

---

# Introducción a la propiedad intelectual

---

PID\_00226969

Ramon Casas Vallès  
Raquel Xalabarder Plantada

---

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 7 horas

---



**Ramon Casas Vallès**

Profesor titular de Derecho civil en la Universidad de Barcelona. Profesor de los Estudios de Derecho de la UOC desde 1996 al 2001. Profesor colaborador del "Magister Lucentinus" de marcas, diseños, patentes y derechos de autor de la Universidad de Alicante.

**Raquel Xalabarder Plantada**

Catedrática de Propiedad Intelectual en los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC. Master of Laws (1993) y Visiting Scholar en la Columbia University Law School de Nueva York. Tutora de la Academia de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

Cuarta edición: febrero 2017  
© Ramon Casas Vallès, Raquel Xalabarder Plantada  
Todos los derechos reservados  
© de esta edición, FUOC, 2017  
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona  
Diseño: Manel Andreu  
Realización editorial: Oberta UOC Publishing, SL

*Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea éste eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares del copyright.*

# Índice

<b>Introducción.....</b>	<b>5</b>
<b>Objetivos.....</b>	<b>6</b>
<b>1. Las bases del régimen de propiedad intelectual.....</b>	<b>7</b>
1.1. Marco jurídico y justificación .....	7
1.2. El objeto: la obra .....	13
1.2.1. Concepto de <i>obra</i> : la originalidad .....	13
1.2.2. Inexistencia de formalidades. Protección automática ...	15
1.2.3. Obras y prestaciones .....	15
1.3. El sujeto: autores y titulares .....	17
1.3.1. Regímenes de pluriautoría .....	17
1.3.2. Titularidad .....	19
1.4. El contenido: derechos morales, derechos exclusivos de explotación y derechos de remuneración .....	20
1.4.1. Derechos morales .....	20
1.4.2. Derechos exclusivos de explotación .....	22
1.4.3. Derechos de remuneración .....	26
1.5. Los límites: duración de la protección y "excepciones" .....	27
1.5.1. Los límites temporales: la duración .....	27
1.5.2. Los límites sustantivos: las excepciones .....	28
1.5.3. Las medidas tecnológicas .....	41
1.6. El régimen de transmisión de derechos .....	43
1.6.1. Reglas generales .....	44
1.6.2. Las licencias <i>Creative Commons</i> .....	45
1.6.3. Las entidades de gestión .....	49
1.7. La infracción de derechos: civil y penal .....	52
1.7.1. Infracción civil .....	52
1.7.2. Infracción penal .....	55
1.7.3. La lucha contra la infracción masiva en entornos digitales .....	56
<b>2. Regímenes especiales de la propiedad intelectual.....</b>	<b>59</b>
2.1. La obra audiovisual .....	59
2.1.1. Concepto de obra audiovisual .....	59
2.1.2. Autoría, titularidad y presunción de cesión al productor .....	60
2.1.3. Los derechos morales .....	62
2.1.4. Los derechos de explotación y de remuneración .....	63
2.1.5. Plazo de protección .....	65
2.1.6. La obra preexistente .....	65

2.2.	Los programas de ordenador .....	66
2.2.1.	¿Qué se protege? .....	68
2.2.2.	¿De quién son los derechos? .....	68
2.2.3.	Contenido del derecho de autor sobre un programa de ordenador .....	69
2.2.4.	El software "libre" y la licencia GPL .....	72
2.3.	Las bases de datos .....	74
2.3.1.	Las bases de datos como obra .....	74
2.3.2.	El derecho <i>sui generis</i> sobre las bases de datos .....	76
<b>3.</b>	<b>Los derechos conexos</b> .....	79
3.1.	Artistas, intérpretes y ejecutantes .....	79
3.2.	Productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales .....	82
3.3.	Entidades de radiodifusión .....	84
3.4.	Realizadores de meras fotografías .....	84
3.5.	Editores .....	85
<b>Resumen</b> .....		86
<b>Ejercicios de autoevaluación</b> .....		87
<b>Solucionario</b> .....		88
<b>Abreviaturas</b> .....		89
<b>Bibliografía</b> .....		90

## Introducción

En este módulo abordaremos la protección de un bien intangible especialmente relevante y sensible en el mundo actual, en general, y en el ámbito de la comunicación en particular: la propiedad intelectual.

El régimen de propiedad intelectual concede a autores, artistas, productores, etc. un conjunto de derechos exclusivos que les permiten controlar la explotación de sus obras y prestaciones a la hora de beneficiarse económicamente, compensándoles por el esfuerzo invertido en la creación y realización de aquéllas. Para entender cómo funciona este régimen, estudiaremos la definición de los conceptos básicos que lo ordenan (autor, artista, productor, etc., obra y prestación protegidas), así como también los derechos exclusivos, de remuneración y morales que la ley les otorga, y los límites (temporales y sustanciales) que la ley establece con el fin de equilibrar este monopolio de uso legalmente amparado con otros intereses públicos y privados, tanto o más importantes que los que justifican la propia existencia del régimen de propiedad intelectual.

Además de los fundamentos conceptuales de este régimen, en este módulo estudiaremos las reglas legalmente previstas para la contratación (licencia) de estos derechos, analizaremos jurídicamente las licencias "abiertas o públicas" (las *Creative Commons* son el referente) que han revolucionado no solo el ejercicio de los derechos por parte de autores y artistas, sino también el acceso del público a las obras, la difusión de la altura y el conocimiento y –como no puede ser de otra manera– la subsiguiente creación. Nos adentraremos en las especificidades que presenta la protección de las obras audiovisuales, programas de ordenador y las bases de datos, las cuales ponen al límite la distinción tradicional entre obra protegida e información (datos) no protegidos. Veremos también la tipología de infracciones (civil y penal) posibles contra la propiedad intelectual y aprenderemos a distinguirlas. Y, para cerrar, estudiaremos las especialidades que presentan los derechos conexos de artistas, productores y entidades de la radiodifusión.

Así pues, este módulo permitirá al estudiante completar su conocimiento del régimen jurídico aplicable al conjunto de actos de comunicación que profesionalmente desarrollará en el futuro.

## Objetivos

Después de estudiar este módulo didáctico, habréis alcanzado los objetivos siguientes:

- 1.** Conocer los principios básicos que estructuran el sistema de protección de la propiedad intelectual: objeto, sujeto, derechos y límites.
- 2.** Conocer las características esenciales del régimen de contratación (licencia) y explotación de estos derechos y su aplicación en el contexto actual.
- 3.** Conocer las especificidades de los regímenes de protección de la obra audiovisual, los programas de ordenador y las bases de datos.
- 4.** Examinar las cuestiones que permanecen abiertas en relación con la explotación y protección de obras en Internet y mediante soportes digitales.
- 5.** Conocer los rasgos diferenciales del régimen de protección de artistas, productores musicales y audiovisuales, entidades de radiodifusión, fotógrafos y editores.
- 6.** Identificar y distinguir entre los supuestos de infracción de la propiedad intelectual civil y penal.

## 1. Las bases del régimen de propiedad intelectual

A continuación, en este primer punto del módulo, abordaremos las bases del régimen general de la propiedad intelectual: su marco jurídico, su objeto, los sujetos de estos derechos, su contenido y sus límites, su régimen de transmisión y, finalmente, estudiaremos las posibles infracciones de los derechos de propiedad intelectual.

### 1.1. Marco jurídico y justificación

La propiedad es una institución esencial en nuestra organización social y económica que a menudo sólo asociamos con bienes físicos: tierras u objetos más o menos valiosos. Nos cuesta entender, en cambio, que pueda ostentarse un control absoluto y excluyente (en eso consiste ser propietario) sobre bienes carentes de corporeidad, meras creaciones del intelecto humano. Y, sin embargo, así es. Pero no de forma necesaria o ineluctable, sino como consecuencia de una decisión política.

Se trata de bienes con unas características muy peculiares derivadas de su **falta de corporeidad**: están faltos de localización, son indestructibles, muchas personas –infinitas– pueden disfrutar plenamente de manera simultánea (ya que se comparten sin necesidad de reparto físico o temporal; recordad que se propagan), etc. Además, se trata de bienes muy valiosos, que a todos interesa proteger.

Pese a que no generan competencia (no se trata de bienes escasos por naturaleza, al contrario, se pueden multiplicar *ad infinitum*) y pese a las dificultades para excluir a los demás, se considera que los bienes inmateriales deben ser propiedad privada. Fundamentalmente por dos tipos de razones. Por un lado, porque es justo reconocer y recompensar el esfuerzo individual. Por otro, tal como se ha demostrado a lo largo de la historia, permitir la apropiación del producto del esfuerzo es la mejor forma de estimular su creación y diseminación, de lo cual también se beneficia el público.

La protección de los bienes intelectuales pasa esencialmente por el reconocimiento de unos **derechos exclusivos** (es decir, un **monopolio**) que permitan al titular excluir del disfrute del bien a los otros o decidir cuándo y cómo lo pueden explotar. El conjunto de los diferentes sistemas o regímenes de protección de estos bienes es lo que se conoce como **propiedad intelectual**.

#### Ejemplos de bienes inmateriales

Son producto de la creatividad humana: una composición musical, el diseño de un mueble, el logotipo de una empresa, la marca que identifica un producto, etc.

#### Los bienes materiales

Para proteger los bienes materiales, al margen del reconocimiento de derechos, todos sabemos cómo actuar: los inmuebles se cierran, los muebles se guardan. Como mínimo, está la posesión. En el caso de los inmateriales, no hay más vallas ni cajas fuertes que las puramente jurídicas (aunque conviene no perder de vista el esfuerzo desplegado para la creación de "barreras tecnológicas").

Puede que el sistema del monopolio no sea la única opción posible pero la historia ha demostrado que retribuir el esfuerzo, el genio y la inventiva favorece la creación y la invención y, a la larga, el progreso.

En cualquier caso, como de costumbre, el problema es de medida: reconocer la propiedad no equivale a negar los intereses sociales. Como veremos, el sistema de propiedad intelectual consiste en un **delicado equilibrio** entre la protección de los intereses del titular y los intereses del público.

Por lo tanto, se puede ser propietario o titular de derechos exclusivos sobre obras literarias, artísticas y científicas, prestaciones creativas o industriales, signos identificadores de productos o actividades, inventos, obtenciones biotecnológicas, etc. Normalmente, cuando se habla de **propiedad intelectual**, se distingue entre dos grandes apartados: **propiedad industrial** y **derechos de autor** que los anglosajones llaman *copyright*.

En España, sin embargo, la distinción básica se establece entre la propiedad intelectual (derechos de autor y derechos conexos) y propiedad industrial (patentes, marcas, etc.).

Así, hablar de **derecho de autor** es una simplificación, ya que bajo esta denominación se incluyen no sólo **obras** (literarias, artísticas y científicas), sino también las **prestaciones** de actores, cantantes o productores sobre los que no se reconocen los derechos de autor, sino **derechos afines** (también llamados **vecinos** o **conexos**) a los derechos de autor.

Cada sistema de protección (derecho de autor, marcas, patentes, etc.) tiene sus propios requisitos y ámbito. No obstante, no es imposible que se produzcan superposiciones, de manera que se puedan invocar al mismo tiempo dos o más. En este caso, la regla básica es la **independencia de la protección**: cada sistema funciona sin perjuicio del otro (leed, por ejemplo, los artículos 3, 40 ter y 137 TRLPI).

#### Lectura recomendada

Para haceros una idea más precisa sobre qué incluye el concepto de *propiedad intelectual*, leed el artículo 2.VIII del Convenio de 14 de julio de 1967, que estableció la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI, en inglés WIPO) disponible en su web ([www.wipo.int](http://www.wipo.int)).

#### El TRLPI

TRLPI es la sigla de Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

La Ley de Propiedad Intelectual española no trata de patentes ni de marcas; sólo se ocupa del derecho de autor y de los llamados *derechos afines*.



En cualquier caso, no deja de ser extraño que se utilice el término *propiedad*, normalmente relacionado con bienes físicos y tangibles, para referirnos a un dominio sobre bienes inmateriales, que en principio parecen dedicados por naturaleza más al "dominio público" (a ser disfrutados y compartidos por todo el mundo) que a la "propiedad privada".

Una conocida cita de Thomas Jefferson dice:

"Aquel que recibe una idea mía, recibe instrucción sin disminuir la mía, de la misma manera que quien disfruta de mi vela encendida recibe mi luz sin que yo reciba menos."

Pero Jefferson habla de ideas, no de obras.

La diferencia es sustancial cuando se trata de propiedad intelectual: las ideas no están protegidas por el sistema de propiedad intelectual (derecho de autor); las obras, sí.

La propiedad intelectual es una institución de origen histórico y cultural relativamente reciente. En la antigüedad ya había creadores. Sólo hay que pensar en Altamira o Lascaux. Sin embargo, no había autores en el sentido moderno, ni derechos de autor. La creación era más un proceso colectivo que individual y no se reconocía relación alguna entre creador y criatura. Para entenderlo, podéis pensar nuevamente en el folclore o en el arte popular. El nacimiento del derecho de autor –es decir, de la propiedad individual sobre las obras resultantes de la creatividad humana– requería no sólo un profundo cambio mental que sacara al autor del anonimato de la tribu, sino también un avance tecnológico para que el cambio de mentalidad tuviera consecuencias jurídicas.

El cambio revolucionario tuvo lugar en Europa en el siglo xv, cuando Gutenberg inventó la **imprenta**, que dio lugar a una nueva actividad económica: la producción y venta de ejemplares de obras literarias.

Es lógico que quienes la llevaran a cabo reclamasen algún tipo de protección frente a los que hoy llamaríamos impresores "piratas", es decir, frente a quienes, en vez de asumir riesgos, se limitaban a reproducir las obras de éxito que otros habían puesto antes en el mercado. Por otro lado, también es lógico que los poderosos (reyes, Iglesia) se mostraran preocupados ante el potencial del nuevo medio y quisieran controlarlo. El resultado de estas dos preocupaciones se tradujo en una combinación de privilegios (a favor de los impresores) y derecho de censura (para el Estado y la Iglesia).

### Ejemplos de superposiciones

El título de una obra (protegido por el derecho de autor, art. 10.2 TRLPI) se puede registrar también como marca. El diseño de un mueble puede estar protegido como tal, pero también por el derecho de autor como obra plástica. Un programa de ordenador, protegido como obra literaria, puede formar parte de una patente, etc.



En la antigüedad ya había creadores

### Privilegios y derechos de censura

Los Estados (reyes, repúblicas, Iglesia) concedieron privilegios de impresión a favor de editores (no de autores) por un tiempo determinado. La finalidad era la regulación del mercado (y, no lo olvidemos, la censura): la protección de los editores de obras de éxito contra la competencia desleal de otros editores que, sin haber asumido ningún riesgo, se beneficiaban del mercado creado.

El **sistema de privilegios** se mantuvo largo tiempo, pero al final entró en crisis. Primero en Inglaterra (con el Estatuto de la Reina Ana, de 1709), y después en otros países, se acabó reconociendo al fin que lo que procedía no era un privilegio a favor de los impresores sino un derecho –un auténtico derecho– a favor de los autores.

A partir de este momento es cuando se empiezan a diferenciar **dos perspectivas** o justificaciones del sistema de propiedad intelectual que se otorga al autor:

1) Como un mecanismo para estimular la creación de nuevas obras y el avance de la cultura (es un instrumento en beneficio de la colectividad). Esta perspectiva es la que recogen los sistemas del *copyright* (Estados Unidos, Inglaterra y países de la Common Law).

2) Como el reconocimiento de un derecho de propiedad natural (iusnaturalismo): es justo recompensar el esfuerzo creador. Esta es la justificación que se prefiere en los sistemas del "derecho de autor" de la Europa continental y que recoge el TRLPI. El legislador no "otorga" la propiedad intelectual, sino que simplemente la "reconoce" porque es justo hacerlo así: el beneficio de la sociedad no es el objetivo principal del régimen de propiedad intelectual.

Estas diferencias "filosóficas" en ambos sistemas explican algunas diferencias normativas importantes (como por ejemplo, el concepto de *originalidad* y de *autoría*, la duración –al menos, hasta hace poco–, los derechos morales, etc.) que, poco a poco, van desapareciendo a raíz del proceso de aproximación internacional y de la globalización de mercados de la propiedad intelectual.

Durante el siglo XIX, ya se puso en evidencia que la aplicación territorial de las leyes de protección de la propiedad intelectual e industrial y la "ubicuidad" de las obras e invenciones no eran suficientes para proteger, de forma efectiva, la creación e invención en un mercado cada vez más internacional: para proteger la obra nacional, había que proteger también la obra extranjera (a fin de que se encuentren en el mercado en igualdad de condiciones). Los esfuerzos internacionales se vehicularon inicialmente con **tratados bilaterales** (entre dos Estados) que se comprometían a proteger recíprocamente las obras e invenciones de cada Estado, de acuerdo con el principio de "trato nacional" (se aplica a la obra o invención extranjera la misma ley que se aplica a las nacionales). Pronto, sin embargo, se vio que los tratados bilaterales eran insuficientes y se inició la vía de los **convenios internacionales** para la protección de la propiedad industrial e intelectual.

#### Web recomendada

Primary Sources on Copyright (1450-1900), <http://www.copyrighthistory.org>.

#### Lectura recomendada

Un buen manual para profundizar en el estudio comparativo de los sistemas del derecho de autor y el *copyright* es: Alain Strowel (1993). *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences*. Bruselas: Bruylant.

Últimamente, la globalización de los mercados e Internet han hecho necesaria la revisión de estos tratados "históricos" e incluso la creación de nuevos tratados. Actualmente, para la protección internacional de la propiedad intelectual, tenemos que tener en cuenta los siguientes instrumentos:

- **Convenio de Berna** (Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas; Berna, 1886).
- **Convenio de Roma** (Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión; Roma, 1961).
- **Tratados Internet de OMPI** (Tratado OMPI sobre Derecho de autor, Ginebra, 1996, y Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, Ginebra, 1996).
- **ADPIC** (Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio; Marrakech, 1994).
- Más recientemente, se adoptó el **Tratado de Beijing** sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales el 24 de junio de 2012.

En la **Unión Europea**: en el marco de la creación del mercado común, se han adoptado toda una serie de directivas para la armonización de la legislación de derecho de autor de los estados miembros. Todas estas directivas se han ido transponiendo a la legislación española.

### El proceso de armonización en la Unión Europea

La normativa de la propiedad intelectual española viene en gran medida sujeta a principios y normativa comunitaria. Para asegurar que el ejercicio de los derechos nacionales de PI (no lo olvidemos, cada Estado tiene su ley de PI) no obstaculice el buen funcionamiento del "mercado interior" en la Unión Europea, se han establecido dos principios básicos a nivel de la UE:

- no se puede discriminar a los autores europeos por razón de su nacionalidad (principio de no discriminación por razón de la nacionalidad): todos los ciudadanos de la UE deben ser tratados como si fueran nacionales;
- y una vez han sido lícitamente distribuidos en un Estado miembro, los ejemplares deben poder circular (ser revendidos) libremente por toda la UE (principio de agotamiento del derecho de distribución después de la primera venta).

Con este mismo objetivo, de asegurar el correcto funcionamiento del mercado interior, la UE ha ido adoptando diferentes directivas -que los Estados miembros deben "transponer" a la ley nacional- para armonizar las leyes nacionales en temas puntuales:

- Directiva 91/250/CEE (derogada y codificada por la Directiva 2009/24/CE), sobre la protección de los **programas de ordenador**;
- Directiva 92/100/CEE (derogada y codificada por la Directiva 2006/115/CE), sobre derechos de **alquiler y préstamo y otros derechos conexos**;

#### Web recomendada

Podéis consultar estos textos, entre otros sitios, en la dirección siguiente:  
<http://www.wipo.int>

#### Web recomendada

Podéis consultar la página web de la Organización Mundial del Comercio:  
<http://www.wto.org/>

#### Web recomendada

Podéis encontrar la normativa de la UE sobre propiedad intelectual en la dirección siguiente:  
[http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/copyright/documents/documents\\_en.htm](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/documents/documents_en.htm)

- Directiva 93/83/CEE sobre emisiones por **satélite y retransmisión por cable**;
- Directiva 93/98/CEE (derogada y codificada por Directiva 2006/116/CE), sobre plazo de protección y modificada por la Directiva 2011/77/UE, sobre plazo de **protección de los fonogramas**;
- Directiva 96/9/CE, sobre **bases de datos**;
- Directiva 2001/29/CE, sobre **derechos de autor y conexos en la sociedad de la información**;
- Directiva 2001/84/CE, sobre el **derecho de participación** (obras de arte);
- Directiva 2004/48/CE, sobre **cumplimiento de la propiedad intelectual**;
- Directiva 2012/28/UE, sobre **obras huérfanas**;
- Directiva 2014/26/UE, sobre **gestión colectiva y música online**.

**España** es uno de los países con mayor tradición en el campo del derecho de autor. La Ley de propiedad intelectual de 1987 vino a sustituir la vieja Ley de 1879, precedida a su vez por la que podemos considerar nuestra primera ley verdaderamente de derecho de autor: la Ley sobre Propiedad Literaria de 1847.

Después de varias reformas de la LPI 1987, en su mayoría impuestas por las directivas comunitarias, en 1996 se procedió a elaborar un texto refundido (**Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual**), que es la norma actualmente vigente y que ha sido posteriormente modificado en 1998 (para incorporar la Directiva 96/9 sobre bases de datos), por la Ley 23/2006, de 7 de julio (que incorpora la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, de Derechos de Autor en la Sociedad de la Información), por la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas (que modifica los artículos 19.4, 37.2 y 132 TRLPI relativos al préstamo público de obras) y por la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (que deroga y sustituye el artículo 24 TRLPI).

La Ley 21/2014, de 4 de noviembre de 2014, reformó –una vez más– el TRLPI para incorporar dos directivas: la Directiva 2012/28/UE (sobre obras huérfanas) y la Directiva 2011/77/UE (que modifica el plazo de protección de los fonogramas), y aprovechó para hacer otras reformas muy diversas, unas más necesarias que otras, que tendremos ocasión de examinar a lo largo del módulo. La Directiva 2014/26/UE, sobre gestión colectiva y música *online*, queda aún pendiente de transposición.

#### Web recomendada

El TRLPI y demás normativa sobre propiedad intelectual se pueden consultar en la web del Ministerio de Cultura:

<http://www.mcu.es/propiedad-int/>

#### La reforma de 2014

Además de incorporar las directivas, la reforma amplía los límites para fines educativos y de investigación (art. 32.3 a 5), introduce un nuevo límite –muy polémico– para agregadores de noticias y buscadores *online* (art. 32.2), reduce el alcance de la copia privada y en consolida la compensación a cargo de los presupuestos generales del Estado (art. 25 y 31.2), establece una regulación más estricta de las entidades de gestión y amplía el ámbito de actuación de la llamada "Comisión Sinde", fortaleciendo –en general– las medidas para luchar contra la infracción *online* (comúnmente conocida como "piratería digital").

## 1.2. El objeto: la obra

El derecho de autor tiene por objeto las **obras literarias, artísticas y científicas**. Además, también incluye **ciertas prestaciones**, creativas o industriales, de quienes podríamos describir como **auxiliares de la creación** (artistas intérpretes y ejecutantes, productores, etc.), sobre las cuales se reconocen derechos afines (también denominados vecinos o conexos) a los de autor.

### 1.2.1. Concepto de obra: la originalidad

Según el art. 10.1 TRLPI:

"Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: a) los libros, b)..."

Sigue una larga enumeración, meramente a título de ejemplo: no tiene carácter exhaustivo.

El único requisito de protección de la creación formal es la **originalidad**. No importa el mérito (alto, bajo...), ni su finalidad (útil, inútil...), ni el grado de elaboración (boceto, obra inacabada...), ni la licitud o ilicitud (*libelo*, pornografía...), ni la prioridad temporal (la *rara avis* de la doble creación).

#### Una piedra original

En 1927, una obra del rumano Brancusi, *Pájaro en el espacio*, fue retenida por las aduanas de Estados Unidos, que rehusaron aplicar la exención establecida para las obras de arte y reclamaban al propietario la tasa correspondiente a la importación del material.

Sin embargo, no es fácil definir la originalidad. La tradición más ortodoxa del sistema de derecho de autor habla de **huella de la personalidad** (allí, en la obra, está el autor). El sistema del *copyright*, en cambio, se conforma con un nivel de originalidad inferior y exige sólo que la creación resulte de un **esfuerzo personalizado**: en suma, que no se haya copiado. En algunos casos (programas de ordenador, bases de datos, fotografías), el llamado "sistema de derecho de autor" ha acabado aceptando esta originalidad "de bajo nivel".

Las dificultades prácticas asociadas al requisito de originalidad han llevado a decir que se trata de un **concepto "de geometría variable"** (en función del tipo o categoría de obras) y, en última instancia, a remitirlo al análisis de los casos concretos. En la práctica puede ser delicado decidir cuándo hay originalidad y cuándo, no. Sobre todo si el margen para la creación es escaso (por la limitación del espacio, la brevedad, la funcionalidad...).

La tecnología digital, como todo cambio tecnológico, ha dado lugar a nuevos tipos de obras. Además, Internet pone al alcance de todos obras tradicionales en un medio nuevo. Cuando navegamos por Internet encontramos, por ejemplo, pintura, escultura, fotografía, planos, texto, imagen en movimiento,

música... Poca novedad, por lo tanto, con respecto a contenidos. El cambio está, sobre todo, en el medio (cómo circula, cómo se reorganiza, cómo se presenta...). Conviene fijarse, sin embargo, en dos tipos de obras –las dos básicamente funcionales– singularmente importantes en este nuevo medio: los programas de ordenador y las bases de datos, que tendremos ocasión de examinar más adelante.

A éstas se tendría que añadir una categoría imprecisa pero muy utilizada: las obras multimedia.

### Las llamadas obras multimedia

En la era digital, la creación tiende a abandonar el uso de un solo lenguaje expresivo para recurrir a varios lenguajes simultáneamente: texto, sonido, imagen fija, imagen en movimiento, etc. El término *multimedia* se aplica también a este género de creaciones, caracterizadas por la complejidad de su lenguaje, la ingente cantidad de información acumulada, el uso de programas informáticos, etc., y por la inevitable referencia a una palabra tótem: **interactividad**.

La cuestión principal es cómo calificar jurídicamente aquellas creaciones que se presentan tanto en soportes físicos (el típico CD-ROM) como virtuales (una página web). ¿Son productos u obras? Y en este último caso, ¿de qué tipo? ¿Audiovisuales, programas de ordenador, bases de datos, pinturas, esculturas, obras literarias, etc.? ¿Qué régimen jurídico les aplicaremos? Posiblemente, sólo hay una única respuesta: múltiple. Cada obra contenida en la obra multimedia tendrá su propio régimen de protección (según la categoría de obra que se trate), y la **obra multimedia** en su conjunto –si es obra– será una obra **compuesta** y a menudo **colectiva** (a no ser que se trate del resultado de un esfuerzo individual, o de un trabajo en colaboración).

Es **obra**, pues, cualquier expresión formal original resultante de la creatividad humana.

De aquí se derivan dos **principios básicos del derecho de autor**:

1) Una obra es la expresión formal de una idea o sentimiento que se quiere comunicar al público. La protección no alcanza al contenido (a la idea). **Sólo se protege la forma, la expresión**. Ni el material en bruto (hechos, datos, etc.) ni las ideas son objeto de protección por parte del derecho de autor. La **desprotección de las ideas** es un principio básico de derecho de autor, recogido *expressis verbis* en algunos textos.

2) Hay que distinguir entre el bien intelectual (obra) y el soporte tangible que a menudo lo contiene. La **distinción entre obra y soporte tangible** es también un principio básico del derecho de autor. La propiedad de un soporte no da derechos sobre la obra fijada en éste. Al comprar un libro, se tiene derecho a leerlo (aunque para eso no es imprescindible ser su propietario, ya que también se puede leer en una biblioteca o pedirlo a un amigo). Pero, en principio, no se tiene derecho a más. No se puede, por ejemplo, hacer copias y venderlas.

#### Las obras multimedia

A pesar de que el TRLPI no menciona explícitamente las obras multimedia, sí lo hace el Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual (art. 14.o), Real decreto 281/2003, de 7 de Marzo:

<http://www.mcu.es/propiedadInt/CE/RegistroPropiedad/RegistroPropiedad.html>

#### Obra original

La obra es original cuando es una creación propia del autor.

#### Lectura complementaria

Podéis consultar el principio de desprotección de las ideas, por ejemplo, en el art. 1 Tratado OMPI de Derecho de Autor (1996).

#### La creación

La obra está protegida desde su creación. No importa el mérito artístico, ni el valor en el mercado, ni que esté registrada.

Ahora bien, por ser autor o coautor hay que hacer una aportación creativa; no basta con una simple contribución mecánica o técnica, por más experta y valiosa que esta sea.

### ¿Hacer o crear?

La jurisprudencia española ha negado en repetidas ocasiones la condición de autor o coautor a la persona que hace una aportación meramente técnica (y no creativa) en la realización de la obra: el que tecldea a máquina un escrito que dicta el autor, el ceramista que sigue las indicaciones del autor/escultor o el fotógrafo de productos para catálogos de supermercado. Dicho de otro modo, la precisión técnica –por compleja, excelente y valiosa que sea– no es suficiente para otorgar la condición de autor; para serlo, hace falta una aportación creativa.

### 1.2.2. Inexistencia de formalidades. Protección automática

Una vez establecido que una expresión formal de la creatividad humana es original, no se pregunta nada más.

El derecho de autor nace por el solo hecho de su creación (art. 1 TRLPI).

No se exigen formalidades o trámites. Ciertamente, hay un símbolo para indicar la reserva de derechos: © (art. 146 TRLPI), y un Registro de la Propiedad Intelectual (art. 144 y 145 TRLPI). Pero ni los símbolos ni el registro son obligatorios, ni condicionan la protección.

El **automatismo de la protección** es una de las grandes ventajas de este régimen protector en comparación con los previstos para otros bienes (por ejemplo, los inventos): se activa inmediatamente y, además, en virtud de diversos tratados (por ejemplo, los Convenios de Berna y Roma, y los ADPIC), prácticamente en todo el mundo.

El automatismo de la protección explica que el sistema de derecho de autor (que desde otros puntos de vista es más frágil o débil) haya sido escogido para proteger ciertas creaciones, como los programas de ordenador o las bases de datos que, sin embargo, poco tienen que ver con las clásicas obras literarias y artísticas.

### 1.2.3. Obras y prestaciones

La originalidad es un atributo de las obras (derechos de autor). Sin embargo, la propiedad intelectual no sólo tiene por objeto obras (de autores), sino también diversas **prestaciones que son auxiliares de la creación**. Son auxiliares en el sentido de hacer posible que la obra llegue al público o a facilitar su misma existencia, pero no por ello son menos importantes. En nuestra ley se las engloba bajo el título "otros derechos de propiedad intelectual", también conocidos como **derechos vecinos, afines** o conexos que incluye:

#### El Registro de la Propiedad Intelectual

El Registro de la Propiedad Intelectual tiene carácter meramente informativo (no constitutivo de derechos) y de prueba *prima facie*.

- artistas (intérpretes y ejecutantes),
- productores (audiovisuales y de fonogramas),
- entidades de radiodifusión.

Se trata, pues, de una categoría heterogénea a la cual, recientemente, ha venido a añadirse "otro derecho" nuevo, diferente de los afines: el **derecho *sui generis*** sobre bases de datos (que tendremos ocasión de examinar más adelante).

En España, además de los anteriores, se protege la "**mera**" **fotografía** (que hay que distinguir de la obra fotográfica). En toda la UE, se protege el editor de las obras inéditas en el dominio público y se ha añadido otro derecho nuevo, diferente de los derechos afines: el derecho *sui generis* sobre las bases de datos (que tendremos ocasión de examinar más adelante). Y a nivel internacional, se están planteando maneras para proteger el folclore.

En España, se distingue entre obra fotográfica, como "creación intelectual propia del autor" y la "**mera**" **fotografía** (art. 128 TRLPI), con un abanico más reducido de derechos y durante solo 25 años desde que se realizó. Esta doble protección, inicialmente pensada para ofrecer una mayor protección (en las fotografías que no llegaban al umbral de obra) a menudo se utiliza mal para denegar protección como obra en fotografías que son claramente creaciones intelectuales.

Las **bases de datos** quedan protegidas como "obra" cuando la selección y disposición del contenido de la base de datos sea una "creación intelectual propia del autor" (y solo se protege esta selección y disposición de contenidos); pero también (y con independencia de que sean o no obras) pueden disfrutar de un derecho *sui generis* cuando se haya hecho una inversión sustancial en la obtención, verificación o presentación del contenido de la base de datos, su fabricante (ya no hablemos de autor, ni siquiera de productor) podrá impedir y/ o autorizar la extracción y la reutilización de la totalidad o una parte sustancial del contenido de la base de datos durante un plazo de 15 años desde la producción. Podríamos decir que la protección de este derecho *sui generis* genera una brecha en el principio de la no protección de las ideas, hechos, datos...

La Directiva 93/98/CEE introdujo un nuevo derecho conexo en toda la UE: la protección de la **primera publicación de una obra inédita** en el dominio público. Aunque la obra ya esté en el dominio público, el esfuerzo del editor por rescatar esta obra de lo inédito se gratifica con el reconocimiento de derechos de explotación y morales sobre esta (art.129 (1) TRLPI). También tienen derechos los editores de obras que a pesar de no estar protegidas como tales (ya sea porque ya están en el dominio público o porque no tienen la consideración de creación original) puedan ser **individualizadas por la composición tipográfica, presentación u otras características editoriales** (art. 129 (2) TRLPI). Ambos derechos se protegen durante un plazo de 25 años desde la publicación (art. 130 TRLPI).

#### La originalidad en cuanto a atributo de las obras

Es ilustrativo el caso de la fotografía. Si ésta es original, se protegerá como obra (art. 10.1.h TRLPI). Si no lo es, puede ser que se proteja como mera fotografía (art. 128 TRLPI), y se reconozcan derechos conexos al fotógrafo.



Últimamente, la OMPI está valorando ofrecer algún tipo de protección *sui generis* al **folclore** (el conocimiento tradicional y las expresiones culturales tradicionales). Hablamos de canciones populares, cuentos, vestidos, remedios tradicionales, etc. Normalmente, estos productos ya están protegidos por la propiedad intelectual, pero muy a menudo se encontrarían en el dominio público. Las comunidades indígenas están pidiendo algún tipo de protección que les permita impedir (más allá del derecho de autor) que terceros utilicen (o se apropien) de estos bienes. Puedes encontrar más información sobre la protección del folclore en la web de la OMPI: <http://www.wipo.int/tk/es/>

### 1.3. El sujeto: autores y titulares

La **creación** es un hecho y **autor** es 'quien crea'.

Ved el artículo 5.1 TRLPI:

"Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica."

Ahora bien, de acuerdo con el art. 5.2 TRLPI, las personas jurídicas pueden tener derechos y beneficiarse de la protección legal (por ejemplo, la obra colectiva del art. 8 TRLPI); pueden ser titulares, pero nunca autores.

A pesar de todo, **el principio de autor / persona natural no es nada pacífico**. Nuestra propia ley al parecer, en flagrante contradicción con el art. 5 TRLPI, ha admitido de forma expresa la autoría de las personas jurídicas en el caso de los programas de ordenador (ved el art. 97 y 98.2 TRLPI).

#### Obras anónimas o con seudónimo

Si la obra se divulgó de manera anónima o con seudónimo, el ejercicio de los derechos corresponderá a quien la haga salir a la luz con el consentimiento del autor (art. 6.2 TRLPI). No hay que confundir la divulgación anónima con el anonimato forzado que resulta de la supresión del nombre del autor. Una cosa muy fácil de encontrar en Internet y que constituye una violación del derecho moral de atribución.

#### 1.3.1. Regímenes de pluriautoría

Nuestra común idea de autor suele coincidir con la de persona natural identificada que crea *motu proprio*, en solitario y *ex novo*. La realidad, no obstante, es compleja y la ley prevé diversos regímenes para los casos de obras creadas con la intervención de más de un autor:

a) **La obra en colaboración**. Si la obra es el resultado unitario de la colaboración de diferentes autores, se llamará obra en colaboración (art. 7 TRLPI). Se trata de la forma normal y natural de la coautoría. No siempre todos los coautores participan en la creación de la obra de la misma manera, e incluso se podría dar el caso de que uno de ellos asuma un papel de liderazgo o coordinación. Ni siquiera es necesario que los autores se encuentren en un mismo

#### La creatividad es un atributo del ser humano

No hay autor en los casos de objetos o formas creadas por la naturaleza (un mineral) o animales (la concha de un molusco), ni en las creaciones completamente automatizadas (traducción por ordenador, sin intervención creativa humana).

#### Ejemplo de obras en colaboración

Una escultura creada por dos autores, la letra y música que forman una canción, etc.

espacio y tiempo para crear la obra; sí que hace falta, sin embargo, una mínima colaboración conceptual en la creación de una obra conjunta y común (de lo contrario, se trataría de una obra compuesta).

El hecho de que las contribuciones sean distinguibles (o no) y separables o inseparables no afecta a que la obra sea en colaboración, pero sí determinará la posibilidad de que un coautor pueda llevar a cabo **la explotación separada** de su contribución (cuando sea distinguible y separable), siempre y cuando no perjudique la normal explotación de la obra común.

**b) La obra colectiva.** Se trata de una forma organizativa de gran importancia práctica, aunque bastante conflictiva (art. 8 TRLPI).

#### Art. 8 TRLPI

"Se considera obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita o divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada."

El régimen jurídico de la obra colectiva viene descrito en el propio art. 8 TRLPI:

"Salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre."

Se trata de un caso en el que alguien, distinto de los autores, adquiere automáticamente la propiedad intelectual sobre una obra. **Quien edita y divulga** es quien ostenta la titularidad originaria de la propiedad intelectual (por más que, para salvar los principios, siempre cabría decir que es una titularidad derivativa *ex lege*). Los coautores carecen de derechos sobre ella (sólo tienen derechos sobre la parte que cada uno ha creado). Es una solución simple, clara y muy útil para la industria, la cual, a pesar de su carácter excepcional, muestra una marcada tendencia a acogerse a ella, a veces de manera abusiva.

**c) La obra compuesta.** No siempre se crea *ex novo*. También se puede crear utilizando total o parcialmente obras de otros (cosa distinta de la coautoría): entonces nos encontramos ante una "obra nueva que incorpora una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última" (art. 9.1 TRLPI), que se califica como **obra compuesta**. El único titular de derechos de autor sobre la obra compuesta es aquél que la ha llevado a cabo. Para crearla, no necesita la autorización del autor de la obra preexistente. Sin embargo, le será imprescindible tal autorización para su explotación. De esta manera, el autor de la obra preexistente también se podrá beneficiar de la explotación de la obra derivada autorizada.

#### Ejemplos de obras colectivas

En la práctica, suelen ser obras colectivas muchas creaciones complejas como las enciclopedias, los periódicos y no pocas obras científicas (por ejemplo, los mapas). También lo son muchos programas de ordenador y creaciones multimedia.

#### Ejemplos de obras compuestas

La musicalización de poemas de otro autor, la traducción, etc.

### 1.3.2. Titularidad

Hay que distinguir entre **autoría** y **titularidad** y, dentro de ésta, entre titularidad **originaria** y **derivativa**.

El autor es, por norma general, el **titular originario** (aunque hay algunas excepciones: obra colectiva y programas de ordenador). Los **titulares derivativos** tienen todos o algunos de los derechos de explotación (no los morales que, como tendremos ocasión de ver, son indisponibles). Para ello, éstos habrán hecho el correspondiente **contrato de cesión o de licencia** con el autor (o sus herederos, titulares derivativos *mortis causa*). En alguna ocasión, la ley recoge algunas presunciones de cesión (por ejemplo, cuando el autor es un empleado; art. 51 TRLPI).

#### Creación laboral

Los derechos de explotación sobre la obra creada en virtud de un contrato laboral se presumen cedidos en exclusiva al empresario, a menos que las partes hayan acordado lo contrario (art. 51 TRLPI).

#### La obra creada por autor asalariado

El artículo 51 TRLPI establece una presunción de cesión en exclusiva de los derechos de explotación sobre la obra creada en virtud de una relación laboral, a favor del empresario. Esta presunción de cesión, sin embargo, sólo se aplica en defecto de pacto por escrito entre las partes (ya sea en el mismo contrato laboral o en un convenio colectivo o en un contrato específico), y se limita al "alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de esta relación laboral". Por lo tanto, en virtud de la presunción de cesión, será el autor asalariado quien pueda explotar la obra para otras finalidades diferentes de esta actividad habitual del empresario. Si el empresario quiere adquirir estos derechos y modalidades de explotación (para finalidades diferentes de las de su actividad habitual) los tendrá que obtener del trabajador/autor, mediante un contrato (por escrito) de cesión de derechos.

#### La obra publicitaria

La Ley General de Publicidad (Ley 34/1988, de 11 de noviembre) contiene una disposición específica aplicable a las "creaciones publicitarias" en virtud de la cual, los derechos de explotación sobre estas obras se presumen cedidos en exclusiva al anunciante o la agencia, para los fines previstos en el contrato de creación publicitaria.

Art. 21 Ley 34/1988 (LGP):

"... Los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presume, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al anunciante o agencia, en virtud del Contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo."

Fijémonos en que el alcance de la presunción de cesión es diferente de la prevista en el art. 51.2 TRLPI (para las creaciones asalariadas), y solo se limita "para los fines previstos en el contrato de creación publicitaria". El presupuesto para que opere esta presunción de cesión es la existencia de un contrato de creación publicitaria, definido (art. 20 LGP) como el contrato por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga a favor del anunciante o la agencia a idear y hacer un proyecto de campaña publicitaria, una parte de esta o cualquier otro elemento publicitario. Es decir, no será de aplicación a la creación publicitaria que se haya realizado en virtud de otro contrato.

Siendo una presunción de cesión *iuris tantum*, solo se aplica cuando no hay ningún pacto en contrario o que establezca una cesión de derechos con un alcance diferente.

La cuestión de la identificación de los titulares y la obtención de derechos siempre ha sido importante. Pero se ha convertido en punto capital, vista la dislocación de las estructuras tradicionales en Internet. Cualquier persona (industria potente, industria pequeña o persona física...) y en cualquier lugar del mundo, puede querer derechos sobre cualquier obra o prestación para las finalidades más dispares.

Establecer canales ágiles con los titulares es básico para la efectiva protección de la propiedad intelectual en entornos digitales. Es de esperar que la tecnología facilite las vías para ello.

#### 1.4. El contenido: derechos morales, derechos exclusivos de explotación y derechos de remuneración

El contenido del derecho de autor se define en positivo (**derechos**) y en negativo (**límites**):

"La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la ley."

Art. 2 TRLPI.

En el ámbito positivo, y como señala la misma norma, los derechos del autor son de dos tipos: de carácter personal (**derechos morales**) y de carácter patrimonial (**derechos patrimoniales**) que pueden ordenarse en: exclusivos de explotación y de remuneración.

##### 1.4.1. Derechos morales

El derecho moral del autor sobre su obra se compone de diversas facultades o derechos, enumeradas en el artículo 14 TRLPI, que tienen carácter **irrenunciable e inalienable**:

**a) Divulgación.** El derecho de hacer accesible la obra al público, en cualquier forma, por primera vez. No hay más que una divulgación por obra. El autor ostenta la propiedad intelectual por el simple hecho de crear, pero hasta que no divulga, la obra permanece en la esfera de su intimidad. El autor puede ejercitar su derecho en sentido positivo o negativo (inédito). Divulgar sin su consentimiento es una de las infracciones más graves que se pueden cometer. Es parte de este derecho decidir también la forma de divulgación.

**b) Anonimato.** Relacionado con el derecho de divulgación y a manera de puente con el siguiente en la lista, el autor también es quien decide si la divulgación "ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente".

#### El reconocimiento del derecho moral de autor

El reconocimiento del derecho moral de autor es uno de los puntos diferenciales entre el sistema de derecho de autor y el sistema de *copyright*, que sólo reconoce derechos económicos; los intereses "morales" del autor/titular se protegen mediante figuras ajenas al derecho de autor: por ejemplo, el derecho al nombre, la competencia desleal, etc.

c) **Atribución.** El autor tiene, en todo momento y circunstancia, derecho a exigir ser reconocido como tal.

d) **Integridad.** El autor puede "exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella", siempre que "suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación".

e) **Modificación.** El autor puede modificar la obra, aunque "respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural".

f) **Arrepentimiento.** El autor puede decidir retirar la obra del mercado. Pero el ejercicio de este derecho moral está sujeto a ciertas cautelas para proteger intereses de terceros y evitar abusos. En primer lugar, tiene que haber un "cambio en sus convicciones intelectuales o morales"; en segundo lugar, el autor tiene que indemnizar por los daños y perjuicios causados a los titulares de los derechos de explotación y, además, tiene que hacerlo previamente; en tercer lugar, si más tarde el autor decidiera reanudar la explotación de la obra, "tendrá que ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias".

g) **Acceso.** El último derecho moral reconocido en el TRLPI es de carácter instrumental. El autor podrá "acceder al ejemplar único o raro de la obra cuando se encuentre en poder de otro" pero siempre "en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen".

**Algunos de los derechos morales viven y mueren con el autor** (son aquellas decisiones personalísimas del autor, que nadie puede tomar en su lugar). En cambio, **otros le sobreviven** durante un cierto tiempo (divulgación) o incluso sin límite de tiempo (atribución e integridad).

#### **Derechos de divulgación, atribución e integridad**

El derecho de divulgación sobrevive al autor, pero sólo por tiempo limitado (setenta años) y, además, debilitado, pues cabe forzar la divulgación por razones de interés cultural (art. 40 TRLPI).

Por otra parte, aunque en rigor los derechos de atribución e integridad también mueren con el autor, se establecen mecanismos para la defensa de tales bienes o intereses: ambos constituyen el "núcleo duro" del derecho moral. La defensa de estos "derechos" queda a cargo de la persona que haya designado el propio autor y, en su defecto, de sus herederos. En última instancia, la asumirán el Estado, comunidades autónomas, corporaciones locales e instituciones públicas de carácter cultural (art. 16 TRLPI).

#### **Problemas de derecho moral en el ciberespacio**

En el ciberespacio los problemas de derecho moral se plantean con singular agudeza, vistas las posibilidades del formato digital. Las obras se pueden manipular, fragmentar... Es fácil suprimir la referencia al autor... Es obvio que son operaciones que afectan o pueden afectar a los derechos morales de integridad y paternidad.

Algunos **derechos conexos**, al proteger actividades creativas (artistas, intérpretes y ejecutantes, fotógrafos), también recogen –en mayor o menor medida– la protección de derechos morales (art. 113 y 128 TRLPI). No, en cambio, aquellos que protegen sólo actividades industriales (productores, entidades de radiodifusión, etc.).

### 1.4.2. Derechos exclusivos de explotación

Antes de examinar los denominados derechos de explotación, hay que destacar una **doble distinción**:

1) Entre **uso** y **explotación**. En principio, la propiedad intelectual atribuye al autor el monopolio sobre los actos de explotación de su obra. No, en cambio, sobre los actos de mero uso. El autor, o quien tenga por cesión los derechos correspondientes, puede impedir que editemos un libro, pero no que lo leamos. El mero uso carece de intención lucrativa y, normalmente, es privado. La explotación, en cambio, suele perseguir un beneficio económico y siempre tiene carácter público.

2) Entre derechos de **explotación** y derechos de **simple remuneración**. Los derechos de explotación se concretan en el poder que ostenta el autor (o titular) de excluir a otros, es decir, de imponerles una prohibición o veto (por eso lo llaman "derechos exclusivos"). No obstante, en algunos casos la propiedad intelectual se debilita y el poder de veto se ve sustituido por un simple derecho a ser compensado económicamente: no se puede impedir la explotación, pero al menos se obtiene una remuneración.

Los llamados **derechos de explotación** son manifestación directa de la idea de propiedad y constituyen el núcleo de los derechos patrimoniales.

Así define el artículo 17 TRLPI los derechos de explotación:

"Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente ley."

#### El derecho de colección

Existe también un derecho un tanto especial asociado a los derechos exclusivos de explotación: el derecho de colección. Aunque un autor haya cedido los derechos de explotación sobre sus obras, conservará el derecho a "publicarlas reunidas en colección escogida o completa" (art. 17 TRLPI).

Los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación corresponden a las **modalidades típicas** del derecho exclusivo de explotación. La enumeración es sólo a título de ejemplo; no forma un elenco cerrado. Así, pues, si alguna forma de explotación no encajara en las definiciones de las manifestaciones típicas, no por eso dejaría de pertenecer en exclusiva al autor.

Los derechos de explotación y sus modalidades son **independientes** entre sí (art. 23 TRLPI) y sin duda, **disponibles** (es decir, transmisibles *inter vivos* y *mortis causa*, art. 42 TRLPI), con ciertas limitaciones. Veamos ahora con más detalles los derechos de explotación que define el TRLPI:

**a) Derecho de reproducción.** Se trata del gran derecho histórico de los autores. La reproducción viene definida en los siguientes términos en el art. 18 TRLPI:

"Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias."

Para que haya **reproducción** es suficiente con **que la obra se fije en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias**, aunque ni aquella ni éstas se realicen.

La noción de reproducción, como la propia institución de la propiedad intelectual, ha sido puesta a prueba por el desarrollo tecnológico. Tradicionalmente, reproducir era fijar de manera estable en un soporte físico: imprimir libros, editar discos... La misma idea de fijación dejaba poco margen de duda. No obstante, la digitalización y las redes han tensado esta noción tradicional.

El concepto de *reproducción* se ha amoldado a los tiempos y se ha concretado, en el ámbito europeo, en la Directiva de derechos de autor y afines en la sociedad de la información (art. 2 DDASI):

"la reproducción directa o indirecta, temporal o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma".

Art. 2 DDASI

Como ya hemos visto, este concepto ha quedado recogido en el art. 18 TRLPI. El **concepto de reproducción** es, pues, **muy amplio**. Tanto que, en el caso de las obras en formato digital, hace imposible usar sin reproducir.

Por este motivo, la ley excluye del monopolio del autor todas aquellas reproducciones provisionales que sean transitorias o accesorias y que formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico destinado a facilitar una transmisión por un intermediario o un uso lícito y que no tengan una significación económica independiente (art. 5.1 DDASI y art. 31.1 TRLPI). De esta

### Modalidades de explotación

El cine y la televisión se basan en los mismos derechos (reproducción y comunicación pública), pero son modalidades de explotación –mercados– diferentes. Un ensayo breve se puede publicar en una revista o como libro. Los derechos afectados (reproducción y distribución) son los mismos, pero se trata de modalidades de explotación diferentes.

### La noción de reproducción

Cantar una canción no constituye reproducción; grabarla sí. Leer un libro no constituye reproducción; fotocopiarlo o hacer una copia manuscrita, sí.

### Imposible usar sin reproducir

Quien lee un libro, no lo reproduce... excepto en su retina o en su memoria; en cambio, quien lee un texto digitalizado, usando su ordenador, no puede evitar que se lleve a cabo una reproducción, aunque sea efímera y en memoria RAM.

manera se excluyen, siempre y cuando cumplan con tales requisitos, las copias *caché*, tanto por parte de los usuarios como de los servidores e intermediarios de Internet, así como las copias que se almacenan en la memoria RAM del ordenador al visitar páginas web (cons. 33 DDASI).

### La copia técnica

El art. 18 incluye dentro del concepto de reproducción tanto las copias provisionales como las permanentes. Esta amplia definición del derecho exclusivo de reproducción hace necesario que la misma ley excluya aquellas reproducciones que sean estrictamente necesarias para el funcionamiento de internet. Es lo que se denominan "copias técnicas". Para quedar excluidos del derecho de reproducción (y, por tanto, amparados por este límite), es necesario que los actos de reproducción provisional sean "transitorios o accesorios", "no tengan por sí mismos una significación económica independiente", y formen "parte integrante y esencial de un proceso tecnológico que vaya dirigido a facilitar o bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, o bien una utilización lícita", que se entiende como la autorizada por la ley o por el autor o titular.

De todas formas, el art. 8.3 DDASI obliga a los Estados miembros a asegurar que los titulares podrán demandar a los ISP por infracciones cometidas a través de sus sistemas, aunque las reproducciones efectuadas por éstos queden cubiertas por esta excepción del art. 5.1; y es que, de no ser así, los titulares se verían desposeídos de su derecho a perseguir las infracciones de sus obras en las redes.

### b) Derecho de distribución. Según el art. 19 TRLPI:

"Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma."

El hecho característico de la **distribución** es que la obra viaja en un **soporte físico**, ya sea como original o mediante ejemplares, cualquiera que sea el título jurídico que la ampara (venta, alquiler, préstamo u otro).

El derecho de distribución está, no obstante, sujeto a lo que se conoce como **principio de agotamiento** (*exhaustion* o *first sale doctrine*) recogido en el art. 19.2 TRLPI. Se trata de una importante restricción, destinada a facilitar el acceso de la colectividad a las obras objeto de propiedad intelectual: el autor, o titular derivativo de este derecho, puede decidir cuándo y cómo pone en el mercado el original o ejemplares de su obra; pero una vez hecho esto, pierde el control sobre las sucesivas ventas de estos ejemplares (o sobre el original, si es el caso).

### El agotamiento comunitario

El agotamiento sólo afecta al derecho de distribución (no por haber comprado un CD podemos difundirlo por radio o colocarlo en una página web: los derechos de explotación –recordémoslo– son independientes entre sí) y está **limitado territorialmente**: sólo es comunitario (Unión Europea), no internacional (mundial).

### Ejemplos de distribución

Distribuye el editor que, directamente o a través de un librero, vende los libros que previamente ha imprimido. También distribuye la tienda que alquila vídeos. Lo mismo hace la biblioteca pública, que presta libros a quienes lo deseen. Incluso distribuye el artista que pone en venta sus cuadros. Todos estos actos encajan en la definición del art. 19 TRLPI.

### ¿La "distribución" en Internet?

El concepto de distribución parece desdibujarse un poco en el ciberespacio. Normalmente se dice que un sitio web "distribuye" música. O que las bibliotecas virtuales "distribuyen" artículos y otros materiales. Pero se trata de una manera de hablar. En realidad, no hay distribución sin ejemplares físicos.



## La armonización del derecho de distribución

Para que haya agotamiento del derecho de distribución se tiene que tratar de **obras o copias cuya primera venta se haya producido lícitamente en algún país de la Unión Europea**; sólo entonces la reventa dentro de la propia Unión se escapa del control del autor o titular. No así el alquiler o el préstamo (que son también formas de distribución) que confirman bajo el control del autor.

### c) Derecho de comunicación pública. Según el art. 20.1 TRLPI:

"Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas."

La definición se completa en negativo:

"No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo."

Y con una larga relación no cerrada de casos que constituyen comunicación pública (leed el art. 20.2 TRLPI).

Son tres, pues, las **características esenciales** que configuran la comunicación pública (y la distinguen de la reproducción y la distribución):

- posibilidad de acceso de una pluralidad de personas;
- ausencia de una previa distribución de ejemplares;
- más allá del ámbito doméstico.

### El derecho de la comunicación pública en la historia

La importancia del derecho exclusivo de comunicación pública ha ido aumentando de la mano del desarrollo tecnológico, que ha impuesto una evolución de la misma noción de *público*. Tiempo atrás, el público era sólo el conjunto de personas congregadas simultáneamente en un mismo lugar (por ejemplo, un teatro). Para llegar a una gran audiencia –e incluso eso con limitaciones– hacía falta repetir la función. Las cosas cambiaron con la radio y la televisión. Ya no había que reunirse en un mismo lugar. La noción de *público* se extendió hasta abarcar a las personas que estaban en cualquier lugar, incluyendo su domicilio. Se mantenía, no obstante, la exigencia de coincidencia temporal (por ejemplo, las emisiones de radio o televisión). Pero, finalmente, incluso ésta ha acabado cediendo. En el contexto digital, cuando una obra se coloca en la Red, pueden acceder a ella –lo hagan o no– infinidad de personas, en el momento y lugar que deseen. Esta evolución ha obligado a redefinir (o "reexplicar") el concepto de *comunicación pública* (vid. art. 3.1 DDASI).

Así pues, se reconoce a los autores el derecho exclusivo de comunicación al público en general, y también en entornos interactivos (actas de explotación de obras por Internet) con el derecho de "puesta a disposición del público" recogido en el apartado (i) del artículo 20.2 TRLPI:

"La puesta a disposición del público de obras por procedimientos con o sin cable, de manera que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que escoja."

### Ejemplos de comunicación pública

Hay comunicación pública cuando se representa una obra teatral. También cuando se recita un poema en un auditorio o se expone una pintura. En el ámbito de la comunicación, el cine y la televisión también son ejemplos típicos. Son casos claros.

### Los auxiliares

A diferencia de los autores para los auxiliares de la creación no se reconoce un derecho de comunicación pública general, sino sólo la puesta a disposición (art. 3.2 DDASI). El art. 108.1a TRLPI otorga este derecho a los artistas.

Por lo tanto, hará falta autorización del autor para poner a disposición del público obras o prestaciones en Internet, de manera que sea el usuario quien elija el lugar y el momento de acceso. No es necesario que el usuario acceda a la obra: para que nos encontremos ante un caso de comunicación pública, es suficiente con la **puesta a disposición del público**. Pero sí que cabe hacer dos precisiones:

- Este derecho no cubre las comunicaciones privadas, con la consiguiente dificultad de delimitar entre privado y público en Internet.
- No hay agotamiento en el ámbito comunitario (art. 3.3 DDASI), como ocurre con el derecho de distribución.

**d) Derecho de transformación.** Se entiende por *transformación* cualquier modificación formal de una obra "de la que se derive una obra diferente" (art. 21.1 TRLPI). La propia norma cita como ejemplos los casos de la traducción y de la adaptación (por ejemplo, se lleva al cine una novela o una obra teatral).

En el derecho de transformación, lo esencial es que se cree una obra nueva, que tendrá la consideración de **obra (subjctivamente) derivada** y **(objetivamente) compuesta**.

#### Cambios sin transformación

No hay transformación cuando simplemente cambia el soporte (pasar de papel a formato electrónico o de cinta a CD).

Como obra compuesta, la autoría corresponde exclusivamente a la persona o personas que llevan a cabo la transformación. No obstante, la obra resultante de la transformación no se podrá explotar si no se cuenta con el consentimiento del autor de la obra transformada.

### 1.4.3. Derechos de remuneración

Además de los derechos exclusivos de explotación, hay otros derechos patrimoniales, doctrinalmente conocidos como **derechos de simple remuneración**.

Su contenido es más limitado: sólo atribuyen al autor el derecho a recibir una compensación económica, pero **no puede autorizar o prohibir los usos** correspondientes (como es el caso de los derechos de explotación, –que tienen el carácter de exclusivos<sup>1</sup>).

<sup>(1)</sup>Autorizar o prohibir: ésta es la esencia de la exclusividad.

El hecho de que se prescinda de su consentimiento se compensa de alguna manera con el carácter **irrenunciable** e **indisponible** que suelen presentar estos derechos.

Generalmente son objeto de **gestión colectiva**, ya sea porque así lo establece la ley (entonces hablamos de *gestión colectiva obligatoria*) o simplemente porque, de hecho, en la práctica es la manera más eficaz de gestionar los derechos.

### Ejemplos de derechos de remuneración

Algunos ejemplos de derechos de remuneración son:

- El derecho de participación de los artistas plásticos (*droit de suite*) (art. 24 TRLPI) ahora sustituido por la Ley 3/2008.
- El derecho de remuneración por alquiler de fonogramas y grabaciones audiovisuales (art. 90.2 TRLPI).
- El derecho de remuneración por copia privada: el autor no la puede impedir (art. 31.2 TRLPI), pero la ley le reconoce el derecho a una compensación económica (art. 25 TRLPI). Tendremos ocasión de examinarla más adelante.

## 1.5. Los límites: duración de la protección y "excepciones"

Entramos ahora a examinar la definición negativa del derecho de autor. Por motivos de interés general, se impone establecer algunos límites. Éstos son de dos tipos: temporales (duración de la protección) y sustantivos (excepciones a la protección).

### 1.5.1. Los límites temporales: la duración

Nos planteamos ahora una cuestión fundamental: si el derecho de autor ha de tener límites temporales. En principio, el término *propiedad* llevaría a una respuesta negativa (la propiedad es eterna). Y, sin embargo, la propiedad intelectual (de la cual se ha dicho que es la más sagrada de las propiedades) está sujeta a plazo de caducidad.

Cuando ha transcurrido cierto tiempo, las obras caen en el llamado **dominio público**.

La regla básica es la de **setenta años *post mortem auctoris*** (art. 26 TRLPI) y rige en toda la Unión Europea. Si ha habido **coautoría**, los 70 años empiezan a contar a partir de la muerte del último autor (art. 28.1 TRLPI). Para las **obras colectivas** o las **obras de autor desconocido**, el plazo de protección es de 70 años a partir de su divulgación (art. 28.2 y art. 27.1 TRLPI). Todos los plazos se empiezan a contar a partir del 1 de enero del año siguiente a la muerte o divulgación de la obra.

#### 80 años *pma*

Para las obras de autores que hayan muerto antes del 7 de diciembre de 1987 (fecha de entrada en vigor de la TRLPI), es de aplicación el plazo de 80 años *pma* previsto en la Ley de Propiedad Intelectual de 1879.

### Los derechos conexos

Los derechos de los artistas, productores y otros titulares de derechos conexos son más breves que los de los autores:

- El **plazo general** es de 50 años a partir de la interpretación, ejecución, publicación o grabación (salvo el plazo ampliado por los fonogramas).
- Por las **meras fotografías**, el plazo es de 25 años desde la realización.

La Directiva 2011/77/UE, de 27 de septiembre, **amplía el plazo de protección de los fonogramas de 50 a 70 años** (desde la publicación). De esta manera, se quiere asegurar que el colectivo de músicos y cantantes de fonogramas grabados hace 50 años (y que aún tienen valor en el mercado) continuarán recibiendo protección (y remuneración) durante 20 años más. Podemos pensar en los fonogramas de los Beatles, o de Cliff Richards - nombre con el que se bautizó informalmente esta directiva- que, si no hubieran alargado el plazo de protección, entrarían de forma inminente en el dominio público. En cualquier caso, ni siquiera con esta extensión del plazo de protección de artistas se acerca al plazo de los autores, que sigue siendo más largo.

El plazo ampliado solo se aplica a los fonogramas, grabaciones musicales, no a las películas ni otras grabaciones audiovisuales, y no solo favorece a los artistas sino también a los productores que, al fin y al cabo, obtuvieron en su momento la cesión de derechos de explotación de los artistas. Justo por este motivo, la Directiva establece medidas concretas para regular la relación entre artista y productor durante el plazo ampliado: si el productor no lleva a cabo la explotación comercial del fonograma durante este plazo, el artista podrá resolver el contrato de cesión con el productor y recuperar los derechos de explotación sobre el fonograma; y si el artista recibió una remuneración única en hacer la cesión de derechos, recibirá del productor una remuneración anual adicional durante el plazo ampliado -remuneración irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria, consistente en un 20% de los ingresos anuales del productor.

Una vez **en el dominio público**, las obras pueden ser utilizadas –es decir, explotadas– por cualquiera, pero siempre de modo que se respeten los derechos morales de paternidad e integridad (art. 41 TRLPI). Algunos sugieren que se establezca una tasa sobre el dominio público (es lo que se conoce como *dominio público de pago*), pero tendría poco que ver con el "auténtico" derecho de autor. En España, en cualquier caso, la utilización de obras en el dominio público no sólo es libre, sino también gratuita. No obstante, excepcionalmente puede haber obras "rescatadas" del dominio público sobre las que no se reconocerán derechos de autor, pero sí derechos afines a favor del editor (art. 129 TRLPI).

### 1.5.2. Los límites sustantivos: las excepciones

Por razones diversas, la ley autoriza, en casos específicos, la realización de actos que entran en la esfera de la exclusiva del autor, prescinden de su autorización e incluso –aunque no siempre– le privan de toda compensación. Son las denominadas **excepciones o limitaciones** al monopolio del autor.

Con las excepciones al monopolio del autor, se trata normalmente de asegurar **intereses generales** como la educación, el acceso a la cultura, la libertad de información y crítica y la libre competencia. Huelga decir que estos límites sustantivos o excepciones constituyen un motivo constante de fricción entre los diferentes colectivos de titulares y usuarios, y una fuente importante de litigios: **a menudo separan el uso lícito de la infracción**. A pesar del nom-

#### El fair use

He aquí otra diferencia importante entre el sistema del derecho de autor y el del *copyright*. El **sistema de derecho de autor** opta por establecer en la ley una enumeración cerrada de excepciones. En cambio, el **sistema de *copyright*** contiene una defensa abierta de uso leal o *fair use*, que deja cierto margen de apreciación a los jueces ante cada caso concreto.

bre, las excepciones constituyen un aspecto fundamental del sistema de protección de la propiedad intelectual y vienen justificadas por derechos y libertades individuales.

### La armonización europea del sistema de excepciones

La Directiva (art. 5 DDASI) establece una lista con **carácter exhaustivo o cerrado**, de manera que no puede haber más excepciones que las previstas. No obstante, salvo una excepción obligatoria (art. 5.1), las otras excepciones recogidas son un elenco de posibilidades: tendrán que ser los Estados los que decidan qué excepciones admiten y cuáles rechazan. En resumidas cuentas, poca armonización se puede esperar.

Aquí no hay espacio para un análisis detallado de los límites (art. 31 a 40 ter TRLPI), pero de manera muy resumida, podríamos agrupar en función de la finalidad/interés que protegen, aun siendo posible que en alguno de ellos confluyan dos o más de tales finalidades:

#### a) Excepciones a favor del derecho de información.

Se trata de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido (art. 20.1 CE). Ya que la información raramente consiste en hechos o datos desnudos, sino que adopta una forma expresiva que, si es original, será objeto de propiedad intelectual, se imponen algunos límites:

- **Trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social** (art. 33.1 TRLPI). En todo caso tendrán que citarse la fuente y el autor. Éste, además, tendrá que percibir una remuneración.
- **Conferencias, alocuciones e informes pronunciados en público** (art. 33.2 TRLPI).
- **Obras susceptibles de ser vistas u oídas con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de actualidad** (art. 35.1 TRLPI). La obra afectada no tiene en sí ningún interés informativo, simplemente "estaba allí" y se ve o se oye de forma incidental.
- **Recopilaciones periódicas en forma de reseñas o revistas de prensa** (art. 32.1, párrafo 2.º TRLPI). El objeto de la reseña o revista de prensa es dar cuenta de manera breve y concisa de lo más relevante que se ha publicado en otros medios en un periodo determinado. En este caso, la actualidad no es un requisito de la información. No obstante, con la transposición de la Directiva se redujo drásticamente esta excepción en lo relativo a las recopilaciones de artículos periodísticos con fines comerciales (*press-clipping*).

#### Google News cierra

A mediados de diciembre de 2014, antes de entrar en vigor la reforma, Google News cerró el servicio de agregación de noticias en España. Los periódicos han reconocido la pérdida de visitantes (un 30% por los periódicos grandes, miembros de AEDE, el porcentaje es muy superior para los diarios pequeños) y las noticias siguen siendo accesibles a través del buscador "normal" (tanto de Google como de otros).

#### Press-clipping

El autor del artículo periodístico puede prohibir el *press-clipping* y someterlo a su autorización. Si no lo prohíbe, tiene derecho a ser compensado económicamente.

#### La "tasa Google"

No es ninguna tasa, ni afecta solo a Google; es una autorización legal para agregar noticias *online*, a cambio de una compensación equitativa.

- La Ley 21/2014 contiene una sorpresa de última hora: la llamada "**tasa Google**". Consiste en un nuevo límite en el art. 32.2 TRLPI que autoriza a los agregadores y motores de búsqueda a enlazar a páginas de noticias de Internet, a cambio de pagar una remuneración equitativa –para los primeros– y de forma gratuita –para los segundos.

### **La llamada "tasa Google"**

La justificación legal de esta disposición es bastante dudosa. Por un lado, porque casi el mismo día que el gobierno español la aprobaba, el TUE resuelve justamente lo contrario: enlazar a obras (en este caso, artículos periodísticos) libremente accesibles en internet no es un acto de explotación (comunicación) pública que requiera de la autorización del titular (caso Svensson C-466/12). Si no hay acto de explotación, no es necesaria (ni está justificada) la autorización ni la remuneración –al menos, no al amparo del derecho de autor.

Por otro lado, es cuestionable que el nuevo límite se ajuste a la obligación prevista en el art. 10.1 del Convenio de Berna –del que España es miembro– cuando autoriza expresamente dentro del límite de cita "las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa".

Además, parece que no se tuvo en cuenta que un año antes en Alemania una reforma similar había tenido poco éxito: la ley reconoció formalmente a los editores de prensa un derecho (conexo, vecino, no de autor) para autorizar o prohibir la agregación de sus contenidos, pero hoy por hoy los editores siguen permitiendo la agregación sin exigir ninguna remuneración a cambio.

Por otra parte, el **texto de la disposición es tan amplio y ambiguo** que podría ser de aplicación no solo a los agregadores de noticias, tal como –parece ser– va dirigido el límite, sino también a cualquier web o persona que enlace a contenidos (de todo tipo) protegidos accesibles *online*.

Ambos límites hablan de agregadores/motores de búsqueda de "contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento". Esto puede afectar a los contenidos periodísticos pero también de otro tipo. No queda nada claro cuáles son los agregadores que tendrán que pagar: únicamente los que ofrecen servicios de "*press-clipping*" de nueva generación (i.e., enlazando directamente a la noticia en lugar de reproducir el texto entero), o también los servicios de agregación de noticias "gratuitos" como Google News o Yahoo o incluso cualquier blogger o página web que permita la agregación de contenidos, tales como Menéame o Feedly, etc.

También es confusa la referencia a "fragmentos no significativos", ya que el enlace no se hace a un fragmento (y menos aún, uno no significativo) sino a la obra entera (en la página web de origen). Y, en todo caso, si el agregador o motor de búsqueda utiliza algún fragmento es justamente al reproducirlo por activar el enlace –y habría que ver si los fragmentos que se utilizan son "no significativos" (a menudo, se utiliza el título de la noticia o la foto entera, que difícilmente será un "fragmento no significativo").

Tampoco queda claro si los motores de búsqueda excluidos de pago son solo los de noticias (Google News) o también los genéricos (Google) y si lo tienen que ser solo de "palabras aisladas" o también pueden ser buscadores de frases enteras (la referencia a "palabras aisladas" no es muy acertada para explicar qué es un buscador de internet). Tampoco es acertada la condición de que no tengan "finalidad comercial propia"... Quizás el usuario no paga por hacer la búsqueda pero, ¿y si la página web del buscador incluye anuncios de terceros, que pagan por anunciarse?

Tampoco queda justificada, al menos desde la lógica normativa, la exclusión expresa de las fotografías, especialmente cuando las películas y documentales sí en principio quedan incluidos.

Y por último, es preocupante también la lectura inversa que se puede derivar de esta enrevesada disposición: ¿los enlaces por parte de motores de búsqueda de contenidos que no queden cubiertos por la autorización legal del art. 32.2 TRLPI quedan sujetos a la previa licencia del titular? ¿O los enlaces por parte de individuos o empresas que no sean ni agregadores ni motores de búsqueda también necesitan la previa licencia del titular del contenido enlazado?

Además, es una **compensación irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria**. Si bien tiene lógica que estos dos condicionantes vayan juntos (si solo se puede gestionar de manera colectiva, no se puede renunciar a la compensación), es difícil de justificar que la ley obligue colectivamente a una compensación, cuando se podría fácilmente negociar y gestionar una remuneración (e incluso, renunciar) de manera individual, según la conveniencia o necesidad de cada titular. Tampoco queda claro cómo se negociará y establecerá esta compensación, de forma colectiva, ni cuáles serán los beneficiarios (el art. 32.2 habla genéricamente de "editores o titulares").

Es curioso que esta medida se inserte justamente en el art. 32 TRLPI, después del límite de cita y de la especificidad del *press-clipping*, y sin modificarlas en ningún extremo. Se crea así un triple límite de cita: la genérica y gratuita, el *press-clipping* y los enlaces a noticias *online*.

También hay que tener en cuenta que esta disposición apareció como sorpresa de última hora, en el proyecto de ley aprobado por el Consejo de Ministros el 14 de febrero de 2014. No venía recogida en ninguno de los diferentes borradores de anteproyecto que fueron trabajados y enviados al informe preceptivo de los diferentes órganos consultivos y asesores, previamente a la introducción del proyecto de ley en las Cortes. A pesar de la gran repercusión mediática y que algunas enmiendas parlamentarias pedían que fuera eliminada del proyecto de ley, la medida fue aprobada tal como fue redactada (parecer ser, precipitadamente) por el gobierno.

La mayoría de los servicios de agregación de noticias son empresas (algunas, muy lucrativas), pero es innegable que estos servicios son instrumentos valiosísimos para facilitar el acceso a la información, derecho fundamental de los ciudadanos. Además, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia recordó al Gobierno los efectos anticompetitivos que esta medida podría causar en el mercado. Más allá de las consideraciones de propiedad intelectual, es innegable que los agregadores aportan un volumen de tráfico considerable en las webs de los diarios (especialmente, los pequeños) y que son un instrumento eficaz para asegurar el derecho fundamental de acceso a la información a la era digital.

## b) Excepciones a favor de la libertad de expresión.

El mismo artículo 20.1 CE en su apartado a) reconoce otro derecho no menos esencial en las sociedades civilizadas: la libertad de expresar pensamientos, ideas y opiniones. El art. 20.1.a) CE juega a favor de los autores, dando carácter fundamental al derecho a crear; pero también en su contra, en la medida en que justifica ciertas excepciones a la exclusiva del autor:

- La **cita** (art. 32.1 párrafo 1.º TRLPI). El comúnmente llamado *derecho de cita* presenta algunos aspectos seguros y otros sumamente conflictivos. Son seguras la **exigencia de divulgación** (no se puede citar obras no divulgadas) y el **respeto a la atribución** (hay que citar el autor y también la fuente). Debe tratarse de **fragmentos**, excepto en el caso de fotografías y obras plásticas. Las dudas, en cambio, son enormes cuando se habla de inclusión "a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico", y todavía

más cuando se añade que la utilización sólo podrá realizarse "con fines docentes o de investigación". Obviamente, esta precisión final restringe enormemente el espacio para la cita, porque parece que si el análisis, comentario o juicio crítico no se producen en el marco de la docencia o la investigación, no serán lícitos. Por lo tanto, si no se quiere dejar en nada este límite, no queda más remedio que hacer una interpretación flexible de los términos *docencia* e *investigación*.

- La **parodia** (art. 39 TRLPI). Se recoge aquí una de las excepciones más notables a los derechos del autor, tanto en extensión e intensidad (porque abarca el derecho de transformación) como en la dificultad de delimitar qué se entiende por *parodia*. Está permitida, sin autorización del autor, la parodia de cualquier obra que no haya sido divulgada lícitamente mientras no se cause perjuicio ni al autor ni a la obra original, ni haya riesgo de confusión con ésta. La parodia no siempre será humorística ni irá necesariamente dirigida a parodiar la obra o al autor utilizado (es la llamada parodia indirecta o *weapon*). El objetivo principal del límite de parodia es asegurar, precisamente, los mismos derechos fundamentales que justifican el derecho de autor: la libertad de creación y de expresión.

### c) Excepciones a favor de la docencia y la investigación.

Aquí se incluye alguno ya conocido (la cita) junto con otros nuevos:

- La **cita** (art. 32.1 párrafo 1º. TRLPI). La posibilidad de citar obras ajenas divulgadas se justifica en nuestro derecho por la presencia de finalidades docentes o de investigación.
- **Reproducción con fines de investigación y de conservación** (art. 37.1 TRLPI). Los museos, bibliotecas, fonotecas, hemerotecas y archivos de titularidad pública o que, incluso sin serlo, estén integrados en instituciones de carácter cultural o científico, podrán realizar libremente reproducciones "para fines de investigación", siempre sin ánimo de lucro.
- **Utilización de bases de datos para ilustración de la enseñanza o para investigación científica** (art. 34.2, b TRLPI). Es éste un límite incluido en nuestra Ley con ocasión de la incorporación de la Directiva sobre bases de datos. Su contenido y alcance no son de fácil determinación a partir de la letra de la Ley, que acoge una formulación muy amplia. Se habla de *utilización*, término que puede incluir cualquier acto (reproducción, distribución, comunicación...). Las únicas restricciones derivan de la finalidad (enseñanza o investigación) y de la ausencia de un "objetivo comercial".
- **Utilización de "pequeños fragmentos" de obras para ilustración de la enseñanza por parte del profesorado de educación reglada** (art. 32.3 TRLPI). Se trata ésta de una nueva excepción incorporada por la Ley

#### Conservación

La Ley 23/2006 añade los fines de conservación a las reproducciones permitidas por el artículo 37.1 TRLPI.

#### CEDRO

Al tratarse de publicaciones, esto apunta exclusivamente a CEDRO, la entidad de gestión de autores y editores de obras literarias.



23/2006 y que ahora se ha modificado por la Ley 21/2014. Este límite a favor de la educación reglada ya nació insuficiente: solo cubría la educación reglada en contextos presenciales y con un alcance ("pequeños fragmentos") aún más reducido que el "derecho de cita". La Ley 21/2014 amplía este límite por una doble vía: para cubrir también la educación a distancia (incluida la línea) y para beneficiar también los centros públicos de investigación; siempre asegurando que estos usos se realizarán únicamente en el centro y que solo serán accesibles para los estudiantes o los investigadores de este. Aún así, el límite sigue sin dar respuesta a las necesidades del sector educativo en general.

- **Uso parcial de publicaciones en universidades y centros públicos de investigación** (art. 32.4 TRLPI). Además, la Ley 21/2014 introduce un nuevo límite a favor de universidades y centros públicos de investigación para autorizar el uso parcial de publicaciones (un capítulo de libro, un artículo de revista, el 10% o extensión equivalente) a cambio de una remuneración equitativa, sujeta a gestión colectiva obligatoria.

### **CEDRO y las universidades**

Es plausible que la explicación de este nuevo límite sea el enfrentamiento que esta entidad de gestión ha mantenido con el sector universitario, reacio a obtener la correspondiente licencia para el uso de obras protegidas en sus intranets, y que se ha saldado con tres demandas (contra la UB, la UAB y la Universidad Carlos III), y dos sentencias condenatorias con elevadas indemnizaciones por infracción de la propiedad intelectual (una de las cuales confirmada e incluso se incrementó la indemnización en apelación). Esto significa que las universidades tendrán que pagar por estos usos (deberán acordar una tarifa con CEDRO y, a falta de acuerdo, la fijará la Comisión de la Propiedad Intelectual), pero también que ni autores ni editores pueden prohibir estos usos o licenciarlos aparte.

Nuevamente se trata de una reforma incompleta –en la medida en que solo afecta a las publicaciones y a las universidades–, que desaprovecha el amplio margen de maniobra que ofrece el art. 5.3 (a) DDASS y que, por ello, queda lejos de los límites para fines educativos y de investigación existentes en otros países europeos.

### **d) Excepciones a favor del derecho de acceso a la cultura**

- **Préstamo bibliotecario** (art. 37.2 TRLPI). La excepción afecta en este caso al derecho de distribución, en su modalidad de préstamo. El elenco de beneficiarios es muy amplio, aunque no deje de estar determinado:

"museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español".

#### **La remuneración por el préstamo público**

La excepción inicialmente no preveía la remuneración del autor. Se trata de una excepción o límite nacida en principio para las bibliotecas y los libros que, no obstante, ha ampliado su ámbito a todo tipo de obras. Su justificación histórica es clara: evitar que la

#### **Registro en la OAMI**

El resultado de las investigaciones diligentes realizadas por las instituciones europeas se registrará en la base de datos de la OAMI:  
<https://oami.europa.eu/orphanworks/>

falta de medios se convierta en una barrera insalvable para el acceso a la cultura. Pero, una vez más, no falta la polémica: ¿Por qué los autores –y titulares– tienen que financiar la cultura? ¿Por qué no se les compensa al menos?

La UE condenó a España (y también a Italia, Irlanda y Portugal) por infracción de la normativa UE, al permitir el préstamo público de libros, etc., sin remuneración ni autorización de los titulares de derechos. La Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas, introduce una remuneración a los autores por el préstamo público de sus obras, que será gestionada por las entidades de gestión colectiva (art. 39.2 TRLPI). En ese momento, se estableció una remuneración provisional (de 20 céntimos por ejemplar adquirido) mientras que se estableciera una remuneración mejor ajustada. Finalmente, por Real Decreto 624/2014, de 18 de julio, se reglamenta más en detalle cómo se hará esta remuneración por el préstamo público.

- **Acceso a la cultura y derecho de inédito** (art. 40 TRLPI). Ya hemos mencionado el debilitamiento *post mortem* del derecho moral de divulgación en su faceta negativa (no divulgar). Cuando, muerto el autor, sus derechohabientes se niegan a divulgar la obra, "el juez podrá ordenar las medidas adecuadas" para dar satisfacción al derecho de acceso a la cultura reconocido en el art. 44 CE.
- **Algunos usos permitidos de obras huérfanas** (art. 37bis TRLPI). Otro de los límites introducidos por la Ley 21/2014, en virtud de la transposición de la Directiva 2012/28/UE, de 25 de octubre, permite a bibliotecas, museos y archivos públicos **digitalizar y poner a disposición del público en Internet obras "huérfanas"** –obras de autor desconocido o ilocalizable, después de haber realizado una "búsqueda diligente"– que tengan en sus colecciones.

### El problema de las obras huérfanas

El problema de las obras huérfanas es uno de los principales escollos para la difusión en línea de las obras depositadas en museos, archivos y bibliotecas y para la construcción de agregadores culturales como Europeana (<http://www.europeana.eu>). La intención de la Directiva es buena, pero las medidas establecidas se quedan cortas de resolver el problema. Actualmente, la ley autoriza estas instituciones a escanear obras en su haber para fines de conservación, pero no a su difusión en línea. Por lo tanto, cuando una institución cultural quiere escanear y colgar en su web una obra protegida incluida en su catálogo, necesita obtener la autorización de su autor o titular. Conseguir esta autorización es imposible cuando el autor o titular es desconocido o, conociéndolo, no se le puede localizar. En estos casos, el cumplimiento de la Ley de la Propiedad Intelectual se convierte en un obstáculo para la difusión y el acceso cultural e incluso, frustra eventuales oportunidades de comercialización de estas obras.

Para superarlo, la Directiva autoriza a estos centros a digitalizar y colgar *online* las obras "huérfanas" que tengan en sus colecciones -después de haber realizado sin éxito una "búsqueda diligente" del titular- y salvaguardando la posibilidad de que este aparezca en cualquier momento y ponga fin a esta difusión. La habilitación legal termina aquí; no se permite ningún otro uso, ni por parte de las bibliotecas ni por parte de terceros. Se dejan, pues, sin respuesta las opciones de explotación por parte de agentes en el mercado (como productores de cine o editores, pero también productores de documentales o editores escolares) interesados en utilizar estas obras –normalmente, de gran valor informativo, histórico y cultural– para fines comerciales o también para fines educativos, informativos, etc.

En otros países –como, por ejemplo, el Canadá– se han habilitado mecanismos para la autorización gubernamental de estos usos, en beneficio de todos: el autor o titular, el agente que realiza la explotación y, en general, la sociedad que podrá conocer más fácilmente estas obras "huérfanas". Algunas entidades de gestión ya están trabajando para

ofrecer algún tipo de licencia colectiva que cubra la explotación de estas obras que, siendo "huérfanas" no están en su catálogo colectivo.

**e) Excepciones en favor de invidentes** (art. 31.3 TRLPI). En este caso hay un objetivo inmediato: discriminar positivamente a los que sufren una minusvalía y facilitar la creación de vías específicas para el disfrute de las obras.

**f) Excepciones destinadas a satisfacer el correcto funcionamiento del Estado y las instituciones públicas.** Según el art. 31.1 TRLPI, es lícita la reproducción sin autorización de obras ya divulgadas "como consecuencia o para constancia en un procedimiento judicial o administrativo".

**g) Excepciones en favor de los usuarios legítimos.** Con ellas se pretende facilitar que un uso o utilización lícita –por contar con autorización del titular o de la ley– pueda llevarse a cabo, evitando su bloqueo por los derechos exclusivos que conserva el autor o titular:

- **Utilización de bases de datos** (art. 34.1 TRLPI). "El usuario legítimo" de una base de datos (se piensa sobre todo en las electrónicas) tiene que poder realizar "todos los actos que sean necesarios para el acceso al contenido de la base de datos y su normal utilización por el propio usuario, aunque estén afectados por cualquier derecho exclusivo" del autor. Si usar una base de datos exige la realización de copias efímeras en el ordenador o incluso la realización de una copia estable por parte de la base (por ejemplo, el programa), el usuario –legítimo– no necesitará ninguna autorización adicional.
- **Utilización de cable y satélite para llevar a cabo una comunicación pública autorizada** (art. 36.1 y 2 TRLPI). Cuando alguien ha sido autorizado a comunicar públicamente una obra mediante su emisión, puede transmitirla también por cable, de manera simultánea e íntegra, sin exceder la zona geográfica prevista en la autorización.
- **Copia técnica a efectos de radiodifusión** (art. 36.3 TRLPI). Cuando se cede el derecho de comunicación pública de una obra para su radiodifusión, el cesionario está autorizado por la ley a efectuar una copia técnica para hacerla posible. La copia o registro tendrá que llevarla a cabo la entidad "por sus propios medios" y únicamente para realizar "una sola vez" la comunicación pública autorizada.

**h) Casos de justificación dudosa o difícil.** Se trata de hipótesis heterogéneas. Pero algunas de ellas resultan muy importantes.

- **Obras situadas permanentemente en vías públicas** (art. 35.2 TRLPI). Estas obras "pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales".

- **Música en actos oficiales y ceremonias religiosas** (art. 38 TRLPI). Éste es, probablemente, el más indefendible de los límites al derecho de autor. No se vislumbra qué razones pueden haber llevado a aceptarlo. Ni siquiera en el caso de las ceremonias religiosas es posible salvarlo acudiendo, por ejemplo, al derecho de libertad religiosa y de culto. El límite afecta a todo tipo de música y no da lugar a ninguna remuneración.

#### i) **Copia privada** (art. 31.2 y 34.2 (b) TRLPI).

La cuestión de la **copia privada** era irrelevante en la época de los manuscritos o incluso de las máquinas de escribir. Lo dejó de ser cuando aparecieron las fotocopiadoras, los vídeos y las grabadoras de sonido o imagen. Ahora, con la tecnología digital la **copia privada** ha adquirido una gravedad inusitada.

La copia privada (normalmente entendida como acto de mero uso) se perfila así como **un acto que compite con la normal explotación de la obra**; incluso si nos limitamos a hacer copias para nosotros (y no, como es tan frecuente, también para amigos, parientes y compañeros de trabajo) estamos compitiendo con la normal explotación de la obra. ¿Qué hacer? Una posibilidad sería prohibir la copia privada; otra, prohibir o ilegalizar los aparatos susceptibles de utilizarse para este tipo de copias. Ambas soluciones parecen absurdas, de imposible puesta en práctica y, probablemente, lesivas de otros derechos. La solución más sensata pasa por no prohibir ni el acto ni los medios y buscar procedimientos alternativos que minimicen los daños; o en otras palabras, procedimientos para que los autores y titulares participen de las industrias emergentes. Esta es la solución más extendida y la que adopta nuestra ley en línea con la normativa de la UE.

El art. 31.2 TRLPI legitima copia privada (no la prohíbe: ni la analógica ni la digital). A cambio, la sujeta a una compensación a favor de los titulares. Justamente, la copia privada y su compensación es uno de los temas que se ha visto modificado por la Ley 21/2014. Ahora veremos los aspectos más relevantes.

En España, ya desde 1987, la Ley de la Propiedad Intelectual permitía la realización de copias privadas a cambio de una compensación equitativa a favor de autores y titulares (artistas, editores, productores). Tanto el alcance de lo que se considera "copia privada" autorizada por ley (y, por tanto, lícita) como el formato y cuantía para su compensación han sido objeto de revisión continua en nuestro país.

Hagamos un poco de historia. La LPI de 1987 permitía que las obras ya divulgadas se pudieran reproducir sin autorización del autor "para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa" (art. 31.2 TRLPI).

#### **La compensación por copia privada**

Debe ser "equitativa" y no compensa -ni lo pretende- para cada copia privada efectivamente realizada.

El art. 5.2b) DDASS (2001) prevé que los Estados miembros incluyan en sus leyes nacionales límites que permitan la reproducción " **en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales**, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa...".

La Ley 23/2006 reforzó la copia privada "en cualquier soporte", es decir, también se permite la copia privada digital- pero a la vez restringió su alcance:

"No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25" (art. 31.2 TRLPI).

Su compensación se hacía efectiva a través de un **canon aplicado a equipos, aparatos y soportes que fueran "idóneos" para realizar copias privadas** (art.25 TRLPI). Esta compensación era (y es) de gestión colectiva obligatoria: solo las entidades de gestión están habilitadas y obligadas a recaudar y repartir por este concepto, y deben hacerlo de manera conjunta (recaudando uno en nombre de todas). Aunque en principio hay que hacer copias privadas de cualquier tipo de obra o prestación, la compensación solo llega a las obras divulgadas en forma de libro o publicación asimilada, en forma de fonograma y de vídeo, u otro soporte sonoro, visual o audiovisual.

### **El canon compensatorio**

Con el sistema del canon compensatorio, la tarifa del canon se establecía en función de la capacidad de copia del equipo, aparato o soporte, y variaba según fuera analógico o digital. Los deudores (obligados al pago) eran los fabricantes o importadores de estos equipos, aparatos o soportes –aunque a nadie se le escapa que el canon se repercutía al consumidor a través del precio de venta (el TJUE en el caso C-462/09, Stichting Thuiskopie v. Opus Supplies aceptó como conforme el derecho comunitario que el intermediario obligado al pago del canon el repercutiera sobre el consumidor final).

El art. 25 TRLPI recogía tarifas para los medios analógicos, como 200 € por cada fotocopiadora con una capacidad de copia superior a 50 copias por minuto, 6,61 € por aparato reproductor/grabador de vídeo, 0,18 € por cada hora de grabación de una cinta de audio o 0,30 € por hora de grabación de cinta de vídeo.

Las tarifas para los medios digitales se recogían en la Orden PR 1743/2008, de 18 de junio: 227 € por cada impresora/copiadora digital con una capacidad de impresión/copia superior a 50 copias por minuto, 9 € por escáner, 10 € por cada aparato multifunción láser, 3,40 € por aparato reproductor/grabador de DVD (0,60 € para el aparato de CD), 0,22 € por cada hora de grabación de una cinta de audio (en soporte regrabable) o 0,60 € por hora de grabación de cinta de vídeo (en soporte regrabable), 0,30 € por cada soporte de memoria USB, 3,15 € por unidad de MP3 o MP4, 1,10€ por teléfono móvil o PDA con función mp3 y 12 € por unidad de almacenamiento (disco duro) integrado o no.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C-467/08) en el caso Padawan v. SGAE **validó el sistema del canon compensatorio** estableciendo que la "compensación equitativa" es un concepto armonizado en la UE y que debe existir un "**justo equilibrio**" entre la compensación y el daño derivado del perjuicio causado (por la autorización legal de la copia privada). El TJUE concluyó que el canon basado en equipos, aparatos y soportes debe

simplemente ir ligado al "uso presumible" que se haga (no es necesario tener en cuenta el uso efectivo), no siendo, en cambio, según la Directiva la aplicación indiscriminada del canon a empresas y profesionales que los adquieren para fines ajenos a la copia privada.

Este sistema de compensación fue **derogado por el Real Decreto Ley 20/2011**, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, y sustituido por una compensación "**con cargo a los presupuestos generales del Estado**". No se suprimió la copia privada, ni siquiera su compensación; simplemente se modificó el régimen de la compensación que pasó de ser soportada por los consumidores que adquirirían equipos, aparatos y soportes "idóneos", a formar una partida presupuestaria del erario público.

### **La compensación con cargo a los presupuestos generales del Estado**

Una vez desmantelado el sistema de compensación mediante canon, y sustituido por una compensación estatal, el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, reguló el establecimiento de la cuantía compensatoria y su distribución entre las diferentes entidades de gestión afectadas (ya que la compensación sigue teniendo carácter irrenunciable y es de gestión colectiva obligatoria). Desde entonces, la cuantía compensatoria se establece anualmente por Orden Ministerial: 8.636.728 € para 2012, 5.000.000 € para el 2013 y la misma cantidad para 2014, prevista en la Ley de presupuestos de 2015. Estas cantidades quedan muy lejos de los más de 100 millones de euros que las entidades de gestión recaudaron en 2011 mediante el canon compensatorio por copia privada.

Con la **Ley 21/2014**, se aprovechó para redactar de nuevo los artículos 25 y 31.2 TRLPI, consolidando las modificaciones legales acaecidas hasta la fecha, pero también para **restringir el alcance de la copia privada a la mínima expresión**.

#### **Art. 31.2:**

"2. Sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias, constitutivas del límite legal de copia privada:

a) Que se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales.

b) Que la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita. A estos efectos, se entenderá que se ha accedido legalmente y desde una fuente lícita en la obra divulgada únicamente en los siguientes supuestos:

1º) Cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil.

2º) Cuando se realice una reproducción individual de obras en las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido esta reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada.

c) Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio.

3. Quedan excluidas de lo dispuesto en el anterior apartado:

a) Las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público de acuerdo con el artículo 20.2.i), de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el

lugar y momento que elija, autorizándose, de acuerdo con lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra.

b) Las bases de datos electrónicas.

c) Los programas de ordenador, en aplicación de la letra a) del artículo 99".

Así pues, en virtud del nuevo art. 31.2 TRLPI, la copia privada solo consigue aquellas copias que se hagan por una persona física, sin asistencia de terceros, exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, sin fines directa ni indirectamente comerciales, a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita, es decir: a partir de ejemplares comprados por el propio usuario o de obras difundidas por radio o televisión (y estas últimas, no serán compensadas). De esta manera, se justifica -aunque sea indirectamente- la drástica reducción de su compensación.

El art. 25 TRLPI contiene un par de disposiciones que pueden tener efectos sobre el alcance de la copia privada del art. 31.2 TRLPI:

#### Art. 25:

4. A efectos de la determinación de la cuantía de la compensación equitativa, no tendrán la consideración de reproducciones para uso privado:

a) las realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital adquiridos por personas jurídicas, que aquellos, de hecho ni de derecho, a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de la realización de copias privadas;

b) las realizadas por los que cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras y prestaciones protegidas en el ejercicio de su actividad, en los términos de la autorización.

5. No darán origen a una obligación de compensación aquellas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho de reproducción haya sido mínimo, que se determinarán reglamentariamente. En todo caso, no dará origen a una obligación de compensación por causar un perjuicio mínimo la reproducción individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras en las que se haya accedido mediante actos legítimos de difusión de la imagen, del sonido o de ambos, para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno.

#### **La copia privada no compensada... ¿o la copia que no es privada?**

En otras palabras, no queda claro si estamos ante supuestos de copias que no se consideran "privadas" (en este caso, esta disposición debería estar en el art. 31 en lugar del art. 25) o de copias que pueden ser consideradas "privadas" -si cumplen las condiciones previstas por el art. 31.2 TRLPI- pero que no darían lugar a ninguna compensación. Posiblemente el apartado 4 se refiere a copias que no deberían tener la consideración de privadas, y el apartado 5 se refiere a copias privadas que no generan obligación de compensación. En cualquier caso, la técnica de redacción normativa podría haber sido más afinada.

La restricción de la copia privada y su sistema de compensación plantea diferentes **interrogantes y cuestiones** para el debate:

- ¿Puede ser "equitativa" la compensación que se realiza con cargo a los presupuestos generales del Estado?

- ¿Es de esperar que los usuarios y consumidores dejarán de realizar copias que tradicionalmente quedaban amparadas por este límite legal, para no incurrir en una infracción de la propiedad intelectual?
- En cualquier caso, es importante tener presente que la copia privada y su compensación no están pensadas ni sirven para compensar por las pérdidas generadas con la infracción y "piratería digital". La compensación sirve para reparar únicamente y equitativamente el daño causado por las copias privadas que se hacen al amparo de la ley (art. 31.2 TRLPI), no para compensar por las pérdidas por la "piratería" o infracción de la propiedad intelectual.

También hay que tener presente que la Comisión Europea pretende llevar a cabo una armonización del concepto de copia privada y de su compensación. Además, el Tribunal de Justicia de la UE debe resolver diferentes cuestiones prejudiciales en relación con la copia privada y su compensación (cuestiones C-572/13 y C-470/14); esta última planteada por EGEDA preguntando, en concreto, si el sistema de compensación con cargo a los presupuestos generales del Estado se ajusta a la normativa comunitaria y, de ser así, si la fijación de la cuantía compensatoria dentro de los límites presupuestarios del Estado puede considerarse "equitativa" -tal como exige la normativa comunitaria y nacional.

#### **Recurso de inconstitucionalidad**

El recurso de inconstitucionalidad nº. 681-2015, planteado por el Grupo Parlamentario Socialista, también impugna el régimen de compensación con cargo a los presupuestos generales del Estado. Será interesante ver cómo se pronuncian los dos Tribunales (europeo y constitucional) al respecto.

**j) La ejecución pública de obras de arte.** Como ya apuntábamos, la propiedad del soporte que contiene la obra no conlleva ningún derecho de explotación (art. 56 TRLPI). La única excepción la recoge este mismo artículo 56, que permite al titular de la obra de arte plástica o fotográfica exhibirla públicamente.

#### **La exhibición pública de obras de arte**

Los museos o un particular pueden exhibir los cuadros de su colección, pero no pueden –por la simple propiedad (civil) de la obra– autorizar su reproducción o comunicación pública de otro modo, a menos que les hayan sido cedidos estos derechos por contrato.

**k) El *three-step test* y la interpretación de los límites.** Para evitar que un uso espurio de los límites rompa el frágil equilibrio entre titulares y usuarios se ha añadido una cláusula general de salvaguardia como cierre del sistema. Se trata de la denominada **regla de los tres pasos** o *three-step test*, recogida en el art. 40 bis TRLPI:

"Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vaya en detrimento de la explotación normal de las obras a las que se refieran."

#### **El three-step-test**

Este test debe ayudar a interpretar y aplicar correctamente los límites/excepciones en los casos concretos.



Sin embargo, tal como nos recuerda la jurisprudencia –nacional y europea–, en la interpretación de los límites legales a los derechos exclusivos del autor se debe tener en consideración no solo el criterio de interpretación restrictiva contenido en la regla de las tres etapas, sino también **otros criterios hermenéuticos**, tales como:

- El principio de "**interpretación conforme**": las normas comunitarias deben ser interpretadas "en conformidad" con las obligaciones convencionales, como el CB, y –a su vez– las normas nacionales deben ser interpretadas "en conformidad" con la normativa de la UE.
- El principio de "proporcionalidad" o "**justo equilibrio**" entre los derechos e intereses en conflicto.
- El criterio de la **interpretación "teleológica"** (o funcional): "la interpretación de estos requisitos debe permitir igualmente salvaguardar el efecto útil de la excepción así establecida y respetar su finalidad".
- **Los principios generales del derecho**: la propiedad intelectual -como cualquier otra propiedad- queda sujeta a la "finalidad social" de la propiedad (art. 33 CE) y a los principios generales del derecho (art. 7 CC) como la buena fe, la prohibición de abuso de derecho o su ejercicio antisocial.

#### La "interpretación conforme"

*Promusicae (C-275/06), Pain (C-145/10), Premier League (C 403/08 y C 429/08), Sgae (C-306/05).*

#### La interpretación "funcional" y la "proporcionalidad"

*TUE Pain (C-145/10), Premier League (C 403/08 y C 429/08), Deckmyn (C -201/13).*

#### Art. 7 C. Civil:

- 1) Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.
- 2) La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.

#### Megakini

Viña. Pedragosa v. Google España, STS (Sala Civil) n. 172/2012, de 3 de abril de 2012. El TS concluyó que las pretensiones del demandante –de cerrar el servicio de buscador de Google por infracción de la Propiedad intelectual– era manifiestamente abusiva y contraria a los principios generales del derecho.

### 1.5.3. Las medidas tecnológicas

Otro aspecto básico en materia de límites, ya apuntado al comentar la copia privada, afecta a la relación de éstos con las **medidas tecnológicas**. Por primera vez, la tecnología puede bloquear eficazmente el acceso a las obras, de manera tal que las excepciones legalmente previstas podrían resultar impracticables. Los derechos e intereses subyacentes no se pueden abandonar a la dictadura tecnológica. En este objeto, la ley quiere asegurar la efectividad de algunas excepciones (art. 161 TRLPI). Veámoslo con más detalle.

- a) El artículo 6.3 DDASI define lo que son las "medidas tecnológicas eficaces". Se entiende por medida tecnológica (art 160.3 TRLPI):

"Toda **técnica, dispositivo o componente** que, en su funcionamiento normal, esté destinado a **impedir o restringir** actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos [...]."

La medida tecnológica es eficaz cuando:

"El uso de la obra o prestación protegida esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un **control de acceso** o de un procedimiento de protección, por ejemplo codificación [...] o un mecanismo de **control del copiado** que consiga este objetivo de protección."

En relación con los dos tipos de medidas tecnológicas eficaces (de control de acceso y de control de copia), **se prohíben dos tipos de actividades:**

- La **elusión** de medidas tecnológicas eficaces "cometida por una persona a sabiendas o teniendo motivos razonables para saber que persigue este objetivo" (art. 160.1 TLRPI).
- Ciertos **actos preparatorios** destinados a la elusión de medidas tecnológicas eficaces: "Fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad para la venta o el alquiler, o posesión con fines comerciales de cualquier dispositivo, producto o componente o la prestación de servicios..." destinados a eludir la protección de las medidas tecnológicas eficaces (art. 160.2 TLRPI).

#### Los actos preparatorios

Los actos preparatorios, en cambio, siempre serán constitutivos de infracción: tanto si tienen como resultado permitir un acceso lícito o ilícito a obras (o no obras). El tiempo se encargará de comprobar la bondad (o no) de esta norma.

Así pues, la intencionalidad (mejor dicho, el conocimiento de que se comete una infracción) sólo es exigible para la elusión de las medidas tecnológicas, no para los actos preparatorios.

**b)** Ahora bien, de la misma manera que el monopolio de propiedad intelectual que se concede al autor sobre su obra no es absoluto, la protección de las medidas tecnológicas contra la elusión (o los actos preparatorios destinados a ella) tampoco es absoluta.

Las medidas tecnológicas (tanto las de control de acceso como las de control de copia) quedan sujetas a las **excepciones** previstas con carácter general por las leyes de propiedad intelectual.

Al ser un sistema de compromiso que pretende contentar a todas las partes, el sistema para asegurar la eficacia de las excepciones, es verdaderamente complicado:

1) En primer lugar, se prevé que sean los titulares de derechos los que establezcan las condiciones para hacer posible que los usuarios realicen aquellos usos que quedan permitidos por la ley sin su autorización (excepciones).

2) En su defecto, el Estado tendrá que adoptar las medidas necesarias para asegurar que estos usos permitidos sean una realidad. La pregunta es: ¿cómo? (*vid.* art. 161.1 TRLPI). El TRLPI se limita a decir que los beneficiarios (incluidas las organizaciones de usuarios y consumidores) pueden acudir a la jurisdicción para reclamar las contramedidas a la hora de llevar a cabo los actos de explotación legalmente autorizados (art. 161.2 TRLPI).

En cualquier caso, la protección de las medidas tecnológicas no habría de sobrepasar la protección de las obras (y otros materiales protegidos). Así, por ejemplo, una vez la obra se encuentre en el dominio público (y no esté protegida por el derecho de autor), la elusión de una medida tecnológica de control de acceso o de copia no tendría que constituir infracción. De la misma manera, aunque nada prohíbe el uso de medidas tecnológicas para controlar el acceso o la copia de contenidos no protegidos, su elusión sería constitutiva de infracción. Sin embargo, se trata de un asunto muy polémico porque, a menudo, obras protegidas y no protegidas pueden formar parte del mismo producto.

Finalmente, es importante repetir que, de acuerdo al artículo 161.5 TLRPI, esta obligación no será de aplicación en las obras o prestaciones que se pongan a disposición del público (por Internet) de acuerdo con lo que se ha convenido por medio de contrato, es decir, servicios **interactivos bajo demanda**; en este caso, los términos contractuales prevalecerán sobre cualquier excepción que la ley pueda otorgar en favor del usuario. Se intenta así favorecer el desarrollo de modelos de negocio en la Red.

c) El artículo 162 TLRPI ofrece protección frente a la supresión o alteración de información para la gestión electrónica de derechos, así como frente a la distribución, importación, comunicación o puesta a disposición del público, de obras o prestaciones en las que se haya suprimido o alterado (sin la autorización del titular) la información para la **gestión digital de derechos**.

La protección de las medidas de información para la gestión de derechos es especialmente importante en la concesión de licencias por Internet, pero también para la posibilidad de implementar sistemas de compensación por el uso de obras desde Internet (estas medidas de gestión de derechos permitirían localizar los usos concretos de obras y distribuir, posteriormente, la compensación entre los autores).

## 1.6. El régimen de transmisión de derechos

A continuación, examinaremos las reglas generales de transmisión de los derechos de propiedad intelectual así como el sistema de licencias *Creative Commons*.

### 1.6.1. Reglas generales

Los derechos de explotación pueden ser objeto de transmisión, en conjunto o por separado (son independientes). En el título V TRLPI, se recogen diferentes reglas para la transmisión de derechos, y posteriormente se regulan algunas figuras concretas de cesión de derechos, entre ellas, el contrato de edición (arts. 58 a 73 TRLPI).

#### Los derechos morales

Recordad que los derechos morales son, por definición, intransmisibles (art. 14 TRLPI).

De entre las **disposiciones generales** que tiene que respetar toda transmisión de derechos, hay que destacar las siguientes:

- La transmisión de derechos puede realizarse *mortis causa*, es decir, por testamento, etc.; o *inter vivos*, o sea, por contrato (art. 42 TRLPI).
- La cesión de los derechos de explotación queda limitada al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen (art. 43.1 TRLPI).
- La falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años y la del ámbito territorial, al país en que se realice la cesión. Si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir su finalidad (art. 43.2 TRLPI).
- La transmisión de derechos de explotación no abarca las modalidades o medios de difusión inexistentes o desconocidos en el momento de la cesión (art. 43 TRLPI).
- Es nula la cesión del conjunto de derechos sobre la obra futura; también es nulo el compromiso de no crear alguna obra en el futuro (arts. 43.3 y 4 TRLPI).
- Toda cesión (transmisión de derechos) tiene que formalizarse por escrito (art. 45 TRLPI). La transmisión de derechos puede ser en exclusiva o no. El TRLPI utiliza indistintamente los términos "cesión" y "transmisión" sin que eso tenga ninguna trascendencia a los efectos de exclusividad o no.
- La cesión en exclusiva tiene que otorgarse expresamente con este carácter (art. 48 TRLPI).
- El encargo de una obra no implica una cesión de derechos; ni siquiera derechos de edición (art. 59.2 TRLPI).

Como regla general, la cesión de derechos tiene que compensarse con una **participación proporcional** en los ingresos de la explotación.

Excepcionalmente, en los casos tasados en el artículo 46 TRLPI, es posible pactar como remuneración un tanto alzado sujeto a revisión en caso de que se "produjera una manifiesta desproporción entre la remuneración del autor y los beneficios obtenidos por el cesionario" (art. 47 TRLPI).

#### **El tanto alzado (art. 46 TRLPI)**

Entre los supuestos previstos en este artículo están la "primera o única edición de [...] obras científicas" o "cuando, vista la modalidad de la explotación, haya grave dificultad en la determinación de los ingresos o la comprobación sea imposible o de un coste desproporcionado con la eventual retribución".

Cuando la cesión es en exclusiva, el cesionario tiene la obligación de poner todos los medios necesarios para que la explotación objeto de cesión sea efectiva "según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional, industrial o comercial que se trate" (art. 48 TRLPI). Se trata de una obligación de medios (poner los medios para que la explotación sea posible), no de resultado (asegurar la explotación de la obra).

#### **Licencia de usuario final**

Las modalidades de explotación de los programas de ordenador y de las BBDD han introducido el concepto del usuario legítimo (el usuario que ha obtenido una licencia de uso), rompiendo así la barrera entre los conceptos de explotación y uso, concepto que tradicionalmente había sido ajeno a las leyes del derecho de autor.

La combinación de medidas tecnológicas con las *end-user-license-agreement* (EULA) que el usuario debe aceptar para poder tener acceso a la obra, ha conducido a la aparición de los "**usuarios legítimos**"; un concepto desconocido antes de la llegada de la tecnología digital y cada vez más importante en la explotación de la PI. Las EULA ya no solo se aplican a las obras "inherentemente" tecnológicas –programas de ordenador y bases de datos– para las que se diseñaron, sino también para la explotación del resto de obras "tradicionales" –música, películas, libros, etc.– (pensemos, por ejemplo, en *itunes* o los *e-books*) integrando así el concepto de "usuario legítimo" en la cadena de explotación de la propiedad intelectual.

### **1.6.2. Las licencias *Creative Commons***

El *commons* no equivale al dominio público. Con la licencia CC, el autor autoriza el uso de su obra pero **la obra continúa estando protegida** (no entra en el dominio público); si no lo estuviera, no sería necesaria licencia alguna.

El sistema es muy sencillo: el **autor** que crea una obra y quiere autorizar su uso y explotación al público en general elige alguna de las licencias CC y la identifica con el símbolo CC e indica la licencia elegida.

Cuando un usuario decide utilizar una obra bajo una licencia CC se convierte en **licenciatario** y se compromete a aceptar y respetar las condiciones de la licencia establecida por el autor.







Todas las licencias CC se expresan en **tres niveles de lectura**:

- **Commons deed**: es el nivel más visible (y característico) de la licencia.
- **Legal code**: es la licencia que redactaría un abogado (norteamericano).
- **Digital code**: permite la identificación digital de las obras licenciadas (y las condiciones) por motores de búsqueda en Internet y demás programas.

Las cláusulas de la licencia vienen **prefijadas**. La licencia básica (**by**) autoriza la reproducción, distribución, transformación y comunicación pública de la obra, para cualquier finalidad y para todas las modalidades de explotación, con carácter gratuito y para todo el plazo de protección, bajo una única condición: que se mantenga el crédito a su autor. A partir de esta licencia "básica", el autor puede **reducir el alcance de su autorización** de tres maneras:

- excluyendo los **usos comerciales** de su obra y/o
- excluyendo la **modificación** de su obra; o,
- permitiendo la modificación, **a condición de** que la nueva obra quede **sujeta a la misma licencia** (esta es la cláusula "copyleft").

Estas opciones dan lugar a **seis licencias diferentes** que se identifican con unos iconos característicos:

	<b>Reconocimiento (by)</b> : Autoriza cualquier uso o acto de explotación que se haga de la obra (incluidos los usos comerciales y las transformaciones).
	<b>Reconocimiento (by) - Sin obra derivada (nd)</b> : Excluye la transformación de la obra para crear otra nueva (obra derivada).
	<b>Reconocimiento (by) - No comercial (nc)</b> : Excluye la posibilidad de utilizar la obra con fines comerciales.
	<b>Reconocimiento (by) - Sin obra derivada (nd) - No comercial (nc)</b> : No se permite ni hacer obras derivadas, ni los usos comerciales.
	<b>Reconocimiento (by) - Compartir igual (sa)</b> : La cláusula de <i>copyleft</i> obliga al usuario a aplicar la misma licencia o similar a las obras derivadas creadas al amparo de la licencia.
	<b>Reconocimiento (by) - No comercial (nc) - Compartir igual (sa)</b> : No se permiten los usos comerciales y se exige <i>copyleft</i> respecto de las obras derivadas en tanto no tengan fines no comerciales.

(by): attribution / (nc): non-commercial / (nd): no derivatives / (sa): share alike

#### A decisión del autor

Las licencias CC se otorgan a favor del público en general, y permiten a los usuarios identificar fácilmente las condiciones que el autor ha establecido para la explotación de su obra.

#### El copyleft

Obliga a sujetar la obra derivada a la misma licencia o similar. No todas las licencias CC son *copyleft*.

Con esta combinación de opciones, el autor puede **calibrar el nivel** de control que **quiere mantener sobre su obra y ejercer fácilmente los derechos que le confiere la ley**, a favor y en beneficio del público en general.

Veamos las principales características de las licencias CC:

a) Las licencias CC pueden ser utilizadas por **cualquier titular** de propiedad intelectual sobre **cualquier tipo de obra, ejecución/interpretación o grabación**:

- por autores (respecto de sus obras literarias, musicales o de arte),
- por artistas (respecto de sus interpretaciones o ejecuciones musicales),
- por productores de fonogramas (respecto de los fonogramas producidos por ellos),
- y por entidades de radiodifusión (respecto de sus emisiones radiofónicas).

b) Todas las licencias CC obligan al cumplimiento de los **derechos morales** de atribución e integridad, al exigir el reconocimiento del autor de la obra (su nombre o pseudónimo y, si así lo establece el autor, también la fuente de publicación) y establecer que el usuario "no puede distorsionar, mutilar, modificar o realizar cualquier otra acción denigratoria en relación con la obra que perjudique el honor o la reputación de su autor".

c) Las licencias CC permiten autorizar *todos* los **derechos de explotación** reconocidos por la ley española:

- **reproducción** (fijar la obra o hacer copias);
- **distribución** (mediante la venta o donación, el alquiler o préstamo de ejemplares tangibles);
- **comunicación pública** (poner la obra al alcance del público sin distribución de ejemplares, incluida la puesta a disposición del público por Internet);
- y **transformación** (realizar una nueva obra basada en la original).

Con sujeción a **tres condiciones de aplicación imperativa** (que no pueden ser excluidas ni modificadas por el autor):

- **Carácter gratuito:** el carácter gratuito se limita a los actos/usos autorizados bajo la licencia. El autor puede autorizar (y cobrar por) cualquier acto de explotación que autorice más allá de la licencia CC (especialmente, si ha excluido los usos comerciales y las obras derivadas) o incluso obtener remuneración por usos incluidos en la licencia (si es que alguien está dispuesto a pagar por un uso que otros realizarán gratuitamente).

#### Los derechos de simple remuneración

Además, a pesar del carácter gratuito de las licencias, el autor se puede beneficiar de las remuneraciones que la ley establece a su favor y que normalmente son irrenunciables y de gestión colectiva obligatoria (por ejemplo, la remuneración compensatoria por copia privada). La versión 3 de las licencias CC ya reserva expresamente al autor tales remuneraciones: por tanto, los autores pueden negarse a percibir las, pero no hay duda alguna de que la entidad de gestión está legitimada para cobrar el canon por copia privada, también por obras licenciadas bajo CC. En cambio, quedan comprendidas en la licencia (y por tanto, el autor renuncia a ellas) las remuneraciones que, a pesar de venir establecidas por la ley, son renunciables (el autor puede renunciar a cobrarlas) o aquellas que sean de gestión colectiva "voluntaria".

- **Todas las modalidades de explotación.** Las licencias CC cubren expresamente "todos los medios y formatos, tangibles o intangibles, conocidos o por conocer". Las modalidades de explotación son transversales a los derechos de explotación y corresponden a los medios técnicos y a los mercados disponibles en cada momento. Por tanto, **los actos de explotación autorizados por las licencias CC no están sólo en Internet, sino también en el mundo "real"** (ediciones en papel, en CD y DVD, radiodifusión, etc.).

#### Modalidades de explotación futuras

Muy posiblemente, esta referencia dará lugar a numerosos conflictos en el futuro (también en Estados Unidos), a medida que vayan apareciendo nuevos formatos de explotación que el titular ni siquiera preveía al otorgar la licencia.

- **A perpetuidad:** para todo el plazo de protección de la obra, de acuerdo con la ley de cada país donde se explote y proteja la obra.

#### Retirada y resolución por infracción

El autor puede, en cualquier momento, explotar la obra bajo otra licencia (ya sea CC o no) o, incluso, retirarla, pero no puede resolverla. La resolución de la licencia sólo se prevé en caso de incumplimiento por parte de un usuario: en tal caso, la resolución será automática, pero sólo será efectiva respecto de ese usuario.

d) A partir de aquí, el autor puede **excluir**:

#### Ejemplo

Un autor joven publica su novela bajo la licencia (*by - nc - nd*) y después (cuando es famoso) firma un contrato con una editorial para reproducir y distribuir la obra en formato papel "tradicional", cobrando un porcentaje sobre cada ejemplar vendido.

#### El artículo 43 TRLPI

Este artículo no permite la licencia de modalidades inexistentes o desconocidas al formalizarla. Por tanto, en España, tan sólo se entienden incluidas bajo la licencia CC las modalidades de explotación conocidas en tal momento.

#### Las licencias CC no exclusivas

Estas licencias CC no son exclusivas; por tanto, el autor puede otorgar otras licencias sobre la misma obra con diferentes condiciones. Sin embargo, las subsiguientes licencias (CC u otras) sólo se podrán otorgar en régimen de no exclusividad y, muy a menudo, lo que tiene valor en el mercado es precisamente la exclusividad.



- Que se realicen **obras derivadas**; se trata de un ejercicio en negativo – prohibir– del derecho exclusivo de transformación.
- Si decide permitir las, que las obras derivadas se sujeten a la misma licencia: la **cláusula *copyleft*** visible en las licencias (*by-nc-sa*) y (*by-sa*).
- Que se lleven a cabo **usos comerciales**; impedir cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación) de la obra que persiga fines comerciales.

#### Usos comerciales

De acuerdo con la definición recogida en la licencia (*legal code*), son "de manera que pretenda principalmente o vaya dirigida hacia la obtención de un beneficio mercantil o una remuneración monetaria privada".

e) Las licencias CC **no afectan a los usos cubiertos por excepciones o limitaciones** directamente autorizados por la ley.

#### Prohibición de uso de DRM

Con el objetivo de asegurar el uso y los actos de explotación licenciados, las licencias CC prohíben utilizar ningún tipo de medida tecnológica de control de acceso y/o anticopia (DRM) que restrinja el uso de la obra licenciada. Indirectamente, esta prohibición añade otra ventaja: favorecer que las obras estén al alcance del público sin trabas tecnológicas para que puedan ser utilizadas, lícitamente, también más allá de los usos cubiertos por las licencias CC.

f) Las licencias CC aportan una **apariencia de legalidad**: se presume que ha sido el autor quien ha puesto la obra a disposición del público bajo la licencia CC por él libremente escogida.

#### *Creative Commons* no registra ni se hace responsable

*Creative Commons* no actúa (ni pretende actuar) como "registro" de obras, ni realiza ninguna comprobación de autoría previa a la publicación de una obra bajo una licencia CC. Todo el sistema queda en manos de la **buena fe de sus usuarios**, con el consiguiente peligro de que sea utilizado de forma fraudulenta. *Creative Commons* **no asume responsabilidad ni ofrece garantía** alguna sobre el uso de las licencias: "Creative Commons Corporation no es un despacho de abogados y no proporciona servicios jurídicos".

#### Limitaciones de las licencias CC

Con independencia de la licencia, cualquiera puede realizar una cita, una parodia, o incluirla en un noticiero.

### 1.6.3. Las entidades de gestión

A menudo, los autores y los titulares encargan la gestión de sus derechos a entidades de gestión colectiva (art. 147 y siguientes TRLPI). Las **entidades de gestión** (sociedades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual) son asociaciones formadas por los propios autores o titulares de derechos: artistas, productores, editores, etc. Estas entidades son capaces de actuar con eficacia en el ámbito mundial en virtud de los **acuerdos de cooperación recíproca** que tienen suscritos con las entidades de otros países. Normalmente, están más o menos especializadas según el tipo de obras (musicales, coreográficas, plásticas) y titulares (autores, artistas, productores).

#### Gestión colectiva: voluntaria u obligatoria

#### Repertorios nacionales e internacionales

Por medio de acuerdos internacionales con otras entidades de gestión similares, ofrecen a sus asociados y usuarios la gestión tanto del repertorio propio como de otros repertorios a escala mundial.

En principio, la gestión colectiva es voluntaria: el autor puede decidir si encomendar la gestión de sus derechos a una entidad de gestión o gestionarlos directamente. La práctica, sin embargo, se encarga de demostrar que, en algunos supuestos, la gestión colectiva es la vía más fácil y recomendable para el ejercicio de ciertos derechos. Y en ocasiones, es la propia ley la que impone la gestión colectiva de forma obligatoria (por ejemplo, la compensación por copia privada o la compensación por la agregación de noticias, introducida por la Ley 21/2014).

Aun a riesgo de una simplificación excesiva, las entidades actualmente existentes en España podrían ordenarse en tres grupos:

- **Sociedades de autores:** SGAE (Sociedad General de Autores y Editores: [www.sgae.es](http://www.sgae.es)), VEGAP (Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos: [www.vegap.es](http://www.vegap.es)), CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos: [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) y DAMA (Asociación Derechos de Autor de Medios Audiovisuales: [www.damautor.es](http://www.damautor.es)).
- **Sociedades de artistas:** AIE (Sociedad de Artistas Intérpretes o Ejecutantes de España: [www.aie.es](http://www.aie.es)) y AISGE (Asociación de Actores Intérpretes, Sociedad de Gestión de España: [www.aisge.es](http://www.aisge.es)).
- **Sociedades de productores:** AGEDI (Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales: [www.agedi.es](http://www.agedi.es)) y EGEDA (Entidad de Gestión de Derechos de Productores Audiovisuales: [www.egeda.es](http://www.egeda.es)).

#### No sólo autores

Estas entidades de gestión incluyen también a otros titulares de derechos, como los editores musicales (en el caso de SGAE), los editores de obras literarias (en el de CEDRO) y los realizadores de meras fotografías (en el de VEGAP).

Una vez legalmente **constituidas y reconocidas por el Ministerio de Cultura**, las entidades de gestión están obligadas a aceptar la administración de los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual que les sean encomendados de acuerdo con su objeto o fines, y con sujeción a sus estatutos y demás normas aplicables al efecto.

Las entidades de gestión están obligadas a:

- Contratar con quien lo solicite**, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración.
- Establecer tarifas generales** que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa.
- Celebrar contratos generales** con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.
- Prestar servicios asistenciales y promocionales** (becas, subvenciones, etc.) a favor de sus socios.

#### Constitución y autorización

Los requisitos para la constitución y autorización de las entidades de gestión, así como el contenido de sus estatutos, se regulan en los artículos 147 y siguientes TRLPI.

A pesar de no incorporar la Directiva 2014/26/UE, sobre **gestión colectiva y música online**, la Ley 21/2014 ha reformado el régimen de las entidades de gestión para exigir una mayor transparencia en la gestión que hacen y establecer una supervisión más estricto (e incluso un régimen sancionador) por parte del gobierno.

**Directiva 2014/26/UE  
sobre gestión colectiva y  
música en línea**

La Ley 21/2014 no incorpora la Directiva 2014/26/UE pero introduce algunas reformas en materia de gestión colectiva.

En el orden interno, se establecen medidas para una mejor gestión y transparencia en el funcionamiento de la entidad de gestión, tanto en el sistema de votación, como en la obligación de tener cuentas separadas de ingresos y activos, como en la responsabilidad de los órganos de gobierno. La reforma obliga a las entidades de gestión a negociar con los usuarios las tarifas correspondientes a los derechos de simple remuneración, estableciendo que en caso de no llegar a un acuerdo, las fijará la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual. De hecho, la reforma amplía las competencias de esta Sección Primera otorgándole funciones de supervisión sobre las entidades de gestión, tanto para asegurar que las tarifas establecidas sean adecuadas, equilibradas y no discriminatorias, como para la negociación de las mismas se desarrolle en un marco de equilibrio y evitando el eventual abuso de su posición por parte de la entidad de gestión.

### **El control (y la sanción) de las entidades de gestión**

Por primera vez en la ley española, se establece un **régimen sancionador** –por cuando la entidad incumpla sus obligaciones legales– que incluye desde multas hasta la inhabilitación de la entidad de gestión e incluso la posibilidad de que sea intervenida. Es cierto que en todos los países europeos hay algún tipo de control o supervisión gubernamental sobre las entidades de gestión y que el grado de control varía de país a país; pero en ninguno se prevé un régimen sancionador administrativo como el introducido en España y, por norma general, solo un juez puede ordenar la disolución de la entidad. Estas medidas han sido duramente criticadas por las mismas entidades que ven en ello una excesiva intervención del Estado en su actividad –al fin y al cabo, son entidades privadas con base asociativa que gestionan los derechos que sus miembros les encargan. Ahora bien, no podemos olvidar que por imperativo legal gestionan también licencias y remuneraciones directamente establecidas por la ley y que, por este motivo, gozan de una posición de privilegio en el mercado que explica y justifica su control gubernamental. Al final, es una cuestión del grado de control necesario o óptimo.

Además, se obliga a las entidades de gestión a actuar conjuntamente, cuando diferentes entidades licencian derechos sobre un mismo acto de explotación, a través de una "ventanilla única" que será operada por una entidad privada independiente financiada y gestionada por las propias entidades de gestión.

### **Recurso de inconstitucionalidad**

El recurso de inconstitucionalidad nº. 681-2015, planteado por el grupo socialista en el congreso, considera que la obligación de la "ventanilla única" impuesta a las entidades de gestión es contraria al derecho de asociación.

### **Competencias de las Comunidades Autónomas**

La Ley 21/2014 aprovecha también para revisar el art. 159 TRLPI y poner fin a los problemas de interpretación que genera el reparto de competencias entre el Ministerio de Cultura y las Comunidades Autónomas en la supervisión y control de las entidades de gestión. De acuerdo con la Ley 21/2014, las Comunidades Autónomas con competencias de ejecución en materia de propiedad intelectual podrán ejercer las funciones de inspección, vigilancia, control y sanción respecto de aquellas entidades de gestión que desarrollen su actividad ordinaria "principalmente" en tal territorio. Se entiende que esto es así

cuando más del 60% de su recaudación provenga de este territorio y más del 50% de sus asociados tenga allí su domicilio social y fiscal. Por supuesto, ninguna de las entidades de gestión actualmente existentes en España cumple con estas condiciones, respecto de ninguna Comunidad Autónoma, con lo cual la propuesta blindo *de facto* las competencias de ejecución a favor del gobierno central/Ministerio de Cultura.

## 1.7. La infracción de derechos: civil y penal

Cuando hablamos de la infracción de la propiedad intelectual es necesario distinguir entre la infracción civil y la infracción penal de la propiedad intelectual ("delito contra la PI").

### 1.7.1. Infracción civil

Constituye **infracción de la propiedad intelectual** todo acto de explotación o uso de una obra que no haya sido autorizado o permitido por la ley.

Ante una infracción de la propiedad intelectual, el titular puede acudir a los tribunales para "instar el **cese de la actividad ilícita** del infractor y exigir la **indemnización** de los daños materiales y morales causados [...]" (art. 138 TRLPI).

#### Medidas de cese y medidas cautelares

Además del cese de la actividad ilícita, el titular puede solicitar diferentes medidas contempladas en el artículo 139 TRLPI, tales como la destrucción de los ejemplares y material infractor, para impedir que se lleve a cabo la explotación ilícita, o pedir que les sean entregados a precio de coste (y a cuenta de la indemnización de daños y perjuicios que le corresponda).

Además, cuando exista una infracción o un temor "racional y fundado" de que ésta va a producirse de modo inminente, el titular puede pedir a los tribunales la adopción de **medidas cautelares** que sean necesarias para la **protección urgente** de sus derechos.

La **indemnización por daños y perjuicios** debida al titular del derecho infringido comprenderá (art. 140 TRLPI) no sólo el **valor de la pérdida** sufrida (beneficios dejados de obtener por el titular o beneficios obtenidos por el infractor con la explotación ilícita), sino también el de la **ganancia que haya dejado de obtener** a causa de la violación de su derecho (la cantidad que el titular hubiera recibido de haber autorizado la explotación). El **daño moral** será indemnizado teniendo en cuenta "las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra", y sin necesidad de probar la existencia de perjuicio económico.

Una de las principales infracciones planteadas por la tecnología digital con respecto a la propiedad intelectual es el mal llamado intercambio de archivos por medio de los **sistemas de igual a igual (P2P)**. Esta denominación es en

#### Prescripción a los cinco años

La acción para reclamar los daños y perjuicios prescribe a los cinco años, a partir del momento en el que el perjudicado tuvo conocimiento de la infracción.

realidad doblemente errónea, porque no hay intercambio, sino reproducción y comunicación pública, y con frecuencia no es "simplemente" de ficheros, sino de obras protegidas.

La utilización de sistemas P2P para el "intercambio" de ficheros digitales constituye el caso más grande de infracción de la propiedad intelectual de la historia. Millones de usuarios de todo el mundo y más de un billón de archivos "compartidos" lo demuestran.

### **No son copias privadas, y no solo son copias**

Ante todo, hay que decidir si la copia no autorizada de un "fichero" (por ejemplo, de una obra/grabación musical) constituye infracción o queda amparada por la excepción de copia privada, recogida en la mayoría de leyes nacionales.

La descarga de un archivo puede quedar amparada por la excepción de copia privada en algunos países, pero no en todos. Por ejemplo, en Estados Unidos, la copia repetida y con carácter de explotación no constituye un *fair use*; en Alemania, no hay "copia privada" de fuentes "obviamente ilegales" (como es el caso, sin duda, de la mayoría de grabaciones que se pueden obtener por medio de sistemas P2P); en Noruega, no hay "copia privada" si se hace con la intención de ponerla a disposición del público (caso Phonofile); en España -como hemos visto-, la copia privada quedaba condicionada a que haya "accedido legalmente" en la obra y que "la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa", hechos que son difíciles de justificar en contextos de P2P. Con la reforma de la L21/2014 la exclusión del P2P de amparo del límite de copia privada es aún más evidente. En todo caso, la subsiguiente (aunque automática) puesta de la obra copiada a disposición de los otros miembros del sistema (para que a su vez la copien, si quieren hacerlo) queda claramente fuera de la excepción de copia privada. Además, ya no se trata de un "mero" acto de reproducción, sino de comunicación pública (y, en concreto, de puesta a disposición del público): dando acceso a los otros miembros que tengan el software P2P a un determinado fichero del nuestro disco duro que contiene obras y grabaciones protegidas, sin la debida autorización de los titulares, cometemos una infracción de propiedad intelectual.

En la mayoría de países, los titulares de derechos han llevado a cabo campañas de **demandas directamente contra particulares** (escogidos al azar) usuarios de estos sistemas, con el objetivo de conseguir un efecto disuasorio, con resultado desigual en varios países. Esta vía, sin embargo, no es posible en España, por la dificultad de identificar al usuario infractor en la vía civil: los titulares de derechos no pueden obtener más que la dirección IP desde la que se lleva a cabo la infracción. La identidad de la persona que pueda estar detrás de esta dirección IP resta en poder del ISP, que solo está obligado a revelarla " con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves previstos en el Código Penal o en las leyes penales especiales" (art. 1 Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas ya las redes públicas de comunicaciones).

### **Caso *Promusicae v. Telefónica***

La sentencia del TJUE, de 29 de enero de 2008 (asunto C-275/06, Productoras de Música de España -Promusicae- contra Telefónica de España), concluyó que el derecho comunitario no obliga a los Estados miembros a imponer a los operadores "el derecho comunicar datos personales para garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil". El Estado puede decidir hacerlo así (de hecho, hay muchos estados de la UE que permiten la obtención de datos personales de los infractores en procesos civiles), pero la Directiva no le obliga.

Por otra parte, en cuanto a la **responsabilidad del ISP** que hace posible el intercambio de programas y archivos, hay que tener en cuenta los supuestos y las condiciones de exención de responsabilidad (*safeharbors*) de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Estos supuestos se prevén en la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, de comercio electrónico (DCE); y también en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE).

Finalmente, también se ha planteado la **posible responsabilidad del proveedor de los programas P2P** por las infracciones cometidas por sus usuarios. Aunque la distribución de un software no constituye *per se* una infracción de las obras que se infringen con los programas P2P, los productores de programas quedan sujetos a las reglas generales de responsabilidad de cada ley nacional (que no han sido objeto de armonización).

La Ley 21/2014 intenta superar estos obstáculos en la lucha contra la infracción P2P con dos medidas: modificando la LEC para que los titulares puedan, en algunos casos determinados, obtener los datos personales del posible infractor, e introduciendo en el TRLPI un par de supuestos de responsabilidad indirecta por la infracción de la propiedad intelectual (supuestos que, como veremos, vienen directamente copiados de la jurisprudencia norteamericana).

#### **Obtención de datos personales en la jurisdicción civil**

La Ley 21/2014 modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para desatascar finalmente el acceso a la jurisdicción civil para perseguir este tipo de infracciones de la propiedad intelectual. Los titulares -antes de iniciar una demanda por infracción de la propiedad intelectual- podrán obtener, en casos especiales, los datos personales del usuario (supuestamente infractor) o del titular de la web que facilita la infracción (por ejemplo, que contiene los enlaces a contenido P2P infractor) para poder interponer la demanda. Estarán obligados a dar esta información a los prestadores de servicios de intermediación de internet y también los que provean servicios de pago o de anuncios en las páginas infractoras. También se prevé expresamente que el titular pueda pedir medidas de cesación y medidas cautelares no solo contra el infractor, sino también contra el prestador de servicio de intermediación.

#### **Contributory infringement y Vicarious liability**

La Ley 21/2014 introduce un nuevo apartado al **art. 138 TRLPI**:

"También tiene la consideración de responsable de la infracción que induzca sabiendo la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor".

Se trata justamente de los supuestos clásicos de Contributory Infringement y Vicarious liability importados directamente de la jurisprudencia norteamericana y que han servido para responsabilizar a los proveedores de software P2P, como Grokster, por las infracciones de propiedad intelectual que cometían sus usuarios.

### 1.7.2. Infracción penal

No toda infracción de la ley de propiedad intelectual constituye un delito contra la propiedad intelectual.

Tan sólo constituyen **delito contra la propiedad intelectual** aquellas conductas expresamente previstas (tipificadas) en el Código penal.

Las conductas tipificadas como **delito contra la propiedad intelectual** vienen recogidas en los artículos 270 a 272 del Código penal.

Estos artículos han sido modificados por la última reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Para que exista un **delito contra la propiedad intelectual** es necesario que concurren las siguientes circunstancias:

- Que se reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o explote económicamente de cualquier otro modo, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada por medio de cualquier medio.
- Sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.
- Con "ánimo de lucro" y "perjuicio de un tercero".

#### La Circular 1/2006

Normalmente, el ánimo de lucro se interpreta de manera amplia: es suficiente con "ahorrar dinero". En cambio, la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado establece que para los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de sistemas P2P el ánimo de lucro tiene que ser "comercial". La LO 1/2015 pretende desactivar esta interpretación restrictiva de la Fiscalía y sustituye el requisito del ánimo de lucro para el "ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto".

#### El ánimo de lucro

La LO 1/2015 sustituye el "ánimo de lucro" por "un beneficio económico directo o indirecto".

También comete delito contra la propiedad intelectual:

- Quien intencionadamente **exporte o almacene ejemplares "delictivos"**.
- Quien intencionadamente **importe ejemplares sin la debida autorización**, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia (salvo que los productos hayan sido adquiridos lícitamente en un Estado perteneciente a la Unión Europea).
- Quien facilite estas conductas **eliminando o modificando medidas tecnológicas** eficaces destinadas a impedir o restringir la infracción, y quien

las eluda o facilite la elusión con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto.

Además, la LO 1/2015 introduce un nuevo tipo delictivo contra la propiedad intelectual por los **prestadores de servicios de internet** que:

"Con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite(n) de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en Internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o sobre cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de estos servicios" (art. 270.2 CP).

Es decir, las páginas web que contienen listados de enlaces a contenidos P2P infractores cometen un delito contra la propiedad intelectual; también lo hacen los otros prestadores de servicios de internet que faciliten el delito contra la propiedad intelectual de una manera activa y no neutral, con ánimo de obtener un beneficio económico, en perjuicio de terceros. Ahora bien, tal como explica la exposición de motivos, esto "no afecta a aquellos que lleven a cabo actividades de simple intermediación técnica, como puede ser, entre otros, una actividad neutral de motor de búsqueda de contenidos o que solo enlacen ocasionalmente a estos contenidos de terceros".

### **Penas de prisión y multa**

Las penas previstas para el delito contra la propiedad intelectual son: **prisión** de entre 6 meses a 4 años y **multa** de entre 12 a 24 meses.

Las **penas** son de 2 a 6 años de prisión, multa de 18 a 36 meses e inhabilitación para el ejercicio de la profesión cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.
- Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.
- Que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.
- Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos.

### **1.7.3. La lucha contra la infracción masiva en entornos digitales**

Atrapada entre los dos ilícitos, la lucha contra la infracción masiva a través de programas de intercambio de ficheros y de las webs de enlaces que facilitan su localización, ha generado la adopción de una tercera vía, gubernamental, la llamada "Comisión Sinde".

Como hemos visto, estas infracciones no se podían perseguir por la vía civil para que en España los operadores de internet solo están obligados a dar información sobre datos personales de sus usuarios/clientes en el marco de un pro-



ceso penal (no en las demandas civiles, por infracción de la propiedad intelectual), de modo que al ser imposible conocerlo no será posible accionar contra el usuario por vía civil. Tampoco se podía actuar por la vía penal para que el intercambio de obras protegidas a través de sistemas P2P no se consideraba delito (de acuerdo con la Circular de la Fiscalía 1/2006, el requisito del "ánimo de lucro" en los delitos contra la propiedad intelectual –art.270 del Código penal– debía entenderse exclusivamente como "ánimo de lucro comercial").

En lugar de resolver cualquiera de los dos problemas, en origen, el gobierno socialista optó en 2011 por la creación de una **vía gubernamental** para luchar contra la infracción *online* y creó la Sección Segunda a la Comisión de Propiedad Intelectual –comúnmente conocida como " Comisión Sinde "(por la ministra de cultura de aquel gobierno). La Sección Segunda de la CPI podía tomar medidas de cesación (ordenar el fin del servicio o la retirada de los contenidos infractores) contra infracciones de la PI cometidos a través de los prestadores de servicios en internet, cuando el prestador del servicio (directa o indirectamente) actúe con ánimo de lucro y cause un daño patrimonial. Estos requisitos han dificultado las actuaciones por esta vía contra los proveedores de enlaces a contenidos infractores (normalmente P2P) para que o bien no se consideraba que "enlazar" fuera propiamente un acto de explotación o porque como los enlaces se ofrecen gratuitamente no entendía que hubiera "ánimo de lucro".

### **Informe OMPI ("Comisión Sinde")**

El procedimiento administrativo-judicial ante vulneraciones en internet: mucho más que un procedimiento de notificación y retirada (enero 2014). Informe OMPI ("Comisión Sinde").

[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/wipo\\_ace\\_9/wipo\\_ace\\_9\\_21.doc](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/wipo_ace_9/wipo_ace_9_21.doc)

La "Ley Sinde" fue una salida de emergencia para evitar resolver los problemas de base, y resultó ser menos eficaz de lo esperado (habiendo solo resuelto una veintena de casos desde su creación).

**La Ley 21/2014 refuerza las competencias de esta comisión:** aclara los supuestos de infracciones que pueden ir por esta vía gubernamental, amplía las medidas que se pueden adoptar y establece sanciones a quien se niegue a cumplir con estas medidas.

Ahora, la Sección Segunda podrá perseguir **dos tipos de infracciones:**

- Contra los prestadores de servicios de intermediación que infrinjan "de manera significativa" (por nivel de audiencia y número de obras infringidas).
- Y contra prestadores de servicios que faciliten la localización de contenidos infractores (es decir, sitios web de enlaces, aunque sean los usuarios los

#### **Infracción "significativa"**

La Ley 21/2014 no se refiere a ello expresamente, pero el proyecto de ley utilizaba esta expresión.

que proporcionen estos enlaces) que realicen una actividad "activa y no neutral" (es decir, más allá de la simple intermediación técnica).

Por otra parte, las medidas de cesación que ordene la Sección Segunda podrán ir no solo contra el proveedor del servicio sino también contra **los anunciantes y los servicios de pago** que se utilicen en la página web "infractora", y también contra el proveedor del nombre de dominio de la página (cuando sea un dominio ".es"). Si el infractor no retira los contenidos o cesa en la actividad infractora, la Sección Segunda podrá ordenar a los intermediarios la retirada de los contenidos, pero también la suspensión del servicio de acceso a internet del usuario, la cancelación del nombre de dominio (.es) o la suspensión de los servicios de financiación (pago electrónico o publicidad) disponibles en la infractora.

Además, quien se niegue de forma reiterada a cumplir las órdenes de la Sección Segunda, podrá ser sancionado con **multas económicas** sustanciales: de entre 30.000 a 300.000 € (para las webs infractores) y de 150.001 a 600.000 € (para los prestadores de servicios –ya sea de intermediación, de pago o de publicidad– que se nieguen a colaborar).

## 2. Regímenes especiales de la propiedad intelectual

Estudiaremos ahora los principales aspectos que rigen la protección y explotación de tres tipos de obras concretas: las obras audiovisuales, los programas de ordenador y las bases de datos, para las cuales el TRLPI establece reglas especiales. Con éstas completaremos el estudio del libro I del TRLPI, dedicado al derecho de autor: a la protección de las "obras". Seguidamente, entraremos a estudiar la protección de las "prestaciones relacionadas con la creación y explotación de obras que se recoge en el libro II del TRLPI", los llamados "derechos conexos" al derecho de autor.

### 2.1. La obra audiovisual

En primer término, a continuación abordaremos las particularidades propias del régimen de propiedad intelectual de la obra audiovisual.

#### 2.1.1. Concepto de obra audiovisual

De acuerdo con el artículo 86.1 TRLPI, son obras audiovisuales:

"las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras."

Ello exige que:

- Se trate de una **creación original** (art. 10 TRLPI).
- Se trate de una **"serie de imágenes asociadas"**; en cambio, la sonorización no es un requisito fundamental en la definición de tales obras. Una película "muda" también es obra audiovisual.
- Sea **"destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o de comunicación pública"**; lo importante es que la obra audiovisual sea percibida (vista y oída) mediante "aparatos audiovisuales (de cualquier tipo)".

#### Obra audiovisual y grabación audiovisual

La originalidad permite distinguir entre obra y grabación audiovisual. No toda grabación audiovisual lo es de una obra audiovisual.

#### Serie de imágenes asociadas

No es necesario que las imágenes en sí mismas estén animadas o impartan sensación de movimiento; basta con que las imágenes presenten un orden o sucesión concreta entre sí.

Todo ello conforma una **definición amplia de la obra audiovisual** que permite dar cabida a **todo tipo de creaciones audiovisuales**, incluidas las generadas por la tecnología digital.

### Ejemplos de obra audiovisual

Son obra audiovisual, en tanto sean una creación original, las obras cinematográficas, las películas y series de televisión, los documentales, los videoclips musicales, los anuncios de televisión o de cine, etc. La definición del artículo 86 TRLPI no está pensada para incluir los videojuegos, ni las obras multimedia, ni las páginas web. Sin embargo nada impide –al menos, formalmente– considerar tales obras como obras audiovisuales, desde el momento en que cumplan con los requisitos de tal definición. Ahora bien, como tendremos ocasión de ver, aplicar a tales obras el régimen específico previsto en los artículos 87 y siguientes (en cuanto a la coautoría, cesión de derechos, etc.) puede resultar no sólo complejo e ineficaz, sino en muchos casos perjudicial.

## 2.1.2. Autoría, titularidad y presunción de cesión al productor

### a) Obra en colaboración. Coautoría

Con independencia de las circunstancias concretas de su creación, el legislador español opta por calificar todas las obras audiovisuales como **obra en colaboración** (art. 7 TRLPI). Por tanto, en todo aquello no previsto en el artículo 87 y siguientes TRLPI, será de aplicación el régimen general previsto para la obra en colaboración en el artículo 7 TRLPI.

Ante la gran cantidad y diversidad de creadores que participan en la misma obra y, por tanto, podrían ser considerados coautores, se establece una **lista cerrada de coautores** de la obra audiovisual (art. 87 TRLPI):

- El director-realizador.
- Los autores del argumento, la adaptación y los del guión o los diálogos.
- Los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para esta obra.

Estos autores (sólo éstos, y no otros) serán los titulares originarios de todos los derechos de propiedad intelectual (morales, de explotación y de remuneración) que la ley les confiere sobre la obra audiovisual.

### b) Presunción de cesión a favor del productor

#### En cualquier soporte

La obra audiovisual puede venir contenida en un soporte de cualquier tipo, ya sea una película óptica, un soporte magnético, un disco o unidad de almacenaje digital, etc.

#### Obra audiovisual publicitaria

Un "anuncio" (de televisión o de cine) o incluso un tráiler publicitario de una película son obras audiovisuales, a los efectos del TRLPI, y quedarán sujetas al régimen general del TRLPI salvo por las especificidades previstas en la Ley General de Publicidad (Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1998).

Además, para facilitar la posterior explotación de la obra (y superar las dificultades que pueden derivar del régimen de coautoría), la ley recoge una **presunción de cesión a favor del productor**:

"Por el contrato de producción de la obra audiovisual se presumirán cedidos en exclusiva al productor [...] los derechos de **reproducción, distribución y comunicación pública**, así como los de **doblaje o subtítulo** de la obra".

Art. 89.1 TRLPI

Ello significa que los autores retienen los derechos morales, de transformación y de remuneración, mientras que el productor obtiene los derechos de explotación necesarios para llevarla a cabo. Sólo el productor (con exclusión de los coautores) quedará facultado para llevar a cabo la explotación de la obra audiovisual dentro del ámbito de los derechos que se le presumen cedidos. Y salvo que se pacte lo contrario, los coautores no podrán impedir la explotación de la obra en versión doblada o con subtítulos.

Ahora bien, se trata de una **presunción** de cesión y por tanto **sujeta a pacto en contra** (el productor podría obtener la cesión de más o menos derechos que los incluidos en la presunción legal) y que opera en virtud de la existencia de un contrato de producción.

### c) Régimen especial para las obras cinematográficas y televisivas

Esta presunción de cesión queda ligeramente retocada en el caso de los contratos de producción de obras cinematográficas y televisivas.

Para las **obras cinematográficas**, el productor necesitará la autorización de los coautores de la obra cinematográfica:

- para proceder a su explotación mediante **distribución de copias para uso doméstico** (video, DVD, etc.);
- y para proceder a su comunicación pública por medio de la **radiodifusión** (art. 89.1 TRLPI).

Ahora bien, como ya hemos dicho, ambas limitaciones pueden superarse mediante pacto expreso.

En cambio, para las **obras televisivas** se presumirá –salvo estipulación en contrario– que los coautores han autorizado, de cara a su emisión televisiva, la realización de las modificaciones estrictamente exigidas por el modo de programación del medio.

#### La obra audiovisual publicitaria

No queda sujeta a esta presunción de cesión, sino a otra más amplia prevista en el artículo 23 de la Ley General de Publicidad, en virtud del cual **todos** los derechos de explotación se presumen cedidos en exclusiva a la agencia o al anunciante.

#### La obligación de explotar del productor

El productor está obligado a poner los medios adecuados para realizar la explotación, pero no a conseguir efectivamente un resultado concreto. El productor puede libremente decidir sobre la forma y el ritmo de la explotación, sin que se le pueda exigir tener éxito, pero está obligado a llevarla a cabo.

#### El contrato de producción

Es el contrato celebrado entre el productor y el coautor para la creación de una obra audiovisual, incluso cuando tal contrato lo sea de empleo o de encargo de obra o servicio.

#### Obra cinematográfica

Comúnmente, se habla de obra cinematográfica para referirnos a la obra audiovisual destinada, esencialmente, a ser proyectada en salas de exhibición cinematográfica.

#### Obra televisiva

Obra audiovisual destinada esencialmente a la comunicación pública mediante la radiodifusión.

d) El **productor audiovisual** es, pues, titular derivativo de los derechos de explotación de la obra audiovisual y titular originario de los derechos de explotación de la grabación que contiene la obra audiovisual.

### 2.1.3. Los derechos morales

Es de aplicación a la obra audiovisual el régimen general de los derechos morales recogidos en los artículos 14-15 TRLPI, pero con algunas peculiaridades o limitaciones:

- Los derechos morales sólo pueden ejercerse sobre la **versión definitiva**. Cualquier **modificación de la versión definitiva** de la obra audiovisual mediante añadido, supresión o cambio de cualquier elemento de la misma, necesitará la autorización previa de quienes hayan acordado dicha versión definitiva.
- Queda prohibida la **destrucción del soporte original** de la versión definitiva.
- Tratándose de una obra en colaboración, la **divulgación** de la obra audiovisual (y la decisión de en qué forma) requiere del consentimiento unánime de todos los coautores (art. 7.2 TRLPI). Sin embargo, la ley limita (o niega) a los autores y coautores de una obra audiovisual el ejercicio de su derecho de divulgación al permitir al productor utilizar su contribución inacabada (art. 91 TRLPI).
- La **atribución de autoría** deberá ajustarse a las circunstancias y exigencias de los distintos formatos de explotación. Así, por ejemplo, las salas de exhibición cinematográfica y las cadenas de televisión están obligadas a mostrar los títulos de crédito de las obras audiovisuales; en cambio, no ocurre así en los anuncios publicitarios.

#### Derechos morales de retirada y de acceso

El ejercicio del **derecho de retirada** (art. 14.6 TRLPI) sobre la obra audiovisual es en la práctica imposible, porque el régimen de coautoría podría exigir la unanimidad de los coautores y, en cualquier caso, por la necesidad de indemnizar a todos los titulares de derechos de explotación sobre la obra audiovisual (productores, distribuidores, exhibidores, cadenas de televisión, editores de las grabaciones audiovisuales, etc.). También, al ejercer el derecho de **acceso al ejemplar único o raro de la obra** (art. 14.7 TRLPI), es necesario realizarlo de la manera que se ocasione "menos incomodidades al poseedor" y indemnizarlo "por los daños y perjuicios que se le irroguen".

#### Fotografías realizadas durante la producción

Corresponden al productor de la grabación audiovisual los derechos de explotación sobre las fotografías realizadas durante el proceso de producción de la grabación audiovisual (ex art. 124 TRLPI).

#### La versión definitiva

Esta será establecida "de acuerdo con lo pactado en el contrato entre el director-realizador y el productor" (art. 92.1 TRLPI). Ello significa que prima la libertad contractual de las partes, y sólo cuando nada se haya pactado entre director y productor será necesario el acuerdo del productor y del director para establecer la versión definitiva.

#### Divulgación de la contribución inacabada

"Cuando la aportación de un autor no se completase por negativa injustificada del mismo o por causa de fuerza mayor, el productor podrá utilizar la parte ya realizada, respetando los derechos de aquél sobre la misma, sin perjuicio, en su caso, de la indemnización que proceda".

#### Créditos de autoría

Normalmente, en el contrato de producción se establece cómo se efectuará la atribución en la obra audiovisual (por ejemplo, en los títulos de crédito finales, o en los títulos iniciales) así como la forma (nombre, seudónimo o signo).

### 2.1.4. Los derechos de explotación y de remuneración

Corresponde a los coautores el ejercicio de los derechos de explotación de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de la obra audiovisual en cualquier forma y modalidad. Al tratarse de obra en colaboración, el ejercicio de estos derechos de explotación se regirá **por la regla de la mayoría** (art. 398 Cc).

Los coautores pueden pactar, entre sí (y, en la práctica, con el productor), **cuotas de participación** distintas sobre la obra audiovisual (en tal caso, el reparto de las remuneraciones legalmente previstas será proporcional a sus respectivas cuotas). En defecto de pacto, las cuotas se presumirán iguales, salvo que se demuestre que se trata de contribuciones con distinto peso en la obra común: en tal caso, la participación de cada coautor será proporcional al peso de su contribución en la obra común (art. 1.689 Cc).

#### Porcentajes de SGAE

Cuando el productor notifica a las entidades de gestión correspondientes el inicio de la explotación de la obra audiovisual, se deben indicar las proporciones de cada coautor. En defecto de indicación expresa, la SGAE aplica los siguientes porcentajes para realizar los repartos entre los coautores:

- Director-realizador: 25%.
- Autores de la parte literaria: 50% (25% guión y 25% argumento).
- Compositor de la música: 25%.

#### a) Derechos de explotación

Es de aplicación el régimen general previsto en el artículo 17 y siguientes del TRLPI (reproducción, distribución comunicación pública, transformación y colección), así como los límites a estos derechos recogidos en el artículo 31 y siguientes del TRLPI. Basta con realizar algunas precisiones.

#### Los derechos de explotación de la obra audiovisual

De acuerdo con el artículo 20.2 TRLPI, son **actos de comunicación pública** de la obra audiovisual:

- Su proyección pública en salas (o cualquier lugar abierto al público, como bares, discotecas, hoteles, salones de recepción, hospitales, o medios de transporte, como avión, tren, autobús, etc.).
- Su emisión, transmisión y retransmisión por radiodifusión, satélite o cable.
- Su puesta a disposición del público a través de redes digitales (Internet) "de forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija" (aquí se incluyen los formatos de video a la carta, *video on demand*, las descargas por pago, etc.).

#### La prohibición de denegación irrazonable del consentimiento

Una vez divulgada la obra audiovisual, ningún coautor podrá negar irrazonablemente su consentimiento a la explotación de la obra "en la forma en que fue divulgada".

#### El coloreado de películas

Más debatido es si el coloreado de películas en blanco y negro, o la sonorización de películas mudas constituyen o no transformación de la obra audiovisual. En principio, ello dependerá tanto del grado de creatividad invertido en el coloreado (normalmente, generada mediante un programa de ordenador) o sonorización, como del tipo de obra audiovisual de que se trate, y –en última instancia– de la sensibilidad del espectador.

De acuerdo con el artículo 21 TRLPI, la **transformación** de la obra comprende "su traducción, adaptación y cualquier otra modificación de la que se derive una obra diferente". En el ámbito de la obra audiovisual, hablaremos de transformación cuando se realiza un *remake* (una nueva versión) o una secuela, y posiblemente también cuando se doblan los diálogos y/o se añaden subtítulos a la obra audiovisual (aunque se podría defender que la traducción es transformación de la aportación literaria pero no de la obra audiovisual en su conjunto).

Como principio general, la **remuneración** de los coautores de la obra audiovisual por la cesión de los derechos de explotación deberá "determinarse para cada una de las modalidades de explotación concedidas" (art. 90.1 TRLPI).

## b) Explotación separada de las contribuciones

Salvo estipulación en contrario, los autores podrán disponer de su aportación en forma aislada, siempre que no se perjudique la normal explotación de la obra audiovisual (art. 89.2 TRLPI). Por supuesto, esta explotación aislada sólo será posible cuando la contribución sea separable (distinguible e independiente) de la obra audiovisual en su conjunto, por ejemplo, la música, el argumento, el guión y los diálogos, etc. La explotación aislada puede llevarse a cabo en cualquier modalidad o formato, siempre y cuando no perjudique la normal explotación de la obra audiovisual y no se haya pactado lo contrario.

### Contribuciones separables

Este término se refiere a que el guionista podría publicar el guión como obra literaria, el compositor de la música podría editarla en un CD, etc.

## c) Derechos de remuneración

Además de las retribuciones pactadas para cada modalidad de explotación cedida, la ley establece a favor de los coautores de la obra audiovisual distintos **derechos de remuneración o participación proporcional en la explotación**. En concreto:

- **Participación en la recaudación de taquilla** (art. 90.3 TRLPI): los coautores (y también el autor de la obra preexistente sobre la que se basa la audiovisual) tienen derecho a participar en los ingresos generados por la proyección de la obra audiovisual en lugar público mediante precio de entrada.

### ¿Cómo se establece y recauda esta participación?

Al ser de gestión colectiva obligatoria, las entidades de gestión se encargarán de recaudar y repartir estas cantidades entre los coautores audiovisuales. En este caso, la gestión de estas participaciones corresponderá a SGAE y DAMA (ambas establecen esta participación en el 2% de los ingresos en taquilla, previa deducción del IVA). El reparto se efectuará en función de las cuotas de participación que hayan pactado los coautores o, en su defecto, según las cuotas establecidas por la entidad de gestión.

- **Remuneraciones por proyección de la obra audiovisual en lugar público sin precio de entrada y por puesta a disposición del público en Internet** (art. 90.4 TRLPI). En este caso, se trata de dos remuneraciones previstas para dos formatos de explotación concreto:
  - la proyección de la obra audiovisual en lugar público sin mediar precio de entrada;

### La obra audiovisual publicitaria

Estas remuneraciones por exhibición pública (arts. 90.3 y 90.4 TRLPI) no son de aplicación a la obra audiovisual publicitaria (art. 90.6 TRLPI).

### Precio de entrada

La exigencia de la gratuidad debe entenderse referida únicamente al acceso al local, con independencia de que en el mismo se ofrezcan otros servicios –gratuitos o no (por ejemplo, servicio de bar)– o de que exista alguna subvención o algún tipo de publicidad (patrocinio) para la organización del acto.



- y su puesta a disposición del público por Internet, tal como se define en el artículo 20.2(i) TRLPI.
- **Remuneración por alquiler de la obra audiovisual** (art. 90.2 TRLPI): De acuerdo con el artículo 90.2 *in fine* TRLPI, los llamados "videoclubs" deberán abonar tales cantidades a las entidades de gestión de autores de obras audiovisuales y de artistas.
- **Remuneración por préstamo público de la obra audiovisual** (art. 37.2 TRLPI) en los establecimientos allí previstos: bibliotecas, hemerotecas y filmotecas de titularidad pública, de entidades sin ánimo de lucro o de instituciones docentes.
- **Compensación equitativa por copia privada** (art. 25 TRLPI): esta compensación equitativa (por las copias privadas que se realicen al amparo del límite previsto en el art. 31.2 TRLPI) se establece a favor de los **coautores**, el **productor** de la grabación y los **artistas** (actores y músicos) de las obras audiovisuales divulgadas en forma de videograma u otro soporte audiovisual.

Todos estos derechos de remuneración son **irrenunciables e intransmisibles** por actos *inter vivos* (arts. 90.2 y 90.6 TRLPI) y **sujetos a gestión colectiva obligatoria**: se harán efectivos únicamente por medio de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual (art. 90.7 TRLPI).

#### Rendición anual de cuentas

El productor –al menos una vez al año– deberá facilitar a instancia del autor la documentación necesaria (art. 90.5 TRLPI).

### 2.1.5. Plazo de protección

El plazo de protección previsto para las obras audiovisuales viene establecido en el artículo 28.1 TRLPI: "Toda la vida de los coautores y setenta años desde la muerte o declaración de fallecimiento del último coautor superviviente". De ahí, también, la importancia de la lista cerrada de coautores de la obra audiovisual del artículo 87 TRLPI.

#### **Autores fallecidos antes del 7-XII-1987**

Si los autores de la obra audiovisual fallecieron antes de la entrada en vigor de la TRLPI, la obra se protegerá durante ochenta años, a contar desde el fallecimiento del último superviviente (disp. trans. 4.ª TRLPI).

### 2.1.6. La obra preexistente

El **autor** de la "obra preexistente, que ha sido transformada para ser usada en la obra audiovisual" no será considerado coautor de la misma, pero puede beneficiarse de alguna manera de la explotación de la obra audiovisual.

## La obra preexistente

Exige que no haya sido "especialmente creada" para la obra audiovisual y que no se halle en el dominio público (ya que podría ser utilizada por cualquiera). Aun siendo lo más común las obras literarias (novelas adaptadas al cine), también lo son el *remake* de una película, la adaptación al cine de una obra de teatro o de una novela ilustrada (cómic), o la adaptación de una obra musical (una sinfonía o la música de una ópera) como banda sonora de la obra audiovisual.

Mediante el "contrato de transformación", se **presumen cedidos en exclusiva** al productor de la obra audiovisual, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtítulo de la obra (en los mismos términos previstos en el artículo 88 TRLPI).

No obstante, esta presunción de cesión en exclusiva queda sujeta a un plazo de caducidad de **quince años**: el autor de la obra preexistente "podrá disponer de ella para otra obra audiovisual a los quince años de haber puesto su aportación a disposición del productor" (art. 89.2 TRLPI).

Al igual que se hacía para los coautores, el autor de la obra preexistente puede llevar a cabo su **explotación en forma aislada** (la ley se refiere a "en forma de edición gráfica y de representación escénica", pero estos actos deben ser leídos a título de ejemplo), siempre y cuando con ella no perjudique o desnaturalice el alcance de la cesión realizada (o presumida) a favor del productor mediante el contrato de transformación.

La **remuneración** del autor de la obra preexistente deberá "determinarse para cada una de las modalidades de explotación concedidas". Además, el autor de la obra preexistente **participa**, junto con los coautores de la obra audiovisual, en los **rendimientos de taquilla** (proyección pública –*vid.* art. 90.3 TRLPI– mediante el pago de un precio de entrada). En cambio, no tiene derecho a las restantes remuneraciones previstas a favor de los coautores de la obra audiovisual.

## 2.2. Los programas de ordenador

Un **programa** es un conjunto de instrucciones que hacen que una máquina –el ordenador– funcione y ejecute una tarea o proporcione un resultado (podéis ver la definición que propone el artículo 96.1 TRLPI). Los programas de ordenador son, de hecho, los motores de la sociedad de la información. Su elaboración es costosa y, sin embargo, son extremadamente vulnerables a la copia, dada su naturaleza digital. Era necesario, pues, encontrar un sistema de protección rápido y de ámbito mundial.

### El software y el hardware

Inicialmente, los programas no se comercializaban de manera independiente. Hardware y software eran objeto de un mismo negocio. Los ordenadores incorporaban físicamente los programas o éstos se hacían a medida. No había "piratería". Era suficiente con imponer deberes contractuales de secreto al adquirir el ordenador. El problema empezó cuando en los años sesenta y a causa de la legislación *antitrust* americana, las grandes compañías,

#### Caducidad imperativa

Este plazo de caducidad de la exclusividad es "en todo caso" y no puede ser desvirtuado por acuerdo entre las partes; aunque, por supuesto, podrían las partes pactar un plazo de exclusividad más corto.

#### La vulnerabilidad de los productos digitales

Cualquiera puede obtener duplicados a un coste ridículo –el del soporte– y frustrar o reducir sensiblemente las expectativas de recuperación de la inversión y de obtención de beneficios.

en concreto IBM, se vieron obligadas a separar sus negocios de *hard* y *soft* y, consecuentemente, los programas se empezaron a estandarizar y comercializar en soportes móviles, como los disquetes.

Para la protección de los programas, se consideraron tres posibilidades: la de las **patentes** (el programa como invención), la del **derecho de autor** (el programa como obra literaria) y el establecimiento de una **tutela *ad hoc*** (el programa como creación de un tipo nuevo). La última habría sido la ideal, pero requería tiempo y la urgencia del caso no permitía esperar. Había que optar por uno de los sistemas tutelares ya existentes.

### La patentabilidad del software

Recientemente ha vuelto a cobrar fuerza la opción de patentar el software. La posibilidad de patentar programas es uno de los caballos de batalla actuales para la industria del software. En España no es posible (al menos formalmente) patentar un programa de ordenador, si bien es posible que éste forme parte de una invención patentable. También a nivel de la UE, queda reafirmado el Convenio de la Patente Europea (CPE) que excluye las patentes de programas de ordenador.

Es importante mencionar también las llamadas *licencias de software libre* (hay diversas y no todas son iguales). Entre ellas, merece especial atención la licencia GPL (General Public License) de la Free Software Foundation, no sólo por ser la primera, sino por ser la que asegura el llamado *copyleft*. Mediante la GPL, el titular del programa permite expresamente a sus usuarios usar, modificar y redistribuir el mismo (con o sin modificaciones), con dos únicas condiciones: dar atribución al autor original y asegurar que cualquier nueva versión del mismo será distribuida bajo la misma licencia GPL, para asegurar así las "libertades de uso, modificación y redistribución" y evitar la "apropiación" del software libre.

El más práctico en aquel momento, tanto por la rapidez de la tutela (inmediata, sin formalidades) como por la extensión internacional (gracias al Convenio de Berna), era el **derecho de autor**. Ésta fue la opción de la TRLPI española de 1987, seguida también por la Directiva 91/250/CE, el ADPIC de 1994 (art. 10.1) y el Tratado OMPI sobre derecho de autor de 1996 (art. 4): que consideran los programas como "obras literarias".

Puede sorprender que un programa de ordenador tenga la misma consideración jurídica que una novela, es decir, una obra literaria. A pesar de la equiparación legal, los programas de ordenador son obras muy peculiares. Así lo acredita el hecho de que, incluso dentro del TRLPI, dispongan de normativa específica (art. 96 y siguientes TRLPI).

Es comprensible que los especialistas en derecho de autor vean con recelo la inclusión de los programas en una normativa inicialmente pensada para otro tipo de creaciones. No se trata sólo de que constituya un "cuerpo extraño". También hay un riesgo de contaminación. Los intereses de la industria llegan a tener tanto protagonismo en la normativa sobre programas de ordenador que se ha podido llegar a decir que constituye un "derecho de autor sin autores" (como veremos, los arts. 97 y 98.2 TRLPI permiten la "autoría" de una persona jurídica).

### 2.2.1. ¿Qué se protege?

El derecho de autor protege el programa en cualquiera de sus expresiones posibles (código fuente y código objeto) y en su totalidad (incluyendo las interfaces). Como es lógico, no se protegen las ideas ni los principios que conforman el programa. En cambio, sí que se protegen la documentación preparatoria, la documentación técnica y los manuales de uso del programa de ordenador (art. 96.1 TRLPI).

#### Interfaces

La interfaz es la parte del programa que establece la conexión entre el código y los componentes físicos del ordenador (cons. 10 y 11 Directiva 91/250/CE).

Obviamente, para gozar de protección, el programa tiene que ser "original" (sin que exista ningún otro criterio para conceder la protección). Ahora bien, ¿dónde está la **originalidad** en una creación utilitaria, en la cual el margen de maniobra es escaso? Se ha optado aquí por un criterio de bajo nivel: es suficiente que el programa sea el resultado de un esfuerzo personalizado o, en otras palabras, que no haya sido copiado ("creación intelectual propia de su autor"). Otra solución (en el sentido de exigir una aportación "personal" del autor – ¿recordáis la definición "subjetiva" de originalidad?) habría condenado a la desprotección a la inmensa mayoría de los programas de ordenador. Nos encontramos así, en nuestra propia ley, con dos nociones de *originalidad*: la general (aludida, que no definida, en el art. 10.1 TRLPI) y la especial (noción devaluada de originalidad) para programas de ordenador (y también para fotografías, según se ha visto).

### 2.2.2. ¿De quién son los derechos?

La respuesta es rápida: del autor. No haría falta ninguna norma especial pero, una vez más, las hay: el artículo 97 TRLPI. Los derechos nacen en la cabeza de quien crea, sea una persona individual o un grupo que colabora (coautoría). Hasta aquí no hay novedad. No obstante, la misma norma añade inmediatamente:

"[...] o la persona jurídica que sea considerada como titular de los derechos de autor en los casos expresamente previstos por esta Ley."

Art. 97 TRLPI

Además, cuando el programa de ordenador sea una obra colectiva de las reguladas en el art. 8 TRLPI:

"tendrá la consideración de autor, excepto pacto en contrario, la persona natural o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre."

Art. 97.2 TRLPI

Por supuesto, hay otros medios para que una persona jurídica sea titular de los derechos de autor sobre un programa de ordenador:

1) la **cesión expresa** de derechos mediante contrato, y

#### Régimen de autoría excepcional

Los programas gozan, pues, un régimen de autoría excepcional, conscientemente adoptado en favor de las empresas productoras de software.

2) la existencia de una **relación laboral** con la consiguiente presunción de cesión a favor del empresario (art. 51 y 97.4 TRLPI).

### Presunción de cesión

"Cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos de explotación correspondientes al programa de ordenador así creado, tanto el programa fuente como el programa objeto, corresponderán, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario."

Aunque a primera vista parece que esta presunción de cesión refleja la del art. 52 TRLPI, existen algunas diferencias. Por ejemplo, el art. 51 TRLPI presume que la cesión se limita a:

"[lo] necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra."

Art. 51.1 TRLPI

Y añade:

"[...] en ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes [...]."

Art. 51.3 TRLPI

En cambio, nada semejante aparece en el art. 97.4 TRLPI, lo cual parece permitir entender que el alcance de la cesión sobre el programa es mucho mayor. Obviamente, una lectura del principio de aplicación subsidiaria de las normas del régimen general ("en la medida en que resulten aplicables" (art. 95 *in fine* TRLPI) permitiría reducir las distancias entre ambos artículos.

### 2.2.3. Contenido del derecho de autor sobre un programa de ordenador

De la misma manera que bajo el régimen general, también aquí el contenido del derecho del autor sobre el programa pasa por atribuir **derechos** (art. 99 TRLPI) e imponer **excepciones** (art. 100 TRLPI).

a) El **límite temporal** (la **duración**) no presenta particularidades (art. 98 TRLPI) y se remite a las normas generales: 70 años *post mortem auctoris* o, cuando el autor es persona jurídica, 70 años desde la divulgación.

#### Programas por encargo

No se ha previsto nada para los programas creados por encargo. Por lo tanto, puesto que no hay presunción de cesión, si quien encarga el programa quiere tener los derechos, deberá obtenerlos por contrato (cesión).

#### El cedazo del art. 95 TRLPI

Parte de la doctrina mantiene que el derecho moral no resulta, de hecho, adecuado para el tipo de obra que es un programa de ordenador.

b) El artículo 99 sólo habla de **derechos de explotación**. No se mencionan los "otros derechos" patrimoniales de autor (de simple remuneración), ni los derechos morales, por tanto el silencio se interpreta normalmente a favor de la existencia de derecho morales sobre los programas de ordenador.

Los derechos de explotación del autor del programa son los que ya conocéis: reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, pero también, aunque no se diga expresamente, un derecho de comunicación pública y un "**derecho de uso**".

Si comparamos el artículo 99 TRLPI con las definiciones generales de los artículos 18 a 21, cabe destacar los siguientes aspectos:

- **Derecho de reproducción** (art. 99.a TRLPI): Aquí, el concepto *reproducción* es más amplio que el del artículo 18 TRLPI, ya que incluye, no sólo la fijación estable, sino también la fijación "inestable" y transitoria. De hecho, sin embargo, ya hemos visto que la interpretación del art. 18 se ha ido ampliando en este sentido.
- **Derecho de distribución** (art. 99.c TRLPI): El titular puede autorizar o prohibir "cualquier forma de distribución pública incluido el alquiler del programa de ordenador original o de sus copias". Este derecho, no obstante, se agota con la primera venta, aunque subsiste el derecho de alquiler. Hay que suponer que también subsiste el derecho de préstamo y que el agotamiento sólo afecta a las reventas sucesivas, del mismo modo que cabe suponer que su alcance es comunitario.
- **Derecho de transformación** (art. 99.b TRLPI): Nadie puede efectuar adaptaciones o crear nuevas versiones o, en general, programas derivados –que no es lo mismo que programas compatibles– sin contar con la autorización del titular del programa originario (ved cons. 19 de la Directiva 91/250/CE). Todo eso, a reserva del margen que puedan dar las excepciones expresamente admitidas.
- **Derecho de comunicación pública**: Llama la atención que ni el art. 99 TRLPI ni la Directiva 91/250/CE reserven al autor el derecho a autorizar o prohibir la comunicación pública de los programas. Además de comercializarse en soportes físicos (distribución), los programas podrían llegar a ofrecerse al público a través de la red (comunicación). Aun así, al amparo del art. 95 TRLPI, habría que recurrir al art. 17 TRLPI, que reconoce a los autores un derecho general de explotación sobre sus obras (del cual la reproducción, transformación, etc., no son más que ejemplos típicos), incluyendo, pues el derecho de comunicación pública.
- **Derecho de uso**: Aunque normalmente no viene reconocido como un derecho exclusivo, el artículo 99 *in fine* TRLPI dice: "Cuando se produzca la cesión del derecho de uso en un programa de ordenador se entenderá, sal-

### Lectura complementaria

¿Son aplicables a los programas de ordenador los derechos de remuneración? Sobre estos derechos, leed los artículos 2.5.3, 31.2 y 99.a TRLPI.

vo prueba en contra, que esta cesión tiene carácter no exclusivo e intransferible y que se hace para satisfacer sólo las necesidades del usuario". Para saber qué usos del programa están permitidos y cuáles no, se tendrá que aplicar lo que dispone la licencia correspondiente.

c) Al margen de la licencia, hay **excepciones** aplicables; es decir, hay actos que quedan excluidos de la autorización del titular. El **art. 100 TRLPI** establece una recopilación de **excepciones específicas** al uso de un programa de ordenador. Además, también son aplicables (en la medida en que sea posible) el resto de **excepciones generales** previstas en los artículos 31 a 40 bis TRLPI.

Con respecto a las excepciones específicas del art. 100 TRLPI, es importante distinguir entre los siguientes:

- Los **números 1 a 3** tienen por objeto una cosa tan simple como **asegurar que, efectivamente, el programa podrá ser utilizado** sin infringir los derechos de autor, lo cual, ya de por sí, nos da una idea del nivel de la tutela otorgado a los titulares de derechos sobre programas de ordenadores.

#### El usuario legítimo

A diferencia de lo que sucede con los límites generales, que se establecen en beneficio de cualquier usuario, aquí se habla siempre del usuario legítimo. Un usuario legítimo tiene derecho a:

- 1) Reproducir, también **transformar y corregir errores**, pero sólo en la medida necesaria para utilizar el programa "de acuerdo con su finalidad propuesta".
- 2) Hacer una **copia de seguridad**; sin esta previsión no sería posible y, en cualquier caso, la única función tiene que ser asegurar la utilización del programa. Debe tratarse de una copia "de seguridad", lo cual impide, por ejemplo, instalarla (y usarla) en otro ordenador. Nótese que, al no quedar expresamente contemplada entre las excepciones, se excluye (prohíbe) la copia privada de programas de ordenador.
- 3) **Analizar** el programa, pero sólo mientras lo utiliza.

- Los **números 5 y 6** no se ocupan tanto de los usuarios como del mercado. Con estas excepciones se quiere garantizar el desarrollo de una industria no monopolística. La palabra clave es **interoperabilidad**. Los que crean software tienen que poder crear programas capaces de intercambiar información y funcionar con los ya existentes. Detrás de esto se encuentra una encarnizada y muy ilustrativa lucha en torno a la **ingeniería inversa**, es decir, en torno al proceso que parte del producto acabado (**código objeto**) e intenta remontarse a los orígenes (**código fuente**).
- El **número 7**: las cautelas frente a la descompilación se cierran con una disposición que se anticipó, aunque sólo para los programas de ordenador, a lo que –en la reforma del TRLPI de 1998– pasaría a ser el art. 40 bis y que se conoce como *three step test*.

#### Copia privada de programas de ordenador

El artículo 31.2 TRLPI autoriza la copia "para uso privado" sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 25 (derecho a una compensación) pero excluye expresamente las bases de datos y los programas de ordenador.

#### Los apartados 5 y 6 del artículo 100 TRLPI

Según estos apartados, "no se podrán interpretar de manera que permitan que su aplicación perjudique de manera injustificada los legítimos intereses del titular desde derechos, es decir, contraria a una explotación normal del programa informático".

### 2.2.4. El software "libre" y la licencia GPL

El objetivo último del software libre es asegurar que la protección jurídica de los **programas de ordenador** bajo el régimen del *copyright* no sea un obstáculo para la reutilización del software. Y para ello, se utiliza el instrumento básico que ofrece el régimen del *copyright* (y que también utilizan los titulares de software propietario): la licencia.

A diferencia del software "propietario", el software "libre" se caracteriza –en general– por mostrar de forma abierta el código fuente y permitir expresamente la subsiguiente modificación y creación de nuevos programas por parte de sus usuarios.

Igualmente, a diferencia de las típicas licencias de software "propietario", que impiden la copia, distribución o descompilación del programa, las licencias "libres" permiten a los usuarios del software hacer cualquier uso de éste (para cualquier finalidad), copiarlo y modificarlo (para adaptarlo o mejorarlo) y redistribuirlo (tanto en formato original, como modificado).

Las **cuatro libertades fundamentales** del software libre son:

- 1) utilizar el software para cualquier finalidad;
- 2) modificar el software para adaptarlo a sus necesidades;
- 3) redistribuir copias del software a otros usuarios (ya sea gratuitamente o a cambio de un precio);
- 4) distribuir al público versiones modificadas (mejoras o adaptaciones) del software.

Todo ello, con **una única condición**: que se dé crédito al autor y se identifique la autoría de las subsiguientes modificaciones que se efectúen en el programa.

Ahora bien, más allá de este **mínimo común a todas las licencias de software "libre"**, existen variedades importantes. Por ejemplo, la licencia GNU-GPL (General Public License) obliga a que cualquier nueva versión del programa se distribuya **bajo la misma licencia GNU-GPL**, de manera que "se perpetúe la libertad", asegurándose de que los nuevos programas o versiones (software derivado) continuarán siendo "libres" y de que nadie se apropiará del esfuerzo ajeno en beneficio propio.

#### La GPL

Es una licencia de derechos de explotación sobre el programa de ordenador.

#### En el software "propietario"

En el caso del software "propietario", el usuario legítimo no tiene acceso al código fuente, de manera que su ámbito de actuación se limita al simple "uso" del mismo.

#### El copyleft

El *copyleft* es la condición que caracteriza la GNU-GPL y que la distingue de otros proyectos y licencias, que no son propiamente *copyleft*.



La GNU-GPL es *copyleft*: obliga a la distribución del software derivado bajo la misma licencia GPL e impide que se privatice, que se convierta en software "propietario". Pero **no todas las licencias de software libre son copyleft**.

Licencia GNU-GPL es la **licencia *copyleft*** por excelencia y la que **estableció las bases para la creación y explotación del software libre**. La GNU-GPL se distingue claramente de las licencias de software "propietario" que permiten al usuario legítimo del software instalarlo y utilizarlo en una unidad concreta, pero no permiten ningún acto de explotación del mismo.

### Cláusulas restrictivas nulas

Con frecuencia, algunas licencias de uso de software niegan al usuario legítimo la posibilidad de realizar actos que la ley le autoriza a realizar. Tales cláusulas restrictivas son nulas y se tendrán por no puestas, ya que un contrato no puede ser contrario a la ley. Por ejemplo, no se puede impedir por contrato la descompilación a los efectos de interoperabilidad con otros programas directamente permitida por ley (art. 100[5] TRLPI).

**Software libre** es, pues, todo el software sujeto a las **cuatro libertades fundamentales** (para ser usado, copiado, modificado y diseminado en formato original o modificado) mediante una licencia "libre".

La licencia se adjunta directamente al código fuente (licencia y obra son inseparables) y debe reproducirse siempre, en todo el software redistribuido. Así pues, el adjetivo "libre" se refiere a estas libertades fundamentales que otorgan las licencias, y no a la gratuidad del software (el software comercial es una parte importante del software libre).

No hay que confundir "libre" con "gratis". El software "libre" puede ser distribuido **de forma gratuita o mediante pago; lo importante son las libertades que obtiene el usuario**.

### Open Source

Aunque inicialmente, software "libre" y *copyleft* eran sinónimos (ya que la casi totalidad del software "libre" se distribuía bajo la licencia *copyleft* GNU-GPL), a finales de los noventa, el movimiento del software "libre" vivió un momento de crisis con la formulación de los postulados de la Open Source Initiative (OSI) y la definición del código fuente abierto (*open source*).

La definición de *open source*<sup>(2)</sup>(OSD) se basa en diez directrices (surgidas del proyecto Debian) que permiten clasificar las diferentes licencias de software en función de su objeto (componentes, programas, distribuciones completas) y en función de unas **pautas generales, unos estándares, que toda licencia de software abierto debe cumplir**. Además, se creó una **marca de certificación**(OSI Certified)<sup>(3)</sup> para indicar que una licencia cumple con las directrices del *open source*. De esta manera, se quiere facilitar a usuarios, programadores y especialmente a empresas, una mejor comprensión del software libre y, en última instancia, promover nuevos modelos de negocio basados en el mismo y atraer

<sup>(2)</sup>Open Source Definition (OSD): <http://www.opensource.org/docs/definition.php>

<sup>(3)</sup>Licencias OSI Certified: <http://www.opensource.org/licenses/alphabetical>

la inversión empresarial. Con este objetivo, el Open Source renuncia a la exigencia del *copyleft* y se evitó utilizar la expresión "libre", superando así las dudas sobre la gratuidad (que siempre había generado la expresión software "libre" / *free software*).

### 2.3. Las bases de datos

La sociedad de la información pide contenidos (sociedad del conocimiento), pero no puede funcionar bien sin recopiladores, sistematizadores y presentadores. ¿Dónde se puede encontrar aquel artículo, aquella foto, aquel fragmento de vídeo? La clave son las llamadas *bases de datos*. Su régimen jurídico es capital y los profesionales de la comunicación deben conocerlo por qué, a menudo, son creadores y usuarios. Reunir material, ordenarlo, digitalizarlo (si es el caso) y presentarlo de una manera simple y eficaz requiere inversiones importantes en tiempo y dinero. Es lógico, pues, que los que producen bases de datos exijan protección.

En el ámbito de la UE se ha establecido un doble sistema de protección de las bases de datos. Por una parte se protege la creación, la originalidad: si la base de datos (que no necesariamente su contenido) es original, hablaremos de obras, autores y derechos de autor. Por otra parte, también se protege el esfuerzo, la inversión realizada: tanto si la base de datos es "obra" como si no, su fabricante (que no, autor) se podrá beneficiar de un nuevo derecho *sui generis* contra la extracción sustancial de su contenido.

#### Lectura complementaria

Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

#### 2.3.1. Las bases de datos como obra

El esfuerzo intelectual y la siempre necesaria originalidad de una base de datos está en la **selección de los contenidos** o en su **disposición**. Es indiferente que los ingredientes sean a su vez obras u "otros elementos o datos" (por ejemplo, datos geográficos o bibliográficos). Tampoco importa que se presenten en formato electrónico o no (la tecnología digital no ha creado las bases de datos); sólo hace falta que el contenido esté organizado y sea accesible individualmente.

El art. 12.2 TRLPI proporciona una definición de lo que ha de entenderse por base de datos:

"A los efectos de la presente Ley, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, se consideran bases de datos las colecciones de obras, de datos o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma."

Una **base de datos** tendrá la consideración de obra si es original con respecto a la selección y disposición de contenidos. Lo que se protege es la **estructura (selección o disposición de contenidos)** que expresa la creatividad de su autor, no el contenido. Los contenidos recogidos en la base de datos (colección) podrán disponer de protección propia (si se trata de obras) o no (si son meros datos, etc). Pero quedan al margen del art. 12 TRLPI.

#### Estructura de una base de datos

La estructura de la base de datos incluye, como señala la Exposición de Motivos de la Ley 5/1998, de incorporación de la Directiva y reforma del TRLPI, "los elementos necesarios para el funcionamiento o la consulta de algunas bases de datos como el tesoro y los sistemas de indexación" (ved también cons. 20 Directiva 96/9/CE).

En este caso (y sin perjuicio de que también se puedan beneficiar del derecho *sui generis*) se aplica el régimen general (Libro I TRLPI), en cuanto a autoría, facultades económicas y morales, duración, excepciones y cesión de derechos. No obstante, hay algunas **reglas específicas** que interesa señalar:

a) Son de aplicación los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Ninguna especificidad se establece en relación con los dos primeros. En cambio, sí con los otros dos. De acuerdo con el art. 20.2 (i) y (j) TRLPI, son **actos de comunicación pública**:

"i) El acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base de datos, aunque dicha base de datos no esté protegida por las disposiciones del Libro I de la presente Ley".

j) La realización de cualquiera de los actos anteriores, respecto a una base de datos protegida por el Libro I de la presente Ley."

En relación con el **derecho de transformación**, se consideró necesario añadir una precisión a la definición, con el fin de dejar claro que:

"Cuando se trate de una base de datos a la que hace referencia el artículo 12 de la presente Ley se considerará también transformación la **reordenación** de la misma".

Art. 21.1 párrafo. 2.º TRLPI

Esta precisión es importante y quizás no resultaría de la simple interpretación del concepto de transformación porque, de hecho, quien reordena no reproduce la estructura protegida, sino que crea una diferente.

b) Con respecto a las **excepciones específicas**, el art. 6 de la Directiva 96/9/CE sobre bases de datos, preveía una serie de excepciones a los derechos exclusivos del autor, una de carácter obligatorio en favor del usuario legítimo, y otras de carácter facultativo y tasadas, aunque admitía también el mantenimiento de las "tradicionalmente reguladas" por el derecho interno de los Estados. La **excepción obligatoria en favor del usuario legítimo de una base** ha sido recogida en el art. 34.2 TRLPI para asegurar que el usuario legítimo podrá, en efecto, utilizar la base con normalidad sin que inopinadamente se pueda oponer, por ejemplo, el derecho de reproducción o el de transformación. Las

#### Lectura recomendada

Ved el cons. 38 de la Directiva 96/9/CE sobre bases de datos.

**excepciones facultativas** –que los Estados podían o no establecer– también fueron recogidas por el legislador español en el art. 34.2 TRLPI. No será necesaria la autorización del titular de la base de datos para los siguientes usos:

- **Copia privada** (art. 34.2, (a) TRLPI). Sólo se admite si se trata de bases de datos no electrónicas. Para las electrónicas, en cambio, rige el mismo criterio que para los programas de ordenador y, por lo tanto, queda excluida la posibilidad de copia privada.
- **Ilustración de la enseñanza o investigación científica** (art. 34.2, (b) TRLPI). Esta excepción se introduce sólo para las bases de datos y no tiene en el TRLPI paralelo para las otras obras.
- **Seguridad pública y uso en procedimientos administrativos o judiciales** (art. 34.2, (c) TRLPI). También ésta es una excepción nueva, limitada a las bases de datos.

Una vez más, podrán ser aplicables también las excepciones previstas con carácter general. Por ejemplo, la de cita (art. 32 TRLPI) o la de préstamo (art. 37.2 TRLPI).

### 2.3.2. El derecho *sui generis* sobre las bases de datos

Tanto si la base de datos tiene la condición de obra como si no, a menudo la **compilación de datos** supone una **inversión económica e intelectual** importante, que merece algún tipo de protección. Algunos consideran suficiente la normativa de **competencia desleal** (tal como se hace en Estados Unidos). Otros reclaman el reconocimiento de derechos exclusivos específicos, alegando que el riesgo de escanear bases en papel o de copiar y reordenar las bases digitales es demasiado elevado y está al alcance de cualquiera; y, además, que hay que disponer de derechos para poder explotarlos.

Esta última línea es la seguida en Europa en la Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos (incorporada en el TRLPI en 1998): crear un **derecho especial, *sui generis***, a favor de los "fabricantes" de bases de datos, tanto si tienen la condición de obra, como si no.

Una base de datos, por lo tanto, puede beneficiarse simultáneamente de ambos tipos de derechos de autor y *sui generis*. Que el **creador** adquiera derechos de autor sobre la misma por el hecho de su creación (art. 1 TRLPI) no impide que el **fabricante** adquiera el derecho *sui generis*. Unos y otros derechos recaen sobre objetos diferentes y, por lo tanto, resultan compatibles. Esto no significa, sin embargo, que la concurrencia deba darse en todo caso.

### a) ¿Qué se protege exactamente?

No se protege en absoluto la creatividad, sino la **inversión sustancial**, ya sea en dinero o esfuerzo. (*vid* art. 133.1 TRLPI):

Por tanto, los derechos no son del autor sino del fabricante que realiza la inversión.

La protección se otorga al **fabricante** de la base de datos, definido en el art. 133.3 TRLPI como:

"la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y asume el riesgo de efectuar las inversiones sustanciales orientadas a la obtención, verificación o presentación de su contenido."

Art. 133.3.a TRLPI

### b) ¿Qué derechos tiene el fabricante de la base de datos?

Lo que ostenta el fabricante es el "**derecho a impedir**" ciertos actos en relación con "la totalidad o una parte sustancial" del contenido de la base, o incluso de "partes no sustanciales cuando se trata de actos repetidos o sistemáticos". De acuerdo con el art. 133 TRLPI, el llamado **derecho sui generis** que se otorga al fabricante de la base de datos consiste en la facultad de impedir:

"1. La **extracción y/o reutilización** de la **totalidad** o de una **parte sustancial** del contenido [de la base de datos], evaluada cualitativa o cuantitativamente."

"2. La **extracción y/o reutilización repetidas o sistemáticas** de **partes no sustanciales** del contenido [de una base de datos] que supongan actos contrarios a una explotación normal de dicha base o que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del fabricante de la base."

### c) ¿Con qué límites?

De forma semejante a lo visto para los programas de ordenador, también para el derecho *sui generis* se distingue entre la posición del "usuario legítimo" y las de los "demás sujetos". En el primer caso, se habla de "derechos y obligaciones del usuario legítimo"; en el segundo, de "excepciones".

- **Derechos y obligaciones del usuario legítimo.** El usuario legítimo de una base de datos podrá extraer y/o reutilizar partes no sustanciales de su contenido, evaluadas de forma cuantitativa o cualitativa, con independencia del fin al cual las destine (art. 134.1 TRLPI). Este derecho no admite pacto en contra (art. 134.3 TRLPI). No obstante –y de nuevo asoma el *three step test*–, tales actos no deberán perjudicar la normal explotación de la base ni lesionar injustificadamente los intereses legítimos de su fabricante (art. 134.2 TRLPI). En cualquier caso, deberán respetarse los derechos de autor o conexos que existan sobre las obras o prestaciones incluidas en la base de datos (art. 134.2.b TRLPI).

#### ¿Qué es una inversión sustancial?

El TJCE ya ha resuelto algunos casos interpretando este concepto. Véase por ejemplo: *Fixtures Marketing v. OPAP* (C-444/02); *British Horse-racing Board v. William Hill* (C-203-02); *Ryanair v. PR. Aviación* (C-30/14); *Football de ataque v. Sportradar* (C-173/11) y *Football de ataque v. Yahoo UK* (C-604/10).

#### Aspectos de terminología

Como podéis ver, no se habla de *autor*, ni siquiera de *productor* (como hacemos con los derechos conexos), sino de **fabricante**. Tampoco se habla de *reproducción, distribución, comunicación...* No obstante, sustancialmente, *extracción* equivale a *reproducción* y, *reutilización* cubre tanto *distribución* como *comunicación pública*.

- **Excepciones al derecho *sui generis*.** Ante la flexibilidad del legislador comunitario, el español optó por identificar como excepciones al derecho *sui generis*, las mismas excepciones previstas para las bases de datos que ostentan la condición de obra. Así pues, no será necesaria la autorización del fabricante de la base de datos para extraer y/o reutilizar partes sustanciales, o partes no sustanciales de manera repetida o sistemática, en los siguientes casos:
  - Para **uso privado** (art. 135.1.a TRLPI): es lícita la extracción (sólo, la extracción) para uso privado de contenidos de bases de datos no electrónicas (sólo no electrónicas). Una vez más, se hace patente la diferencia entre el mundo analógico (papel, cassetes, vídeos, etc.) y el digital.
  - Para **uso público con finalidades de enseñanza o de investigación** (art. 135.1.b TRLPI): a diferencia de lo que se ha visto para los derechos de autor, en este caso sólo se permite "la extracción" y con las cautelas habituales ("en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga y siempre que se indique la fuente").
  - Para finalidades de **seguridad pública y procedimientos administrativos o judiciales** (art. 135.1.c TRLPI).

Es especialmente importante la prohibición expresa de pacto en contra de tales excepciones (art. 134.3 TRLPI).

#### d) ¿Por cuánto tiempo?

En apariencia, nos encontramos ante un derecho de vida corta: **quince años desde la fabricación** (art. 136.1 y 2 TRLPI), especialmente si lo comparamos con los plazos que rigen para el derecho de autor (*70 años post mortem auctoris*). Ahora bien, si acabáis de leer la norma (art. 136.3 TRLPI), veréis que cualquier nueva inversión sustancial, normalmente para "modificar" la base o para hacer una "verificación sustancial" de su contenido (ved el cons. 55 de la Directiva 96/9 CE), atribuye un nuevo plazo de quince años (art. 136.3 TRLPI). Y así sucesivamente de manera indefinida.

#### **Sólo se protege la nueva inversión**

No obstante, el nuevo término protege la nueva inversión, no la vieja; es decir, se protege la guía de teléfonos actualizada, no la de hace quince años.

### 3. Los derechos conexos

El derecho de autor protege la creación de obras, no las prestaciones que contribuyen a la difusión de éstas, por muy importantes, costosas y valiosas que sean. Se hizo así necesario diseñar un nuevo tipo de derechos de propiedad intelectual: los llamados *derechos afines*, vecinos o conexos a los derechos de autor. Esta es la categoría que nuestra legislación acoge bajo la rúbrica neutral "**otros** derechos de propiedad intelectual".

Las reglas previstas para el "derecho de autor" en el libro I del TRLPI serán de aplicación subsidiaria (en lo pertinente) para llenar lagunas o vacíos de la regulación de los derechos conexos (art. 132 TRLPI).

Los derechos conexos se construyen sobre objetos que no son obra (expresión formal y original de la creatividad humana) sino "**prestaciones**".

Este término incluye aportaciones o realidades de naturaleza heterogénea, tanto de carácter personal como empresarial. Entre las primeras están las **interpretaciones o ejecuciones** de una obra por parte de personas físicas: **los artistas intérpretes o ejecutantes**.

En lo que respecta a las empresariales, están los **productores de fonogramas**, los **productores de grabaciones audiovisuales**, las **entidades de radiodifusión**.

A caballo entre ambos tipos de prestaciones, encontramos las **meras fotografías**, donde la prestación no está al servicio de ninguna obra. Aquí no se trata de proteger el esfuerzo invertido en dar vida a las obras (como sucede con los artistas), sino en el esfuerzo y la inversión para la elaboración de un producto: la mera fotografía.

Veámoslos con más detalle.

#### 3.1. Artistas, intérpretes y ejecutantes

**a) Sujeto.** Tiene la condición de artista, intérprete o ejecutante "la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra" (art. 105 TRLPI).

#### Los "otros" derechos de propiedad intelectual

Se trata de una categoría relativamente abierta, usada por el legislador para satisfacer demandas específicas y que incluye derechos muy variados, tanto por los sujetos como por los objetos protegidos.

#### Los derechos conexos "empresariales"

Estos tutelan la iniciativa, la capacidad de organización y los recursos económicos aportados por un empresario en relación con la creación y explotación de obras protegidas.

#### Artistas

Son los actores de teatro y de cine, cantantes, músicos, bailarines, directores de orquesta...

La fórmula legal es amplia; sólo se exige que su prestación tenga por base una obra. Para la legislación de propiedad intelectual, sólo es artista –titular de derechos afines– quien ejecuta o interpreta una obra (y con independencia de que su prestación sea considerada más o menos "artística" entre la sociedad).

**b) Derechos o facultades patrimoniales.** Los artistas tienen **derechos exclusivos** sobre los siguientes actos:

- autorizar la **fijación** de su interpretación o ejecución, exigiéndose forma escrita para tal autorización (art. 106 TRLPI);
- **reproducción**, en el sentido vulgar de realización de copias; la autorización para reproducir también debe ser escrita y se prevé de forma expresa la posibilidad de transferir, ceder o licenciar este derecho de reproducción (art. 107 TRLPI).
- **comunicación pública**: no es posible llevar su actuación a un público diferente sin su autorización, que deberá otorgarse por escrito (art. 108 TRLPI). Por ejemplo, sería ilícito transmitir la actuación de un cantante en una sala o teatro por radio o televisión o, simplemente, colocar altavoces o pantallas en locales adjuntos, sin contar con su autorización.
- **puesta a disposición del público** en la forma establecida en el artículo 20.2(i): puesta a disposición interactiva (art. 108.1.b TRLPI).
- **distribución del original o copias** de la fijación de sus actuaciones (art. 109.1 TRLPI). Como sucede con los autores, este derecho se agota con la primera venta, siempre que ésta tenga lugar en el ámbito de la Unión Europea y sólo para las ventas sucesivas dentro de ella (art. 109.2 TRLPI).

#### Fijación y reproducción

La diferencia está en el objeto: se fijan actuaciones y se reproducen, distribuyen, comunican tales fijaciones.

#### No será necesaria la autorización

Cuando se trate de una actuación "transmitida por radiodifusión o [que] se realice a partir de una fijación previamente autorizada" (art. 108.1, pfo. 1.º TRLPI).

#### No hay agotamiento

En relación con otras formas de distribución, como el alquiler y el préstamo, no hay agotamiento.

Además, la ley también confiere a los artistas **derechos de remuneración** (irrenunciables y sujetos todos ellos a gestión colectiva obligatoria):

- La **compensación por copia privada** (art. 25.4.b TRLPI), en la medida en que las fijaciones de sus actuaciones pueden ser reproducidas para fines privados. Los "artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas" tienen derecho a tal compensación.
- La remuneración equitativa por la **comunicación pública** (en cualquier forma) de fonogramas y grabaciones audiovisuales (arts. 108.4 y 108.5 TRLPI). Esta misma remuneración se prevé también para los productores.



- A cambio de la cesión de su derecho de alquiler a un productor (de fonogramas o de grabaciones audiovisuales), el artista tiene derecho a una remuneración equitativa por el **alquiler** de tal grabación (art. 109.3 TRLPI).
- A cambio de la cesión de su derecho de puesta a disposición interactiva a favor de un productor (de fonogramas o de grabaciones audiovisuales), el artista tiene derecho a una remuneración equitativa por tal **puesta a disposición del público** (art. 108.3 TRLPI).

c) **Derechos o facultades morales.** La prestación de los artistas es personal: aunque no cree una obra, el artista, al interpretar o ejecutar, compromete su persona. Es lógico, pues, que le concedan algunas facultades análogas al derecho moral de los autores.

#### Los derechos morales de los artistas

Concretamente le conceden los siguientes (art. 113 TRLPI):

- el artista "goza del derecho al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o actuaciones";
- el artista podrá oponerse "a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su actuación", siempre y cuando –y ese será normalmente el punto a debatir– "lesione su prestigio o reputación";
- el artista puede autorizar o prohibir el doblaje de su actuación en las obras audiovisuales.

Los derechos morales de atribución e integridad pueden ser ejercidos por el artista durante toda su vida y tras su muerte, sin límite de tiempo, por sus herederos (art. 113.3 TRLPI).

#### d) Límites: duración y excepciones

De acuerdo con el artículo 112 TRLPI: "Los derechos de explotación reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes tendrán una duración de cincuenta años, computados desde el 1 de enero del año siguiente al de la interpretación o ejecución".

#### e) Régimen de transmisión de derechos

Hemos visto algunas presunciones de cesión de derechos con ocasión de contratos celebrados con artistas; por ejemplo, en relación con el derecho de alquiler (art. 109.3 TRLPI) o el doblaje a lengua diferente de la propia (art. 88 TRLPI). A ellas hay que añadir otras dos presunciones de cesión.

#### Derechos de la personalidad

A parte de los derechos morales, el artista (como cualquier otra persona) pueda recurrir a la normativa sobre los llamados derechos de la personalidad (identidad, imagen, honor, intimidad, etc.).

#### Excepciones

Por remisión expresa del artículo 132 TRLPI, son de aplicación las excepciones previstas en los artículos 30 a 40 bis TRLPI.

#### Presunción *ius tantum*

Este tipo de presunciones son presunciones sujetas a pacto – y prueba– en contra.

- Presunción de cesión del derecho exclusivo de **puesta a disposición interactiva** (art. 108.2 TRLPI) a favor de los productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales, salvo pacto en contra y sin perjuicio del derecho a la remuneración equitativa prevista en el artículo 108.3 TRLPI.
- Presunción de cesión de derechos cuando hay **relación laboral o arrendamiento de servicios** (art. 110 TRLPI): cuando la interpretación o ejecución se lleva a cabo "en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios", se presumirá que "el empresario o arrendatario" adquiere "los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y comunicación pública [...] que se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato".

### **Obligación de designar un representante para el grupo**

Para simplificar una contratación que, dado el elevado número de artistas, podría llegar a ser impracticable, el artículo 111 TRLPI exige que "los artistas intérpretes o ejecutantes que participen colectivamente en una misma actuación" designen "entre ellos" (por mayoría) a un "representante para el otorgamiento de las autorizaciones" correspondientes. Quedan al margen de la obligación los solistas y los directores de orquesta y de escena.

## **3.2. Productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales**

El **productor** es quien asume la iniciativa, pone los medios organizativos y a menudo financieros y, en general, asume los riesgos derivados de la grabación. La ley distingue entre dos tipos de productores: los de grabaciones musicales (fonogramas) y los de grabaciones audiovisuales.

### **No tienen derechos morales**

A diferencia de los artistas y dado el carácter empresarial de su prestación, los productores carecen de derechos morales; ello no impide que tengan derecho (no moral) a que su nombre venga indicado en la explotación de la obra.

### **a) Productores de fonogramas**

El **fonograma** es "toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos" (art. 114.1 TRLPI). No sólo es fonograma la fijación de una obra o, mejor, de su ejecución; también lo es la fijación de sonidos (ruidos, sonido ambiental, sonidos de la naturaleza...). Aunque parezca extraño, puede haber fonograma sin obra.

El **productor del fonograma** es "la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la mencionada fijación. Si dicha operación se efectúa en el seno de una empresa, el titular de ésta será considerado productor del fonograma".

La ley otorga a los productores de fonogramas los siguientes **derechos de explotación**:

- de reproducción (art. 115 TRLPI),
- comunicación pública, incluida la puesta a disposición interactiva (art. 116 TRLPI),
- y distribución (art. 117 TRLPI).

### Remuneración por copia privada

Los productores de fonogramas también participan de la **remuneración** por copia privada (art. 25 TRLPI) y por comunicación pública (art. 116.2 TRLPI). Como vimos, esta remuneración es equitativa y única (compartida con los artistas).

Estos derechos se protegen durante **cincuenta años** desde que se realizó la grabación o, en su defecto, desde la divulgación (art. 119 TRLPI) y quedan sujetos a los mismos límites y excepciones previstas para el derecho de autor.

### b) Productores de grabaciones audiovisuales

La **grabación audiovisual**, a veces también llamada *videograma*, es la "fijación de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido" (art. 120.1 TRLPI). Es indiferente que lo fijado alcance o no la condición de obra audiovisual.

Además de los derechos que, en su caso, haya podido adquirir sobre la obra audiovisual si lo grabado tiene esta condición, el productor audiovisual ostenta sobre la grabación los mismos **derechos de explotación** que el productor de fonogramas:

- Reproducción (art. 121 TRLPI),
- comunicación pública (art. 122 TRLPI)
- y distribución (art. 123 TRLPI).

También participa de la **remuneración** por copia privada (art. 25 TRLPI) y por comunicación pública (art. 122.2 TRLPI), compartida con los artistas.

La duración se fija también en **cincuenta años** desde la grabación o, en su defecto, divulgación, y los derechos quedan sujetos a las excepciones previstas en general para las obras.

#### El productor

El **productor** es la persona, natural o jurídica, que "tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad" de la grabación (art. 120.2 TRLPI).

#### Fotografías de la producción

El productor tiene derechos de explotación sobre "las **fotografías** que fueren realizadas en el proceso de producción de la grabación audiovisual" (art. 124 TRLPI).

### 3.3. Entidades de radiodifusión

La Ley de Propiedad Intelectual no da una definición de entidad de radiodifusión, pero normalmente, se alude a cualquier entidad o empresa que asuma la responsabilidad de una emisión radiofónica, entendiendo por tal no sólo la de sonidos (radio en el sentido vulgar), sino también de imagen (televisión). Lo que se quiere proteger con este derecho conexo es la aportación empresarial, organizativa y de medios, necesaria para llevar a cabo la emisión.

Las **entidades de radiodifusión** sólo reciben derechos económicos. De acuerdo con el artículo 126.1 TRLPI, las entidades de radiodifusión ostentan el "derecho exclusivo a autorizar":

- la fijación de sus emisiones o transmisiones;
- la reproducción de las fijaciones;
- la ulterior retransmisión de las emisiones o transmisiones;
- la comunicación pública en lugares a los que se acceda pagando una entrada;
- y la distribución de las fijaciones de sus emisiones o transmisiones.

Se aplica aquí también el plazo de **cincuenta años**, contados desde el 1 de enero del año siguiente al de la "realización por vez primera de [la] emisión o transmisión". Y en materia de excepciones, es de aplicación, una vez más, la remisión del artículo 132 TRLPI a las previstas para los derechos de autor.

### 3.4. Realizadores de meras fotografías

Bajo la rúbrica "meras fotografías", el artículo 128 TRLPI reconoce al realizador de fotografías y otras reproducciones obtenidas por procedimientos análogos (por ejemplo, diapositiva), cuando no tengan la condición de obras, derechos exclusivos sobre su reproducción, distribución y comunicación pública, "en los mismos términos reconocidos [...] a los autores de obras fotográficas". La duración, no obstante, se limita a veinticinco años, computados además desde el 1 de enero siguiente a la fecha de su realización.

#### La polémica distinción entre "obras fotográficas" y "meras fotografías"

El derecho sobre las meras fotografías resulta un tanto polémico y no todos los ordenamientos lo admiten. En teoría, no es un problema diferente del que plantea cualquier otra obra. En la práctica, sin embargo, resulta de difícil solución dado el peso que tiene la tecnología en el proceso de creación. Además, la Directiva 93/98/CEE, que armonizó el plazo de protección de la propiedad intelectual, estableció en su artículo 6: "Las fotografías que constituyan originales "en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor" serán protegidas con arreglo al artículo 1. No se aplicará ningún otro criterio para determinar su derecho a la protección. Los Estados miembros podrán establecer la

#### Emisión radiofónica

Por lo general, se tratará de transmisión inalámbrica, pero no hay que excluir a las empresas de cable, cuando lo que transmiten es programación propia.

#### Obra fotográfica o "mera" fotografía

La distinción gravita sobre la presencia o ausencia de originalidad.

protección de las demás fotografías". Esta norma no se ha recogido formalmente en el TRLPI, pero parece claro que habrá de aplicarse para valorar cuándo una fotografía es o no obra.

### 3.5. Editores

El editor toma una iniciativa y pone una organización empresarial al servicio de la obra, elaborando el producto por el cual ésta llega al público. No obstante, salvo por la remuneración por copia privada reconocida a todos los editores, no se les ha reconocido un derecho conexo de carácter general sobre su prestación, como se ha hecho con los productores. En España, no se protegen todas las producciones editoriales; sólo algunas de ellas.

- **Editores de obras inéditas en dominio público** (art. 129.1 TRLPI). Quien divulgue lícitamente una obra inédita que esté en dominio público tendrá sobre ella los mismos derechos de explotación que hubieran correspondido a su autor.
- **Editores de obras no protegidas** (art. 129.2 TRLPI). Los editores de obras no protegidas por las disposiciones del libro I de la presente ley, gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción, distribución y comunicación pública de dichas ediciones siempre que puedan ser individualizadas por su composición tipográfica, presentación y demás características editoriales. En todo caso, es necesario que haya una prestación editorial que justifique la protección: una individualización de la edición, "por su composición tipográfica, presentación y demás características editoriales".

Estos derechos durarán **veinticinco años**, computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de la divulgación lícita de la obra (obras en dominio público) o de la publicación (obras no protegidas).

#### La compensación por copia privada

Todos los editores se benefician, como titular de un derecho propio, de la remuneración por copia privada (art. 25 TRLPI).

#### "Obras no protegidas"

No están protegidas –salvo en la medida en que subsista el derecho moral– las obras en el dominio público ya divulgadas o no. Pero tampoco son protegidas las aludidas en el artículo 13 TRLPI (por ejemplo, sentencias o leyes).

## Resumen

En este módulo hemos visto los principales casos que configuran el régimen de protección de la propiedad intelectual, un interés de carácter privado "intangibles" y especialmente relevante y sensible en el mundo actual.

La propiedad intelectual como régimen jurídico destinado a fomentar la creación e inversión en la creación, otorga al autor (y titulares de derechos conexos) un conjunto de derechos exclusivos de explotación y de remuneración que le permiten obtener un rendimiento económico para compensar el esfuerzo y la inversión, junto con una serie de derechos morales que protegen aspectos de tipo personal en relación con la obra. Los derechos de autor están limitados en el tiempo y dependen de otros intereses del público tan importantes como la libertad de creación que justifica el derecho de autor. Estos derechos de explotación son objeto de licencia de acuerdo con las reglas recogidas en la ley para defender al autor, normalmente la parte más débil de toda relación contractual destinada a la explotación de la obra. Hemos visto también las especificidades de los regímenes de protección de la obra audiovisual, los programas de ordenador y las bases de datos, y también los rasgos característicos de los "derechos conexos" otorgados a artistas, productores, entidades de radiodifusión, fotógrafos y editores.

## Ejercicios de autoevaluación

1. ¿Cuáles son los principales derechos de explotación que la ley confiere a los autores?

- a) Reproducción, colección, distribución y transformación.
- b) Colección, reproducción, distribución, atribución, transformación y comunicación pública.
- c) Reproducción, distribución, transformación, comunicación pública y colección.
- d) Reproducción, distribución, transformación, puesta a disposición del público y comunicación pública.

2. ¿Quién es autor de la obra audiovisual?

- a) El director-realizador.
- b) El productor y el director.
- c) El director, el productor, el guionista, el compositor de la música.
- d) El director-realizador, el guionista, el compositor de la música.

3. ¿Qué derechos morales se reconocen a los artistas?

- a) Atribución, integridad y doblaje.
- b) Atribución e integridad.
- c) Atribución, integridad, retirada del comercio y acceso al ejemplar raro o único.

4. Si no se dice nada en la licencia, se entiende que los derechos se otorgan...

- a) para 5 años, el territorio donde se hace la licencia y las modalidades necesarias de explotación para llevarla a cabo.
- b) para todo el mundo y todo el plazo de protección.
- c) para todas las modalidades de explotación conocidas al hacer la licencia.
- d) de manera gratuita y con carácter de exclusiva.

5. El plazo de protección de una obra colectiva es...

- a) 70 años a partir de la muerte del último coautor superviviente.
- b) 70 años a partir de la divulgación de la obra.
- c) 50 años a partir de la realización de la obra.
- d) 50 años a partir de la publicación de la obra.

6. ¿Podéis fotocopiar el manual de uso de un aparato de vídeo? ¿Y el de un programa?

7. El autor de un programa de ordenador, ¿tiene derechos morales sobre el programa?

8. Suponed que un contable, *motu proprio* o siguiendo órdenes de la dirección, crea un programa para llevar la contabilidad de la empresa, sin que se pacte nada sobre los derechos correspondientes.

¿Se tienen que presumir cedidos estos derechos? Y si procede, ¿con qué alcance?

9. Supongamos que un profesor ha adquirido un CD que incluye imágenes de 2.500 obras de arte de todos los tiempos. ¿Puede colocar 100 en la página web del aula?

## Solucionario

### Ejercicios de autoevaluación

1. c

2. d

3. a

4. a

5. b

6. Incluso suponiendo que el manual de uso de un vídeo consiguiera la condición de obra porque es original, la copia privada es permitida al amparo del artículo 31.2 del TRLPI. En cambio, no lo es en el caso de los programas.

7. Si el programa es una obra, el autor ha de tener todos los derechos, morales y económicos, que integran la propiedad intelectual. El silencio de los artículos 95 y siguientes del TRLPI respecto de eso no tendría que plantear ningún tipo de problema, porque los vacíos de las normas especiales se integran en las generales. No obstante, no son pocos los que defienden la inexistencia o, al menos, la atenuación del derecho moral sobre los programas, y se apoyan en el hecho de que serían incompatibles con la naturaleza de éstos. La tesis, sin embargo, es más que discutible.

8. Si se aplica el artículo 51 del TRLPI, está claro que la empresa puede utilizar el programa para ejercer su actividad habitual, pero no puede explotarlo –excepto si es una empresa de programas– con plena libertad. El artículo 97.4 del TRLPI, en cambio, parece que permite llegar a otra conclusión, porque no se establece ningún límite finalista al alcance de la cesión.

9. En este caso, no importa que la extracción sea sustancial. Tampoco hay duda de que su objetivo sea docente. La excepción, sin embargo, sólo permite la "extracción", no la "reutilización". Además, es dudoso que con eso se respeten los límites del artículo 135.2 del TRLPI.



## Abreviaturas

**ADPIC** *m* Acuerdo sobre derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. Ved TRIPS.

**CC** *m* Código civil.

**CE** *f* Constitución española.

**DCE** *f* Directiva 2000/31/CE, de 8 junio, sobre el comercio electrónico.

**DDASI** *f* Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo del 2001, relativa a la Armonización de Determinados Aspectos de los Derechos de Autor y Derechos Afines a los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información.

**EAC** *f* Estatuto de autonomía de Cataluña.

**ISP** *m pl* Internet Service Providers.

**LSSICE** *f* Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

**OMC** *f* Organización Mundial del Comercio. Ved WTO.

**OMPI** *f* Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

**TJCE** *f* Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

**TRIPS** *m* Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. Ved ADPIC.

**TRLPI** *m* Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

**WIPO** *f* World Intellectual Property Organization. Ved OMPI.

**WTO** *f* World Trade Organization. Ved OMC.

## Bibliografía

### Bibliografía básica

**Bercovitz, R.** (coord.) (2015). *Manual de propiedad intelectual*. 6a. ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

**Erdozain, J. C.** (2002). *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*. Madrid: Tecnos ("Práctica Jurídica").

**Garrote Fernández-Díez, I.** (2003). *El derecho de autor en Internet. La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*. Granada: Comares ("Estudios de Derecho Privado").

**Miguel Asensio, P. A. de** (2002). *Derecho privado de Internet* (3.ª ed.). Madrid: Civitas.

### Bibliografía complementaria

**Bercovitz, R.** (coord.) (2007). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (3.ª ed.). Madrid: Tecnos.

**Cooper, R. y otros** (2001). *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*. Oxford: Oxford University Press.

**Ficsor, M.** (2002). *The Law of Copyright and the Internet - The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*. Oxford: Oxford University Press.

**Goldstein, P.** (1994). *El copyright en la sociedad de la información*. Alicante: Publicaciones de la Universidad de Alicante.

**Hugenholtz, P. B.** (coord.) (2000). *Copyright and electronic commerce - Legal aspects of electronic copyright management*. Londres: Kluwer.

**Kabel, J. C.; Mom, J. H. M.** (coord.) (1998). *Intellectual Property and Information Law - Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*. Londres: Kluwer.

**Lessig, L.** (2001). *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus.

**Litman, J.** (2000). *Digital copyright*. Nueva York: Prometheus Books.

**Reinbothe, J.; Lewinski, S. von** (2002). *The WIPO Treaties 1996. Commentary and Legal Analysis*. Londres: Butterworths.

**Rodríguez Tapia, J. M.; Bondía Román, F.** (2007). *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*. Madrid: Civitas.

**Rogel Vide, C.** (coord.) (1999). *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*. Madrid: AISGE: Editorial Reus ("Colección de Propiedad Intelectual").

**Strowel, A.** (1993). *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences*. Bruselas: Bruylant.

**Strowel, A.; Derclaye, E.** (2001). *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données, multimedia*. Bruselas: Bruylant.