buscat). D'aquestes «captures» d'articles periodístics se'n fa una llista i s'envia als subscriptors, juntament amb els detalls de la publicació que les conté i la indicació del número de pàgina. Els arxius resultants de l'escaneig s'eliminen una vegada creats els arxius de text i aquests, al seu torn, també s'eliminen una vegada «capturades» les llistes. A aquest procés el tribunal l'anomena «procés de captura de les dades». Com a resultat d'aquest procés, es produeixen llistes de fragments de notícies i comunicats de premsa que tracten sobre el tema o temes que els clients d'Infopaq han identificat com a informacions del seu interès. Infopaq no enllaça ni posa a la disposició del públic els articles referenciats; els serveis d'Infopaq no són d'accés públic sinó que només s'ofereixen als seus subscriptors. És, com dèiem, un servei de monitoratge de notícies a canvi d'un preu.

L'associació professional de diaris danesos (Dankse Dagblades Forening) va demanar a Infopaq per infracció del dret d'autor. El tribunal danès que s'ocupava del cas

### Motors de cerca i agregadors

«Utilitzen» obres periodístiques posades lícitament a la disposició del públic en obert, pel sistema d'enllaços: mostrant el títol i les primeres paraules del'article o una còpia reduïda (*thumbnail*) de fotografies per a facilitar l'enllaç/localització del contingut referenciat a la seva pàgina/web d'origen. Ens n'ocuparem més endavant, a l'apartat «Límits».

va decidir plantejar una qüestió prejudicial al TJUE per tal d'aclarir dues preguntes: el significat i l'abast del dret de reproducció de l'art. 2 de la Directiva InfoSoc i el significat i l'abast del límit de «reproducció provisional, temporal o accessòria» de l'art. 5.1 de la Directiva InfoSoc. En el TRLPI espanyol, aquestes preguntes es refereixen a l'abast de l'art.18 TRLPI i l'art. 31.1 TRLPI.

Pel que fa als articles de premsa, **el concepte de creació intel·lectual original atribuïda a un autor, [...] prové normalment de la manera d'abordar el tema seleccionat i del registre lingüístic que s'hi empra.** A més, en l'assumpte principal no es discuteix que els articles de premsa constitueixen obres literàries [...] Pel que fa a sobre quin elements de l'article de premsa recau exactament l'esmentada protecció, cal observar que aquestes obres estan formades per **paraules, les quals considerades aïlladament no constitueixen com a tals una creació intel·lectual de l'autor** que les empra. Les paraules, per tant, no constitueixen en si mateixes elements sobre els quals recaigui la protecció esmentada. No obstant això, atès que s'imposa una interpretació en sentit ampli de la protecció conferida per l'article 2 de la Directiva 2001/29, **no pot descartar-se que determinades frases soltes, o fins i tot algun element de les frases que integren el text de què es tracti, puguin transmetre al lector la singularitat d'una determinada publicació, com un article de premsa, fent-lo participi d'un element que condensa l'expressió de la creació intel·lectual única de l'autor. [...] si l'esmentat extracte conté algun element capaç d'expressar la creació intel·lectual pròpia de l'autor [...]** (#44-48, sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (sala 4) de 16 de juliol de 2009, *Infopaq Internacional v. Danske Dagblades Forening* (C-5/08) <http://curia.europa.eu/>)

En qualsevol cas, serà cada país el que determini (per llei o per tribunals) què està protegit com a obra i què no ho està.

## 1.2. Els titulars (títols) periodístics

Molt més difícil és posar-se d'acord pel que fa a **la protecció dels titulars/títols** –i això és summament important en la mesura que agregadors i motors de cerca normalment utilitzen els titulars per a identificar les notícies.

Mentre que als Estats Units normalment s'ha negat protecció als títols i frases curtes, a molts països europeus es protegeixen: a Espanya, l'art. 10.2 TRLPI protegeix els títols com a part de l'obra i a França els tribunals han atorgat protecció a títols amb independència de la protecció de l'obra.

Els serveis *de press-clipping*, els agregadors de notícies i els proveïdors de motors de cerca al·leguen que el titular d'una notícia simplement confereix la idea, la informació, i deixa poc espai per a l'expressió (i creació) original. En la seva opinió, els títols encapsulen en poques paraules el contingut factual de la història, de manera que fets (informació) i expressió es fonen de manera indissociable (indistingible), cosa que n'impedeix la protecció sota el dret d'autor. Els tribunals, no obstant això, no sempre els han donat la raó.

### Les lleis nacionals

No totes les lleis nacionals de PI ofereixen protecció als títols i eslògans, la brevetat dels quals fa difícil –per norma general– identificar l'existència d'originalitat.

### Als EUA...

Títols i frases curtes no es beneficien, normalment, de la protecció del copyright. Vegeu *US Copyright Office. Copyright Basics*, pàg.3. <http://www.copyright.gov/circs/circ01.pdf>

### A Espanya...

Els tribunals normalment rebutgen protegir els títols independentment de les obres que els contenen. Vegeu *SAP Madrid (sec. 9), 12 de novembre de 2004* [«Cròniques Palestines»], *JUR2005/6645*. Westlaw.ES

### L'agregació de notícies

En un dels primers casos d'agregació de notícies que va arribar a judici, un tribunal anglès va concloure que un diari (*Shetland News*) infringia el copyright d'un altre (*The Shetland Times*) en utilitzar el titular complet dels articles de notícies d'aquest últim com a *pointers* per a activar l'enllaç al web original. [*The Shetland Times Ltd. V. Dr. Jonathan Wills*, Scottish Court of Session, 24 d'octubre de 1996 (1997) E.I.P.R. 2: D-49]. Al final, les parts van acordar incloure l'avís «A Shetland Times Story» i el nom del diari (a més del titular) com a *pointers* per a enllaçar amb els articles en origen.

També en el més recent cas belga «Copiepresse», el tribunal va acceptar que alguns titulars dels articles periodístics que Google News indexava en el seu servei d'agregació de notícies podrien complir amb el requisit de l'originalitat exigida per ser considerats obres. Concretament el tribunal va fer un raonament una mica perillós (pel que fa al dret d'autor), en concloure que en reproduir els titulars dels articles periodístics indexats i enllaçats, Google oferia als usuaris «la informació essencial» que l'editor del diari pretenia comunicar, la qual cosa feia innecessari que l'usuari accedís a l'article complet per a obtenir tal informació. [«Copiepresse SCRL v. Google Inc.»(#28)].

Com hem vist anteriorment, el mateix TJUE en el cas «Infopaq» va concloure que un fragment d'onze paraules (*l'snippet* que reproduïa Google) podria ser objecte de protecció sempre que «**l'esmentat extracte contingui algun element capaç d'expressar la creació intel·lectual pròpia de l'autor [...]**». (#48). [STJUE (sala 4) de 16 de juliol de 2009, «Infopaq International v. Danske Dagblades Forening» (C-5/08) <http://curia.europa.eu/>].

La solució sembla que és l'oposada més enllà de la Unió Europea. Per exemple, el Tribunal Federal australià, en el cas «Fairfax enfront de Reed» va justificar la seva negativa a protegir els titulars de premsa sota el copyright de la següent manera: *to afford published headlines, as a class, copyright protection as literary words would tip the balance too far against the interest of the public in the freedom to refer, or be referred, to articles by their headlines*. [«Fairfax Media Publications Pty Ltd. v. Reed International Books Australia Pty Ltd» (2010). FCA 984, 7 de setembre de 2010.]

En canvi, abans de l'arribada d'internet, els tribunals europeus semblaven més proclius a denegar protecció als títols per a permetre la confecció de llistes de referència (per exemple, bibliogràfiques) i de serveis d'indexació (per exemple, en base de dades), argumentant que era necessari reproduir-los a fi de donar informació sobre les obres referenciades. El cas francès «Microfor», decidit el 1983 i confirmat el 1987 (en ple) per la Court de Cassation, va concloure que el límit de citació previst en l'art.L122-5-3a) del CPI francès permetia la mera reproducció dels títols i fragments curts del document per a finalitats d'informació, sempre que la quantitat d'obra copiada **no substituís l'explotació de l'obra original**.

### El cas «Microfor»

Microfor va crear una base de dades (*France actualités*) que indexava tots els títols d'articles periodístics publicats a les edicions dels principals diaris francesos (entre els quals, *Le Monde* i *Le Monde diplomatique*). A més dels titulars, es reproduïa a la base de dades un breu fragment dels articles referenciats. *Le Monde* va demandar Microfor per infracció del dret d'autor. En primera instància i en apel·lació, els tribunals van concloure a favor del diari demandant. No obstant això, en cassació, el tribunal va concloure justament el contrari en dues sentències (de 9 de novembre de 1983 i, en ple, de 30 d'octubre de 1987): que la indexació per a finalitats d'informació no exigeix l'autorització de l'autor o titular de l'obra referenciada, ja que es tracta d'una citació permesa per llei, mentre que amb això no es «substitueixi» el valor de l'obra referenciada al mercat.

### Lectures recomanades

«Copiepresse v. Google». Tribunal de primera instància de Brussel·les, 13 de febrer de 2007, confirmada pel tribunal d'apel·lació de Brussel·les (9 ch.), 5 de maig de 2011.

«Infopaq»(C-5/08). STJUE, 16 de juliol de 2009.

### Lectura recomanada

«Microfor v. Le Monde», Cour de Cassation, Ass. plén., 30 Oct. 1987. JCP G 1988, II, 20932.

Fixem-nos que, en aquest cas, igual que va passar en el cas belga «Copiepresse», el tribunal va tenir en consideració un aspecte fonamental: si la quantitat d'obra copiada (títols i fragments) i la finalitat d'aquesta còpia acabava substituint o no el mercat de l'obra original (és a dir, si l'usuari necessitaria consultar l'original o no). Curiosament, amb la mateixa consideració, es va arribar a conclusions oposades en l'un i l'altre cas.

### 1.3. La competència deslleial. La doctrina del *hot news*

Més enllà de la protecció de les notícies (i titulars) sota el dret d'autor, la normativa sobre competència deslleial permet protegir la inversió feta en la producció de continguts periodístics, enfront d'**actes d'imitació o de conductes «parasitàries»** que condueixin a l'obtenció d'un benefici mitjançant l'**aprofitament indegut de l'esforç (o la inversió) aliè**.

#### Llei de competència deslleial

Vegeu Llei de competència deslleial (1991), article 11: Actes d'imitació.

Aquesta conducta equivaldria també al que denominem **enriquiment «injust»**. L'enriquiment injust (o enriquiment «sense causa») és un principi general del dret espanyol (art. 1.1 CC), provinent del dret romà, i desenvolupat per la jurisprudència, que l'ha definit com **l'obtenció d'un benefici patrimonial a costa d'una altra persona (que s'empobreix), en circumstàncies que podríem denominar «injustes»** (ha de demostrar-se que el benefici d'una i l'empobriment de l'altra estan vinculats causalment i que no existeix cap llei o contracte que ho empari); **l'enriquiment injust comporta l'obligació de reparar (indemnitzar per) el perjudici causat**.

La competència deslleial i, en concret, l'enriquiment injust, ha estat utilitzada als **Estats Units** per a donar protecció als continguts periodístics, amb la **doctrina del *hot news***. Ja el 1918, el Tribunal Suprem dels EUA va oferir protecció a l'Associated Press (AP) contra els actes de competència deslleial que feia l'International News Service (INS) (del magnat W. R. Hearst): gràcies al desfasament horari (unes quatre hores), els diaris de l'INS –publicats a la costa oest dels Estats Units– reescrivien les notícies de l'AP publicades en els diaris de la costa est. D'aquesta manera, l'INS s'estalviava d'enviar als seus propis corresponents a cobrir la Primera Guerra Mundial a Europa.

La demanda no era per infracció del dret d'autor/copyright, ja que el que es copiava eren «simplement» els fets, la informació; el que es va al·legar fou el dany causat per enriquiment injust (*tort of misappropriation*). El tribunal va donar la raó a l'AP: un competidor no pot aprofitar-se de l'esforç aliè quan aquest espera obtenir-ne un benefici, i va condemnar l'INS a esperar que s'hagués esgotat el «valor comercial» dels fets copiats (publicats per l'AP). Aquesta decisió es coneix amb el nom de doctrina *hot news*. Vegeu «International News Service v. Associated Press», 248 O.S. 215 (1918).

### El cas «Flyonthewall.com»

En un altre cas més recent, i també relacionat amb la reutilització de continguts informatius, el tribunal d'apel·lació del Second Circuit va tornar a considerar la doctrina del *hot news* per la reutilització d'informació, en aquest cas, per un servei en línia. Vegeu «Barclays Capital Inc. v. TheFlyOnTheWall.com», 650 F.3r. 876 (2n. Cir. 2011).

El demandat TheFlyOnTheWall.com era un proveïdor de serveis financers en línia que obtenia de fonts diverses recomanacions borsàries diàries que havien estat preparades pels demandants (Lehman Brothers, Morgan Stanley i Merrill Lynch) i oferia la informació als seus clients, a canvi d'un preu per subscripció, hores abans que els demandants l'oferissin al públic en general. Els demandants van accionar per infracció del *copyright* (es copiaven fragments sencers dels informes originals) i per competència deslleial (d'acord amb la *hot news doctrine*). El tribunal d'instància va resoldre a favor dels demandants i va ordenar al servei en línia no donar més informació basada en els informes dels demandants. En apel·lació, el tribunal va resoldre el contrari i va desestimar la demanda, argumentant que Fly invertia el seus propis diners i esforços en la compilació i processament de la informació, informació que no presentava pas com a «pròpia». Ara bé, el tribunal també va deixar clar que la competència deslleial només es podia al·legar i valorar quan s'hagués descartat que les accions de Fly no incorrien en una infracció del *copyright* dels demandants; és a dir, que els dos *claims* són excloents. Arran d'aquesta sentència, Fly va modificar la seva actuació i en lloc de fer còpies *verbatim* de fragments dels informes borsaris va començar a fer els seus propis resums de la informació, per tal d'evitar així qualsevol infracció del *copyright*.

Cal tenir present que les diferències entre els dos casos són importants: en el primer cas («INS enfront d'AP»), es tractava de dos diaris que eren competidors directes i mai es va plantejar que hi hagués una infracció del *copyright*; en el segon cas («Fly»), les parts no eren competidores directes i el plet es plantejava per infracció del *copyright* i per competència deslleial (*tort of misappropriation*). Per això, el tribunal va haver de fer la distinció entre quan es podia recórrer a un i altre règim per obtenir protecció.

Ara bé, tant la doctrina del *hot news* com el *tort of misappropriation* son conceptes jurídics netament nord-americans, i no els podríem aplicar directament per resoldre els problemes a Europa o a Espanya. Aquests dos casos (amb gairebé un segle de diferència) ens serveixen, però, d'exemple per explicar la dificultat que comporta la protecció de la informació a través del règim de la propietat intel·lectual.

## 2. Les fotografies: obra o mera fotografia?

El concepte d'obra protegida sempre ha anat de la mà de la tecnologia. La fotografia és, possiblement, un dels més clars exponents d'aquesta dependència.

### 2.1. Creació intel·lectual o aplicació tècnica?

La fotografia té avui plena acceptació com a obra protegida pel dret d'autor, però aquest no ha estat un camí fàcil. Històricament, la fotografia va patir el prejudici, comú a les obres resultants d'un nou avanç tecnològic, de ser considerada una mera aportació tècnica i no creativa.

#### **Una mica d'història: la protecció de la fotografia al Conveni de Berna i a la llei espanyola**

Ja des dels seus orígens, el Conveni de Berna va servir d'escenari per veure les diferents aproximacions nacionals a la fotografia: la pressió dels països que la protegien com a obra artística (és a dir, França i el Regne Unit) per incorporar-ne la protecció en el text convencional i l'oposició dels que oferien una protecció menor (és a dir, Alemanya o Suïssa), va resultar a la revisió de Berlín (1908) una simple obligació per als estats membres d'oferir-hi algun tipus de protecció. No va ser fins a l'Acta de Brussel·les (1948) que «les obres fotogràfiques a les quals s'assimilen les expressades per procediment anàleg a la fotografia» van entrar a formar part de la llista d'obres protegides per l'art. 2(1) CB. Encara aleshores només es tenia en compte la protecció de la fotografia «artística», però no la d'un altre tipus de «produccions fotogràfiques», com les informatives i documentals (i això, malgrat que en alguns països ja s'oferia protecció també a aquestes últimes).

Un exemple encara vigent de la discriminació de la fotografia al llarg de la història és el termini mínim de protecció previst per a l'obra fotogràfica en el CB, que és inferior al termini mínim general per a la resta d'obres. L'art. 7.4 CB reserva a les legislacions dels països de la Unió la determinació del termini de protecció de les obres fotogràfiques i per a les obres d'arts aplicades, que no podrà ser inferior als vint-i-cinc anys comptats a partir de la realització de tals obres. Cal tenir en compte, però, que pel que fa a les obres fotogràfiques, aquesta disposició va quedar superada pel tractat de l'OMPI sobre dret d'autor de 1996 (art. 9) i, a la Unió Europea, per la Directiva 93/98/CEE, que va harmonitzar el termini de protecció de les obres fotogràfiques amb el termini general.

Curiosament, Espanya es va avançar al CB en el reconeixement formal de l'obra fotogràfica sota el dret d'autor. Tot i que la Llei de propietat intel·lectual de 1879 no es referia expressament a la fotografia, res no n'impedia la protecció com a «obra artística» sota l'art. 1 d'aquesta llei. De fet, el Reglament de 1880 sí que va esmentar expressament la fotografia entre la llista de procediments mitjançant els quals es podien produir obres a l'efecte de la Llei de propietat intel·lectual (art. 1). Al llarg del segle xx, altres disposicions sense caràcter legal es van referir expressament a l'obra fotogràfica. Vegeu la Reial ordre de 4 setembre de 1911 (que exigia l'esment del fotògraf en publicar la fotografia, tret que aquest hagués renunciat expressament a aquest dret); la Reial ordre de 28 d'agost de 1924 (que considerava autor qui l'havia «concebuda» no qui «l'executava»); el projecte de 1934 de reforma de l'LPI (amb inclusió expressa de les fotografies a la llista d'exemples d'obres protegides i amb un termini de protecció de trenta anys), i les ordres de 9 de gener de 1953 i de 13 de maig de 1968 (recordant que les «produccions fotogràfiques» són obres protegides, encara que apareguin publicades amb altres obres).

L'LPI de 1987 va voler protegir per primera vegada els «legítims interessos d'un important sector professional i industrial estretament vinculat a la cultura» (tal com s'explica en el seu preàmbul) mitjançant un **doblet sistema de protecció de la fotografia**: com a obra (en el Llibre I) i com a mera fotografia (en el



Llibre II). D'aquesta manera, Espanya se sumava a la tendència que en aquell moment se seguia en països com Itàlia i Àustria, que també apostaven per un doble sistema de protecció.

El doble règim de protecció en l'LPI de 1987 es basava en la distinció funcional entre la **fotografia artística** com a «obra» i la **fotografia «informativa o documental»** com a «mera».

### **Fotografia artística i fotografia informativa**

La gestació parlamentària de l'LPI demostra que la fotografia «artística» s'entenia continguda en l'art. 10 (tal com ja passava a la legislació anterior), mentre que la fotografia informativa i de periodisme es protegia sota el nou règim «connex» previst en l'art. 118 LPI (actual art. 128 TRLPI). La pressió del col·lectiu de reporters gràfics perquè la seva producció obtingués el reconeixement d'obra queda nítidament recollida en les diferents esmenes plantejades en la tramitació parlamentària de l'LPI (1987), en què es proposa l'eliminació de la «misteriosa distinció» entre obra fotogràfica i simple fotografia, i que es refereix expressament a les fotografies resultants de la «tasca informativa» i d'«informadors gràfics en general i, especialment, [...] cronistes de guerra, autors de fotografies per a la realització de les quals el risc és un factor determinant». Totes aquestes esmenes van ser rebutjades per considerar-se que «no hi havia raons convincents [...] per entendre en aquest cas que les simples fotografies tenen un tipus de protecció diferent de les generals regulades per la Llei.»

Aquesta distinció entre fotografia artística i fotografia informativa («de periodisme») va quedar ràpidament superada tant per la societat i el mercat, com per la normativa de la Unió Europea que va harmonitzar el concepte d'obra fotogràfica com a «creació intel·lectual pròpia de l'autor» i prohibir l'aplicació de qualsevol altre criteri per a la seva valoració.

### **La Directiva 93/98/EEC**

Va introduir dues disposicions fonamentals en matèria de protecció de la fotografia:

- d'una banda, va harmonitzar per a l'obra fotogràfica el criteri de creació original com a «creació intel·lectual pròpia de l'autor», sense que puguin aplicar-se altres criteris per a valorar-ne la protecció;
- d'una altra, deixa llibertat perquè els Estats membres atorguin protecció «de les altres fotografies».

Tots dos aspectes són fonamentals a l'hora d'interpretar l'abast de la protecció que l'art. 128 TRLPI dona a la mera fotografia.

No obstant això, el legislador espanyol va preferir mantenir formalment el doble règim de protecció de la fotografia. Això pot funcionar com **un plus de protecció** per a les fotografies: en donar cobertura (menor) a les fotografies que no arriben al nivell d'obra; però pot també comportar **major exigència de creativitat** perquè la fotografia sigui qualificada d'obra (cosa que pot ser especialment rellevant en el cas de la fotografia informativa).

## **2.2. Obra fotogràfica i mera fotografia**

L'obra fotogràfica no ve expressament definida en el TRLPI, però sí la mera fotografia.

D'acord amb l'art. 128 TRLPI, és mera fotografia la «fotografia o una altra reproducció obtinguda per procediment anàleg a aquella, quan ni l'una ni l'altra tinguin el caràcter d'obres protegides en el Llibre I».

### Procediment anàleg

La referència expressa al «procediment anàleg» pretén l'adaptació contínua de la norma al desenvolupament tecnològic en les noves formes de captació i fixació d'imatges. L'important (per analogia a la fotografia) és justament la captació (obtenció o fixació) – mitjançant algun sistema– d'una imatge que sigui perceptible, directament o indirecta, per a l'ull humà. En aquest apartat podria incloure's ara la captació digital d'imatges o, fins i tot, la radiografia, la captació tèrmica o de pressió de superfícies, una imatge per infrarojos, etc.

La distinció entre obra fotogràfica i mera fotografia es fa, doncs, en sentit negatiu i en relació amb el concepte de creació original i d'obra recollits en l'art. 10 TRLPI: **és mera fotografia la que no és «obra fotogràfica»**. Tots dos conceptes, doncs, han d'examinar-se conjuntament.

El criteri harmonitzat introduït per la Directiva 93/98/EEC per a determinar què és obra fotogràfica, **«creació intel·lectual pròpia de l'autor»**, no aporta gaire llum davant d'aquesta disjuntiva (el considerant 16 es refereix a la «creació original intel·lectual de l'autor que reflecteix la seva personalitat»).

### Creació intel·lectual pròpia de l'autor

El **criteri harmonitzat** «creació intel·lectual pròpia de l'autor» pot veure's com un compromís entre l'aproximació «flexible» dels països anglosaxons (n'hi ha prou que no sigui una còpia) i la més restrictiva dels països del dret civil (exigint l'empremta de la personalitat de l'autor).

En **transposar la Directiva**, el legislador espanyol devia entendre que l'LPI de 1987 ja donava compliment al criteri harmonitzat per a l'obra fotogràfica (i, en negatiu, per a la mera fotografia) i no va fer cap modificació normativa. Malgrat això, el criteri harmonitzat és d'aplicació directa a Espanya.

D'altra banda, la Directiva té un altre efecte directe (encara que formalment invisible) sobre l'abast de l'art. 128 TRLPI quan **prohibeix utilitzar qualsevol altre criteri per a determinar què és obra fotogràfica (art. 6)**, com ara el mèrit o la finalitat (cons. 16 Directiva). Així doncs, malgrat que en aquell moment la doble protecció de la fotografia en l'LPI de 1987 es va justificar per la distinció entre **fotografia «artística» i fotografia «informativa o documental»**, després de la transposició de la Directiva, Espanya ha de protegir com a obra qualsevol fotografia, amb independència de la seva naturalesa o finalitat, que sigui una «creació intel·lectual pròpia del seu autor». D'aquesta manera, el que no van aconseguir els reporters gràfics el 1987 s'ha aconseguit per la via europea: **la distinció entre fotografia artística (art. 10 TRLPI) i mera fotografia informativa o documental (art. 128 TRLPI) ja no té raó de ser.**

#### Possiblement el lògic...

Hauria estat eliminar la protecció de la mera fotografia, però el legislador espanyol va optar per no desmuntar el doble règim de protecció, cosa que encara va fer més difícil la distinció entre ambdues.

Pot ser obra fotogràfica, tant l'artística com la informativa, n'hi ha prou que sigui el resultat d'una activitat creativa intel·lectual original pròpia del seu autor. El decisiu és que l'obra fotogràfica sigui una «creació intel·lectual original», ni una còpia d'una altra ni la captació merament trivial o comuna d'una imatge.

La mera fotografia serà la que no té aquest mínim aspecte creatiu, per més valuosa al mercat o més tècnicament exquisida que sigui.

Atès que la definició de mera fotografia de l'art. 128 TRLPI només exigeix **que no sigui «obra fotogràfica»**, es podria partir de la base que tota fotografia és –com a mínim– mera fotografia, tret que es demostrï que sigui una «creació intel·lectual pròpia de l'autor» i obtingui la condició d'obra. D'aquesta manera, mitjançant la combinació d'obra fotogràfica i mera fotografia, el règim de PI donaria protecció a totes les possibles fotografies (i captacions d'imatges per procediments anàlegs) que puguin existir.

No obstant això, no podem oblidar que la llei de propietat intel·lectual només arriba a protegir els productes que són el resultat directe d'una **actuació intel·lectual**, humana; per tant, hem d'exigir (si més no implícitament) que la mera fotografia contingui **algun tipus d'esforç o aportació «intel·lectual» perquè sigui mereixedora de protecció**. D'aquesta manera, és possible que algunes fotografies no trobin recer en el TRLPI: ni en l'art. 10 ni en l'art. 128 TRLPI.

Per exemple, la fotografia automatitzada obtinguda en una cabina o la simple fotocòpia o escaneig d'un document o obra impresa difícilment podran ser considerades ni tan sols mera fotografia. En canvi, la fotografia o l'escaneig d'una obra d'art –especialment quan això implica una inversió i perícia tècnica important–, en principi, sí que podria ser considerada mera fotografia.

Recordem que per a la qualificació d'obra **no són determinants el mèrit artístic o el valor econòmic** de la fotografia; **ni tan sols l'esforç o l'exquisida tècnica** emprada en la producció de l'objecte protegible converteixen una fotografia en obra fotogràfica; el realitzador d'una fotografia pot ser un professional prestigiós i cobrar un preu elevat per fer-la, però això no la converteix en obra fotogràfica. Igualment, una instantània periodística, una fotografia resultat de la casualitat o la preciosa fotografia captada per un satèl·lit pot convertir-se en una icona cultural –penseu en la fotografia de Robert Cappa de la mort del milicià a la Guerra Civil espanyola–, però això no la converteix per si mateixa en obra fotogràfica. En canvi, totes aquestes obres podran ser protegides, clarament, com a meres fotografies pel fet que existeix una mínima aportació o esforç intel·lectual (fins i tot la fotografia captada per satèl·lit exigeix per a fer-la possible una preparació prèvia i un esforç intel·lectual).

### El mèrit i el valor comercial

En la pràctica, no obstant això, és impossible desvincular totalment la valoració d'un concepte jurídic indeterminat, com el de la creació original, d'aquests factors externs. Tal com reconeix el TS, quan valoren l'existència o no de «creació original» i de «suficiència cre-

#### No totes les fotografies estan protegides...

Cal que siguin una creació intel·lectual original o que continguin algun esforç o aportació intel·lectual d'altra mena.

#### Monkey selfies

A la mateixa conclusió arribarem després d'examinar les circumstàncies fàctiques de les *monkey selfies* preses pel mateix macaco utilitzant la càmera instal·lada en un trípode i el dispositiu remot que el fotògraf David Slater va col·locar amb aquesta finalitat; no hi ha autor ni obra, però sí realitzador i mera fotografia.

ativa», els tribunals d'instància han de «tenir en compte la pluralitat d'elements de convicció que hagin pogut proporcionar-los les parts –informes pericials, informes d'experts, revistes especialitzades, exposicions, certàmens, premis, etc.–, a més de les màximes experiències comunes». STS (Civil) 5 d'abril de 2011 [«Pintar amb llum»], Westlaw.ES RJ2011/3146.

**La jurisprudència** ha tingut ocasió de dibuixar, amb més o menys encert, la prima línia que separa obra i mera fotografia en repetides ocasions. Possiblement en tenir la «xarxa de seguretat» de la mera fotografia, la jurisprudència tendeix a ser exigent a l'hora de definir l'**obra fotogràfica**, buscant:

- «una tasca de **creació i ideació artística** en la manera de fer del fotògraf», quan «el fotògraf incorpora a l'obra el producte de la seva intel·ligència, una manera de fer de caràcter personalíssim que transcendeix la mera reproducció de la imatge», STS (Civil), 29 de març de 1996 [«Deixeu-me en pau»], Westlaw.ES RJ1996/2371;
- l'existència d'«**una certa altura creativa**» la ponderació de la qual «dependrà de les circumstàncies de cada cas» i que «suposa l'aportació d'un esforç intel·lectual, –talent, intel·ligència, enginy, invectiva o personalitat que converteix la fotografia en una creació artística o intel·lectual», STS (Civil) 5 d'abril de 2011 [«Pintar amb llum»], Westlaw.ES RJ2011/3146

#### **Exemples de fotografia i mera fotografia a la jurisprudència espanyola**

Seguint aquesta doctrina, les AP han qualificat d'**obra fotogràfica**:

- unes fotografies subaquàtiques, per ser «el resultat de la intel·ligència del seu autor i no una mera reproducció d'una imatge», SAP Barcelona (sec. 15), 10 de setembre de 2003 [«Cap de Creus»], Westlaw.ES AC2003/1894;
- unes fotografies utilitzades en una guia turística, ja que «tractant-se d'obra fotogràfica, l'originalitat no rau evidentment en el caràcter inèdit de l'objecte fotografiat, sinó en l'elecció de la llum, l'enfocament i l'enquadrament de la fotografia», SAP Astúries, 20 de març de 1999 [«Guía de Asturias»], Westlaw.ES AC1999/711.

Mentrestant, les següents fotografies han estat qualificades com a **mera fotografia** pels tribunals:

- unes fotografies fetes per encàrrec per a ser incloses en un **catàleg de productes alimentaris**, STS (Civil), 5 d'abril de 2011 [«Pintar amb llum»], Westlaw.ES RJ2011/3146: malgrat la seva gran qualitat tècnica, les fotografies estaven mancades de la mínima aportació creativa exigida per a ser una creació original; «la tècnica de "pintar amb llum" no és una aportació creativa, ja que es tracta de la manera usual i tradicional que els fotògrafs professionals utilitzen per a fotografiar els aliments o objectes específics dels que apareixen en envasos»;
- unes fotografies publicades en una **enciclopèdia**, SAP Barcelona (sec. 15), 29 de juliol de 2005 [«Enciclopèdia Catalana»]: en limitar-se «a recollir de manera ordinària o comuna escenes, figures o esdeveniments de la realitat, encara que sigui amb gran precisió tècnica i perfecció d'imatge»;
- unes fotografies sobre el **procés de metamorfosi de les papallones**, SAP Barcelona (sec. 15), 20 de desembre de 2004 [«El Mundo de los Insectos»], Westlaw.ES JUR2005/56468: malgrat la precisió tècnica (llum, angle, etc.) i l'esforç invertit en la seva realització el tribunal no li va conferir la condició d'obra fotogràfica;
- unes fotografies de **làpides mortuòries**, SAP València (sec. 9), 6 de febrer de 2007 [«Lápidas mortuorias»], Westlaw.ES AC2007/1470: «sense cap component artístic, que es limiten a transmetre la imatge tal com apareix en la realitat mitjançant un simple procés de captació de l'objecte, sense novetat creativa»;

- una fotografia per a un **calendari swimsuit**, SAP Barcelona (sec. 15), 1 de febrer de 2005 [«Catálogo trajes de baño»], Westlaw.ES JUR 2005\118772: la fotografia encarregada per a un catàleg de vestits de bany «ni conté una habilitat creativa o intel·lectual, ni mostra la petjada de la seva personalitat transformant la realitat externa capturada»;
- unes fotografies d'**escultures situades en espais públics**, SAP Madrid (sec. 28), 22 de novembre de 2010, Westlaw.ES AC2010/2335;
- unes **fotografies d'imatges religioses**, SAP Alacant, 19 de juny de 2006 [«Ecce-homo»], Westlaw.ES AC 2006\1759: «la simple perfecció tècnica d'enquadrament, llum, posició o contrast no és suficient. Les fotografies són simples, això és, no ofereixen res més que la foto de la imatge tal qual, sense cap element que les faci originals respecte d'altres fotos que poguessin haver estat fetes de les mateixes figures. En conclusió, poden ser perfectes des del punt de vista tècnic, però no contenen el plus d'originalitat que les eleva a la categoria d'obra artística»;
- i fins i tot la reproducció fotogràfica, tècnicament perfecta, d'un **vell manuscrit còdex**, SAP Barcelona (sec. 15), 21 de novembre de 2003 [«Códice»], Westlaw.ES JUR 2004\89197: nega la condició d'obra a les fotografies (diapositives) de totes les pàgines de l'antic còdex anomenat *Libro de los testamentos de la catedral de Oviedo*, a fi de confeccionar-ne una edició facsímil, però les reconeix com a mera fotografia: «les fotografies fetes per l'actor, de cadascuna de les pàgines del llibre original, seguint les instruccions recollides en l'encàrrec contractual, constitueixen meres fotografies i no obra fotogràfica».

Especialment descriptiu de la **distinció entre obra i mera fotografia** ens sembla el següent paràgraf de l'AP de Barcelona:

«El decisiu a aquests efectes és que aquella [obra] incorpori la nota de la singularitat, pel fet de no haver-se limitat l'autor a reflectir objectes, figures o esdeveniments de la realitat pel simple procés mecànic de captació de la imatge, encara que sigui amb gran precisió tècnica, però sense cap aportació original per la seva banda en haver prescindit, bé per decisió personal, bé per imperatiu de l'encàrrec professional o per la raó que fos, de l'autonomia i capacitat creativa amb vista a l'elecció del motiu, enquadrament, contrastos, moment, context, revelatge, etc., de tal manera que la projecció de la personalitat i capacitat creativa de l'autor cedeix davant la mera reproducció de la imatge tal qual apareix en la realitat, sense altres additaments emanats de la seva personalitat i creativitat. L'exigència d'aquest nivell o altura creativa, materialitzada en alguna novetat creativa, és el que determina el caràcter d'obra protegida, per transmetre a l'espectador emocions o idees que, per ser producte de la creativitat, no aflorarien davant la contemplació de la mera captació de la realitat de les coses. SAP Barcelona (sec. 15), 21 de novembre de 2003 [«Códice»], Westlaw.ES JUR 2004\89197.»

### **L'escaneig d'obres en domini públic**

La línia separadora es fa encara més difícil de dibuixar quan la fotografia consisteix en la reproducció *verbatim* d'una obra o document protegit. Ja vam tenir ocasió de descartar la simple fotocòpia i l'escaneig de documents (l'obtenció de la imatge «per contacte» amb l'original) del concepte de mera fotografia, atès que no implica cap aportació intel·lectual; no obstant això, encara que sense aportació intel·lectual, és més difícil negar la condició de mera fotografia a la fotografia d'un manuscrit o d'una obra d'art l'obtenció de la qual exigeix un esforç tècnic complex. Vegeu, per exemple, la sentència que reconeix protecció a les fotografies de les pàgines d'un còdex com a meres fotografies. SAP Barcelona (sec. 15), 21 de novembre de 2003 [«Códice»], Westlaw.ES JUR 2004\89197.

Al nostre entendre, qualificar aquestes obtencions digitals o fotogràfiques (que impliquen, efectivament, una inversió econòmica i de temps) com a meres fotografies pot significar un obstacle per a la difusió de les obres en el domini públic, ja que amb freqüència aquestes obres es troben en arxius o museus i la seva reproducció només pot fer-la personal autoritzat. Si aquesta reproducció –sovint l'única de tal obra– es qualifica de mera fotografia, s'estarà sobreprotegint l'obra i, *de facto*, dificultant que se'n gaudeixi en el domini públic. Per aquest motiu, i en no haver-hi aportació intel·lectual de cap tipus, ens decantem per no considerar-les mera fotografia. Això no impediria, tanmateix, que el museu o arxiu pogués aplicar algun tipus de taxa o preu a canvi de l'obtenció de la imatge (fotografia), destinat simplement a cobrir els costos d'escaneig de l'obra (costos marginals); preu que no tindria res a veure amb el dret d'autor ni suposaria l'exercici de drets d'autor sobre la còpia fotogràfica facilitada.

En el supòsit que tals còpies (escaneigs) fossin considerades meres fotografies a l'efecte del TRLPI, això exigiria que els drets sobre la mera fotografia s'exercissin de manera que no minvés el gaudi de l'obra en el domini públic (per exemple, amb una llicència pública que en permetés l'ús comercial i la transformació, del tipus CC-BY).

I finalment, no cal recordar que la mera fotografia és **independent de l'objecte o persona fotografiats**, els quals poden estar protegits al seu torn. Així doncs, quan es tracti de la fotografia d'una persona física, serà aplicable la normativa de protecció dels drets d'imatge, que exigeix l'autorització de la persona fotografiada tant per a la captació com per a la divulgació de la fotografia – tret dels supòsits específicament exceptuats a la mateixa llei. Igualment, quan l'objecte fotografiat sigui una obra protegida, haurà d'obtenir-se l'autorització del titular per a l'explotació de la mera fotografia, tret que es tracti d'algun dels supòsits emparats per un límit legal: obra situada permanentment en un espai públic, citació, etc.

#### Dret a la pròpia imatge

LO 1/1982, de 5 de maig, de protecció del dret a l'honor, a la intimitat i a la pròpia imatge.

A continuació, s'ofereix un quadre a manera de resum introductori sobre la protecció que el TRLPI ofereix a les fotografies, depenent de si es qualifiquen com a obra protegida o com mera fotografia.

#### La doble protecció de la fotografia: quadre comparatiu

|  | OBRA FOTOGRÀFICA | MERA FOTOGRAFIA                                 |
|--|------------------|---|
|  | Art. 10 TRLPI    | Art. 128 TRLPI                                  |
| Subjecte (titular de drets)  | Autor            | Realitzador                                     |
| Drets morals (art. 14-16 TRLPI)  | Sí               | No  |
| Dret de reproducció (art. 18 TRLPI)  | Sí               | Sí  |
| Dret de distribució (art. 19 TRLPI)  | Sí               | Sí  |
| Dret de comunicació pública (art. 20 TRLPI)  | Sí               | Sí  |
| Dret de transformació (art. 21 TRLPI)  | Sí               | No  |
| Dret de col·lecció (art. 22 TRLPI)   | Sí               | No  |
| Dret de participació (Llei 3/2008)   | Sí               | No  |
| Compensació per còpia privada (art. 25 TRLPI)  | Sí               | No  |
| Compensació per préstec públic (art. 37.2 TRLPI)   | Sí               | No  |
| Límits (art. 31 a 40bis TRLPI)   | Sí               | Sí  |
| Presumpció de cessió de drets a l'empresari, per la creació/realització en virtut de relació laboral (art. 51 TRLPI) | Sí               | Sí (però més flexibilitat en la seva aplicació) |
| Regles d'interpretació dels contractes (art. 43 i s. TRLPI)  | Sí               | Sí (però més flexibilitat en la seva aplicació) |
| Regles especials relatives al propietari del suport original (art. 56 TRLPI)   | Sí               | Sí (però més flexibilitat en la seva aplicació) |

|                      | OBRA FOTOGRÀFICA                    | MERA FOTOGRAFIA  |
|----------------------|-------------------------------------|--|
|                      | Art. 10 TRLPI                       | Art. 128 TRLPI   |
| Termini de protecció | 70 anys PMA<br>(art. 26 a 30 TRLPI) | 25 anys des de la divulgació o<br>realització<br>(art.128 TRLPI) |

Tots els aspectes continguts en aquest quadre s'expliquen amb més detall als apartats següents.

### 2.3. Autor i realitzador

Els drets sobre la fotografia s'atribueixen a l'autor (persona natural que crea l'obra fotogràfica) i al realitzador («qui realitza») de la mera fotografia.

Normalment, el procés fotogràfic comprèn un primer moment **creatiu o intel·lectual** (idear i preparar la presa, triar l'objecte o la realitat que es vol capturar, les condicions de llum, perspectiva, angle, etc.) i un segon temps **me-cànic o tècnic** que podria dividir-se, al seu torn, en dos moments: la captació (accionar la càmera) i la fixació (revelatge) de la imatge. Si tot això és a càrrec d'una única persona, no hi haurà cap problema en la determinació del «realitzador», però si d'això se n'encarreguen diferents persones poden aparèixer dubtes. Tant per a l'obra fotogràfica com per a la mera fotografia, **el subjecte titular dels drets serà qui faci l'aportació creativa** (autor de l'obra fotogràfica) o intel·lectual (realitzador de la mera fotografia) i no qui faci l'aportació o les aportacions mecàniques (qui prem el disparador o engega el mecanisme de captació de la imatge, o qui revela o positiva el negatiu).

#### Fer o crear?

Per analogia amb la distinció tradicional entre fer i crear que es fa en el dret d'autor, l'important és qui fa la inversió o l'aportació intel·lectual (que no creació original) que dóna lloc a la mera fotografia i no tant qui fa l'aportació purament mecànica o tècnica. SAP Madrid (sec.18), 18 de maig de 2000 [«La historia de las cosas»], Westlaw.ES AC2000/4369, que nega la condició d'autor a la persona que transcriu i edita els guions d'un programa de ràdio; SAP Balears (sec. 5) 22 de gener de 2008 [«Barceló»], Westlaw.ES JUR2008/168036, que nega la condició d'autor al ceramista que faci unes escultures seguint les instruccions d'un conegut artista; SAP Madrid (sec. 28), 22 de novembre de 2010, Westlaw.ES AC2010/2335, que considera coautors d'obra fotogràfica l'artista que va idear i dissenyar els objectes fotografiats juntament amb el fotògraf que els va capturar.

Tant la fotografia com la mera fotografia poden quedar (en funció de les circumstàncies de la seva creació/realització) subjectes al dictat de l'obra en col·laboració (art. 7 TRLPI) o a l'obra col·lectiva (art. 8 TRLPI), ja que el realitzador d'una mera fotografia pot ser tant una persona natural com una persona jurídica (empresa) –aquí no és d'aplicació la restricció a la «persona natural» de l'art. 5 TRLPI.

## 2.4. Drets

L'autor de l'obra fotogràfica és el titular originari dels drets morals i dels drets exclusius de reproducció (art. 18 TRLPI), distribució (art. 19 TRLPI), comunicació pública (art. 20 TRLPI), transformació (art. 21 TRLPI) i col·lecció (art. 22 TRLPI), a més dels drets de simple remuneració que la llei confereix a tot autor, com la compensació per còpia privada (art. 25 TRLPI) i el dret de participació en el preu de revenda (art. 24 TRLPI) sobre les obres d'art plàstiques.

El dret de **reproducció** és tan ampli com es defineix en l'art. 18 TRLPI, pel que fa a dret d'autor. Això significa que qualsevol reproducció de la fotografia que no estigui emparada per un límit requereix l'autorització del seu autor o realitzador. També els drets de **distribució** i de **comunicació pública** de la mera fotografia tenen el mateix abast que per a l'obra fotogràfica, d'acord amb els art. 19 i 20 TRLPI: el primer per qualsevol modalitat (venda, lloguer, préstec o una altra) de posada a la disposició del públic d'exemplars tangibles; el segon per qualsevol modalitat que permeti que la fotografia arribi al públic sense la prèvia distribució d'exemplars tangibles.

El **realitzador de la mera fotografia** és titular originari dels drets exclusius de «reproducció, distribució i comunicació pública» de la mera fotografia «en els mateixos termes reconeguts en la present Llei als autors de les obres fotogràfiques», és a dir, tal com es defineixen en els art. 18, 19 i 20 TRLPI.

### Còpia de la fotografia, no de l'objecte fotografiat

En tractar-se de meres fotografies, que sovint **reproduueixen una realitat exterior**, és important tenir present que «el dret de reproducció no protegeix enfront de la realització de fotografies iguals, sinó solament enfront de còpies de la mateixa fotografia», SAP Madrid (sec. 28), 26 d'octubre de 2006 [«Plancha Cheffa»], Westlaw.ES. AC\2006\1961; i que, per tant, per a demostrar que existeix infracció d'aquest dret haurà de demostrar-se que ha existit còpia de la fotografia, no simplement una nova captació de la mateixa imatge, SAP Madrid (sec. 18), 26 de març de 2007 [«Bandera republicana»], Westlaw.ES. JUR\2007\148140].

En canvi, no seran aplicables a la mera fotografia els **altres drets exclusius** previstos en els art. 17 (explotació, en general), 21 (transformació) i 22 (col·lecció), ni tampoc el **dret de participació** (derogat art. 24 TRLPI, Llei 3/2008), ni tampoc els **drets morals**. La jurisprudència ha tingut ocasió de confirmar aquestes conclusions.

### Menys drets sobre la mera fotografia

SAP Madrid (sec. 28), 26 d'octubre de 2006 [«Plancha Cheffa»], Westlaw.ES AC2006/1961: «els drets reconeguts al realitzador de meres fotografies són limitats [...] es circumscriu als supòsits de pura reproducció, no als de transformació, per basta o simple que sigui». També SAP Barcelona (sec. 15), 1 de febrer de 2005 [«Catálogo trajes de baño»], Westlaw.ES JUR 2005\118772: «el realitzador d'una mera fotografia no ostenta drets morals d'autor sobre aquesta ni altres drets exclusius». El TS va negar –en tractar-se de meres fotografies– l'existència d'infracció del dret moral d'atribució per la publicació d'unes fotografies sense esmentar el realitzador i va recordar que això podria haver-se acordat per contracte entre les parts; STS (Civil), 31 de desembre de 2002 [«Diario ABC»], Westlaw.ES RJ2002/10758. Vegeu també negant drets morals a les meres fotografies: SAP Barcelona (sec. 15), 29 de juliol de 2005 [«Enciclopèdia Catalana»], Westlaw.ES JUR\2006\45641.

#### Droit de suite

Pel fet de tractar-se d'una obra d'art «gràfica o plàstica», les obres fotogràfiques podran beneficiar-se del dret de participació que la llei confereix a l'autor de l'obra d'art plàstica sobre el preu de revenda pública dels originals de les seves obres. Llei 3/2008 que deroga l'art. 24 TRLPI.

#### Esgotament a la UE

El dret de distribució quedarà subjecte al principi d'esgotament comunitari després de la primera venda, cosa que afectarà tant l'original com les còpies de la fotografia; el dret de comunicació pública, no.



No obstant això, és innegable que indirectament es reconeix al realitzador de la mera fotografia una mena de dret «moral» d'atribució, derivat de l'exercici dels límits, per exemple, dels art. 32.1 i 33.1 TRLPI, que exigeixen l'esment de la font i el nom de l'autor (aquí, realitzador).

## 2.5. Termini de protecció i límits

Els drets d'autor sobre l'obra fotogràfica es protegeixen durant tota la vida de l'autor més setanta anys a partir de la seva mort (PMA); si la defunció va succeir abans del 7 de desembre de 1987 (entrada en vigor de l'LPI de 1987), regeix el termini de vuitanta anys (PMA previst en l'LPI de 1879). Són aplicables les regles dels art. 27 i 28 TRLPI per al còmput del termini en cas d'obra en col·laboració (a partir de la mort de l'últim autor supervivent) i obra col·lectiva (setanta anys des de la seva publicació).

### PMA

*Post mortem auctoris.*

Els drets sobre la mera fotografia es protegeixen durant vint-i-cinc anys des de la seva realització o reproducció (comptats a partir de l'1 de gener de l'any següent). Aquest termini és molt més curt que el previst per a l'obra fotogràfica i fins i tot que els terminis de la resta de drets connexos.

### Per què vint-i-cinc anys?

El mateix Conveni de Berna estableix per a les obres fotogràfiques un termini mínim de protecció (de vint-i-cinc anys des de la seva realització) que és inferior al previst per a la resta d'obres (de cinquanta anys a partir de la mort del seu autor). Malgrat que aquesta disposició va quedar superada per a les obres fotogràfiques pel WCT (art. 9) i que no és aplicable a la Unió Europea arran de l'harmonització del termini de protecció (també per a l'obra fotogràfica) operada per la Directiva 93/98/CEE, pot servir per a explicar el termini de vint-i-cinc anys triat pel legislador espanyol.

Tant l'obra fotogràfica com la mera fotografia queden subjectes als límits previstos en els art. 31 a 40 *bis* TRLPI, que s'aplicaran *mutatis mutandis*.

### Aplicació *mutatis mutandi*

D'acord amb l'art. 132 TRLPI, són aplicables a les meres fotografies «amb caràcter subsidiari i en el pertinent» els límits previstos en els art. 31 a 40 *bis* TRLPI (capítol II del títol III del llibre I).

Especialment importants, per la seva tipologia, són els límits dels art. 33.1 i 35.1 TRLPI previstos a favor de la llibertat d'informació, que tindrem ocasió d'examinar en un apartat posterior.

A manera de resum, i fent especial èmfasi en la fotografia, convé destacar el següent.

L'art. 33.1 TRLPI permet que els treballs i articles sobre temes d'actualitat difosos pels mitjans de comunicació social siguin reproduïts, distribuïts i comunicats públicament per qualsevol altres mitjans de la mateixa classe, esment la font i l'autor si el treball va aparèixer amb signatura –sempre que no s'hagués fet constar en origen la reserva de drets– a canvi del dret de l'autor (aquí, realitzador) a percebre una remuneració (la que s'hagi acordat o, en defecte d'això, la que s'estimi equitativa). L'art. 35.1 TRLPI permetrà que qualsevol mera fotografia susceptible de ser vista o sentida en ocasió d'informacions sobre esdeveniments de l'actualitat sigui reproduïda, distribuïda i comunicada públicament, en la mesura que ho justifiqui aquesta finalitat informativa.

Malgrat que la mera fotografia queda subjecta als límits de còpia privada (art. 31.2 TRLPI) i de préstec públic (art. 37.2 TRLPI), no podria el realitzador de la mera fotografia beneficiar-se ni de la compensació equitativa per còpia privada (art. 25 TRLPI) –perquè ni les fotografies ni els realitzadors de fotografies no es troben inclosos en la llista de creditors d'aquesta–, ni de la remuneració pel préstec públic (art. 37.2 TRLPI).

## 2.6. Contractes

Si la fotografia (obra o mera) ha estat feta en virtut d'una **relació laboral**, serà aplicable –si no hi ha pacte entre les parts– la presumpció de cessió a favor de l'empresari en virtut de l'art. 51.1 TRLPI.

De la mateixa manera, per a les fotografies (obres o meres) **fetes per encàrrec**, així com per a les fetes de manera autònoma i que després són objecte d'acceptació, serà necessari pactar la cessió de drets a favor del comitent –en no ser aplicable cap presumpció de cessió prevista en el TRLPI. Si no hi ha cessió de drets, els drets de propietat intel·lectual de la fotografia feta per encàrrec romandran amb l'autor o realitzador, segons quin sigui el cas.

Tot i que la llei no ho digui expressament, els tribunals tendeixen a aplicar –amb caràcter subsidiari– a la mera fotografia les mateixes **regles interpretatives** previstes per al dret d'autor (per a les obres) en el TRLPI. Per exemple, en el cas de la digitalització de les edicions impreses de *La Vanguardia*, l'AP Barcelona va aplicar les regles de transmissió de drets TRLPI per a la interpretació de l'abast de les cessions fetes pels fotògrafs a favor del diari, amb independència que es tractés d'obres fotogràfiques o de meres fotografies (distingint, per descomptat, segons si resultaven d'una relació laboral, d'un arrendament de serveis o d'una simple llicència verbal). SAP Barcelona (sec. 15), 10 de març de 2006 [«La Vanguardia digital»], Westlaw.ES JUR2008/63662: el tribunal va entendre que la valoració de la condició d'obra o mera fotografia de les fotografies no és rellevant, perquè en tots dos casos la llei confereix els drets d'explotació afectats, i subjecta ambdues tant a la presumpció de cessió de l'art. 51 com a les regles interpretatives dels art. 43 i següents TRLPI, segons quines fossin les circumstàncies de creació/realització de les fotografies.

### La venda de l'original i/o del negatiu

D'acord amb l'art. 56 TRLPI, el propietari del suport que conté l'original de l'obra fotografia no té –per aquest sol títol– drets de propietat intel·lectual sobre aquesta, però pot exposar-la al públic –encara que es tracti d'una obra no divulgada– sempre que l'autor no ho hagués exclòs expressament en l'acte d'alienació de l'original. SAP Astúries (sec. 1), 9 de juny de 2004 [«Langreo en el pasado»], Westlaw.ES JUR2004/185394.

En canvi, és especialment discutible l'aplicació analògica d'aquesta disposició a la mera fotografia. Les lleis d'Itàlia i Portugal disposen que la venda del negatiu de la mera fotografia suposa –excepte si hi ha pacte en contra– la cessió dels drets exclusius del fotògraf; la llei espanyola, però, no diu res sobre aquest tema. No sembla, al nostre entendre, que tingui gaire sentit l'aplicació analògica de l'art. 56 a la mera fotografia, ja que en el cas de la mera fotografia l'original no revesteix la importància que pot tenir en el cas de les obres fotogràfiques. D'altra banda, si es considera «original» com el negatiu, llavors «aquesta transmissió [del negatiu] haurà de valorar-se, doncs, si escau, com un element rellevant, però no únic per a la interpretació del contracte corresponent i de l'abast dels seus efectes pel que fa a la transmissió o cessió, total o parcial, del dret d'exclusiva». R. Bercovitz Rodríguez-Cano.

El Tribunal Suprem va tenir ocasió de pronunciar-se implícitament a favor de l'aplicació de l'art. 56 TRLPI a la mera fotografia, en el cas del diari *ABC*, en concloure que el fotògraf no havia cedit cap dret sobre les (meres) fotografies que no havien estat acceptades ni pagades, però que, malgrat això, havien estat retingudes a l'arxiu del diari, que posteriorment les va reproduir sense el seu consentiment. STS (civil), 31 de desembre de 2002 [«Diario ABC»], Westlaw.ES RJ\2002\10758.

### Lectura recomanada

R. Bercovitz Rodríguez-Cano (2007). «Comentario al artículo 128». A: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (pàg. 1621), 3a. ed. Madrid: Tecnos.

### 3. La producció audiovisual

L'obra periodística pot consistir, sovint, en una obra o –almenys– en un enregistrament audiovisual.

El fet que la producció audiovisual es faci per a finalitats informatives o per a altres finalitats no afecta la seva qualificació com obra/enregistrament audiovisual.

#### Obra i enregistrament audiovisual

L'art. 86 TRLPI defineix **obra audiovisual** com segueix:

«Les creacions expressades mitjançant una sèrie d'imatges associades, amb o sense sonorització incorporada, que estiguin destinades essencialment a ser mostrades per mitjà d'aparells de projecció o per qualsevol altre mitjà de comunicació pública de la imatge i del so, amb independència de la naturalesa dels suports materials d'aquestes obres.»

D'altra banda, l'art.120 TRLPI defineix els conceptes d'enregistrament audiovisual i de productor:

«1. S'entén per **enregistraments audiovisuals** les fixacions d'un pla o una seqüència d'imatges, amb so o sense, siguin o no creacions susceptibles de ser qualificades com a obres audiovisuals en el sentit de l'article 86 d'aquesta Llei.

2. S'entén per **productor d'un enregistrament audiovisual** la persona natural o jurídica que tingui la iniciativa i assumeixi la responsabilitat de l'enregistrament audiovisual esmentat.»

Com que la **definició d'obra audiovisual de l'art. 86 TRLPI és tan àmplia**, moltes produccions audiovisuals fetes amb finalitats informatives o periodístiques podrien quedar fàcilment classificades com a obra audiovisual per tant, subjectes al règim especial previst per a aquestes:

Malgrat fer una definició tan àmplia, el règim especial de l'obra audiovisual està clarament pensat per a les obres cinematogràfiques i encaixarà malament en molts punts amb altres creacions audiovisuals de caràcter informatiu. Per exemple, els **reportatges o documentals amb finalitats informatives** podran fàcilment ser considerats obres audiovisuals, però no se sentiran gaire còmodes amb la resta de l'articulat (obra en col·laboració, coautoria, presumpció de cessió al productor, drets morals, remuneració *–box office*, etc.). En canvi, per exemple, l'**enregistrament d'una tempesta** que arrasa un territori amb finalitats informatives no podrà tenir la consideració d'obra, però sí d'enregistrament audiovisual.

Amb freqüència, depenent del tipus d'obra audiovisual informativa i de la seva complexitat, el règim de l'obra col·lectiva (art. 8 TRLPI) seria molt més natural i ajustat que el de la coautoria i obra en col·laboració (art. 7 TRLPI).

En qualsevol cas, tant si la producció audiovisual ho és d'una obra com si no, hi haurà normalment altres objectes protegits i titulars de **drets connexos**:

- com a mínim un **productor audiovisual**, que és qui s'encarregarà de concentrar a les seves mans tots els drets d'explotació (per cessió dels coautors sobre l'obra audiovisual i com a titular inicial dels drets sobre l'enregistrament audiovisual) i de llicenciar l'explotació;
- i, amb freqüència, diversos **artistes (intèrprets)**, per exemple el presentador del noticiari o l'entrevistador, etc.

Ens remetem, per al seu estudi, al mòdul corresponent.

## 4. La titularitat dels drets d'explotació: Publicacions periòdiques i bases de dades

A part de conèixer la protecció conferida a les obres informatives, notícies (articles periodístics), fotografies (ja es tracti d'obres o de meres fotografies) i produccions audiovisuals (ja es tracti d'obra audiovisual o només enregistrament audiovisual) –que ja hem tingut ocasió d'analitzar anteriorment–, la llei estableix algunes regles específiques fonamentals per a determinar la titularitat dels drets sobre aquestes obres. En concret, es tracta del règim de l'**obra col·lectiva** (art. 8 TRLPI), la presumpció de cessió de drets sobre l'**obra creada en virtut d'una relació laboral** (art. 51 TRLPI) i la regla especial per a les **publicacions periòdiques** (art. 52 TRLPI). A més, per a poder concloure qui és el titular de drets sobre els continguts periodístics i l'abast d'aquests drets, és fonamental analitzar les regles previstes per a la interpretació dels contractes (art. 43 i següents TRLPI).

### 4.1. El diari com a obra col·lectiva

D'acord amb l'**art. 8 TRLPI**:

Es considera obra col·lectiva la creada per la iniciativa i sota la coordinació d'una persona natural o jurídica que l'edita o divulga sota el seu nom i està constituïda per la reunió d'aportacions de diferents autors la contribució personal dels quals es fon en una creació única i autònoma, per a la qual hagi estat concebuda sense que sigui possible atribuir separatament a qualsevol d'ells un dret sobre el conjunt de l'obra realitzada. Excepte si hi ha pacte al contrari, els drets sobre l'obra col·lectiva correspondran a la persona que l'editi i la divulgui sota el seu nom.

L'edició d'un diari pot incloure's perfectament en la categoria de l'obra col·lectiva. En tot cas, la condició d'obra col·lectiva dependrà únicament i exclusivament de les **circumstàncies fàctiques en les quals es desenvolupa la producció i creació dels continguts del diari**, com es confirma tot seguit:

Per a establir el concepte d'obra col·lectiva no valen conjectures més o menys fonamentades, sense la prèvia fixació de les dades de fet concurrents exigides pel supòsit **normatiu**, ja que així com la vinculació de la persona natural amb l'autoria de l'obra que crea (sigui científica, literària o artística) (article 1) es basa en un nexa clar d'existència o inexistència, les especificacions d'«obra en col·laboració» o «obra col·lectiva», «obra composta o independent» reclamen la fixació de circumstàncies fàctiques prèvies, configuradores del concepte, en termes inequívocs, que resultin de documents o actes conclouents, ja que són delimitadores i també limitadores dels drets d'autor. STS (civil), sentència d'11 de juliol de 2000, Westlaw.ES RJ2000/4669.

Per tant, tret que es pacti el contrari, l'**editor** (qui inicia, coordina i divulga sota el seu nom l'obra col·lectiva) **serà el titular dels drets de propietat intel·lectual** (de tots: morals i patrimonials) **sobre l'obra col·lectiva**.

#### L'encàrrec d'una obra...

no implica una cessió de drets ni altera la regla que «autor és la persona natural que crea una obra» (art. 5 TRLPI).

#### El diari com a obra col·lectiva

Vegeu STS (civil) de 25 de febrer de 2012 [«Documentación de medios»], Westlaw.ES RJ/2014/2241, i SAP Madrid (sec. 28), 4 d'abril de 2014 [«Rodalca»], Westlaw.ES AC/2014/1524.

Ara bé, els **autors de les diferents contribucions (obres)** a aquesta –ja siguin autors o realitzadors de fotografies, autors d'il·lustracions o d'escrits periodístics– seran autors de les seves respectives obres i seran titulars dels drets sobre aquestes. Els autors de les diverses contribucions que integren l'obra col·lectiva no tenen drets sobre l'obra col·lectiva en el seu conjunt, només **tenen drets sobre la part que cadascun ha creat**.

Cada autor podrà **explotar separatament la seva obra** en la mesura que **no s'hagi pactat el contrari i no es perjudiqui la normal explotació de l'obra col·lectiva/publicació periòdica**.

En altres paraules, si l'editor del diari vol obtenir una **cessió de drets en exclusiva** sobre alguna (o totes) de les diferents contribucions al diari/obra col·lectiva haurà d'haver pactat amb els seus autors aquesta cessió amb caràcter d'exclusiva; recordem que «la cessió en exclusiva haurà d'atorgar-se expressament amb aquest caràcter» (art. 48 TRLPI). Si no pacta aquesta «exclusiva», l'editor tindrà drets d'explotació sobre la contribució en la mesura que els hagi cedit en el contracte (termini, territori, modalitats d'explotació, etc). Si no pacta res sobre la cessió de drets, l'editor no tindrà drets d'explotació sobre la contribució i només podrà explotar-la en la mesura que quedi integrada en la publicació/obra col·lectiva (però no podrà fer una explotació separada de la contribució).

Fixem-nos que **el règim de l'obra col·lectiva opera ex lege**, i que és irrellevant la relació contractual que existeixi entre les parts (autor i editor); en cada cas, segons com sigui la relació existent entre tots dos (assalariat, contractat, llicenciatari...) podran ser aplicables altres regles i presumpcions de cessió.

No hi ha cap regla especial que regeixi la **remuneració de l'autor** d'una contribució a l'obra col·lectiva, per la qual cosa hem d'observar les regles generals de l'art. 46 i 47 TRLPI. La norma general és que l'autor obtingui (a canvi de la cessió de drets d'explotació) una remuneració (la que es pacti amb el cessionari) que sigui **proporcional als ingressos generats per l'explotació d'aquesta**. No obstant això, sovint la contribució a una obra col·lectiva pot incloure's en algun dels supòsits previstos en l'art. 47 TRLPI, que permeten la retribució per **un preu fix**, ja sigui perquè és difícil (o desproporcionat) atesa la modalitat d'explotació, o perquè la contribució és accessòria (respecte de l'obra en el seu conjunt) o no en constitueix un element.

#### Contribució nova... o no tant?

Normalment, les contribucions a una obra col·lectiva són objecte d'encàrrec i de nova creació, però res no impedeix que algunes de les contribucions ja existissin prèviament i, en tal cas, l'editor obté una llicència/autorització per a la seva publicació en aquesta.

#### Explotació separada de la contribució

A aquesta conclusió es pot arribar per dues vies diferents: per aplicació analògica del que es disposa en l'art. 7 TRLPI (per a l'obra en col·laboració), i per aplicació directa del que es disposa en l'art. 52 TRLPI (per a les publicacions periòdiques).

#### Acció de revisió

Quan s'ha pactat una remuneració per preu fix, l'autor en podrà sol·licitar la revisió quan hi hagi una manifesta desproporció amb els beneficis obtinguts pel cessionari.

## La remuneració de l'autor

**Article 46.** Remuneració proporcional i per un preu fix.

1. La cessió atorgada per l'autor a títol oneros li confereix una participació proporcional en els ingressos de l'explotació, en la quantitat convinguda amb el cessionari.

2. Podrà estipular-se, tanmateix, una remuneració per un preu fix per a l'autor en els casos següents:

a) Quan, atesa la modalitat de l'explotació, hi hagi dificultat greu en la determinació dels ingressos o quan la seva comprovació sigui impossible o d'un cost desproporcionat amb l'eventual retribució.

b) Quan la utilització de l'obra tingui caràcter accessori respecte de l'activitat o de l'objecte material a què es destini.

c) Quan l'obra, utilitzada amb altres, no constitueixi un element essencial de la creació intel·lectual en què s'integri.

d) En el cas de la primera o única edició de les següents obres no divulgades prèviament:

1r. Diccionaris, antologies i enciclopèdies

2n. Pròlegs, anotacions, introduccions i presentacions

3r. Obres científiques

4t. Treballs d'il·lustració d'una obra

5è. Traduccions

6è. Edicions populars a preus reduïts

**Article 47.** Acció de revisió per remuneració no equitativa.

Si en la cessió per un preu fix es produís una manifesta desproporció entre la remuneració de l'autor i els beneficis obtinguts pel cessionari, aquell podrà demanar la revisió del contracte i, a falta d'acord, acudir al jutge perquè aquest fixi una remuneració equitativa, ateses les circumstàncies del cas. Aquesta facultat podrà exercitar-se dins dels deu anys següents al de la cessió.

## 4.2. El periodista assalariat

**Autor és qui crea**, sense que les condicions en les quals es fa la creació alterin aquesta realitat jurídica.

En la mesura que els **drets morals** són irrenunciables i intransmissibles, l'autor assalariat sempre tindrà dret a exercir els seus drets morals sobre la seva obra o contribució: exigir que s'indiqui el seu nom (o pseudònim) o que l'obra s'exploti anònimament; prohibir la modificació no consentida de la seva obra que causi un perjudici als seus interessos legítims, etc.

No obstant això, ja que l'autor que crea en virtut d'una relació laboral ho fa en condicions d'alienació del resultat, amb els mitjans que l'empresari posa al seu abast i a canvi del salari acordat, la llei es preocupa de fer possible que l'empresari pugui participar, si més no, com a **titular dels drets d'explotació** de l'obra. L'art. 51 TRLPI recull les normes especials que regulen **la titularitat dels drets d'explotació sobre l'obra resultant d'una relació laboral**.

### Article 51. Transmissió dels drets de l'autor assalariat.

1. La transmissió a l'empresari dels drets d'explotació de l'obra creada en virtut d'una relació laboral es regirà pels pactes en el contracte, que s'ha de fer per escrit.
2. Si no hi ha pacte escrit, es presumirà que els drets d'explotació han estat cedits en exclusiva i amb l'abast necessari per a l'exercici de l'activitat habitual de l'empresari en el moment del lliurament de l'obra feta en virtut d'aquesta relació laboral.
3. En cap cas l'empresari podrà utilitzar l'obra o disposar-ne per a un sentit o finalitats diferents dels que es deriven de l'establert en els dos apartats anteriors.
4. Les altres disposicions d'aquesta llei seran, en el pertinent, d'aplicació a aquestes transmissions, sempre que així es derivi de la finalitat i objecte del contracte.
5. La titularitat dels drets sobre un programa d'ordinador creat per un treballador assalariat en l'exercici de les seves funcions o seguint les instruccions del seu empresari es regirà pel previst a l'apartat 4 de l'article 97 d'aquesta Llei.

Així doncs, la regla general per a determinar qui serà el titular dels drets d'explotació sobre l'obra creada en virtut d'una relació laboral és **l'acord entre les parts**. La titularitat dels drets d'explotació sobre la creació assalariada correspondrà a **les persones que les parts hagin acordat per escrit**.

#### Convenis col·lectius

El IV Conveni col·lectiu estatal de premsa diària (2013), signat entre AEDE i els sindicats FSC-CCOO, UGT i FeSP es refereix en diverses ocasions a funcions d'«alt contingut intel·lectual» en relació amb la classificació i definició de diferents grups professionals (per exemple, fins i tot fent una referència especial a «tasques de redacció que consisteixen en la realització d'un treball de tipus fonamentalment intel·lectual, de manera literària o gràfica, en qualsevol tipus de suport ja sigui paper o digital, i per qualsevol tipus de procediment tècnic o informàtic»). No obstant això, no existeix en aquest conveni col·lectiu cap clàusula que prevegi una cessió expressa dels drets d'explotació a favor de l'editor empresari –amb la qual cosa serà aplicable en aquest sector, majoritàriament (i tret que el contracte individual entre treballador i editor disposés alguna cosa sobre aquest tema), la presumpció de cessió prevista en l'art. 51.2 TRLPI.

Per al cas que no hi hagi pacte (per escrit), l'article 51 TRLPI estableix una **presumpció de cessió en exclusiva** dels drets d'explotació sobre l'obra creada en virtut d'una relació laboral, a favor de l'empresari. Aquesta presumpció de cessió es limita a l'«abast necessari per a l'exercici de l'activitat habitual de l'empresari en el moment del lliurament de l'obra feta en virtut d'aquesta relació laboral».

Per tant, en virtut de la presumpció de cessió, serà l'autor assalariat qui pugui explotar l'obra per a **altres finalitats diferents d'aquesta activitat habitual de l'empresari**. Si l'empresari vol adquirir drets i modalitats d'explotació per a finalitats diferents de les de la seva activitat habitual haurà d'obtenir-los del treballador/autor, mitjançant un contracte (per escrit) de cessió de drets. En ser una presumpció de cessió *iuris tantum*, només s'aplica quan no hi ha cap pacte en contra o quan es pacti una cessió de drets amb un abast diferent.

A diferència de l'obra col·lectiva, **l'autor assalariat no podrà explotar separatament la seva obra** atès que la presumpció de cessió que la llei fa a favor de l'empresari és amb caràcter de «exclusiva»; per tant, almenys dins del marc

#### Pacte per escrit

Aquest pacte «per escrit» pot ser el contracte laboral o una addenda o fins i tot el conveni col·lectiu que hi sigui aplicable.

#### La presumpció de cessió

La presumpció de cessió només s'aplica en defecte de pacte.



que constitueixi l'«activitat habitual de l'empresari» –i tret que s'hagi pactat el contrari– només l'empresari estarà facultat per a explotar l'obra creada pel seu treballador.

### 4.3. El periodista *freelance* i les publicacions periòdiques

En una situació ben diferent del periodista assalariat es troba el periodista que crea o fa fotografies de manera independent i que després les ofereix al diari per a la seva publicació. En aquest cas, no és aplicable cap presumció de cessió legalment prevista i cal atènyer-se únicament al que s'hagi pactat en el contracte.

El fet que no existeixi un contracte formal, però, no significa que no existeixi una cessió de drets, ja que d'acord amb el principi d'aformalitat que regeix la transmissió de drets en el TRLPI, l'existència d'autorització pot derivar-se dels fets i circumstàncies del cas. En tal cas, l'abast de la cessió de drets s'haurà de determinar segons les regles interpretatives previstes en els art. 43 i següents TRLPI i que condueixen inexorablement cap a la interpretació restrictiva de l'abast de la cessió de drets. Recordem les tres regles principals:

- La cessió dels drets d'explotació queda limitada al dret o drets cedits, a les modalitats d'explotació expressament previstes i al temps i àmbit territorial que es determinin (art. 43.1 TRLPI).
- La falta d'esment del temps limita la transmissió a cinc anys i la de l'àmbit territorial, al país en què es dugui a terme la cessió. Si no s'expressen específicament i concretament les modalitats d'explotació de l'obra, la cessió quedarà limitada a aquella que es dedueixi necessàriament del mateix contracte i sigui indispensable per a complir la seva finalitat (art. 43.2 TRLPI).
- La transmissió de drets d'explotació no abasta les modalitats o mitjans de difusió inexistents o desconeguts en el moment de la cessió (art. 43 TRLPI).

L'art. 52 TRLPI, específicament pensat per regular la cessió de drets per a publicacions periòdiques, s'ajusta també al principi d'interpretació restrictiva de la cessió de drets, en disposar que:

Tret que hi hagi pacte en contra, l'autor d'una obra utilitzada en una publicació periòdica podrà explotar-la de manera independent en la mesura que no perjudiqui la normal explotació de la publicació que la conté.

#### L'explotació de l'obra del periodista *freelance*...

Queda subjecta a allò que s'hagi pactat per contracte.

#### Lectura recomanada

V. Jiménez Martínez (2005). *El autor y las publicaciones periódicas. El régimen jurídico específico del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Instituto de Estudios Latinoamericanos.

**Article 52.** Transmissió de drets per a publicacions periòdiques.

Excepte estipulació en contra, els autors d'obres reproduïdes en publicacions periòdiques conserven el seu dret a explotar-les en qualsevol forma que no perjudiqui la normal de la publicació en la qual s'hagin inserit.

En altres paraules, quan una obra o fotografia és acceptada per a la seva publicació en un diari, sense que intervingui cap pacte, l'editor només adquireix drets per a reproduir-la en aquella publicació; l'autor reté tots els altres drets d'explotació i per a qualssevol altres formes d'explotació..., sempre que no entri en conflicte amb l'explotació normal de la publicació.

L'art. 52 TRLPI disposa també de dues regles més que són fonamentals per a les obres creades *freelance* (és a dir, ni creades en virtut d'una relació laboral ni encarregades per l'editor) contingudes en publicacions periòdiques:

- Es pot pactar un **preu fix** com a remuneració.
- Excepte pacte en contra, l'autor (fotògraf, periodista...) podrà disposar lliurement de la seva obra **si aquesta no es reproduceix en el termini d'un mes** des del seu enviament o acceptació (per a publicacions diàries) o **de sis mesos** (per a la resta de publicacions).

#### Remuneració única

És molt freqüent pactar una remuneració per un preu fix (no proporcional) per a les contribucions a publicacions periòdiques, especialment si només s'autoritza la publicació única.

#### 4.4. La protecció de les bases de dades: drets d'autor i dret *sui generis*

Com vam tenir ocasió de veure en el primer mòdul, les bases de dades poden beneficiar-se d'una doble protecció sota el TRLPI (i, de fet, en tota la Unió Europea).

- D'una banda, **com a «obra»**, quan la selecció i la disposició del contingut d'una base de dades sigui una «creació intel·lectual pròpia de l'autor»: en aquest cas, la protecció només arriba a aquesta selecció o disposició dels seus continguts, però no als continguts.
- I d'una altra, també –i amb independència que la base de dades rebi la consideració d'«obra»– poden beneficiar-se d'un **dret *sui generis***, quan s'hagi fet una inversió substancial en l'obtenció, verificació o presentació del contingut: en aquest cas, el seu fabricant podrà impedir i/o autoritzar l'extracció i la reutilització de la totalitat o d'una part substancial del *contingut* de la base de dades durant un termini de 15 anys comptadors des de la seva producció.

#### El fabricant de la base de dades

No parlem aquí ni d'autor ni de productor, ja que estem davant un dret estrany o *sui generis* en comparació amb el dret d'autor o els drets conexas que recull el TRLPI.

#### El dret *sui generis* i el dret d'autor

La protecció d'aquest dret *sui generis* obre una bretxa en el principi que el règim del dret d'autor no afecta la protecció de les idees, fets, dades o informació. Per aquest motiu algunes lleis europees han decidit implementar aquest dret *sui generis* sobre les bases de dades com a llei independent i no dins de la llei nacional de dret d'autor i conexas.

La protecció del dret *sui generis* sobre les bases de dades es recull als arts. 133-137 TRLPI. Ens remetem a l'estudi fet al primer mòdul de l'assignatura.

En relació amb la producció periodística, la protecció de les bases de dades (tant com a obra, com pel dret *sui generis*) pot tenir una especial rellevància en la mesura que les empreses productores de continguts periodístics (ja sigui un diari o una cadena de televisió o de ràdio) exploten aquests continguts no només a través de les publicacions o edicions diàries o periòdiques sinó també a través de bases de dades, normalment d'accés restringit, que fan amb subscripció o pagament de preu previs. En la mesura que els continguts informatius s'inclouen en una base de dades que mereixi protecció (com a obra i/o com a dret *sui generis*), el productor, l'editor i/o el fabricant tindran drets d'explotació *ab origine* sobre aquesta.

#### **4.5. Exemples de clàusules contractuals per a l'anàlisi**

Com a norma general, tot contracte ha d'identificar les parts i contenir tota la informació necessària per poder-lo dur a terme.

Pel que fa en concret al dret d'autor, el contracte ha d'identificar l'obra o obres que en són l'objecte, definir si es tracta d'una obra en col·laboració o col·lectiva o si és per raó d'un contracte laboral o d'un encàrrec, els drets (i modalitats) d'explotació que se cedeixen, el temps i territori pel qual es fa la cessió de drets, i qualsevol altre condició que calgui (per exemple, com es donarà crèdit/atribució, com es farà el pagament/s, etc).

Tot seguit es posen exemples de contractes i clàusules contractuals possibles per a l'anàlisi i el debat docent, tot i sabent que en cada cas es poden pactar condicions concretes.

##### **4.5.1. Contracte d'encàrrec d'obra i cessió de drets**

A continuació s'exposen i es comenten les clàusules d'un contracte d'encàrrec d'obra i de cessió de drets. També es fan algunes referències expresses per al cas que l'encàrrec es faci com a aportació a una obra col·lectiva (art. 8 TRLPI).

Aquest contracte conté dues parts diferenciades: una primera part d'introducció on s'inclouen la identificació de les parts i l'objecte del contracte, i una segona part –cos central del contracte– que conté els pactes específics que les parts hagin acordat; al final, hi ha les signatures.

Comencem, doncs, **indicant el lloc i data, i identificant clarament les parts i l'objecte contractual**. Per exemple:

Barcelona, ..... de ..... de .....

REUNITS

D'una banda, el/la senyor/a ..... nomenat/da per ....., actuant en nom i representació de .....

I, d'altra banda, el/la senyor/a ....., major d'edat, amb NIF número ....., i domiciliat a ....., actuant en nom i representació propis/de .....

Ambdues parts es reconeixen mútuament la capacitat legal necessària per a contractar i obligar-se, i

#### MANIFESTEN

I. Que..... (d'ara endavant, L'EDITOR) té interès a encarregar la creació de l'obra ..... (TÍTOL/DESCRIPCIÓ de l'APORTACIÓ) .....

II. Que el/la senyor/a ..... (d'ara endavant l'AUTOR o AUTORS), per raó dels seus coneixements i preparació professional, està interessat a assumir l'encàrrec i cedir els corresponents drets d'explotació a l'EDITOR.

III. Aquesta obra s'encarrega com a aportació a l'obra col·lectiva ..... (TÍTOL/DESCRIPCIÓ DE L'OBRA COL·LECTIVA), que consisteix en ....., i que ha estat concebuda i coordinada per l'EDITOR.

Per la qual cosa, ambdues parts acorden atorgar el present contracte d'encàrrec d'obra i de cessió de drets d'explotació, d'acord amb els següents

#### PACTES

**Ara ja podem concretar els pactes acordats.** Aquí n'hem identificat 8. Cada pacte pot tenir diferents clàusules i s'han de redactar a mida, ajustant-los sempre a les circumstàncies i necessitats de cada cas.

**Primer. Encàrrec.** Aquí cal identificar quina és l'aportació que s'encarrega (s'ha de donar prou detall per poder-la identificar –a vegades a partir d'una addenda o simplement amb un títol o descripció) i les condicions d'aquest encàrrec, com ara termini i format de lliurement; també es poden incloure altres condicions relatives a la possibilitat de fer-hi modificacions, a qui es quedarà amb l'original (aquest pacte pot ser especialment important segons el tipus de contribució que s'encarregui).

Per exemple:

- L'EDITOR encarrega a l'AUTOR, que accepta l'encàrrec, la creació de l'aportació que es detalla al Manifest I d'aquest contracte.
- L'AUTOR es compromet a confegir l'aportació amb les característiques següents: ..... (que es detallen a l'Annex) i d'acord amb les instruccions i directrius que rebí de l'EDITOR.
- L'AUTOR es compromet a lliurar l'aportació, totalment acabada i en condicions de ser reproduïda, el dia ....., en format .....
- OPCIONAL: Un cop lliurada l'aportació, l'EDITOR pot proposar les modificacions que cregui pertinents a l'AUTOR.
- OPCIONAL: acordar si l'EDITOR es queda la propietat civil del suport original de l'aportació, o si serà retornat a l'AUTOR.

**Segon. Cessió de drets d'explotació.** Aquí cal indicar clarament quins són els drets que se cedeixen, les modalitats d'explotació que s'inclouen a la cessió, el temps i l'abast territorial. Cal indicar els drets que se cedeixen i amb l'abast necessari per a dur a terme l'explotació que se'n vol fer. L'àmbit territorial va

normalment relacionat amb els idiomes i la modalitat d'explotació prevista; Si es detallen formats d'explotació convé indicar si és *a tall d'exemple* o si la cessió hi queda limitada. L'explotació en formats/modalitats desconeguts mai no s'hi entendran inclosos.

Recordem que el principi d'interpretació restrictiva comporta que qualsevol dret o modalitat no esmentats s'entenen com a no cedits i que mai no s'entendran incloses en una cessió de drets aquelles modalitats d'explotació que no siguin conegudes en fer la cessió. Recordeu també que la cessió en exclusiva cal que s'indiqui expressament en el contracte (si no se'n diu res, s'entén que la cessió de drets no es fa en exclusiva).

Tot i que el TRLPI ja ho preveu en alguns casos (art. 7, art. 8, art. 52 TRLPI), les parts poden acordar lliurement si l'autor en podrà fer una explotació separada de la seva contribució o no –si així ho acorden, convé especificar-ho en el contracte; si no se'n diu res, s'aplicaran les normes del TRLPI.

Si l'aportació encarregada és per a una obra col·lectiva, l'article 8 TRLPI ja disposa que –llevat de pacte en contra– els drets d'explotació sobre l'obra col·lectiva correspon a l'editor. Però fins i tot en el cas d'obra col·lectiva, es pot (pot ser recomanable) pactar una cessió de drets sobre l'aportació concreta –especialment, quan l'aportació pot tenir una explotació «separada» (independent) de l'obra col·lectiva on s'inclou.

Si l'editor preveu que durà a terme una explotació de l'obra a través de llicències públiques (com ara les Creative Commons), cal especificar-ho també en el contracte per tal d'obtenir l'autorització de l'autor.

Per exemple:

- D'acord amb l'article 8 TRLPI, els drets de propietat intel·lectual sobre l'aportació incorporada a l'obra col·lectiva per a la qual fou encarregada corresponen a l'EDITOR, com a persona que l'edita i divulga amb el seu nom.
- L'AUTOR cedeix a l'EDITOR, en exclusiva, els drets de reproducció, distribució, comunicació pública i transformació sobre l'aportació encarregada, en (quins?) idiomes i per a (tot el món?), en (quins?) formats i modalitats d'explotació actualment coneguts, incloses l'explotació en línia (de forma gratuïta o mitjançant subscripció o pagament) i la inclusió dins d'una base de dades.
- OPCIONAL. L'autor (podrà / no podrà) fer una explotació separada o independent de la seva aportació.
- OPCIONAL. L'AUTOR autoritza expressament a l'EDITOR a comercialitzar l'aportació objecte d'aquest contracte sota una llicència Creative Commons del tipus ... (convé **indicar quina**: per exemple, CC: BY-NC-ND), que permetrà reproduir-la, distribuir-la i comunicar-la al públic, únicament en la seva versió original i sense finalitats comercials (**text per ajustar a la llicència triada**), sempre citant l'autor i la font.

**Tercer. Remuneració.** La llei preveu que la cessió de drets pot ser remunerada (pot també ser gratuïta, és clar). Si es pacta una remuneració, la llei preveu com a norma general la remuneració proporcional, però en alguns casos concrets

es pot pactar una remuneració «a preu fet». La gran majoria d'aportacions a una obra col·lectiva es podran subsumir en algun dels supòsits pels quals la llei permet la remuneració a preu fet (art. 46 TRLPI).

Cal indicar també les opcions i condicions concretes de pagament, que són múltiples, en funció de les necessitats i conveniència de les parts (i, com sempre, del tipus d'obra). Si es pacta una remuneració proporcional a l'explotació, es pot acordar un primer pagament en concepte de bestreta. Si l'obra s'ha creat en règim de coautoria, cal indicar el repartiment que correspon a cada autor, per exemple: «...% per a l'autor A, ...% per a l'autor B i ...% per a l'autor C....».

Per exemple:

#### **REMUNERACIÓ A PREU FET**

- Com a remuneració per l'encàrrec i cessió de drets sobre l'aportació, s'estableix la quantitat de ..... euros, subjecte a les retencions tributàries que hi siguin aplicables.
- Aquesta quantitat serà abonada per a l'AUTOR de la següent manera: ..... euros, a la signatura del present contracte // quan l'AUTOR lliuri l'aportació; i ..... euros, quan l'EDITOR doni la seva conformitat a l'aportació, en un termini no superior als ..... dies a comptar de la seva recepció.

#### **REMUNERACIÓ PROPORCIONAL**

- L'AUTOR tindrà dret a percebre el .....% del preu de venda al públic, segons catàleg, sense IVA, per cadascun dels exemplars efectivament venuts.
- L'AUTOR faculta a l'EDITOR a detraure, declarar i ingressar a l'Administració corresponent les quantitats que l'AUTOR hagi de satisfer per qualsevol impost o gravamen respecte al qual l'EDITOR tingui legalment la condició de substituït del contribuent.

**Quart. Termini.** Cal pactar també el termini de la cessió de drets. Si no es pacta res, s'aplicaran els terminis previstos «per defecte» a la llei (segons el tipus de contracte de què es tracti). Quan es tracta d'una cessió de drets derivada d'un encàrrec d'aportació a una obra col·lectiva, és recomanable establir «per a tot el termini de protecció de l'aportació». Però es poden pactar terminis més curts, segons l'explotació de l'obra que es prevegi dur a terme. Per exemple:

- La present cessió de drets s'atorga per a tot el termini de protecció de l'aportació / per un termini de 10 anys.

**Cinquè. Exercici pacífic dels drets cedits.** Sovint és recomanable pactar alguna «clàusula d'indemnitat» per assegurar que l'autor es fa responsable de l'originalitat i autoria de l'obra creada per encàrrec (sobre la qual es cedeixen els drets). En cas d'infracció, aquests pactes no exclouran per si sols la possible responsabilitat de l'editor però li poden servir per defensar la seva actuació i bona praxi editorial.

Si es preveu registrar l'obra i/o la transmissió de drets a favor de l'editor, caldrà indicar com/ quan es farà l'escriptura pública (necessària per a registrar-la) i a càrrec de qui anirà la despesa; normalment, l'editor.

Per exemple:

- L'AUTOR respon de l'autoria i originalitat de l'aportació i de l'exercici pacífic dels drets que cedeix per aquest contracte, com també de qualsevol càrregues o indemnitzacions que es poguessin derivar d'accions, reclamacions o conflictes amb tercers, per l'incompliment d'aquestes obligacions.
- En cas que l'aportació inclogui material protegit original d'altres autors, l'AUTOR es compromet a indicar-ho així expressament, per tal que l'EDITOR demani l'autorització corresponent per a la seva explotació integrada a l'aportació. En cas que no s'aconsegueixi l'autorització corresponent, l'AUTOR haurà de substituir o suprimir el material aliè.
- OPCIONAL: Ambdues parts es comprometen a comparèixer davant notari, a petició d'una de les parts, per elevar el present contracte a escriptura pública. Les despeses derivades de l'atorgament de l'escriptura pública seran a compte de la part requirent.

**Sisè. Crèdits d'autoria.** És sempre convenient pactar com es donarà crèdit a l'autor; o si vol aparèixer amb un pseudònim o de forma anònima. Per exemple, es pot donar el cas d'una aportació a una obra col·lectiva on **no** es vol (o no es pot) mantenir el crèdit d'autoria i, per tant, s'hauria de preveure expressament. Per exemple:

- L'EDITOR s'obliga a fer aparèixer el nom // pseudònim de l'AUTOR en els crèdits de l'obra col·lectiva, segons permeti i sigui costum en cada format d'explotació (o es poden detallar les condicions concretes del crèdit d'autoria: mida, situació, etc.)
- Per voluntat i a petició de l'autor, l'obra s'explotarà de forma anònima; l'EDITOR s'obliga a respectar l'anonimat.

**Setè. Extinció i resolució.** L'extinció i resolució del contracte es regula per les normes generals previstes al codi civil o al TRLPI (si es tracta d'un contracte d'edició). Per exemple:

- Són causes d'extinció i de resolució d'aquest contracte les previstes al TRLPI i les generals previstes al codi civil.

**Vuitè. Domicili, legislació aplicable i jurisdicció.** Aquestes clàusules són força estàndards (seguint els paràmetres marcats a les normes processals) però poden ser especialment útils si l'autor (o una de les parts) resideix a l'estranger. Per exemple:

- Per a qualsevol notificació referent a aquest contracte, les parts designen el domicili assenyalat al començament, que podrà ser modificat mitjançant notificació fefaent a l'altra part.
- OPCIONAL. Aquest contracte queda subjecte a la llei espanyola .....
- OPCIONAL. Per a qualsevol qüestions que sorgeixin respecte al compliment o interpretació d'aquest contracte, les parts se sotmeten als jutjats i tribunals de ..... renunciant al seu propi fur si fos un altre.

**Signatura.** Al final del contracte, les parts han de signar. Per exemple:

I perquè així consti i en prova de conformitat, subscriuen el present document, per duplicat i a un sol efecte, al lloc i en la data consignats al començament.

L'EDITOR

L'AUTOR

#### 4.5.2. Clàusula de cessió de drets sobre aportació a obra col·lectiva

Molt sovint, però, la cessió de drets es fa, no tant amb un contracte formal, sino amb una simple clàusula que, per exemple, s'inclou en un pressupost o factura. A continuació posarem algun exemple de clàusules de cessió de drets i, pel que fa al contingut, ens remetem a les explicacions fetes al capítol anterior.

- Per la present, l'AUTOR ... (CAL IDENTIFICAR-LO) cedeix a l'EDITOR (CAL IDENTIFICAR-LO) tots els drets d'explotació sobre l'OBRA (CAL IDENTIFICAR-LA), en qualsevol modalitat, idioma i territori i per a tot el termini de protecció. Com a remuneració, l'AUTOR rep en aquest acte la quantitat de .... euros, subjecte a les retencions tributàries que hi siguin aplicables.
- Per la present, l'AUTOR ..... (CAL IDENTIFICAR-LO) aporta l'obra ..... (CAL IDENTIFICAR-LA) com a part de l'obra col·lectiva ..... (CAL IDENTIFICAR-LA), d'acord amb l'article 8 TRLPI. L'AUTOR cedeix a l'EDITOR tots els drets d'explotació sobre aquesta aportació, en qualsevol modalitat, idioma i territori i per tot el termini de protecció. L'AUTOR en podrà fer una explotació separada o independent de la seva aportació, en la mesura que no perjudiqui la normal explotació de l'obra col·lectiva. Com a remuneració, l'AUTOR rep la quantitat de ..... euros, subjecta a les retencions tributàries que hi siguin aplicables, que és abonada en aquest acte.

#### Sense exclusiva

Si no es diu expressament, la cessió de drets no es fa en exclusiva.

#### 4.5.3. Clàusula de cessió de drets sobre obra creada en virtut de relació laboral

Ja hem vist com l'article 51 TRLPI preveu que els drets sobre l'obra creada en virtut d'una relació laboral es regiran pel que hagin pactat les parts (empresari i treballador) en contracte per escrit. A falta de pacte, s'aplica la presumpció de cessió. Per tant, si es vol evitar l'aplicació de la presumpció de cessió prevista a l'art.51.2 TRLPI, el contracte laboral hauria de preveure una **cessió expressa (per escrit) dels drets sobre l'obra creada pel treballador**. Exemples d'aquesta clàusula podrien ser:

- Els drets d'explotació sobre qualsevol obra o prestació protegida que el treballador creï en virtut d'aquest contracte laboral seran titularitat de l'empresari en exclusiva, per a totes les modalitats d'explotació, els territoris i els terminis de protecció.
- L'AUTOR cedeix a l'EMPRESARI tots els drets d'explotació sobre totes les obres o prestacions realitzades en virtut d'aquest contracte laboral, en exclusiva, per a totes les modalitats d'explotació, els territoris i els terminis de protecció.



#### 4.5.4. Contracte de cessió de drets (continguts *freelance*)

Si es vol evitar l'aplicació de les regles d'interpretació restrictiva previstes als arts. 43 i s. TRLPI, s'hauria de preveure una cessió dels drets sobre l'obra, ja sia amb o sense exclusiva (l'exclusiva hauria de correspondre's amb una major remuneració) i establint les condicions concretes (drets, modalitats, terminis, territoris, etc.). Exemples d'aquesta clàusula podrien ser:

- Per la present, l'AUTOR ..... (CAL IDENTIFICAR-LO) de l'obra ..... (CAL IDENTIFICAR-LA) cedeix a l'EDITOR (CAL IDENTIFICAR-LO) tots els drets d'explotació sobre aquesta, en qualsevol modalitat, idioma i territori, per tot el termini de protecció. Aquesta cessió no té caràcter d'exclusiva. Com a remuneració, l'AUTOR rep la quantitat de ..... euros, subjecta a les retencions tributàries que hi siguin aplicables, que és abonada en aquest acte.
- Per la present, l'AUTOR ..... (CAL IDENTIFICAR-LO) de l'obra ..... (CAL IDENTIFICAR-LA) cedeix a l'EDITOR (CAL IDENTIFICAR-LO) els drets d'explotació sobre aquesta: de reproducció, distribució, comunicació pública i transformació, en qualsevol modalitat, idioma i territori i per un termini de ..... anys. Aquesta cessió té caràcter d'exclusiva i inclou l'explotació en línia (gratuïta o de pagament) i l'explotació mitjançant la inclusió en una base de dades. Com a remuneració, l'AUTOR rep la quantitat de ..... euros, subjecta a les retencions tributàries que hi siguin aplicables, que és abonada en aquest acte.

També es podria pactar alguna cosa diferent a allò previst a l'art.52 TRLPI.

Per exemple:

- L'AUTOR podrà disposar lliurement de la seva obra si aquesta no és objecte d'explotació en el termini de (..... mesos) des de la seva acceptació.
- L'AUTOR no podrà disposar lliurement de la seva obra (atès que la cessió de drets té el caràcter d'exclusiva i l'autor ja va cobrar la corresponent remuneració).

Tractant-se d'una col·laboració *freelance*, també seria normal trobar-hi clàusules com ara:

- Les despeses de material (fotogràfic o digital) són a càrrec del col·laborador, llevat d'aquells que haguessin estat prèviament autoritzades per l'editor;
- Només s'abonaran les col·laboracions publicades. La contraprestació s'estableix en ... €. El material no acceptat es retornarà al col·laborador en un termini màxim de 30 dies d'ençà del lliurament. El material acceptat podrà ser publicat en qualsevol moment dins del termini de la cessió de drets establerta.

#### 4.6. Un exemple per a l'anàlisi

En tot escenari de producció periodística coexisteixen, doncs, drets de diferents autors i realitzadors dels continguts periodístics, enfront dels drets que poden correspondre als empresaris que fan l'explotació (com a obra col·lectiva o bases de dades) dels continguts. Per a poder establir el règim d'autoria i titularitat de drets sobre un producte periodístic i les diferents contribucions que la integren, serà importantíssim tenir en compte tres aspectes fonamentals:

##### Terminis supletoris

Recordem que, si no se'n diu res, s'apliquen els temps supletoris (un mes per a publicacions periòdiques i sis mesos per a les altres publicacions).

##### Vegeu també

Per a més detall, us remetem a les explicacions fetes a l'apartat 4.5.1. «Contracte de cessió de drets».

- L'abast de les presumpcions de cessió legalment previstes per a l'obra creada **en virtut d'una relació laboral**.
- L'abast dels **contractes de cessió** de drets celebrats entre el periodista i l'empresari.
- La **modalitat d'explotació** utilitzada i, en concret, saber si era o no coneguda en el moment de fer la cessió de drets.

A més a més, també cal tenir present si es tracta d'una obra col·lectiva (art. 8 TRLPI) i/o d'una base de dades (art. 12 TRLPI) i si és d'aplicació el dret *sui generis* (art. 133 TRLPI).

En aquest sentit, el cas que va enfrontar diversos reporters gràfics i *La Vanguardia* arran de la construcció d'una «hemeroteca digital» ens pot servir d'exemple per a analitzar aquest problema.

#### **Cas «La Vanguardia Digital»**

Aquest conflicte es refereix a la digitalització de fotografies aparegudes els anys 2001 i 2002 en les publicacions periòdiques impreses de *La Vanguardia* i la seva posada a la disposició del públic a la pàgina web [lavanguardia.es](http://lavanguardia.es). Els vint autors i realitzadors d'aquestes fotografies van demandar l'empresa editorial per infracció dels seus drets d'explotació.

No es va considerar si les fotografies afectades eren obra fotogràfica o mera fotografia, perquè no afectava la resolució del cas, ja que els drets que s'al·legaven infringits eren els mateixos (reproducció i comunicació pública) en tots dos casos. La demanda no era per infracció de dret moral ni de dret de transformació (en aquest cas, només hauria correspost a aquelles fotografies que tinguessin la condició d'obra).

En primer lloc, el tribunal (tant en instància com en apel·lació) va concloure que la publicació periòdica (cada exemplar del diari) és una obra col·lectiva (art. 8 TRLPI) – amb la qual cosa, els drets d'explotació sobre aquesta corresponen a l'editorial – i que la digitalització i posada a disposició *online* de les fotografies publicades en l'edició de paper representava una modalitat d'explotació diferent de la del diari imprès, per la qual cosa necessitava la corresponent autorització/cessió de drets a favor de l'editor.

Per a determinar si va existir aquesta autorització/cessió de drets era necessari determinar l'abast de les cessions de drets fetes a favor de l'editor en cada cas. Per a això, el tribunal va fer una anàlisi detallada de l'abast de la cessió de drets en els diferents contextos creatius i temporals de les fotografies, distingint-ne tres grups: les creades en virtut de relació laboral, les creades per encàrrec i les publicades sense cap llicència expressa.

1) Per a les fotografies creades **en virtut d'una relació laboral** (contractes laborals subscrits els anys 1973, 1989 i 1999): el tribunal va tenir en compte que cap dels contractes laborals subscrits amb els fotògrafs o reporters gràfics contenia cap estipulació expressa sobre l'abast de la cessió de drets sobre les obres resultants d'aquest, amb la qual cosa era aplicable la presumpció de cessió prevista en l'art. 51.2 TRLPI. Per a interpretar l'abast d'aquesta cessió, ha de tenir-se en compte l'«activitat habitual de l'empresari» en el moment del lliurament de l'obra (no la data del contracte laboral). El tribunal va concloure que en el 2000 i el 2001 l'empresa ja feia en paral·lel l'activitat editorial digital i, per tant, l'explotació digital quedava inclosa en l'abast de la cessió.

2) Per a les fotografies creades **per encàrrec i amb drets cedits en virtut de contracte** (contractes subscrits el 1999 i el 2001): el tribunal analitza aquí l'abast d'aquestes cessions de conformitat amb les regles interpretatives de l'art. 43 TRLPI, i també amb l'art. 52 TRLPI (segons els quals quan es tracta d'una obra aportada per a ser reproduïda en una publicació periòdica, l'autor pot efectuar –tret que hi hagi pacte en

contra– una explotació independent de la seva aportació sempre que no perjudiqui l'explotació de la publicació periòdica). En concret, el tribunal va entendre que corresponia a l'editor l'explotació digital de les fotografies en els contractes de les quals s'indicava expressament que la cessió de drets es feia «amb caràcter exclusiu, per a tothom [...] amb el màxim abast temporal [...], per a la seva reproducció, distribució i comunicació pública, tant en el marc de l'activitat periodística habitual del mateix diari, com en la seva comercialització, venda o cessió a favor de tercers, sigui quin sigui el seu suport (inclosos a títol enunciatiu, paper i magnètic, CDROM o disquet, a través de les xarxes informàtiques o sistemes anàlegs)». A la mateixa conclusió es va arribar respecte de les fotografies en els contractes de les quals s'indicava simplement que la cessió del «dret d'explotació» es feia amb caràcter exclusiu, de manera indefinida, per a tothom i «sense limitació de cap classe», perquè el tribunal entenia que amb aquesta indicació expressa (i tractant-se d'una cessió en exclusiva) s'excloïa l'aplicació de les regles interpretatives i supletòries de l'art. 43 o de l'art. 52 TRLPI; a més, el tribunal va explicar que els anys 2000 i 2001 l'activitat habitual de l'editor ja incloïa la difusió del diari digital a la pàgina web, amb la qual cosa no pot adduir-se que es tractés d'una modalitat d'explotació «inexistent o desconeguda en el temps de la cessió» (art. 43.2 TRLPI).

3) Finalment, per a les fotografies publicades **sense contracte escrit** regeix l'abast de la cessió que pugui deduir-se estrictament del joc conjunt dels articles 43.2, 48 i 52 TRLPI. Concretament, d'acord amb els dos primers, la cessió no tindrà caràcter d'exclusiva i l'autorització d'explotació es limitarà a les modalitats que «siguin indispensables per a complir la finalitat» del contracte. Això queda confirmat per l'art. 52 TRLPI, en establir que l'autor/realitzador podrà explotar la fotografia publicada en el diari de manera concurrent (no pas en règim de competència), sempre que amb això no perjudiqui l'explotació normal de la publicació periòdica en la qual es va inserir. Més enllà d'aquest abast de la cessió no exclusiva i ús concurrent permès, el tribunal considera que –en virtut de l'art. 43.2 TRLPI– l'editora havia obtingut autorització per a fer l'explotació no només en paper sinó també digital d'aquestes, ja que en el temps del lliurament (2000 i 2001) l'activitat corrent de l'editor incloïa ja l'edició digital. «Entendre-ho d'una altra manera comportaria restringir la *normal explotació* a una sola modalitat [la impresa] que per si sola no integra l'activitat editorial de la cessionària, atès que bolca els seus continguts informatius a internet com a prestació addicional i habitual, cosa que s'expressa així en la mateixa capçalera del diari imprès.»

En conclusió, les fotografies incloses en les edicions impreses del diari entre els anys 2000 i 2001 poden ser objecte d'explotació en format digital perquè –amb independència del tipus de contracte existent entre el fotògraf i el diari, ja sigui contracte d'ocupació laboral o càrrec d'obra o fins i tot no intervenint-hi cap contracte formal–, en tal moment, el diari ja ofería la seva versió digital (a més de la impresa) i, per tant, en ser la modalitat d'explotació digital coneguda per les parts es considera implícitament inclosa en la cessió feta en aquest moment a favor de l'empresari.

Cal tenir en compte que, d'acord amb els mateixos raonaments, la solució del cas podria ser ben diferent si es tractés de fotografies (o continguts periodístics) creats abans que l'editor inclogués l'edició digital com a part de la seva activitat editorial habitual. En aquest sentit, el tribunal va demostrar provat que l'edició digital (web) de *La Vanguardia* va ser creada el 1995 i que l'activitat editorial en aquest entorn digital es duia a terme des de finals de 1997.

Vegeu SAP Barcelona (sec. 15), 10 de març de 2006 [«La Vanguardia Digital»], Westlaw.ES JUR2008/63662.

## 5. Límits

La propietat intel·lectual, com tota propietat, està limitada. Doblement limitada: temporalment (durada) i substancialment (límits). El títol III (llibre primer) TRLPI recull els principals límits als **drets d'autor**. En virtut de l'art. 132 TRLPI, aquests mateixos límits són d'**aplicació subsidiària per als drets con-nexos** continguts en el llibre segon del TRLPI. És a dir, els mateixos límits són aplicables a tot tipus de contingut periodístic: tant a la notícia escrita com a la fotografia (sigui obra o mera fotografia) i a qualsevol contingut audiovisual (sigui obra o simple enregistrament).

Ja vam tenir ocasió de veure en el primer mòdul els principals límits que recull el TRLPI i a aquests ens remetem. Com a resum, n'hi ha prou amb tenir en compte que el principal límit als drets de propietat intel·lectual que la llei confereix a l'autor és el temporal: la propietat intel·lectual no es protegeix eternament; i això malgrat que la protecció dels drets morals d'atribució i d'integritat dels autors sobre les seves obres s'estengui eternament, més enllà de la seva entrada en el domini públic.

### El termini de protecció

La **durada** dels drets de propietat intel·lectual es fixa a tota la Unió Europea en setanta anys a partir de la mort de l'autor (o últim coautor supervivent) o a partir de la creació o divulgació de l'obra (per a les obres col·lectives, anònimes i altres). A Espanya, les obres d'autors morts abans de l'entrada en vigor de l'LPI de 1987 (7 desembre) es beneficien d'un termini més extens de vuitanta anys. Aquests terminis de protecció són molt més curts que els previstos per a les prestacions protegides sota el llibre segon. Així, per exemple, l'enregistrament audiovisual es protegeix durant cinquanta anys a partir de la seva publicació, la mera fotografia durant vint-i-cinc anys i el dret *sui generis* sobre bases de dades durant quinze anys (renovable a partir d'una nova inversió substancial en aquesta).

Entre els art. 31 a 40 *bis* TRLPI, es recullen els **límits**, coneguts també –comunament– com a «excepcions».

No ha d'estranyar que molts d'aquests es relacionin directament amb **drets fonamentals o llibertats públiques** reconeguts a la nostra Constitució. Comencem pel dret fonamental a la **llibertat d'expressió i de creació** (art. 20.1 a i b) CE), que ha de fer un doble paper, com a motor i com a límit, per al dret d'autor. La protecció de la propietat intel·lectual deriva directament del reconeixement d'aquest dret fonamental i, al mateix temps, es converteix en el seu límit per a assegurar que la protecció de la propietat intel·lectual d'un autor no buidarà de contingut la llibertat d'expressió aliena. La llibertat d'expressió justifica, doncs, l'anomenat «**dret de citació**» (art. 32.1 TRLPI) i, com podria ser altrament?, el **límit de paròdia** (art. 39) –un dels pocs límits que permet transformar l'obra i fins i tot plantar cara al dret moral (d'atribució i integritat) de l'autor de l'obra parodiada. El dret fonamental a (donar i rebre) **informació** (art. 20.1d) CE) justifica els límits de l'art. 33.1 TRLPI (treballs i articles sobre temes d'actualitat difosos per mitjans de comunicació social) i art. 33.2

#### Els art. 26 a 30 TRLPI...

Estableixen els terminis de protecció per a les diferents obres i les regles per al seu càlcul.

#### L'interès públic

La necessitat de posar límits als drets exclusius que la llei confereix a l'autor es justifica sovint per raons d'interès públic.

#### Alguns límits...

Són tan o més importants que els drets d'explotació.

TRLPI (conferències, al·locucions i informes pronunciats en públic), així com el límit de l'art. 35.1 TRLPI (obres susceptibles de ser vistes o sentides en ocasió d'informacions d'actualitat). També pot justificar el límit previst a favor de les recopilacions periòdiques en forma de ressenyes o revistes de premsa inclòs l'anomenat *press-clipping* (art. 32.1 2n. TRLPI) i, encara que de manera un xic curiosa, els pseudolímits introduïts per Llei 21/2014 a favor dels agregadors de notícies i dels motors de cerca a internet (art. 32.2 TRLPI). El dret fonamental a l'educació (art. 27 CE) justifica els límits per a **finalitats d'ensenyament i de recerca** de l'art. 32.3 a 5 TRLPI i, mitjançant les institucions culturals, dels diferents límits previstos en l'art. 37 TRLPI. El dret d'**accés a la cultura** (art. 44.1 CE) justifica, a més dels anteriors, el recentment incorporat art. 37 *bis* TRLPI relatiu a les obres òrfenes, l'adopció de mesures judicials per a obligar el titular a divulgar una obra inèdita en honor de l'interès públic (art. 40 TRLPI). Un altre dret fonamental, a la **igualtat** (art. 14 CE), és el responsable del límit de l'art. 31 *bis*.2 TRLPI a favor de persones amb discapacitat. I, finalment, el funcionament dels **procediments oficials** (administratius, judicials o parlamentaris) així com la **seguretat pública** queden garantits (enfrent de l'exercici dels drets de propietat intel·lectual) pel límit de l'art. 31 *bis*.1 TRLPI. Altres límits es justifiquen per **raons tecnològiques** (per exemple, els previstos en l'art. 36 a favor de les entitats de radiodifusió, satèl·lit i cable). En canvi, és difícil trobar justificació per a alguns altres límits –com l'execució d'obres musicals en cerimònies religioses i actes oficials (art. 38 TRLPI), l'explotació d'obres situades permanentment en espais públics (art. 35.2 TRLPI) o la còpia privada (art. 31.2 TRLPI)– tret que es recorri a la **tradició legal** o, simplement, al **pragmatisme** (la denominada «fallada del mercat»).

### Altres límits

És important tenir present que **hi ha límits recollits en altres parts del TRLPI**. Aquest és el cas dels límits específics per als programes d'ordinador (art. 100 TRLPI) i per al dret *sui generis* d'una base de dades (art. 135 TRLPI), així com la regla que permet –excepte pacte en contra– al propietari d'una obra d'art plàstica o fotogràfica exhibir-la al públic (art. 56.2 TRLPI).

Amb l'arribada de les tecnologies digitals, la pressió per a la correcta i equilibrada protecció de la propietat intel·lectual recau ara sobre la interpretació de l'abast dels límits.

Per a la **interpretació i aplicació dels límits** legalment previstos és fonamental la «regla de les tres etapes» prevista en l'art. 40 *bis* TRLPI (i, amb caràcter general, en l'art. 5.5 DDASI).

Es tracta d'una **regla hermenèutica**, pròpia del règim de propietat intel·lectual, però que ha d'acompanyar-se amb unes altres regles hermenèutiques de caràcter general, com són els principis generals del dret (art. 7 Cc) o el principi de proporcionalitat, etc.

### La regla de les tres etapes

«D'acord amb l'art. 40bis TRLPI, els límits es poden interpretar de manera que permetin que la seva aplicació causi un perjudici injustificat als interessos legítims de l'autor o que vagi en detriment de l'explotació normal de les obres a què es refereixen.»

### Els principis generals del dret (art. 7 del Codi civil)

El mateix Tribunal Suprem espanyol s'ha vist ja en l'obligació de recórrer a la prohibició d'abús del dret i exercici antisocial per impedir que el titular d'una pàgina web pogués paralitzar el funcionament d'un motor de cerca per fer actes d'explotació (reproducció i, tal vegada, comunicació pública) sense la seva autorització i sense un límit formal que ho emparés. Vegeu TS (sala civil) Sentència 172/2012, de 3 abril de 2012 (cas «Megakini»). Comentari R. Xalabarder, *Spanish Supreme Court Rules in Favour of Google Search Engine... and a Flexible Reading of Copyright Statutes?* 3 (2012) JIPITEC 162. <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-3-2-2012/3445/xalabarder.pdf>

### L'harmonització del TJUE

D'altra banda, hem de tenir present que el TJUE mitjançant diverses sentències recents està reforçant l'harmonització del sistema de límits amb un doble procés: qualificar els límits de l'art. 5 DDASI com a «conceptes autònoms de dret comunitari» i donar-los una interpretació «autònoma» (en tota la UE) d'acord amb l'abast i paraules de l'art. 5 DDASI. D'aquesta manera, s'està produint una harmonització del sistema de límits que va molt més enllà de la que el legislador comunitari va pretendre (i va poder) aconseguir amb la DDASI i que fa escac al sistema de límits previstos a les lleis nacionals. Vegeu les sentències del TJUE en els casos «Painer» (C-145/10), «Premier League» (C-403/08 i C-429/08) i «Deckmyn» (C-201/13).

També és fonamental la interacció entre límits i mesures tecnològiques de protecció (art. 160 a 162 TRLPI) –una interacció que, de moment, es troba mal resolta tant en l'àmbit comunitari com nacional. Ja que, deixant de costat el tímid i ineficaç intent d'assegurar –per a alguns límits concrets– l'accés a la jurisdicció civil per a superar les mesures tecnològiques que n'impedeixen el gaudi (art. 161 TRLPI), l'efectivitat de la resta de límits dependrà *de facto* de l'adopció o no de mesures tecnològiques pel titular. Els drets fonamentals i interessos públics subjacents al sistema de límits no haurien de deixar-se en mans de la dictadura tecnològica.

#### Les mesures tecnològiques

Es regulen als art. 160 a 162 TRLPI.

No hi ha espai aquí per a fer un estudi detallat dels límits, però sí per a endinsar-nos en alguns d'aquests que de manera més directa poden afectar l'exercici de l'activitat periodística (quan el periodista pogués –a l'empara d'un límit– utilitzar obres alienes per a l'exercici de la seva activitat, sense necessitat d'obtenir cap llicència) i l'explotació de l'obra periodística (quan l'obra informativa pogués –a l'empara d'un límit– ser objecte d'explotació per tercers sense que l'autor o editor pugui impedir-ho).

### 5.1. Obres no protegides: exclusions de protecció

Encara que no es tracti pròpiament d'un límit que permet (autoritza) l'explotació d'una obra protegida, és important tenir present que la mateixa llei exclou de protecció la normativa (lleis, reglaments, projectes), les resolucions judicials i els actes, les actes i els dictàmens d'organismes públics. Amb això es vol aclarir d'una vegada per sempre que aquests continguts no podran quedar subjectes al règim d'exclusivitat que la llei confereix als autors sobre les seves obres.

**Article 13. Exclusions.**

No són objecte de propietat intel·lectual les disposicions legals o reglamentàries i els seus corresponents projectes, les resolucions dels òrgans jurisdiccionals i els actes, acords, deliberacions i dictàmens dels organismes públics, així com les traduccions oficials de tots els textos anteriors.

**Les traduccions: oficials o no?**

Aquesta exclusió afecta també les traduccions oficials d'aquestes obres, però no les traduccions «no oficials» que poguessin fer els agents del mercat. Aquests tindrien drets sobre la traducció feta, encara que qualsevol altra persona podria fer la seva pròpia traducció de la norma, sentència o dictamen en el domini públic).

**Funcionaris i jutges**

Dit d'una manera molt simple, ni els funcionaris públics ni els jutges podran exercir drets d'autor sobre les obres que creen en exercici de la seva funció pública.

**5.2. Límits a favor del dret fonamental a donar i rebre informació**

Ja sabem que la informació rarament consisteix en fets o dades nous, sinó que normalment adopta una forma expressiva que, si és original, serà objecte de protecció per la llei de propietat intel·lectual. Per aquest motiu, i per assegurar el correcte equilibri entre la protecció de tots dos drets fonamentals, el TRLPI recull diversos límits que afavoreixen la circulació de la informació, malgrat que estigui continguda en obres i prestacions protegides per la propietat intel·lectual.

**Art. 20 Constitució espanyola**

El dret a donar i rebre informació és un dret fonamental constitucionalment reconegut.

L'art. 33 TRLPI preveu **dos límits** diferents relacionats amb la reutilització d'obres amb finalitats informatives.

**Article 33. Treballs sobre temes d'actualitat.**

1. Els treballs i articles sobre temes d'actualitat difosos pels mitjans de comunicació social podran ser reproduïts, distribuïts i comunicats públicament per qualsevol altres de la mateixa classe, esmentant la font i l'autor si el treball va aparèixer amb signatura i sempre que no s'hagués fet constar en origen la reserva de drets. Tot això sense perjudici del dret de l'autor a percebre la remuneració acordada o, a falta d'acord, la que es consideri equitativa.

Quan es tracti de col·laboracions literàries serà necessària, en tot cas, l'oportuna autorització de l'autor.

2. Igualment, es podran reproduir, distribuir i comunicar les conferències, allocucions, informes davant els Tribunals i altres obres del mateix caràcter que s'hagin pronunciat en públic, sempre que aquestes utilitzacions es facin amb l'exclusiva finalitat d'informar sobre l'actualitat. Aquesta última condició no serà aplicable als discursos pronunciats en sessions parlamentàries o de corporacions públiques. En qualsevol cas, queda reservat a l'autor el dret de publicar en col·lecció aquestes obres.

En tot cas hauran d'esmentar-se la font i l'autor. Aquest, a més, haurà de percebre una remuneració.

**5.2.1. Treballs i articles sobre temes d'actualitat (art. 33.1 TRLPI)**

El primer dels dos límits permet a qualsevol mitjà de comunicació utilitzar treballs i articles sobre temes d'actualitat difosos per altres mitjans (art. 33.1 TRLPI).

Aquesta autorització legal està subjecta a algunes condicions:

- que l'autor no s'hagués reservat tal dret
- que se citi la font i l'autor (si es va indicar en la publicació original)
- que es retribueixi l'autor (l'acordat o el que sigui equitatiu)

Aquest límit permet reproduir (art. 18 TRLPI), distribuir (art. 19 TRLPI) i comunicar al públic (art. 20 TRLPI) –amb la qual cosa s'inclou la reutilització en qualsevol modalitat d'explotació: paper, digital, internet, emissió radiofònica, per satèl·lit o cable, etc. En canvi, el límit no permet transformar (art. 21 TRLPI) l'obra o prestació difosa. Els treballs sobre temes d'actualitat hauran de reutilitzar-se «tal qual» han estat difosos pel mitjà que els ha produït. Per a la seva traducció o adaptació serà, en principi, necessari disposar de l'autorització expressa del titular. Per descomptat, depenent de les circumstàncies concretes del cas, no semblaria il·lògic fer una interpretació flexible del límit, de manera que s'entengués autoritzada també la traducció o almenys els subtítols d'un enregistrament audiovisual, per exemple.

Per a poder entendre bé l'abast d'aquest límit és important definir què és un «**mitjà de comunicació social**». Aquí parlem de diaris, revistes i altres publicacions periòdiques, però també de les cadenes de ràdio i televisió. Amb l'arribada d'internet, es planteja el dubte de si els prestadors de serveis en línia –com un motor de cerca o una plataforma d'agregació o sindicació de continguts– podrien també beneficiar-se d'aquest límit. La resposta és –de moment– no. La referència a «altres mitjans» restringeix els beneficiaris als mitjans que competeixen entre si. S'està fent una interpretació restrictiva d'aquest concepte, per a ser-ho el mitjà ha de «produir» la notícia i no només difondre-la.

També és important tenir present que el límit només afecta els **temes «d'actualitat»**. La interpretació ha de fer-se de manera flexible per a poder-ho aplicar a temes d'informació política, econòmica, esportiva o de societat... i, en general, a qualsevol tema que en un moment donat sigui el centre d'atenció dels mitjans informatius.

Els corresponents límits en el Conveni de Berna i en la Directiva 2001/29/CE ajuden a entendre millor l'abast d'aquest límit, en referir-se expressament a la **premsa, la radiodifusió o la transmissió per cable** i als «**articles d'actualitat de discussió econòmica, política o religiosa**»:

**Art. 5(3) c) Directiva 2001/29/CE (DDASI)**

La Directiva 2001/29/CE sobre drets d'autor en la societat de la informació permet també als estats membres establir límits als drets exclusius «quan la premsa reproduïx o es vulgui comunicar o posar a la disposició del públic articles publicats sobre temes d'actualitat econòmica, política o religiosa, o emissions d'obres o prestacions del mateix caràcter, en els casos en què aquest ús no estigui reservat de manera expressa, i sempre que s'indiqui la font, inclòs el nom de l'autor...».



## Conveni de Berna

**Article 10 bis** [Altres possibilitats de lliure utilització d'obres:

1. D'alguns articles i obres radiodifoses;]

Es reserva a les legislacions dels països de la Unió la facultat de permetre la reproducció per la premsa o la radiodifusió o la transmissió per fil al públic dels **articles d'actualitat de discussió econòmica, política o religiosa publicats en diaris o col·leccions periòdiques, o obres radiodifoses** que tinguin el mateix caràcter, en els casos en què la reproducció, la radiodifusió o l'expressada transmissió no s'hagin reservat expressament. No obstant això, caldrà indicar sempre clarament la font; la sanció per l'incompliment d'aquesta obligació serà determinada per la legislació del país en el qual es reclami la protecció.

Com ja vam veure, el titular pot «reservar-se» aquest dret i, aleshores, aquest límit no seria aplicable: qualsevol mitjà que volgués reutilitzar l'obra/prestació hauria d'obtenir-ne la corresponent autorització.

En quedar excloses les contribucions literàries, aquest límit només afectarà les obres o prestacions gràfiques o audiovisuals (enregistraments i fotografies) difoses per algun mitjà de comunicació social (diaris, televisions o ràdios), però no a la premsa escrita (la reutilització de la qual requereix sempre la autorització prèvia del titular).

Amb aquest límit, el legislador vol assegurar que l'exercici del dret d'autor sobre un contingut informatiu no restringirà la circulació de la informació que s'hi conté. El titular podrà decidir si «reservar-se» el dret o no i, en el cas que no ho faci, qualsevol altre mitjà podrà difondre la mateixa obra a canvi de la corresponent remuneració (la que s'acordi entre els mitjans afectats o la que decideixi un jutge com a «equitativa»).

### Reutilitzar la informació?

Aquest límit només es refereix a reutilitzar l'obra o prestació protegida, mitjançant la seva expressió concreta. La informació no és objecte de protecció pel dret d'autor. Qualsevol podria donar la mateixa informació –sense necessitat de cap límit ni autorització–, però canviant l'expressió formal (paraules concretes, estructura, etc.).

### La compensació de l'autor o del titular?

Malgrat que l'art. 33.1 TRLPI es refereix a l'autor, ha d'entendre's que la reserva i l'autorització correspondrà a qui sigui el titular dels «drets d'autor». En el cas de l'obra informativa, ja vam veure que sovint el titular dels drets d'autor és l'editor o el productor –a favor del qual l'autor ha cedit els seus drets, ja sigui per contracte o per presumpció de cessió.

Més conflictiu és decidir si la remuneració ha de correspondre a l'autor (tal com indica el text legal) o també al titular. Quan parlem d'enregistraments sonors o audiovisuals, el productor, a més de ser cessionari (titular derivatiu) dels drets de l'autor (sobre l'obra) rep com a titular originari, *ex lege*, drets connexos sobre l'enregistrament. Com que els límits s'apliquen també a les prestacions (connexes), la remuneració que correspongui en virtut d'aquest límit ha de correspondre tant als autors (titulars) d'obres com als titulars de drets connexos. En canvi, l'editor no és, de moment, titular originari de cap dret connex a la UE: l'editor només té els drets que li ha cedit l'autor.

Aquesta va ser la decisió del TJUE en el cas «Reprobel» C-572/13 (sentència de 12 novembre de 2015), en què, entre altres temes, es qüestionava la legalitat de la norma belga que atribueix a l'editor d'una publicació part de la compensació equitativa pel límit de reprografia (semblat al límit de còpia privada) que la norma comunitària atribueix als autors. El TJUE va concloure que l'editor no és titular originari de drets d'autor/connexos i que, per tant, la llei nacional no pot atribuir-li una compensació «sense que aquests

### Obres literàries excloses

Perquè un mitjà de comunicació social exploti una contribució literària publicada en un altre mitjà de comunicació social, serà necessari disposar sempre de la deguda autorització.

editors estiguin de cap manera obligats a fer partícips, si més no indirectament, als autors de la part de la compensació de què aquests es veuen privats». A Espanya no existeix el límit de «reprografia», però sí el de «còpia privada» i les conclusions d'aquest cas hi serien perfectament aplicables –cosa, doncs, que posaria en dubte l'adjudicació a favor dels editors del 45% de la compensació que correspon als autors pel límit de còpia privada que tradicionalment ha existit a Espanya (vegeu art. 5.c) del Reial decret 1657/2012 i, prèviament, l'art. 25 TRLPI –tots dos anul·lats.

El règim de compensació per còpia privada ha sofert importants canvis en els últims anys, que afecten la relació entre autors i editors.

### 5.2.2. Conferències i discursos públics (art. 33.2 TRLPI)

Les conferències, al·locucions i informes pronunciats en públic podran ser reutilitzats «amb l'exclusiva finalitat d'informar sobre l'actualitat».

De nou, es permet aquí qualsevol tipus de reutilització (reproducció, distribució i comunicació pública) en qualsevol modalitat d'explotació. El rellevant, per tal d'entendre l'abast d'aquest límit, és el requisit d'«informar sobre l'actualitat».

#### Discursos parlamentaris

Aquest requisit no és aplicable als discursos pronunciats «en sessions parlamentàries o de corporacions públiques». Aquests discursos podran ser reutilitzats sempre i per a informar de qualsevol tema, no només d'actualitat. Això els aproxima a les obres directament excloses de protecció per l'art. 13 TRLPI (vegeu-ho més amunt).

#### Art. 5(3) f) Directiva 2001/29/CE (DDASI)

La Directiva 2001/29/CE sobre drets d'autor a la societat de la informació permet també als estats membres establir límits als drets exclusius «quan es tracti de discursos polítics i d'extractes de conferències públiques o obres o prestacions protegides similars en la mesura que ho justifiqui la finalitat informativa i sempre que, excepte en els casos en què resulti impossible, se n'indiqui la font, inclòs el nom de l'autor. Cal tenir present que el límit de l'art. 5 (3) f DDASI, en referir-se a «obres o prestacions protegides similars», és més ampli que el límit del'art. 33.2 TRLPI.

En tot moment, se salvaguarda que l'autor de tals obres podrà «en qualsevol cas» publicar-les «en col·lecció». Aquesta excepció entronca clarament amb l'anomenat «dret de col·lecció» previst en l'art. 22 TRLPI.

Com passava amb el límit anterior, hauran d'esmentar-se **la font i l'autor**, i aquest tindrà dret a rebre la corresponent **remuneració**.

#### La remuneració de l'autor

En no tractar-se d'obres o prestacions nascudes amb finalitats d'informació dins de corporacions o empreses periodístiques, l'autor que les pronuncia serà també –normalment– titular dels drets d'explotació, per la qual cosa no es generarà cap dubte pel que fa a qui correspon la remuneració.

#### La transformació?

De nou, malgrat el límit formalment **no inclou la transformació** (art. 21 TRLPI) del discurs o conferència pronunciats en públic, no semblaria desenraonat fer una interpretació flexible del límit, de manera que, depenent de les circumstàncies concretes del cas, es

#### Vegeu també

El límit de còpia privada, al mòdul 1 d'aquesta assignatura.

#### Informar sobre l'actualitat

Més endavant veurem casos judicials que interpreten el significat d'aquest concepte.

#### El dret de col·lecció (art. 22 TRLPI)

Permet a qualsevol autor publicar les seves obres «reunides en col·lecció escollida o completa» amb independència d'haver cedit a tercers els drets d'explotació sobre aquestes.

permetés també la traducció o almenys la subtítolació del discurs públic recollit en un enregistrament audiovisual, per exemple.

### 5.2.3. Obres susceptibles de ser vistes o sentides en ocasió d'informacions sobre esdeveniments d'actualitat (art. 35.1 TRLPI)

#### Article 35. Utilització de les obres en ocasió d'informacions d'actualitat.

1. Qualsevol obra susceptible de ser vista o sentida en ocasió d'informacions sobre esdeveniments de l'actualitat pot ser reproduïda, distribuïda i comunicada públicament, si bé només en la mesura que ho justifiqui aquesta finalitat informativa.

Especialment arran de l'expressió «susceptible», sembla que aquest límit estigui pensat per a emparar únicament els usos incidentals i accessoris d'una obra. Quan l'obra afectada no té en si cap interès informatiu, simplement «era allà» i es veu o se sent incidentalment o accidentalment: l'obra «vista o sentida» no és el centre de la informació.

No obstant això, els límits equivalents recollits en la Directiva 2001/29/CE i en el Conveni de Berna no semblen tenir un caràcter tan restrictiu. L'art. 5(3) c) Directiva 2001/29/CE exigeix que «tingui connexió» amb la informació d'esdeveniments d'actualitat, mentre que el Conveni de Berna es refereix a obres «que *hagin de* ser vistes o sentides» en el curs de la informació sobre esdeveniments d'actualitat.

#### Art. 5(3) c) Directiva 2001/29/CE (DDASI)

La Directiva 2001/29/CE sobre drets d'autor a la societat de la informació permet també als estats membres establir límits als drets exclusius «...quan l'ús d'obres o prestacions tinguin connexió amb la informació sobre esdeveniments d'actualitat, en la mesura que estigui justificat per la finalitat informativa i sempre que, tret dels casos en què resulti impossible, se n'indiqui la font, inclòs el nom de l'autor».

#### Conveni de Berna

Article 10 bis [Altres possibilitats de lliure utilització d'obres: ...

2. D'obres vistes o sentides en el curs d'esdeveniments d'actualitat]

Queda igualment reservada a les legislacions dels països de la Unió la facultat d'establir les condicions en què, **en ocasió de les informacions relatives a esdeveniments d'actualitat per mitjà de la fotografia o de la cinematografia, o per radiodifusió o transmissió per fil al públic**, puguin ser reproduïdes i fetes accessibles al públic, en la mesura justificada per la finalitat de la informació, les obres literàries o artístiques que hagin de ser **vistes o sentides en el curs de l'esdeveniment**.

En tot cas, el determinant és que l'ús tingui lloc en relació amb «**informacions sobre esdeveniments d'actualitat**» i que l'ús es faci solament en la «**mesura justificada per la finalitat informativa**». De fet, els tribunals espanyols han centrat la seva atenció en aquests dos aspectes per a decidir quins usos fets per mitjans de comunicació queden emparats per aquest límit.

A continuació, exposem alguns exemples de com els tribunals han interpretat el concepte d'«actualitat» per a fins informatius.

#### Esment de la font i de l'autor

En la mesura del possible, haurien d'esmentar-se'n **la font i l'autor** (així ho exigeix l'art. 5(3) d) Directiva, encara que l'art. 35.1 no ho exigeixi expressament).

### Reportatge de Paul Klee a la revista del RACE

En aquest cas, VEGAP (Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos) va demandar el Reial Automòbil Club d'Espanya per la publicació, a la revista *Autoclub* (núm. 50), distribuïda gratuïtament entre els socis del RACE, d'un reportatge titulat «Paul Klee: La raó emocionada», arran de l'exposició a Madrid de cinquanta-set quadres i dibuixos de Paul Klee de la col·lecció Guggenheim de Nova York. El reportatge contenia vuit fotografies (de vuit quadres del pintor), una ressenya de la vida i obra de l'artista i informava que l'exposició –actualment a Madrid– seria exhibida pròximament a la ciutat de Bilbao. El tribunal va tenir especialment en compte que només es reproduïen vuit de les cinquanta-set obres que integraven l'exposició, que la publicació era de tiratge limitat i exclosa al públic en general i que no tenia caràcter comercial sinó divulgatiu i cultural, de manera que era ben palesa la seva finalitat informativa. El tribunal va considerar que, si bé «aquell número [...] podria qualificar-se d'excessiu per a determinats mitjans de comunicació escrits, com la premsa diària o periòdica de públic en general, per contra, està mancada d'aquest adjectiu quan la informació es projecta en una revista de les característiques acabades de descriure, dirigida a un grup limitat i concret de persones, com a mitjà per a donar una informació més detallada i completa de l'esdeveniment cultural, amb la consegüent divulgació i promoció del pintor i la seva obra pictòrica».

SAP Madrid (sec. 13), sentència de 17 de juliol de 1997.

### «Aquellos años »

Diverses productores fonogràfiques van demandar l'editorial d'*El Mundo* per haver reproduït en el seu suplement dominical *Magazine* i distribuït sense la seva autorització les lletres de diverses obres musicals de la seva titularitat. La reproducció de la lletra de les cançons s'inclouïa en una pàgina dedicada al record d'anys passats titulada «Aquells anys...» –cada pàgina es referia a un any diferent–, i s'hi destacava un apartat dedicat a un personatge que gaudís en aquell moment de cert reconeixement social, amb la reproducció d'una fotografia de la seva infància i una petita biografia o fet curiós que hi estigués relacionat. Així mateix es destacaven aspectes d'aquell any: un fet que constituïa la tendència o moda de l'època, un llibre publicat l'any de referència o que en aquell any va aconseguir un nombre de vendes important, i també la lletra d'una cançó característica de l'any i amb una referència al motiu de la seva importància en el període en qüestió. El diari mantenia que la seva actuació s'emparava en el dret de citació (art. 32.1 TRLPI), però el jutge va negar que aquest límit fos aplicable atès que no existien finalitats docents o de recerca. En canvi, el jutge va recórrer al límit de l'art. 35.1 TRLPI per a negar que hi hagués infracció i desestimar la demanda. En relació amb l'exigència que es tracti d'«informacions sobre esdeveniments de l'actualitat» el jutge va explicar que «el terme actualitat pot tenir un sentit ambivalent, de tal manera que no sembla que sigui adequada l'exclusió, a l'empara de tal precepte, de la publicació d'informacions que incloguin, en el que sigui imprescindible per a tal informació, creacions intel·lectuals alienes susceptibles de ser vistes o sentides sobre fets que constitueixen part de l'actualitat des d'un punt de vista retrospectiu –concepte que, per molt que pogués semblar contradictori, no ho és–. En definitiva, fets passats des d'un punt de vista cronològic, però actuals des d'un punt de vista de la informació [...] la pàgina de la revista *Magazine* que es titula "Aquells anys..." [...] es dedica a recordar esdeveniments esdevinguts en l'època. La publicació de la sola lletra d'unes cançons en aquest àmbit no suposa una infracció dels drets de propietat intel·lectual [...] i no pot atribuir-los un dret a ser indemnitzats, especialment quan, com a conseqüència de tal publicació, no es deixen de percebre els drets derivats de l'explotació conjunta de l'obra i per tant no es causa perjudici».

SJPM (Madrid), sentència de 27 de novembre de 2003. Westlaw.ES 2003AC \2003\1929

### Incorporació indiscriminada de fotografies subaquàtiques a un reportatge del Cap de Creus

Un fotògraf professional de fotografia subaquàtica (premiat mundialment) va demandar el diari *ABC* perquè en un suplement dominical d'agost de 1999 va publicar un reportatge sobre el Cap de Creus en el qual apareixien diverses fotografies seves pu-

blicades en el seu manual *Manual de fotografia subacuàtica. Secretos de un campeón*. Les fotografies van ser escanejades sense el seu consentiment, algunes modificades (una apareixia en vertical i no en horitzontal) i no s'esmentava la seva autoria. En primera instància, el diari va ser condemnat per infracció del dret d'autor a indemnitzar-lo amb la suma de 500.000 pessetes i a pagar les costes processals. Ambdues parts van recórrer; el fotògraf reclamant el doble d'indemnització i el diari al·legant que l'ús era per a finalitats informatives i que, a més, existia cessió de drets al seu favor, i que no es tractava d'obres fotogràfiques sinó de meres fotografies, amb la qual cosa no es va produir infracció del dret moral. El tribunal li va donar la raó a l'autor de les fotografies (després de confirmar la condició d'obres) i expressament va excloure l'empara del límit de l'art. 35.1 TRLPI, atès que **«no tota utilització informativa d'obres protegides pel dret d'autor ha de participar d'aquesta excepció [...] només tindrà cabuda en aquesta norma la reproducció d'una creació aliena en la mesura que estigui justificada pel fi de la informació i quan aquesta tracti sobre temes d'actualitat. [...] no podent encobrir sota aquesta la indiscriminada incorporació al reportatge d'una pluralitat de fotografies, ni això dóna dret a la publicació a modificar al seu gust el disseny o la configuració que va projectar l'autor d'aquestes»**.

SAP Barcelona (sec. 15), sentència de 10 de setembre de 2003, Westlaw.ES AC/2003/1894

### **El cas «Cara al sol»: la recreació d'un fet històric pot ser considerada «informació d'actualitat»?**

Ja sabem que els fets (la història) no queden protegits pel dret d'autor. Però què passa quan un fet històric està estretament vinculat a una obra protegida? Aquesta és exactament la qüestió plantejada en els casos (portats a judici a Barcelona i Madrid), relacionats amb la composició musical *Cara al sol*, cantada per les tropes franquistes durant la seva entrada a Barcelona i recreada en dues pel·lícules sobre la Guerra Civil espanyola: *El llarg hivern* (1991) i *¿Por qué perdimos la guerra?* (1978).

En ambdues, sent fidels a la història, els soldats en escena cantaven el *Cara al sol*. Les pel·lícules només utilitzaven una petita part de la cançó, uns segons. Però cap de les productores va demanar permís als titulars de drets sobre la cançó, que les van demandar per infracció. En el fons, es tractava, doncs, de decidir fins a quin punt la presència d'obres protegides en fets històrics afecta el dret d'autor: perden el control de la seva obra? O el mantenen, amb la qual cosa podrien haver negat la llicència, obligant els actors (soldats) a desfilar en silenci o cantant una altra cançó? El problema no és gens fàcil.

Tots dos plets van tenir el mateix final: tant l'AP de Madrid (*¿Por qué perdimos la guerra?*), com la de Barcelona (*El llarg hivern*) van concloure que les productores necessitaven l'autorització dels titulars de drets per a utilitzar la cançó i que, per tant, havien incorregut en infracció. SAP Madrid (sec. 11), 10 de setembre de 1997 i SAP Barcelona (sec. 15), 15 de gener de 1998. En canvi, en primera instància, les solucions van ser discordants. Mentre que a Madrid el JPI núm. 56 (sentència de 22 de gener de 1996) va condemnar la productora a pagar 500.000 pessetes als titulars en concepte d'indemnització, a Barcelona el JPI núm. 21 (sentència de 13 de desembre de 1995) els va absoldre per entendre que l'escena quedava emparada pel sistema de límits per a finalitats informatives del TRLPI (en concret, l'art. 35.1).

A la pel·lícula *¿Por qué perdimos la guerra?* (Madrid), la cançó (música i lletra) se sentia com a fons sonor durant setze segons. La productora demandada al·legava en la seva defensa que l'escena mostrava un fet històric i que, per tant, no era exigible cap autorització per a utilitzar la cançó. El jutge d'instància no hi va estar d'acord:

«Aquesta incorporació ha tingut lloc sense l'autorització dels actuals titulars dels drets de l'obra musical [...] sense que en el present cas concorri cap de les excepcions previstes a la mateixa llei –finalitats investigadores, docents, crítiques, etc.–; [...] amb independència que es reflecteixi o no un fet històric, el demandat ha fet ús en la seva pel·lícula d'una obra musical la titularitat de la qual no li pertany, per la qual cosa havia d'haver comptat amb la prèvia autorització dels titulars dels drets sobre aquesta.»

I l'Audiència de Madrid va confirmar la decisió:

«No es pot considerar que l'obra cinematogràfica *¿Por qué perdimos la guerra?* sigui un **documental o projecte de recerca**, ja que el seu propòsit ha estat merament comercial, s'ha exhibit en sales comercials i va dirigida al públic en general, com a mer divertiment i amb una finalitat lúdica. Tampoc no es pot entendre que estem davant

d'un fi amb **finalitat informativa**, ja que l'argument és fictici, si bé ambientat en un moment històric espanyol. [...] encara que són fets de la història recent d'Espanya, s'han utilitzat amb una **finalitat lúdica i comercial**.»

Encara que ni el JPI ni l'AP de Madrid els van esmentar expressament, les referències a les «finalitats investigadores, docents, crítiques, etc.» i a la «finalitat informativa» sembla que remetin als límits dels art. 32 TRLPI (citació) i 35.1 TRLPI (informacions d'actualitat), respectivament.

És curiosa la referència de l'AP Madrid al fet que es tractés d'una pel·lícula i no d'un documental. Encara que l'escena (la recreació històrica) s'hagués inclòs en un documental, en lloc d'una pel·lícula comercial, no sembla que la solució hagués de ser diferent, ja que la llei no distingeix segons les finalitats lúdiques i/o comercials i, en qualsevol cas, el documental també tindria «fi comercial.» Una altra cosa, seria que el que s'incorpora a la pel·lícula o documental sigui un enregistrament del fet històric, tal com va passar (i no una recreació d'aquest).

En canvi, les sentències de Barcelona (cas d'*El llarg hivern*) són molt més atractives quant a l'anàlisi dels límits per a finalitats informatives.

El jutge d'instància va concloure que l'escena quedava emparada pel límit de l'art. 35.1, sobre la base de tres consideracions:

1) La cançó (convertida en himne falangista) era, a més, un «**cant nacional**» (formalment declarat com a tal el 1937) i que havia de ser cantat i escoltat en tots els actes oficials; per tant «ha passat a formar part, així, de la seva història personal i de la nostra història col·lectiva. Des del punt de vista del dret d'autor sobre l'obra, s'ha produït amb això un fenomen de posada a la disposició de tots que ha de ser pres en consideració». El jutge va considerar que era important tenir en compte aquest fet per tal d'«**evitar que per mitjà de la propietat intel·lectual l'autor adquireixi un monopoli sobre els fets**».

En principi, el fet que una cançó esdevingui popular (per exemple, el famós *Happy birthday to you*) o fins i tot un «cant nacional» no afecta el seu grau de protecció.

2) L'ús de la cançó en aquesta escena té clarament una **finalitat informativa** «en el sentit d'exposició d'un esdeveniment històric». El jutge es va negar a fer una interpretació restrictiva del concepte d'«informació d'actualitat» de l'art. 35.1 TRLPI, en «sentit cronològic del que està succeint o acaba de succeir», i va optar per una interpretació més àmplia «equiparable a la noció d'interès públic». Segons el jutge, els fets mostrats a l'escena de la pel·lícula podien ser perfectament considerats «**esdeveniments de l'actualitat**».

3) La **quantitat i qualitat de l'ús no autoritzat i els seus efectes econòmics**. En opinió del jutge, la cançó no era una part substancial de l'escena i menys encara de la pel·lícula, i no tenia cap impacte econòmic sobre el mercat d'explotació de la cançó: «La reproducció no és íntegra ni resulta suficientment audible. Per això, no altera el valor comercial de l'obra de la demandant. Ningú que pretengui escoltar el *Cara al sol* ho aconseguirà en la pel·lícula examinada. [...] ni s'ha provat ni pot deduir-se que l'ús de la cançó generi beneficis econòmics a la demandada. No ja ateses les xifres de recaptació [...] sinó bàsicament per l'escassíssim paper que aquest cant exerceix en el conjunt de l'obra cinematogràfica».

L'escena durava 46 segons i la cançó –sense música– se sentia feblement –com a so de fons– durant 20 segons, en dues preses de 15 i 5 segons en què apareixien els soldats en escena.

En apel·lació, l'AP Barcelona va revocar la sentència d'instància en concloure que malgrat que la Guerra Civil espanyola és certament un «tema de permanent actualitat a la nostra societat» i que «qualsevol pel·lícula que tracti de reflectir una realitat social, sigui actual o del passat, compleix en major o menor mesura una importantíssima funció informativa», **l'entrada de les tropes nacionals a Barcelona que mostra la pel·lícula no és un «esdeveniment d'actualitat» en el sentit de l'art. 35.1 TRLPI**, sinó més aviat un fet de la nostra història, propera, però ja història:

«No estem davant d'una reproducció informativa d'un esdeveniment de l'actualitat sinó davant una recreació artística d'un tema d'actualitat referit a un fet del passat proper i en conseqüència la utilització... no es troba dins del supòsit exceptuat.»

### 5.2.4. Recopilacions periòdiques en forma de ressenyes o revistes de premsa i *press-clipping* (art. 32.1, paràgraf 2n. TRLPI)

El límit de citació de l'art. 32.1 TRLPI recull diverses «capes» de citacions de diferent naturalesa i profunditat: en primer lloc (paràgraf 1r.), la citació en el sentit tradicional de l'expressió (que tindrem ocasió de veure en el següent apartat); en segon i tercer lloc (paràgraf 2n.), el límit que permet la realització de revistes i ressenyes de premsa i el límit (dispositiu) a favor del *press-clipping*, que es va introduir a la reforma de 2006. Ara ens referirem a aquestes dues últimes accepcions del límit de citació, recollides en el paràgraf 2n. de l'art. 32.1 TRLPI.

**Article 32.1.** Citacions i ressenyes.

(2n. paràgraf) **Les recopilacions periòdiques efectuades en forma de ressenyes o revista de premsa tindran la consideració de citacions.** No obstant això, quan es facin recopilacions d'articles periodístics que consisteixin bàsicament en la seva mera reproducció i aquesta activitat es dugui a terme amb finalitats comercials, l'autor que no s'hi hagi oposat expressament tindrà dret a percebre una remuneració equitativa. En cas d'oposició expressa de l'autor, aquesta activitat no s'entendrà emparada per aquest límit.

L'objecte de la ressenya o revista de premsa és donar compte breument i concisament d'allò més rellevant que s'ha publicat en altres mitjans en un període determinat. En aquest cas, l'actualitat no és un requisit de la informació.

Igual que passava amb els límits anteriors, el límit de les revistes o ressenyes de premsa és un límit tradicional que també està recollit en el Conveni de Berna.

**Article 10 CB**

1) Són lícites les citacions preses d'una obra que s'hagi fet lícitament accessible al públic, amb la condició que es facin conforme als usos honorats i en la mesura justificada per al fi que es persegueixi, **compreses les citacions d'articles periodístics i col·leccions periòdiques sota la forma de revistes de premsa.**

[...]

3) Les citacions i utilitzacions a què es refereixen els paràgrafs precedents hauran d'esmentar la font i el nom de l'autor, si aquest nom figura en la font.

Normalment es distingeix entre aquestes explicant que la «ressenya» fa un resum de les notícies publicades a les fonts referenciades, mentre que la «revista» les reproduïx (totes o en part) i les presenta en forma de col·lecció. Ja d'entrada pot ser difícil d'explicar que aquests usos quedin emparats sota el títol de «citació», atès que ni l'una ni l'altra incorporaran sempre i únicament «fragments» de les obres originals.

Més interessant és preguntar-nos si, en ser qualificades com a «citació», les revistes i ressenyes de premsa han de complir els requisits previstos en l'art. 32.1(1r.) TRLPI o si queden permesos amb independència d'aquests. En qualsevol cas, sempre serà de compliment obligat la «regla dels tres passos» prevista en l'art. 40 *bis* TRLPI.

#### Estranyes citacions?

La «ressenya» no sempre inclourà citacions de l'obra referenciada i la «revista» de premsa sovint incorporarà la reproducció completa de l'article, i no només citacions d'aquest.

### El cas «Periodista Digital»

Les editores del diari *El Mundo* i de la pàgina web *elmundo.es* van demandar l'empresa Periodista Digital SL per actes de competència deslleial i infracció de la propietat intel·lectual, perquè a la seva pàgina web *periodistadigital.com* feia còpies diàries i sistemàtiques, per a la seva difusió gratuïta a internet, de bona part de les notícies, editorials, vinyetes, articles d'opinió i fins i tot fotografies i continguts gràfics que publiquen *El Mundo* i la pàgina web *elmundo.es*.

Les editores es presentaven com a autores de les obres col·lectives que suposen el diari *El Mundo* i la seva pàgina web *elmundo.es* (antic art. 8 TRLPI). La clau del litigi era determinar si la reproducció diària de part dels continguts dels diaris demandants podia quedar emparada com a recopilació periòdica en forma de ressenya o revista de premsa, sota el límit de citació de l'art. 32.1 TRLPI. El jutge del mercantil va entendre que així era, però l'Audiència ho va revocar. En opinió del tribunal, es tractava més aviat d'un diari en format electrònic, d'accés universal i gratuït, que es nodria (almenys en el moment de començar-se el litigi), en un percentatge rellevant, dels altres diaris amb els quals competia, i entre aquests, de continguts considerables del diari *El Mundo* (no només articles d'actualitat dels seus redactors, sinó editorials, articles d'opinió, entrevistes, fotografies, etc.), a més de manera acusada (ja que va arribar a superar el 10% d'aquests [...] en el període de setembre de 2004 a març de 2005), sense que disposés per a això d'autorització de la seva editora. Per descomptat que aquest comportament té poc a veure amb l'especialització (per la matèria a què es refereixi la selecció feta, etc.) i grau de difusió (per la destinació a col·lectius, sectors o empreses concretes i pel seu limitat nombre d'exemplars, etc.) que hauria de caracteritzar el denominat *press-clipping*.

SAP Madrid (sec. 28), sentència de 6 de juliol de 2007. Westlaw.ES AC2007/1146

Justament, aquest va ser el cas que va propiciar la introducció, al 2006, d'una excepció al límit de revistes i ressenyes de premsa en relació amb **la recopilació digital d'articles de premsa amb finalitats comercials**.

### *Press-clipping*

Ens referim amb això a l'activitat comercial (a canvi de preu) feta pels serveis de monitoratge de notícies. Per a això, l'empresa de monitoratge reproduceix i indexa tot el contingut del diari (en paper o en digital) per a identificar i fer la llista de les notícies que són rellevants per als seus clients –segons les seves preferències.

En ocasió de la transposició de la Directiva 2001/29/EC (per llei 23/2006), el legislador espanyol va introduir l'excepció del *press-clipping*. Malgrat que les revistes i ressenyes de premsa (les que es facin sense finalitats comercials) continuen autoritzades per llei com a citacions, s'afegeix una excepció a aquesta regla pel *press-clipping*: l'autor dels articles periodístics està facultat per a decidir si reservar-se o no aquesta modalitat d'explotació. Si fa una reserva expressa, podrà autoritzar (o prohibir) aquesta activitat a canvi de la remuneració i en les condicions que lliurement decideixi; si no fa reserva, el *press-clipping* de la seva obra quedarà autoritzat sota el límit de citació, però a canvi tindrà dret a rebre una «remuneració equitativa».

Des de 2006, la gran majoria de diaris ha reservat aquesta modalitat d'explotació i ha encarregat a Cedro la gestió de llicències dels seus continguts a canvi del preu i condicions que cada editor estableix lliurement. La remuneració equitativa (sota el límit de citació) és *de facto* inexistent.



### Llicència legal remunerada

Curiosament, en la seva tramitació parlamentària, la proposta inicial autoritzava directament el *press-clipping* com a citació a canvi d'una remuneració equitativa (licència legal remunerada); van ser els editors els qui van pressionar el legislador perquè se'ls oferís la possibilitat de reservar-se aquesta modalitat d'explotació i autoritzar-la (o prohibir-la) de manera individual.

La interpretació d'aquesta norma va donar lloc a molta confusió per la imprecisió del llenguatge utilitzat. Preguntes com:

1) Qui té el dret a decidir si reservar el dret o no: l'autor (tal com diu la llei) o el titular dels drets d'autor (l'editor o productor)?

Encara que formalment aquest precepte es refereix únicament als «autors», en realitat són els editors els qui han fet l'opció de reserva. Això pot explicar-se sent el diari –en la gran majoria de casos– una obra col·lectiva.

### El diari com a «obra col·lectiva»

Així ho han confirmat els tribunals: TS (civil), sentència de 25 de febrer de 2012. Westlaw.ES RJ/2014/2241; AP Madrid (sec. 28), sentència de 4 d'abril de 2014, Westlaw.ES AC/2014/1524: «correspon a l'editor el dret d'oposició i el de remuneració equitativa com a únic titular del dret de reproducció, en l'extensió que sigui, de l'obra col·lectiva en què consisteix el diari».

### Avis legal d'EL País

PROPIETAT INTEL·LECTUAL I INDUSTRIAL: EDICIONES EL PAÍS per si mateixa o com a cessionària, és propietària de tots els drets de propietat intel·lectual i industrial de les seves pàgines web, així com dels elements que s'hi contenen (a títol enunciatiu, imatges, so, àudio, vídeo, programari o textos; marques o logotips, combinacions de colors, estructura i disseny, selecció de materials emprats, programes d'ordinador necessaris per al seu funcionament, accés i ús, etc.), titularitat d'EDICIONES EL PAÍS o bé dels seus llicenciadors. Tots els drets reservats. **En virtut del que es disposa en els articles 8 i 32.1, paràgraf segon, de la Llei de propietat intel·lectual, queden expressament prohibides la reproducció, la distribució i la comunicació pública, inclosa la seva modalitat de posada a disposició, de la totalitat o part dels continguts d'aquesta pàgina web, amb finalitats comercials, en qualsevol suport i per qualsevol mitjà tècnic, sense l'autorització d'EDICIONES EL PAÍS.** L'USUARI es compromet a respectar els drets de propietat intel·lectual i industrial de titularitat d'EDICIONES EL PAÍS. Podrà visualitzar els elements del Site i fins i tot imprimir-los, copiar-los i emmagatzemar-los en el disc dur del seu ordinador o en qualsevol altre suport físic sempre que sigui, únicament i exclusivament, per al seu ús personal i privat. L'USUARI haurà d'abstenir-se de suprimir, alterar, eludir o manipular qualsevol dispositiu de protecció o sistema de seguretat que estiguis instal·lat a les pàgines d'EDICIONES EL PAÍS.

<http://elpais.com/estaticos/aviso-legal/>

### **Avís legal de *La Vanguardia***

#### 7. PROPIETAT INTEL·LECTUAL I INDUSTRIAL. TOTS ELS DRETS RESERVATS.

7.1. Tots els drets de propietat industrial i intel·lectual de la web [www.lavanguardia.com](http://www.lavanguardia.com) i dels seus continguts (textos, imatges, sons, àudio, vídeo, dissenys, creativitats, programari) pertanyen, com a autor d'obra col·lectiva o com a cessionària, a la COMPANYIA o, si escau, a terceres persones.

7.2. **Queden expressament prohibides la reproducció, la distribució i la comunicació pública, inclosa la seva modalitat de posada a disposició, de la totalitat o part dels continguts d'aquesta pàgina web, amb finalitats comercials, en qualsevol suport i per qualsevol mitjà tècnic, sense l'autorització de la COMPANYIA.** L'usuari es compromet a respectar els drets de propietat industrial i intel·lectual titularitat de la COMPANYIA i de tercers.

7.4. L'usuari pot visualitzar tots els elements, imprimir-los, copiar-los i emmagatzemar-los en el disc dur del seu ordinador o en qualsevol altre suport físic sempre que sigui, únicament i exclusivament, per al seu ús personal i privat, i queda, per tant, terminantment prohibida la seva utilització amb finalitats comercials, la seva distribució, així com la seva modificació, alteració o descompilació.

<http://www.lavanguardia.com/avisolegal>

#### 2) Què s'entén per «articles periodístics»?

Es refereix únicament a les obres informatives de caràcter literari o també s'inclouen fotografies (obres o meres) i altres enregistraments audiovisuals i sonors amb caràcter informatiu?

#### 3) Què és –i què no és– un «fi comercial»?

És clarament comercial la prestació d'un servei de recopilació de notícies a canvi d'una subscripció; però, i si el mateix servei es presta gratuïtament per al client (usuari) però amb inclusió d'anuncis i/o altres elements que permeten al prestador obtenir un lucre comercial indirecte?

#### 4) Com es reparteix la remuneració rebuda per la llicència?

Fixem-nos que si es tractés de la remuneració equitativa (a canvi del límit de citació) la doctrina del TJUE en «Reprobel»(C-572/13) «protegiria» l'autor (en obligar l'editor a assegurar que l'autor rebrà almenys part de la compensació). En canvi, tractant-se d'una remuneració a canvi dels drets exclusius que l'autor ha cedit a l'editor i no havent-hi cap disposició legal que estableixi el caràcter d'irrenunciable i intransmissible d'aquesta remuneració, haurem d'atenir-nos als pactes en el contracte entre ambdues parts –sovint serà, doncs, l'editor qui es quedi amb aquesta remuneració.

### **Les llicències de *press-clipping***

CEDRO té acords amb les empreses de referència d'aquest sector, com KantarMedia, AC-CESO, Press-Cutting, Auditmedia, Metròpoli, AlmaClip, Anpro21 o Epremsa. Vegeu Llicències de CEDRO *Empresas de Clipping* en <https://www.conlicencia.com/licencia-anual/empresas/empresas-de-clipping>

Cal tenir en compte que aquesta llicència només cobreix la realització de la recopilació (per part del servei de monitoratge). Amb freqüència, el client d'aquest servei haurà d'obtenir (també de Cedro) una altra llicència per a poder redifondre aquesta recopilació entre els seus membres, treballadors o associats (per exemple, per intranet o una xarxa

de missatgeria). Vegeu la llicència *Ús intern en empreses* amb una tarifa aproximada de 9 € empleat/any a <https://www.conlicencia.com/licencia-anual/empresas/uso-interno-en-empresas>

### 5.2.5. La «taxa Google» o «cànon AEDE» (art. 32.2 TRLPI)

La reforma del TRLPI (per Llei 21/2014) va introduir un nou límit relacionat amb els continguts periodístics: el comunament conegut com a «taxa Google» o «cànon AEDE» (segons identifiquem a un dels subjectes d'aquest).

L'art. 32.2 TRLPI autoritza els agregadors i motors de cerca a utilitzar (s'entén, per mitjà d'enllaços) notícies d'internet, a canvi de pagar una compensació equitativa, els primers, i gratuïtament, els segons. És curiós que aquesta mesura s'insereixi justament en l'art. 32 TRLPI, després del límit de citació i de l'especificitat del *press-clipping*, i sense que aquestes quedin modificades. Es crea així un triple límit de citació: la genèrica i gratuïta (art. 32.1-1r. TRLPI), el *press-clipping* (art. 32.1-2n. TRLPI) i l'agregació i cerca de notícies en línia (art. 32.2 TRLPI).

**No és taxa, ni afecta només Google o AEDE**

És una llicència legal (configurada com a límit) per a permetre l'agregació de notícies en línia, a canvi d'una compensació equitativa, i la cerca gratuïta.

#### Article 32. Agregadors i motors de cerca.

(2) La posada a la disposició del públic per part de prestadors de serveis electrònics d'**agregació de continguts** de fragments no significatius de continguts, divulgats en publicacions periòdiques o en llocs web d'actualització periòdica i que tinguin una finalitat informativa, de creació d'opinió pública o d'entreteniment, no requerirà autorització, sense perjudici del dret de l'editor o, si escau, d'altres titulars de drets a percebre una compensació equitativa. Aquest dret serà irrenunciable i es farà efectiu mitjançant les entitats de gestió dels drets de propietat intel·lectual. En qualsevol cas, la posada a la disposició del públic per tercers de qualsevol imatge, obra fotogràfica o mera fotografia divulgada en publicacions periòdiques o en llocs web d'actualització periòdica estarà subjecta a autorització.

Sense perjudici de l'establert en el paràgraf anterior, la posada a la disposició del públic per part de prestadors de serveis que facilitin **instruments de cerca** de paraules aïllades incloses en els continguts referits en el paràgraf anterior no estarà subjecta a autorització ni compensació equitativa sempre que aquesta posada a la disposició del públic es produïxi sense finalitat comercial pròpia i es faci estrictament circumscrita a l'imprescindible per a oferir resultats de cerca en resposta a consultes prèviament formulades per un usuari al cercador i sempre que la posada a la disposició del públic inclogui un enllaç a la pàgina d'origen dels continguts.

#### Google News tanca a Espanya

A mitjan desembre de 2014, abans que entrés en vigor la reforma, Google News va tancar el servei d'agregació de notícies a Espanya. Des de llavors, els diaris van notar la pèrdua de visitants (un 14% de mitjana i sent els diaris petits els més afectats amb fins a un 30% d'impacte negatiu) i això malgrat que les notícies continuen sent accessibles pel cercador «normal» (tant de Google com d'altres). Vegeu *Impacto del Nuevo Artículo 32.2 de la Ley de Propiedad Intelectual - Informe para la Asociación Española de Editoriales de Publicaciones Periódicas (AEEPP)*, 9 de juliol de 2015 <http://www.aeepp.com/pdf/InformeNera.pdf>

Es tracta, doncs, de **dos límits diferents** (agregació i motors de cerca) però en relació amb el **mateix objecte**: «continguts, divulgats en publicacions periòdiques o en llocs web d'actualització periòdica i que tinguin una finalitat informativa, de creació d'opinió pública o d'entreteniment».

Potser el que més crida l'atenció d'aquesta disposició és la complexitat del text de l'articulat i la difícil justificació de la mesura en si mateixa.

El **text de la disposició és tan ampli i ambigu** que podria ser aplicable no solament als continguts periodístics (notícies), tal com –pel que sembla– va dirigit el límit, sinó també a **qualsevol altre tipus de contingut accessible en línia** i que sigui objecte d'«agregació» i de «cerca». Tots dos límits parlen d'agregadors/motors de cerca de «continguts, divulgats en publicacions periòdiques o en llocs web d'actualització periòdica i que tinguin una finalitat informativa, de creació d'opinió pública o d'entreteniment». Això pot afectar als continguts periodístics però també d'altre tipus.

És, també, confusa la referència a «**fragments no significatius**», ja que l'enllaç no es fa a un fragment (i menys encara a un «fragment no significatiu», atès que, sovint, s'utilitza el títol de la notícia), sinó a l'obra sencera (l'enllaç condueix a la pàgina web d'origen). No queda clar si els **agregadors** que hauran de pagar la remuneració seran els que ofereixin serveis *de press-clipping* de nova generació (és a dir, enllaçant directament a la notícia en lloc de reproduir el text sencer), o també els serveis d'agregació de notícies «gratuïts» com Google News (així ho va entendre Google en tancar la seva pàgina web de notícies per a Espanya), o fins i tot qualsevol bloguer o pàgina web que ofereixi (en major o menor mesura) una agregació de continguts, com Menéame o Feedly, etc.

### **Compensació irrenunciable i de gestió col·lectiva obligatòria**

L'agregació de continguts queda subjecta al pagament d'una compensació de caràcter irrenunciable i de gestió col·lectiva obligatòria. Si bé té lògica que tots dos condicionants vagin plegats (si la llicència només es pot gestionar de manera col·lectiva, no té sentit que es pugui renunciar a la compensació), és difícil de justificar que la llei obligui col·lectivament a una compensació, quan es podria fàcilment negociar i gestionar una remuneració (i fins i tot, renunciar) de manera individual, segons la conveniència o necessitat de cada titular –tal com ocorre amb les llicències de *press-clipping*.

Tampoc no queda clar com es negociarà i establirà aquesta compensació, ni qui en seran els beneficiaris (el text es refereix a «editors o titulars»): els editors, els autors o tots dos?

Pel que fa al límit dels **motors de cerca**, tampoc queda clar si els exclosos de pagament són només els cercadors de notícies (Google News) o també els cercadors genèrics (Google) i no té sentit la referència a «paraules aïllades», ja que el cercador pot ser-ho de frases senceres. També és conflictiu el requisit que el cercador no tingui «finalitat comercial pròpia»: potser l'usuari no paga per fer la cerca, però, i si la pàgina web del cercador inclou anuncis de tercers (empreses) que paguen per anunciar-se?

I, en general, no queda justificada –si més no des de la lògica normativa– l'exclusió **expressa de les fotografies**, especialment quan les pel·lícules i documentals queden, en principi, inclosos.

### **La inquietant lectura inversa**

És preocupant també la lectura inversa que es pot derivar d'aquesta disposició: què passa amb l'agregació i cerca dels continguts no coberts per l'autorització legal de l'art. 32.2 TRLPI? Queden subjectes a la prèvia llicència del titular? O què passa amb els enllaços

que facin individus o empreses que no siguin ni agregadors ni motors de cerca? També necessiten la llicència prèvia del titular del contingut enllaçat? Aquestes lectures serien contràries a la doctrina del TJUE, que repetidament ha conclòs que enllaçar a continguts lliurement (i lícitament disponibles en línia) no constitueix un acte d'explotació que requereixi l'autorització del titular (cas «Svensson» C-466/12). De fet, si no hi ha acte d'explotació en enllaçar (agregar o buscar), no és necessària –ni està justificada– l'autorització ni la remuneració –si més no sota l'empara del dret d'autor.

D'altra banda, la **justificació** d'aquesta disposició és, com a mínim, confusa. D'una banda, és qüestionable que el límit d'agregació sigui conforme a l'art. 10.1 del Conveni de Berna, que, recordem-ho, és d'aplicació imperativa a tots els estats membres i que autoritza gratuïtament, sota el límit de citació, «les citacions d'articles periodístics i col·leccions periòdiques sota la forma de revistes de premsa». D'una altra, tampoc no encaixen aquests límits amb la doctrina del TJUE, en el sentit que enllaçar a continguts lliurement (i lícitament) disponibles en línia no constitueix un acte d'explotació que requereixi l'autorització del titular (cas «Svensson» C-466/12). Finalment, es fa difícil justificar tots dos límits sota l'empara del dret fonamental a donar i rebre informació (art. 20.1.d CE): aquests límits serien necessaris per a assegurar aquest dret fonamental si, en exercici del dret d'autor, els editors (titulars de drets periodístics) no autoritzessin l'agregació i cerca d'informació a internet; però no sent aquesta la realitat del mercat (si més no, de moment), no sembla que l'actuació legislativa (l'autorització legal a canvi d'una compensació) sigui necessària ni justificada.

Sigui quin sigui el motiu, la veritat és que transcorreguts dos anys des de la seva aprovació, aquest límit **no s'aplica** al mercat; de moment, els titulars de premsa no semblen gaire interessats a desenvolupar-lo ni a negociar tarifes amb els agregadors, ni –en general– a exigir-ne l'aplicació.

En la recent **proposta de Directiva sobre drets d'autor al mercat únic digital**, COM (2016) 593 final, s'inclou la introducció d'un nou «dret connex» a favor dels editors de premsa consistent en els drets exclusius de reproducció i posada a la disposició del públic, durant un termini de vint anys des de la publicació del contingut periodístic. De nou, es tracta d'una disposició polèmica, especialment perquè tot i que aquests dos drets estan clarament pensats per a l'explotació dels continguts periodístics en línia, en els seus considerants s'explica que «aquesta protecció no s'estén a actes d'enllaç que no constitueixin una comunicació al públic» (cons. 33); si enllaçar a continguts lliurement i lícitament disponibles en línia no és –tal com ha conclòs el TJUE– un acte de comunicació al públic, llavors no s'acaba d'entendre el contingut d'aquest nou dret connex a favor dels editors de premsa, ni que previsiblement serveixi per a reforçar la seva posició de negociació enfront de les plataformes d'agregació de continguts.

### **Un nou dret connex per als editors de premsa?**

En la seva redacció inicial (de la Comissió), la proposta de Directiva sobre drets d'autor al mercat únic digital, COM (2016) 593 final, diu així:

(33) A l'efecte de la present directiva, és necessari definir el concepte de publicació de premsa de manera que solament englobi les publicacions periodístiques, publicades per un proveïdor de serveis, que s'actualitzen periòdicament o regularment en qualsevol suport, per a finalitats d'informació o entreteniment. Entre aquestes publicacions hi ha, per

#### **Informe de la CNMC**

La Comissió Nacional dels Mercats i la Competència va recordar al Govern els efectes anticompetitius que aquesta mesura podria causar al mercat. PRO/CNMC/0002/14 (16/05/2014). <http://www.cnmc.es>

#### **La proposta de la Comissió de Directiva de dret d'autor al mercat únic digital de la Comissió**

Entrarà ara al Parlament i haurèrem d'esperar per a conèixer el resultat final COM (2016) 593 final.

exemple, els diaris de publicació diària, les revistes setmanals o mensuals d'interès general o especial i els llocs web de notícies. Les publicacions periòdiques que es publiquen amb finalitats científiques o acadèmiques, com les revistes científiques, no han d'estar cobertes per la protecció que es brinda a les publicacions de premsa en el marc de la present directiva. Aquesta protecció no s'estén a actes d'enllaç que no constitueixin una comunicació al públic.

(34) Els drets reconeguts a les editorials de publicacions de premsa en virtut de la present directiva han de tenir el mateix abast que els drets de reproducció i posada a la disposició del públic previstos en la Directiva 2001/29/CE en la mesura que es refereixin a usos digitals. També han d'estar subjectes a les mateixes disposicions sobre excepcions i limitacions que les aplicables als drets previstos en la Directiva 2001/29/CE, inclosa l'excepció relativa a les citacions amb finalitats com la crítica o la ressenya al fet que es refereix l'article 5, apartat 3, lletra d), d'aquesta directiva.

(35) La protecció oferta a les editorials de publicacions de premsa en virtut de la present directiva ha d'entendre's sense perjudici dels drets dels autors i altres titulars de drets sobre les obres i altres prestacions incorporades a aquestes, fins i tot pel que fa a la mesura en què els autors i altres titulars de drets puguin explotar les seves obres o altres prestacions independentment de la publicació de premsa a la qual s'incorporen. Per tant, les editorials de publicacions de premsa no han de poder invocar la protecció que se'ls brinda enfront d'autors i altres titulars de drets. Aquesta disposició s'entén sense perjudici dels acords contractuals celebrats entre les editorials de publicacions de premsa, d'una banda, i els autors i altres titulars de drets, d'una altra.

[...]

#### Article 11. Protecció de les publicacions de premsa quant als usos digitals

1. Els estats membres reconeixeran a les editorials de publicacions de premsa els drets previstos en l'article 2 i en l'article 3, apartat 2, de la Directiva 2001/29/CE per a l'ús digital de les seves publicacions de premsa.

2. Els drets previstos a l'apartat 1 no modificaran en absolut ni afectaran de cap manera els drets que la normativa de la Unió estableix per als autors i altres titulars de drets, en relació amb les obres i altres prestacions incorporades a una publicació de premsa. Aquests drets no podran invocar-se enfront dels autors i altres titulars de drets i, en particular, no podran privar-los del dret a explotar les seves obres i altres prestacions amb independència de la publicació de premsa a la qual s'incorporen.

3. S'aplicaran *mutatis mutandis* els articles 5 a 8 de la Directiva 2001/29/CE i de la Directiva 2012/28/UE pel que fa als drets esmentats a l'apartat 1.

4. Els drets inclosos a l'apartat 1 expiraran al cap de vint anys de l'aparició en la publicació de premsa. Aquest termini es calcularà a partir del primer dia del mes de gener de l'any següent a la data de publicació.

### El precedent fracassat a Alemanya

És interessant tenir en compte que el 2013 **una reforma similar (encara que de menor importància) va fracassar a Alemanya**: la llei va reconèixer formalment als editors de premsa un dret (connex, veí, no d'autor) durant un any des de la publicació (l'actual proposta de directiva és de vint anys), per a autoritzar o prohibir l'agregació dels seus continguts. En altres paraules, la llei alemanya exigeix llicència per a l'agregació de continguts, però Google es nega que aquesta llicència sigui remunerada; al final, els editors alemanys han cedit al mercat i autoritzen l'agregació dels seus continguts sense remuneració (per drets d'autor), a canvi.

### Dret d'autor o competència deslleial?

La majoria dels serveis d'agregació de notícies són empreses (algunes molt lucratives), però és innegable que aquests serveis són instruments valuosíssims per a facilitar l'accés a la informació, dret fonamental dels ciutadans. A més, més enllà de les consideracions de propietat intel·lectual, és innegable que els agregadors aporten un volum de tràfic considerable a les webs dels diaris (especialment els petits) i que són un instrument eficaç per a assegurar el dret fonamental d'accés a la informació a l'era digital. Pel que sembla, Google està disposat a «compartir» amb els diaris part dels ingressos que genera (amb el seu model de negoci, gratuït per a l'usuari), però no a pagar directament per una llicència de drets d'autor. No tots els titulars de diaris estan satisfets amb l'oferta econòmica que els fa Google i, possiblement, preferirien ser ells els qui «possessin preu» als seus continguts. El problema és real i de gran importància per a la societat del segle XXI. Possiblement, la solució no es troba en la normativa de dret d'autor sinó en la normativa sobre competència –per exemple, assegurant que Google paga la deguda remuneració a les editorials i no s'«enriqueix injustament» amb l'ús dels seus continguts.

## 5.3. Límits a favor del dret fonamental a la llibertat d'expressió

L'article 20.1 CE al seu apartat a) reconeix un altre dret essencial en la nostra societat: «la llibertat per a expressar pensaments, idees i opinions». Aquest dret fonamental es converteix, doncs, en motor i en límit del dret d'autor, també per a la creació periodística. D'una banda, la llibertat d'expressió és la raó que permet als autors i periodistes crear obres; d'una altra, és el motiu que justifica que la llei autoritzi directament certs usos de les seves obres (que els autors hauran de suportar).

Dos són els límits recollits en el TRLPI que es deriven del dret fonamental de tota persona a la llibertat d'expressió: la citació i la paròdia.

### 5.3.1. La citació (art. 32.1 paràgraf 1r. TRLPI)

El comunament anomenat «dret de citació» és un dels més tradicionals límits al dret d'autor i està recollit en totes les lleis de propietat intel·lectual. Com vam veure anteriorment, també el Conveni de Berna el recull en el seu art. 10.1 CB i, a més, ho fa amb caràcter imperatiu: els estats membres del conveni han de permetre les citacions d'obres protegides.

### Lectures recomanades

**R. Bercovitz Rodríguez-Cano** (2015). «Tasa Google o Canon AEDE: Una reforma desacertada». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Vol. 1, núm.11, pàg. 53-94.

**S. López Maza** (2015). «El límit sobre agregadores y buscadores». *La Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, pàg. 89-111. València: Tirant lo Blanch.

**R. Xalabarder** (2014). *The Remunerated Statutory Limitation for News Aggregation and Search Engines Proposed by the Spanish Government. Its Compliance with International and EU Law* (octubre 2014), SSRN. [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2504596](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2504596) [data de la consulta: 25 de gener de 2017]

### Art. 20.1 (a) Constitució espanyola

Recull el dret fonamental a la llibertat d'expressió.

**Art. 32.1 TRLPI**

És lícita la inclusió en una obra pròpia de fragments d'altres alienes de naturalesa escrita, sonora o audiovisual, i també la d'obres aïllades de caràcter plàstic o fotogràfic figuratiu, sempre que es tracti d'obres ja divulgades i que la seva inclusió es faci a títol de citació o per a la seva anàlisi, comentari o judici crític. Aquesta utilització només podrà fer-se amb finalitats docents o de recerca, en la mesura justificada pel fi d'aquesta incorporació i indicant la font i el nom de l'autor de l'obra utilitzada.

En concret, l'obra citada ha de ser una obra lícitament divulgada i se n'ha d'esmentar l'autor i la font, en la mesura que sigui possible. La citació només pot consistir en **fragments** de l'obra citada o –quan es tracti de fotografies i obres plàstiques– en obres aïllades i sempre que es faci «en la mesura justificada pel fi d'aquesta incorporació». Cal tenir en compte que la citació pot perfectament fer-se amb finalitats comercials i lucratives, sense que això la desqualifiqui *per se* de l'empara legal; per això, és important que la citació es faci «en la mesura justificada pel fi», la qual cosa esdevé la peça més important a l'hora d'interpretar quins usos queden emparats per aquest límit i quins exigrien la corresponent llicència del titular. Fins aquí, els aspectes podríem dir «naturals» del límit de citació.

Els dubtes, en canvi, sorgeixen en relació amb altres condicions previstes en el text espanyol. En concret, que la seva inclusió es faci «a títol de citació o per a la seva anàlisi, comentari o judici crític» i que la utilització sigui **exclusivament «amb finalitats docents o de recerca»**. Ambdues precisions restringeixen massa l'abast dels usos permesos com a «citació», en deixar fora moltes citacions que no es fan amb finalitats d'anàlisi, comentari o judici crític o que es fan per a altres finalitats com, per exemple, periodístiques, literàries o artístiques. De fet, el límit de citació harmonitzat a la UE no conté aquests condicionants i és molt més flexible en considerar aquests aspectes merament a títol d'exemple.

**Art. 5(3) d) Directiva 2001/29/CE (DDASI)**

La Directiva 2001/29/CE sobre drets d'autor a la societat de la informació permet també als estats membres establir límits als drets exclusius «quan es tracti de citacions amb finalitats (com per exemple) de crítica o ressenya, sempre que aquestes es refereixin a una obra o prestació que s'hagi posat ja legalment a la disposició del públic, s'indiqui, excepte en els casos en què resulti impossible, la font, amb inclusió del nom de l'autor, i se'n faci bon ús, i en la mesura que ho exigeixi l'objectiu específic perseguit».

**Concepte autònom de dret de la UE**

El TJUE considera que els límits previstos a la Directiva són «conceptes autònoms de dret de la UE» i, com a tals, prevalen –en els termes aquí recollits– per sobre del que disposin les lleis nacionals de dret d'autor. Vegeu sentències del TJUE a «Painer» (C-145/10) i «Deckmyn» (C-201/14).

També els tribunals espanyols han fet interpretacions flexibles de límit de citació de l'art. 32.1 TRLPI per tal d'assegurar l'efectivitat del límit i, en última instància, la protecció del dret fonamental a la llibertat d'expressió que el justifica.

**Obra no divulgada**

El dret de citació no empara la utilització d'obres no divulgades (inèdites).

**«Com per exemple... »**

Si bé la versió espanyola ha oblidat dir «com per exemple», el caràcter exemplificatiu de les finalitats de «crítica o ressenya» és evident en les versions anglesa, francesa i alemanya de la Directiva.



### La citació a la jurisprudència

A Espanya, són especialment significatives les sentències de l'AP Barcelona (sec. 15), 31 d'octubre de 2002 i de l'AP Madrid (sec. 14), 23 de desembre de 2003, en les quals tots dos tribunals coincideixen a permetre les citacions d'obres d'art que es facin merament «a títol il·lustratiu» (és a dir, sense que es comentí, analitzi o justifiqui l'obra citada) en manuals de text escolars (és a dir, per a finalitats educatives). En un d'aquests casos, per exemple, el *Guernica* de Picasso s'utilitzava per a il·lustrar el capítol del manual escolar relatiu a la Guerra Civil espanyola (en lloc de per a comentar o analitzar l'obra de Picasso, com defensava la demandant VEGAP); el tribunal va admetre que es tractava d'una citació «il·lustrativa» permesa per l'art. 32.1 TRLPI.

Dins de la UE, el TJUE també ha optat per una interpretació flexible d'aquest límit i, en concret, ha desautoritzat les condicions més restrictives que s'imposen en els límits nacionals (com seria el cas del límit espanyol). Per a això, en el cas «Painer» (C-145/10), el TJUE recorre a criteris hermenèutics com el «just equilibri» entre els drets i interessos dels autors, d'una banda, i els dels usuaris, d'una altra (#132), la «salvaguarda de l'efecte útil de l'excepció i respectar la seva finalitat» (#133), i fins i tot la interpretació «segons les normes de Dret internacional aplicables, i en particular les del Conveni de Berna» que, com hem vist, no restringeixen la citació ni al comentari, anàlisi o judici crític, ni a les finalitats educatives o de recerca (#126).

### El zàping a TV?

No obstant això, que la jurisprudència faci interpretacions flexibles del límit de citació no significa que qualsevol ús de fragments d'una obra quedi emparat com a tal. Per exemple, en el cas que ha enfrontat Telecinco contra La Sexta, el TS espanyol ha tingut l'última paraula en negar que l'ús, en to de comentari humorístic, de fragments del programa «Aquí hay tomate» (Telecinco) al programa «Sé lo que hicisteis...» (La Sexta) quedés emparat pel límit de citació; el TS va argumentar que no hi havia finalitat d'informació i que l'ús era excessiu, ja que els fragments «citats» de Telecinco constituïen una part substancial del programa de La Sexta (el 20%).

TS (civil), sentència de 14 de gener de 2013 [«La Sexta»], Westlaw.ES RJ/2013/1816.

### 5.3.2. La paròdia (art. 39 TRLPI)

Es recull en l'art. 39 TRLPI un dels límits més notables als drets de l'autor, tant en extensió i intensitat (perquè afecta el dret de transformació i fins i tot el dret moral d'atribució), com en la dificultat a l'hora de delimitar-ne l'abast.

#### Article 39. Paròdia.

No serà considerada transformació que exigeixi consentiment de l'autor la paròdia de l'obra divulgada, mentre no impliqui risc de confusió amb aquesta ni s'infereixi un dany a l'obra original o al seu autor.

És important tenir present que quant al dret d'autor, la paròdia no sempre serà humorística ni anirà necessàriament dirigida a parodiar l'obra o l'autor utilitzat (és l'anomenada paròdia indirecta o *weapon*). A més, sovint, la paròdia pot tenir caràcter comercial i fins i tot perseguir finalitats lucratives (això no les desqualifica directament).

#### Atribució innecessària

La paròdia no exigeix formalment l'esment de l'autor i la font; això és així possiblement perquè si fos necessari ja no seria paròdia! La paròdia exigeix implícitament que l'obra utilitzada sigui ben coneguda pel públic.

També és freqüent que amb la paròdia (especialment quan es tracta de paròdia *target*, on l'objecte parodiat és l'obra mateixa o el seu autor) es causi un perjudici a l'honor o a l'interès legítim de l'autor; no obstant això, això no implicarà automàticament una infracció del dret moral d'integritat (art. 14.4 TRLPI), ja que, en aquest cas, el límit perdria la seva raó de ser. És necessari, doncs, determinar en cada cas si (i a partir de quin moment) la paròdia «infereix un dany a l'obra original o al seu autor» que va més enllà de les molèsties i perjudicis que l'autor ha de suportar en honor de la llibertat d'expressió aliena.

L'objectiu principal del límit de paròdia és assegurar, precisament, **la llibertat de creació i d'expressió**. Aquest aspecte, justament –l'existència o no d'expressió (*speech* en anglès)– serà el que determini si estem davant d'una paròdia permesa per llei o d'una infracció del dret d'autor (tant dels drets d'explotació com dels drets morals, especialment el d'integritat).

### Parodia *weapon* o paròdia *target*?

Un fotògraf professional va demandar la revista *El Jueves* per haver utilitzat la fotografia d'una guineu per a il·lustrar la paròdia d'un personatge públic. Aquesta fotografia formava part d'un reportatge fet per ell (amb gran inversió d'esforç i perícia) titulat *Las Bárdenas Reales*. El fotògraf va considerar que el context en el qual es va emmarcar la fotografia era «vulgar» i menyscabava la seva reputació. El tribunal va concloure que hi havia infracció perquè l'art. 39 no legitima la paròdia *weapon* sinó únicament la *target* (per a referir-se a la mateixa obra o al seu autor). AP Barcelona (sec. 15), sentència de 10 d'octubre de 2003 [«El Jueves»], Westlaw.ES AC\2003\1895.

A diferència del límit espanyol, el límit contingut a l'art. 5(3)k Directiva 2001/29/CE simplement es refereix a «quan l'ús es faci com a caricatura, paròdia o pastitx», i no la limita, doncs, a la paròdia *target*.

### El cas «Deckmyn» (C-201/13)

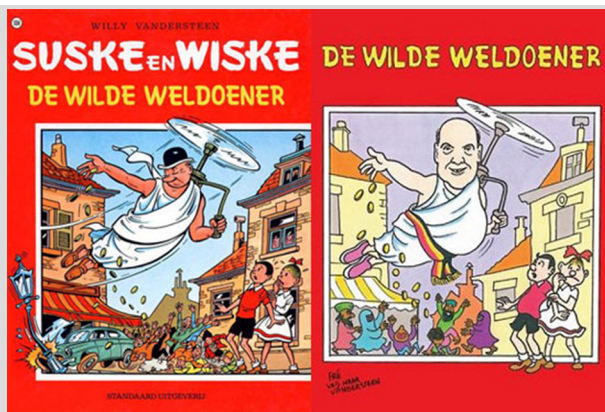
En canvi, el TJUE fa una interpretació molt més flexible del concepte jurídic de paròdia acceptant expressament la paròdia *target*: utilitzar l'obra protegida (sense consentiment del seu autor) per a parlar (expressar-se) sobre alguna cosa que no hi estigui relacionada. Així va quedar clar en el cas «Deckmyn». *Suske en Wiske* era una col·lecció de còmics molt coneguda creats pel Sr. Vandersteen. Els seus hereus van demandar el Sr. Deckmyn i VZW (una associació sense ànim de lucre) per haver reproduït –sense el seu consentiment– en un calendari un dibuix semblant al dibuix de portada d'un dels còmics de la col·lecció (*El benefactor compulsiu*) de 1961. El dibuix original representava un dels personatges principals de l'àlbum, cobert per una túnica blanca i llançant monedes, que una munió s'afanya a recollir. En el dibuix controvertit (la paròdia), ocupa el lloc d'aquest personatge l'alcalde de la ciutat de Gant i els qui recullen les monedes porten burca o són persones de color. El tribunal belga va plantejar qüestió prejudicial al TJUE per tal de saber com interpretar l'abast del límit de paròdia (molt més restrictiu a la llei belga que a la Directiva UE).

### El dret moral d'integritat (art. 14.4 TRLPI)

Com a dret a «impedir qualsevol deformació, modificació, alteració o atemptat contra aquesta que suposi perjudici als seus legítims interessos o detriment de la seva reputació», pot veure's seriosament restringit per la paròdia.

### Concepte autònom del dret de la UE

A «Deckmyn», el TJUE torna a desautoritzar els requisits més restrictius de la llei nacional (en aquest cas, belga) a favor del límit de paròdia com a «concepte autònom de dret de la UE» i amb l'abast que té en l'art. 5(3)k Directiva 2001/29/CE.



Després de rebutjar que els límits hagin de quedar subjectes únicament a una «interpretació estricta» (en virtut de l'anomenat «test de les tres etapes», antic art. 5.5 DDASI), el TJUE recorre a altres criteris hermenèutics per a interpretar-ne l'abast. D'una banda, «no es desprèn del **sentit habitual del terme «paròdia»** en el llenguatge corrent, ni tampoc [...] de l'article 5, apartat 3, lletra k), de la Directiva 2001/29 que aquest concepte se supedita a [...] la necessitat que la paròdia tingui un caràcter original propi, més enllà de la presència de diferències perceptibles pel que fa a l'obra original parodiada», o que «incideixi sobre la mateixa obra original o esmenti la font de l'obra parodiada» (#21); i, d'altra banda, «la interpretació del concepte de paròdia ha de permetre, en qualsevol cas, **salvaguardar l'efecte útil de l'excepció establerta i respectar-ne la finalitat**» (#22-23). Per aquests motius, el TJUE va concloure: «el fet que l'article 5, apartat 3, lletra k), de la Directiva 2001/29 constitueixi una excepció **no té com a conseqüència reduir l'àmbit d'aplicació d'aquesta disposició mitjançant requisits [...] que no es desprenen ni del sentit habitual del terme «paròdia» en el llenguatge corrent, ni del tenor d'aquesta disposició (en la Directiva 2001/29/CE)**».

TJUE, sentència de 3 de setembre de 2014 [«Deckmyn»], (C-201/13).

En interpretar aquest límit, el jutge ha de tenir en compte els usos socials, el lloc i el moment del cas concret. En aquest sentit, és interessant esmentar la referència expressa que el TJUE fa en «Deckmyn» al **principi de no-discriminació**. Els hereus de l'autor van al·legar que «el dibuix controvertit en el litigi principal transmet un missatge discriminatori que porta al fet que l'obra protegida s'associï a tal missatge». El TJUE va reconèixer que correspon al tribunal nacional apreciar «si així succeeix», però aprofita per a recordar-li «la importància del principi de no-discriminació per raó de la raça, el color o l'origen ètnic» i que els titulars «tenen en principi interès legítim que l'obra protegida no s'associï a aquest missatge» (cons. 30-31). A primera vista, això causa certa perplexitat, en la mesura que introdueix conceptes de dret públic que tradicionalment eren aliens a la interpretació de l'abast de les seves disposicions. A més, per a no buidar de contingut el límit de paròdia seria necessari distingir aquí el principi de no-discriminació dels postulats de l'anomenat «políticament correcte» o, fins i tot, de la posició incòmoda que la paròdia pugui ocasionar per a l'autor de l'obra utilitzada. En tot cas, és certament plausible que en nom d'aquest principi pugui concloure's que aquesta paròdia no és legítima perquè infereix un dany a l'autor o a la seva obra, un dany que excedeix del dany que li correspondria suportar perquè algú pugui exercir el seu dret fonamental a la llibertat d'expressió. Trobar la justa proporcionalitat entre els interessos en joc és, doncs, fonamental.

#### 5.4. El *fair use*

Heus aquí una diferència important entre el sistema del dret d'autor de la majoria de països del continent europeu i el del copyright (present majoritàriament als països anglosaxons i de la Common Law).

El **sistema de dret d'autor** opta (ja ho hem vist) per establir llistes tancades de límits o excepcions als drets d'explotació. En canvi, el **sistema del copyright** admet també defenses obertes de l'«ús lleial» o *fair use* que deixen cert marge

d'apreciació als jutges per a considerar que, en les circumstàncies concretes del cas examinat, l'acte d'explotació no constitueix infracció malgrat que no hagi estat degudament autoritzat.

Es tracta, doncs, d'**una regla d'equitat, d'origen jurisprudencial**; la seva formalització legal a la sec. 107 USCA no n'afecta la naturalesa ni en disminueix la flexibilitat.

La defensa del *fair use* de la sec. 107 USCA es basa en l'**anàlisi i valoració conjunta de tots els factors i circumstàncies de cada cas individual**; la sec. 107 USCA recull alguns dels factors que cal tenir en compte, com el propòsit i caràcter de l'ús, la naturalesa de l'obra utilitzada, la quantitat i qualitat de la porció usada, i l'efecte de tal ús al mercat potencial o en el valor de l'obra.

#### Sec. 107 USCA

Els tribunals han anat creant i perfilant la doctrina del *fair use*, que, el 1976 va quedar incorporada a la sec. 107 USCA. Vegeu <http://www.copyright.gov/fair-use/>

#### Sec. 107 USCA

«Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include:

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.»

**Cap d'aquests factors, per si sol, determinarà l'existència o no de *fair use*, sinó que tots han de ser considerats i sospesats en el seu conjunt, segons les circumstàncies concretes de cada cas. Es tracta d'un «raonament d'equitat», en atenció al cas concret i a les seves circumstàncies.**

#### La valoració del *fair use*

- **Propòsit i caràcter de l'ús:** La sec. 107 esmenta a títol d'exemple alguns usos o finalitats: «com ara la crítica, el comentari, la informació de notícies, ensenyament, acadèmia o recerca», però qualssevol altres són possibles. El caràcter comercial o no de l'ús també ha de tenir-se en compte, però sense que sigui per si sol determinant. De fet, tot ús d'obra aliena té una finalitat directament o indirectament comercial i, de fet, la majoria de finalitats identificades a la sec. 107 poden tenir caràcter clarament comercial (perseguir ànim de lucre) i no per això queda exclosa la defensa del *fair use*. És necessari identificar el grau d'explotació comercial que es sostreu del titular de l'obra, de manera que aquest factor està íntimament relacionat amb el quart: l'efecte que té l'ús no autoritzat sobre el mercat potencial. En aquest sentit, és important també que l'ús sigui «**transformatiu**», no en el sentit estricte del dret de transformació (crear obres derivades) sinó més aviat en relació amb la funcionalitat a la qual se subjecta l'obra.
- **Naturalesa de l'obra protegida:** Quant a aquest factor, els tribunals acostumen a examinar si l'obra utilitzada és de naturalesa creativa o més aviat factual (informati-

va), si estava publicada o es tracta d'obres no divulgades (cosa que es decantaria en contra del *fair use*), o si l'obra estava disponible al mercat.

- **Quantitat i qualitat de l'obra utilitzada:** Encara que per norma general s'entén que com menys part s'utilitzi de l'obra més fàcil és concloure a favor del *fair use*, la importància d'aquest factor dependrà del tipus d'obra (segon factor) i, una vegada més, de la finalitat de l'ús (primer factor). La **quantitat** és important però tant o més ho és la **qualitat** (la substancialitat) dels fragments utilitzats (la utilització de parts substancials d'una obra pot ser tan lesiu per a l'interès econòmic del titular com l'ús de la totalitat). L'objectiu d'aquest tercer factor és assegurar que només s'utilitza l'obra aliena «en la mesura estrictament necessària» per a satisfer la finalitat requerida.
- **Efecte de l'ús sobre el mercat potencial i el valor de l'obra:** Aquest últim factor és crucial, perquè permet conjugar i valorar tots els altres factors. La seva anàlisi depèn de les oportunitats que existeixin per a autoritzar l'ús de l'obra, del nombre d'usuaris que podran accedir-hi, del tipus d'institució que la utilitzi (si és una institució sense ànim de lucre o una empresa privada amb finalitat lucrativa) i, finalment, si l'ús que se n'ha fet usurparà el mercat (i l'audiència) de l'obra –és a dir, si reemplaça (substitueix) la compra de l'obra original.

### El projecte Google Books: un cas «sonat» de *fair use*

És en aplicació de la defensa del *fair use* que els tribunals americans han validat que el projecte Google Books no comporta infracció del dret d'autor. La Cort Suprema ha confirmat aquestes sentències en negar-se a revisar el cas (18 d'abril de 2016). Tots dos tribunals (de primera instància i d'apel·lació) van confirmar que l'ús que el projecte fa de les obres escanejades és «transformatiu» i no «substitutiu» a l'efecte del *fair use*; fer una còpia (i mostrar *snippets*) per a oferir un servei de cerca de llibres és «transformatiu», augmenta el coneixement públic de les obres i no substitueix ni el mercat original ni el derivat. D'altra banda, l'existència d'ànim de lucre de Google no impedeix, en aquest cas, l'existència de *fair use*. El tribunal d'apel·lació també va negar que el projecte infringís el dret de transformació i el mercat secundari de cerca d'obres (*licensed search markets*), argumentant que els mercats autoritzats ofereixen funcionalitats diferents i que el copyright no confereix un dret exclusiu a donar informació. Quant a les còpies dels fitxers escanejats que Google dona a les biblioteques, el tribunal d'apel·lació va confirmar que no és infracció, en la mesura que aquestes les utilitzin per a les finalitats que la llei els permet tenir (i especular entorn dels usos infractors que poguessin fer les biblioteques no converteix Google en *contributory infringer*).

Vegeu «Authors' Guild v. Google», 2n. Cir 16 d'octubre de 2015, confirmant la sentència d'instància 954 F. Supp. 2d 282 (S.D.N.Y. 2013).

Un cas semblant (també declarat *fair use*) és el relatiu a la creació d'una base de dades comuna per part de les biblioteques que participen en el projecte, a la qual totes tindrien accés als textos (complets) de les obres escanejades de totes les biblioteques.

Vegeu «AG v. HathiTrust», 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014)

### Lectura recomanada

R. Xalabarder (2014). *Google Books and Fair Use: A Tale of Two Copyrights?* 5 JIPITEC 53, 1. A: [http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-5-1-2014/3908/jipitec\\_5\\_1\\_xalabarder.pdf](http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-5-1-2014/3908/jipitec_5_1_xalabarder.pdf)

## Resum

Les notícies i les informacions de premsa sempre han tingut una difícil relació amb el dret d'autor. Això és fàcilment comprensible per la dificultat que comporta la distinció entre expressió protegida i informació no protegida. Les primeres lleis i convenis internacionals del dret d'autor exclouïen directament la protecció de les notícies; posteriorment, la decisió es va deixar en mans dels mateixos titulars (si volien reservar-se el dret o no). Avui en dia, ningú no posa en dubte que els articles periodístics poden ser obra protegida, mentre siguin creacions originals. No obstant això, continua sent fonamental distingir entre obra (expressió) protegida i la informació que s'hi conté –que no pot quedar subjecta al règim d'exclusivitat que la llei confereix als autors. I això, malgrat que sovint l'obtenció d'aquesta informació requereix una inversió (econòmica i professional) important.

**L'obra periodística pot ser de diferent naturalesa:** literària, audiovisual, sonora o visual, entre les quals mereix especial atenció el doble règim de protecció que el TRLPI ofereix a les **fotografies**. Es distingeix entre obra fotogràfica, com a «creació intel·lectual pròpia de l'autor» amb tot el ventall de drets (morals i patrimonials) que la llei atorga als autors durant un termini de setanta anys *post mortem auctoris*; i la «mera» fotografia (art. 128 TRLPI) amb un abast més reduït de drets i de termini de protecció: vint-i-cinc anys des de la seva realització. Aquesta doble protecció, inicialment pensada per a oferir una mínima protecció a les fotografies que no assolien la qualitat d'obra, pot convertir-se amb freqüència en l'excusa per a negar protecció com a obra a fotografies que clarament són creacions intel·lectuals originals.

**Autor és qui crea l'obra** i això no es veu alterat pel fet que aquesta es creï en condicions d'assalariat o per encàrrec. No obstant això, **la titularitat dels drets** d'explotació (almenys) sí que pot dependre de les circumstàncies de la creació de l'obra. Aquest és el cas de les **publicacions periòdiques** (creades com a obra col·lectiva) o de les informacions **creades en virtut d'una relació laboral**: en tots dos casos, tret que es pacti el contrari, l'editor/empresari serà el titular de drets d'explotació. En canvi, quan l'obra es crea per encàrrec (i no hi és aplicable el règim especial de l'obra col·lectiva), l'editor només obtindrà els drets d'explotació que li hagin estat cedits per contracte o, en virtut de les regles d'interpretació de la cessió contingudes en el TRLPI, els drets i modalitats d'explotació que siguin imprescindibles per a complir amb l'objecte del contracte.

És important tenir en compte que la cessió de drets que opera per contracte o per presumpció legal queda subjecta a una **regla restrictiva d'interpretació**. Les modalitats d'explotació desconegudes en crear l'obra no són objecte de

cessió; això ha obligat (i obligarà, en el futur) a una anàlisi detallada de les circumstàncies concretes de la creació de l'obra i, si escau, a la renegociació de les noves modalitats d'explotació entre autor i editor/empresari.

El periodista pot beneficiar-se del **sistema de límits** per a crear i utilitzar obres alienes per a finalitats d'informació (per exemple, per mitjà del límit de citació i per a informar sobre esdeveniments d'actualitat); però també haurà de «sotmetre's» al sistema de límits i permetre que altres utilitzin la seva obra per a finalitats diverses, com la paròdia i la citació.

El dret fonamental a donar i rebre **informació** (art. 20.1d) CE) justifica els límits de l'art. 33.1 TRLPI (treballs i articles sobre temes d'actualitat difosos per mitjans de comunicació social) i l'art. 33.2 TRLPI (conferències, al·locucions i informes pronunciats en públic), així com el límit de l'art. 35.1 TRLPI (obres susceptibles de ser vistes o sentides en ocasió d'informacions d'actualitat). També justifica, en certa mesura, el límit previst a favor de les recopilacions periòdiques en forma de ressenyes o revistes de premsa inclòs l'anomenat *press-clipping* (art. 32.1 2n. TRLPI) i, encara que de manera un xic curiosa, els pseudolímits a favor dels agregadors de notícies i dels motors de cerca a internet (art. 32.2 TRLPI) introduïts per la Llei 21/2014.





## Exercicis d'autoavaluació

1. Qui és autor de l'obra periodística?

- a) Autor és la persona natural que crea l'obra.
- b) L'editor.
- c) L'editor i el periodista en règim de col·laboració.

2. Indica quina de les següents afirmacions és correcta:

- a) Tota creació intel·lectual és original.
- b) El dret d'autor no protegeix la informació, només l'expressió, en la mesura que sigui una creació original.
- c) L'obra es protegeix mentre les idees i la informació que contingui siguin originals.

3. Indica quina de les següents afirmacions és correcta:

- a) Els drets d'explotació sobre les contribucions a un diari són titularitat de l'editor, tret que es pacti el contrari.
- b) L'autor de la contribució a un diari podrà explotar-la sempre de manera separada.
- c) El diari només és obra col·lectiva si totes les contribucions que s'hi fan han estat per encàrrec.

4. Indica quina de les següents afirmacions és correcta:

- a) L'autor de l'obra audiovisual creada amb finalitats informatives és el productor.
- b) Tot enregistrament audiovisual és obra audiovisual.
- c) Els coautors de l'obra audiovisual informativa són titulars dels drets d'explotació sobre aquesta.

5. Indica quina de les següents afirmacions és correcta:

- a) El periodista només pot beneficiar-se del límit de citació en la mesura que la seva obra sigui de recerca.
- b) Els mitjans de comunicació sempre poden difondre obres informatives d'altres mitjans de comunicació, esmentant-ne la font i l'autor.
- c) Qualsevol pot esmentar obres alienes, per a finalitats com ara l'anàlisi o el comentari, en la mesura justificada per tal finalitat, i encara que això es faci amb finalitats lucratives.

## **Solucionari**

### **Exercicis d'autoavaluació**

1. a

2. b

3. a

4. c

5. c

## Bibliografía

**Bercovitz Rodríguez-Cano, R.** (2007). «Comentario al Artículo 128». A: R. Bercovitz (coord.) (2007). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 3a. ed. Madrid: Tecnos.

**Díaz Noci, J.; Tous Roviroso, A.** (2012). «La audiencia como autor: narrativas transmedia y propiedad intelectual del público. Algunas reflexiones jurídicas». <http://www.elprofesionaldelainformacion.com/contenidos/2012/septiembre/03.pdf>

**Díaz Noci, J.** (2015). «Copyright and News Reporting. A comparative Legal Study of Companies', Journalists' and User's Rights». A: K. Meso, L. Agirreazkuenaga, A. Larrondo (2015). *Active Audiences and Journalism*. Bilbao: SEUPV.

**Díaz Noci, J.** (2013). «A History of Journalism on the Internet: A state of the art and some methodological trends». *Revista internacional de Historia de la Comunicación*. Vol.1, núm. 1, pàg. 253-272.

**Díaz Noci, J.** (2003). «Derecho de autor y obra informativa. Common law and Civil Law – Author Rights and Journalism». *Análisis Telos*.

**Jiménez Martínez, V.** (2005). *El autor y las publicaciones periódicas - El régimen jurídico específico del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Instituto de Estudios Latinoamericanos.

**Marsal Guillamet, J.** (2009). «Capítulo 39: Derechos sobre meras fotografías y determinadas producciones editoriales». A: A. Esteve (coord.) (2009). *Propiedad intelectual*, pàg.713-721. València: Tirant lo blanch.

**Plaza Penedés, J.** (2007). «Comentario al art. 128 TRLPI». A: J. M. Rodríguez Tapia (ed.) (2007). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Civitas.

**Rodríguez Tapia, J. M.; Bondía Román, F.** (1997). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Civitas.

**Rodríguez Tapia, J. M.** (2008). *Fotografía y derechos de autor*. Madrid: Ed. Reus.

**Ricketson, S.** (1987). *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*. Londres: Kluwer.

**Ricketson, S.; Ginsburg, J. C.** (2006). *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*. Oxford/Nova York: Oxford University Press.

**Soler Masota, P.** (2003). «Fotografía y derecho de autor». *RIDA*. Vol. 197, pàg. 61-205.

**Valero Martín, E.** (2000). *Obras fotográficas y meras fotografías*. València: Tirant lo blanch.

**Walter, M.; Von Lewinski, S.** (eds.) (2010). *European Copyright Law – A Commentary*. Oxford/Nova York: Oxford University Press.

**Xalabarder, R.** (2015). «La reforma del artículo 32 del TRLPI: una reforma explosiva, injustificada y doblemente inútil». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. Núm. 20, pàg. 121-139. UOC.

