
Propietat intel·lectual

PID_00266963

Ramón Casas Vallés
Raquel Xalabarder Plantada

Temps mínim de dedicació recomanat: 7 hores





Ramón Casas Vallés

Doctor en Dret, professor titular de Dret civil i de Propietat intel·lectual de la UB.



Raquel Xalabarder Plantada

Doctora en Dret per la UB i màster per la Columbia University Law School, on també va ser *visiting scholar*. Des del 1997 és professora de Dret de la UOC.

La revisió d'aquest recurs d'aprenentatge UOC ha estat coordinada per la professora: Raquel Xalabarder Plantada (2019)

Segona edició: setembre 2019
© Ramón Casas Vallés, Raquel Xalabarder Plantada
Tots els drets reservats
© d'aquesta edició, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realització editorial: FUOC

Cap part d'aquesta publicació, incloent-hi el disseny general i la coberta, no pot ser copiada, reproduïda, emmagatzemada o transmesa de cap manera ni per cap mitjà, tant si és elèctric com químic, mecànic, òptic, de gravació, de fotocòpia o per altres mètodes, sense l'autorització prèvia per escrit dels titulars dels drets.

Índex

Introducció	5
Objectius	7
1. Les bases del règim de propietat intel·lectual	9
1.1. Marc jurídic i justificació	9
1.2. L'objecte: l'obra	13
1.2.1. Concepte d'obra: l'originalitat	13
1.2.2. Inexistència de formalitats. Protecció automàtica	15
1.2.3. Obres i prestacions	16
1.3. El subjecte: autors i titulars	17
1.3.1. Règims de pluriautoría	17
1.3.2. Titularitat	18
1.4. El contingut: drets morals, drets exclusius d'exploració i drets de remuneració	19
1.4.1. Drets morals	20
1.4.2. Drets exclusius d'exploració	21
1.4.3. Drets de remuneració	29
1.5. Els límits: durada de la protecció i "excepcions"	30
1.5.1. Els límits temporals: la durada	30
1.5.2. Els límits substantius: les excepcions	31
1.5.3. Les mesures tecnològiques	42
1.6. El règim de transmissió de drets	44
1.6.1. Regles generals	44
1.6.2. Les llicències <i>Creative Commons</i> (CC)	46
1.6.3. Les entitats de gestió	50
1.7. La infracció de drets: civil i penal	52
1.7.1. Infracció civil	53
1.7.2. Infracció penal	56
1.7.3. La via administrativa davant la Secció Segona CPI	57
2. Règims especials de la propietat intel·lectual	59
2.1. L'obra audiovisual	59
2.1.1. Concepte d' <i>obra audiovisual</i>	59
2.1.2. Autoría, titularitat i presumpció de cessió al productor	60
2.1.3. Els drets morals	61
2.1.4. Els drets d'exploració i de remuneració	62
2.1.5. Termini de protecció	63
2.1.6. L'obra preexistent	64
2.2. Els programes d'ordinador	64

2.2.1.	Objecte de la protecció	66
2.2.2.	De qui són els drets?	66
2.2.3.	Contingut del dret d'autor sobre un programa d'ordinador	67
2.2.4.	El programari "lliure" i la llicència GPL	70
2.3.	Les bases de dades	72
2.3.1.	Les bases de dades com a obra	72
2.3.2.	El dret <i>sui generis</i> sobre les bases de dades	74
3.	Els drets connexos	77
3.1.	Artistes intèrprets i executants	77
3.2.	Productors de fonogrames i d'enregistraments audiovisuals	80
3.3.	Entitats de radiodifusió	82
3.4.	Realitzadors de meres fotografies	82
3.5.	Editors	83
	Bibliografia	85

Introducció

Les tecnologies de la informació han obert possibilitats extraordinàries, però també nombrosos interrogants. Un grup important està relacionat amb la propietat intel·lectual. El problema és antic, però ha adquirit noves dimensions, fins a convertir-se en un tema capital.

Propietat intel·lectual (PI) i tecnologia sempre han evolucionat plegades. El desenvolupament tecnològic ha aportat noves maneres de crear i d'explotar obres (i també, és clar, d'infringir-les) i ha obligat a una reforma constant de les lleis: s'ha anat actualitzant la llista d'obres protegides, i els conceptes fonamentals d'*obra* i d'*autoria* s'han ajustat a la canviant realitat tecnològica; l'abast dels drets exclusius que la llei atorga a autors, artistes i productors s'ha ampliat amb la incorporació de les noves modalitats tecnològiques d'exploració (que inclouen l'ús de mesures tecnològiques de protecció); els límits a aquests drets també s'han ajustat, de manera que s'han reduït o s'han ampliat en funció de la disponibilitat tecnològica. La tecnologia digital no n'és cap excepció i ens ha portat canvis en els conceptes d'*obra* i d'*autor*, i en els drets i els límits: des de la protecció dels programes d'ordinador, les bases de dades i les obres multimèdia, fins a les pàgines web i els blogs, les *mashups* o el videoart, les creacions col·lectives (wikicreacions), com ara Viquipèdia, i les diverses qüestions encara obertes, com per exemple, si fer un enllaç és un acte d'exploració o no, si la còpia privada pot ser limitada o prohibida pel titular, si l'"intercanvi" mitjançant sistemes P2P de fitxers que contenen obres és delictes o no ho és, si les biblioteques poden fer préstecs de llibres electrònics, etc.

També hi ha hagut canvis –i molt evidents– en els sistemes de llicència dels drets, amb les llicències "públiques" o "obertes" (les Creative Commons en són el referent principal), que han revolucionat no solament l'exercici dels drets per part d'autors i artistes, sinó també l'accés del públic a les obres, la difusió de la cultura i del coneixement i, com no pot ser d'una altra manera, la creació subsegüent. I, per descomptat, també la infracció de la propietat intel·lectual ha anat evolucionant amb la tecnologia, fins al punt que ha portat a la reflexió sobre la possible responsabilitat de terceres persones que, si bé no són els qui duen a terme els actes infractors, sí que hi tenen un paper important a l'hora de fer-los possibles. Parlem dels intermediaris i prestadors d'alguns serveis en línia per mitjà dels quals es realitza la infracció massiva de la PI (per part dels "usuaris") i que sovint troben la manera d'obtenir un lucre derivat d'aquesta infracció. S'està demostrant que la responsabilitat "indirecta" d'aquests intermediaris és una eina molt més eficaç que no pas l'actuació contra els actes infractors directes que fan els "usuaris".

Resoldre aquests problemes, o si més no tractar-los, exigeix tenir les idees clares sobre què és la *propietat intel·lectual*, què protegeix i què no, qui és titular dels drets corresponents, quins són aquests drets, quins són els límits de la propietat intel·lectual... I tot això en un entorn (el digital) molt allunyat d'aquell (analògic) per al qual gran part de les lleis vigents van ser pensades. Passem d'un món més o menys físic i amb fronteres a un món incorporal i global en el qual fins i tot és difícil saber on es fa l'acte d'explotació o d'infracció (a Espanya, a França, als Estats Units...?).

Sobrevisuarà la propietat intel·lectual a aquesta crisi o passarà a la història com tantes altres institucions que, en el seu dia, es van creure imprescindibles? I suposant que sobrevisqui, continuaran essent vàlids els conceptes i les categories que coneixem? Quines conseqüències tindrà aquí la dialèctica dret-tecnologia?

Després de treballar aquest mòdul, estareu en condicions de donar respostes raonades, encara que siguin poc segures, als interrogants i problemes il·lustrats amb els exemples precedents. Com a mínim, sereu conscients del complex entramat jurídic –de vegades sòlid, de vegades fràgil, sovint confús– en el qual us moveu quan feu ús de les –ja no tan noves– tecnologies de la informació i la comunicació.

Les tecnologies de la informació i la comunicació han creat un nou continent que popularment designem com a *ciberespai*, en el qual no falta el dret. Com en el món físic, "ni tot s'hi val, ni tot és il·legal". Els creadors tenen drets. I també els tenen els usuaris. Vosaltres sou alhora creadors i usuaris. Us interessa, doncs, saber quina assistència us presta la llei en cada cas.

Objectius

Després d'estudiar aquest mòdul didàctic, haureu assolit els objectius següents:

- 1.** Conèixer els principis bàsics que estructuraven el sistema de protecció de la propietat intel·lectual.
- 2.** Conèixer les transformacions més importants que la tecnologia digital ha ocasionat (i ocasiona) en aquest sistema.
- 3.** Conèixer els sistemes especials de protecció de programes d'ordinador i bases de dades.
- 4.** Examinar els conceptes de *reproducció* i *comunicació pública* en un entorn digital, els límits d'aquests drets i la seva interacció amb les mesures tecnològiques.
- 5.** Examinar les qüestions que continuen obertes amb relació a l'explotació i la protecció d'obres a Internet i per mitjà de suports digitals.

1. Les bases del règim de propietat intel·lectual

En aquest apartat estudiarem els fonaments i el règim general de la propietat intel·lectual.

1.1. Marc jurídic i justificació

La propietat és una institució essencial en la nostra organització social i econòmica que sovint només associem amb béns físics: terres o objectes més o menys valuosos. Ens costa entendre, en canvi, que es pugui tenir un control absolut i excloent (en això consisteix ser propietari) sobre béns mancats de corporeïtat, simples creacions de l'intel·lecte humà. I, tanmateix, així és. Però no d'una manera necessària o ineluctable, sinó com a conseqüència d'una decisió política. Es tracta de béns amb unes característiques molt peculiars derivades de la seva manca de corporeïtat: no tenen localització, són indestructibles, moltes persones –infinites– en poden gaudir plenament d'una manera simultània (ja que es comparteixen sense necessitat de repartiment físic o temporal), etc. A més, es tracta de béns molt valuosos, que a tots ens interessa protegir.

Malgrat que no generen competència (no es tracta de béns escassos per naturalesa, al contrari, es poden multiplicar *ad infinitum*) i malgrat les dificultats per a excloure els altres, es considera que els béns immaterials han de ser propietat privada. Fonamentalment, per dos tipus de raons. D'una banda, perquè és just reconèixer i recompensar l'esforç individual. De l'altra, perquè tal com s'ha demostrat al llarg de la història admetre l'apropiació del producte resultant de l'esforç és la millor manera d'estimular-ne la creació i disseminació, en benefici, també, de l'interès col·lectiu.

La protecció dels béns intel·lectuals passa essencialment pel reconeixement d'uns drets exclusius (és a dir, un monopoli) que permetin al titular excloure els altres del gaudi del bé o decidir quan i com el poden explotar. El conjunt dels diferents sistemes o règims de protecció d'aquests béns és el que es coneix com a *propietat intel·lectual*.

Pot ser que el sistema del monopoli no sigui l'única opció possible però la història ha demostrat que retribuir l'esforç, el geni i la inventiva afavoreix la creació i la invenció i, a la llarga, el progrés. En qualsevol cas, com de costum, el problema és de mesura: reconèixer la propietat no equival a negar els interessos socials. Com veurem, el sistema de propietat intel·lectual consisteix en un equilibri delicat entre la protecció dels interessos del titular i els interessos del públic. Per tant, es pot ser propietari o titular de drets exclusius sobre obres

literàries, artístiques i científiques, prestacions creatives o industrials, signes identificadors de productes o activitats, invents, obtencions biotecnològiques, etc.

Propietat intel·lectual i dret d'autor

Normalment, quan es parla de *propietat intel·lectual*, es distingeix entre dos grans apartats: propietat industrial i drets d'autor que els anglosaxons anomenen *copyright*. A Espanya, en canvi, la distinció bàsica s'estableix entre la propietat intel·lectual (drets d'autor i drets connexos) i propietat industrial (patents, marques, etc.).

D'altra banda, parlar de *dret d'autor* (*copyright*, en anglès) és una simplificació, ja que en aquesta denominació s'inclouen no solament obres (literàries, artístiques i científiques), sinó també les prestacions d'actors, cantants o productors sobre qui no es reconeixen els drets d'autor, sinó drets afins (també anomenats *veïns* o *connexos*) als drets d'autor.

Cada sistema de protecció (dret d'autor, marques, patents, etc.) té els seus propis requisits i àmbit. No obstant això, no és impossible que es produeixin superposicions, de manera que se'n puguin invocar alhora dos o més. En aquest cas, la regla bàsica és **la independència de la protecció**: cada sistema funciona sens perjudici de l'altre (vegeu, per exemple, els articles 3, 40 ter i 137 TRLPI).

En qualsevol cas, no deixa de ser estrany que s'utilitzi el terme *propietat*, normalment relacionat amb béns físics i tangibles, per a fer referència a un domini sobre béns immaterials, que en principi semblen dedicats per naturalesa més al "domini públic" (a ser gaudits i compartits per tothom) que a la "propietat privada".

Una coneguda citació de Thomas Jefferson diu:

"Qui rep una idea meva, rep instrucció sense disminuir la meva, de la mateixa manera que qui gaudeix de la meva espelma encesa rep la meva llum sense que jo en rebi menys."

Però Jefferson parla d'idees, no d'obres.

La diferència és substancial quan es tracta de propietat intel·lectual: les idees no són protegides pel sistema de propietat intel·lectual (dret d'autor); les obres, sí.

La propietat intel·lectual és una institució d'origen històric i cultural relativament recent. En l'antiguitat, ja hi havia creadors. Només cal pensar en Altamira o Lascaux. Tanmateix, no hi havia autors en el sentit modern, ni drets d'autor. La creació era més un procés col·lectiu que individual i no es reconeixia cap relació entre creador i criatura. En aquest sentit, és il·lustratiu pensar en el folklore o en l'art popular.

El naixement del dret d'autor –és a dir, de la propietat individual sobre les obres resultants de la creativitat humana– requeria no solament un canvi mental profund que tragués l'autor de l'anonimat de la tribu, sinó també un avenç tecnològic perquè el canvi de mentalitat tingués conseqüències jurídiques. El

Acumulació de sistemes de protecció

Així, per exemple, el títol d'una obra (protegit pel dret d'autor, art. 10.2 TRLPI) es pot registrar també com a marca. El disseny d'un moble pot estar protegit com a tal, però també pel dret d'autor com a obra plàstica. Un programa d'ordinador, protegit com a obra literària, pot formar part d'una patent, etc.

canvi revolucionari va tenir lloc a Europa al segle XV, quan Gutenberg va inventar la impremta, que va donar lloc a una nova activitat econòmica: la producció i venda d'exemplars d'obres literàries.

És lògic que els qui la duguessin a terme reclamessin algun tipus de protecció davant aquells a qui avui anomenariem *impressors pirates*, és a dir, davant els qui, en comptes d'assumir riscos, es limitaven a reproduir les obres d'èxit que d'altres havien posat abans al mercat. D'altra banda, també és lògic que els poderosos (reis, Església) es mostressin preocupats davant del potencial del nou mitjà i el volguessin controlar. El resultat d'aquestes dues preocupacions es va traduir en una combinació de privilegis (a favor dels impressors, no dels autors) i dret de censura (per a l'Estat i l'Església). El sistema de privilegis es va mantenir molt de temps, però al final va entrar en crisi. Primer a Anglaterra (amb l'Estatut de la reina Anna, de 1709), i després en altres països, es va acabar reconeixent a la fi que el que procedia no era un privilegi a favor dels impressors sinó un dret –un autèntic dret– a favor dels autors.

A partir d'aquest moment és quan es comencen a diferenciar **dues perspectives** o justificacions del sistema de propietat intel·lectual que s'atorga a l'autor:

1) Com un mecanisme per a estimular la creació de noves obres i l'avenç de la cultura (és un instrument en benefici de la col·lectivitat). Aquesta perspectiva és la que recullen els sistemes del *copyright* (els Estats Units, el Regne Unit i països del *common law*).

2) Com el reconeixement d'un dret de propietat natural (iusnaturalisme): és just recompensar l'esforç creador. Aquesta és la justificació que es prefereix en els sistemes del "dret d'autor" de l'Europa continental i que recull el TRLPI. El legislador no "atorga" la propietat intel·lectual, sinó que simplement la "reconeix" perquè és just fer-ho així: el benefici de la societat no és l'objectiu principal del règim de propietat intel·lectual.

Aquestes diferències "filosòfiques" en ambdós sistemes expliquen algunes diferències normatives importants (com, per exemple, el concepte d'*originalitat* i d'*autoria*, la durada –almenys, fins fa poc–, els drets morals, etc.) que, a poc a poc, van desapareixent, arran del procés d'aproximació internacional (i globalització dels mercats) de la propietat intel·lectual.

Durant el segle XIX, ja es va posar en evidència que, davant de la "ubiquïtat" de les obres i invencions, l'aplicació territorial de les lleis de protecció de la propietat intel·lectual i industrial no era suficient per a protegir, d'una manera efectiva, la creació i invenció en un mercat cada vegada més internacional: per a protegir l'obra nacional, calia protegir també l'obra estrangera (a fi que es trobessin al mercat en igualtat de condicions). Els esforços internacionals es van vehicular inicialment amb tractats bilaterals (entre dos estats) que es comprometien a protegir recíprocament les obres i invencions de cada estat, d'acord amb el principi de "tracte nacional" (s'aplica a l'obra o invenció estran-

Web recomanada

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

gera la mateixa llei que s'aplica a les nacionals). Aviat, tanmateix, es va veure que els tractats bilaterals eren insuficients i es va iniciar la via dels convenis internacionals per a la protecció de la propietat industrial i intel·lectual.

Últimament, la globalització dels mercats i Internet han fet necessària la revisió d'aquests tractats "històrics" i fins i tot la creació de tractats nous. Actualment, per a la protecció internacional de la propietat intel·lectual, hem de tenir en compte els instruments següents:

- Conveni de Berna (Conveni de Berna per a la protecció de les obres literàries i artístiques, Berna, 1886).
- Conveni de Roma (Convenció internacional sobre la protecció dels artistes intèrprets o executants, els productors de fonogrames i els organismes de radiodifusió, Roma, 1961).
- Tractats Internet d'OMPI (Tractat OMPI sobre dret d'autor, Ginebra, 1996, i Tractat OMPI sobre interpretació o execució i fonogrames, Ginebra, 1996).
- ADPIC (Acord sobre els aspectes de la propietat intel·lectual relacionats amb el comerç, 1994), també conegut per les seves sigles en anglès TRIPS.
- Tractat de Pequín sobre interpretacions i execucions audiovisuals de 24 de juny de 2012.

OMPI

Les sigles *OMPI* corresponen a l'*Organització Mundial de la Propietat Intel·lectual*. En anglès, WIPO.

El procés d'harmonització a la Unió Europea

A la Unió Europea: en el marc de la creació del mercat comú, s'han adoptat una sèrie de directives per a l'harmonització de la legislació de dret d'autor dels estats membres. La normativa de la propietat intel·lectual espanyola es, doncs, troba en gran mesura subjecta a principis i normativa comunitaris. Per tal d'assegurar que l'exercici dels drets nacionals de PI (no oblidem que cada estat té la seva llei de propietat intel·lectual) no obstaculitzi el bon funcionament del "mercat interior" a la Unió Europea, s'ha acordat que no es pot discriminar els autors europeus per raó de la seva nacionalitat i que, una vegada que en un estat membre els exemplars han estat lícitament distribuïts, han de poder circular (ser venuts) lliurement per tota la UE. Amb aquest mateix objectiu d'assegurar el funcionament del mercat interior, al llarg dels anys la UE ha anat adoptant diferents directives (que els estats membres han de "transposar" a les seves lleis) per harmonitzar les lleis nacionals en temes puntuals:

- Directiva 91/250/CEE (derogada i codificada per la Directiva 2009/24/CE), sobre la protecció dels programes d'ordinador.
- Directiva 92/100/CEE (derogada i codificada per la Directiva 2006/115/CE), sobre drets de lloguer i préstec i altres drets veïns.
- Directiva 93/83/CEE, sobre emissions per satèl·lit i retransmissió per cable.
- Directiva 93/98/CEE (derogada i codificada per la Directiva 2006/116/CE), sobre el termini de protecció (i modificada per la Directiva 2011/77/UE, sobre el termini de protecció dels fonogrames).
- Directiva 96/9/CE, sobre bases de dades.
- Directiva 2001/29/CE, sobre drets d'autor i drets connexos en la societat de la informació.
- Directiva 2001/84/CE, sobre el dret de participació (obres d'art).

- Directiva 2004/48/CE, sobre compliment de la propietat intel·lectual.
- Directiva 2012/28/UE, sobre obres òrfenes.
- Directiva 2014/26/UE, sobre gestió col·lectiva i música en línia. (219/790).
- Directiva (EU) 2017/1564, sobre certs usos permesos d'obres a favor de persones amb discapacitat visual; i Reglament (EU) 2017/1563 sobre l'intercanvi transfronterer entre la Unió i tercers països de còpies en format accessible a favor de persones amb discapacitat visual.
- Directiva 2019/719, sobre drets d'autor al mercat únic digital.

Espanya és un dels països amb més tradició en el camp del dret d'autor. La norma bàsica en l'actualitat és el text refós del 1996 de la Llei de propietat intel·lectual, que va derogar és la Llei de propietat intel·lectual de 1987, la qual, al seu torn, va substituir la vella Llei de 1879, precedida, al seu torn, per la que podem considerar la nostra primera llei veritablement de dret d'autor (la Llei sobre propietat literària de 1847).

Després de diverses reformes de la LPI 1987, en la seva majoria imposades per les directives comunitàries, el 1996 es va procedir a elaborar un text refós (Text refós de la llei de propietat intel·lectual), posteriorment modificat en diferents ocasions per a incorporar les successives Directives).

TRLPI

El text refós de la Llei de propietat intel·lectual de 1996, modificat en diverses ocasions, és la normativa vigent.

1.2. L'objecte: l'obra

El dret d'autor té per objecte les obres literàries, artístiques i científiques. A més, també inclou certes prestacions, creatives o industrials, de les quals podríem descriure com a auxiliars de la creació (artistes intèrprets i executants, productors, etc.), sobre les quals es reconeixen drets afins (també denominats *veïns* o *connexos*) als d'autor.

1.2.1. Concepte d'obra: l'originalitat

Segons l'art. 10.1 TRLPI:

"Són objecte de propietat intel·lectual totes les creacions originals literàries, artístiques o científiques expressades per qualsevol mitjà o suport, tangible o intangible, actualment conegut o que s'inventi en el futur, entre les quals es comprenen: [...]."

Segueix una enumeració llarga, merament a tall d'exemple: no té caràcter exhaustiu.

L'únic requisit de protecció de la creació formal és l'originalitat. No n'importa el mèrit (alt, baix...), ni la finalitat (útil, inútil...), ni el grau d'elaboració (esbós, obra inacabada...), ni la licitud o il·licitud (libel, pornografia...), ni la prioritat temporal (la *rara avis* de la doble creació). Tanmateix, no és fàcil definir l'originalitat. La tradició més ortodoxa del sistema de dret d'autor parla d'empremta de la personalitat (allà, a l'obra, hi ha l'autor). El sistema del *copy-*

right, en canvi, es conforma amb un nivell d'originalitat inferior i exigeix no més que la creació resulti d'un esforç personalitzat: en suma, que no s'hagi copiat.

En alguns casos (programes d'ordinador, bases de dades, fotografies), l'anomenat *sistema de dret d'autor* ha acabat acceptant aquesta originalitat "de nivell baix". Les dificultats pràctiques associades al requisit d'originalitat han fet que es digui que es tracta d'un concepte "de geometria variable" (en funció del tipus o categoria d'obres) i, en última instància, es remeti a l'anàlisi dels casos concrets. A la pràctica, pot ser delicat decidir quan hi ha originalitat i quan no. Sobretot si el marge per a la creació és escàs (per la limitació de l'espai, la brevetat, la funcionalitat...).

La tecnologia digital, com tot canvi tecnològic, ha donat lloc a nous tipus d'obres. A més, Internet posa a l'abast de tothom obres tradicionals en un mitjà nou. Quan naveguem per Internet trobem, per exemple, pintura, escultura, fotografia, plànols, text, imatge en moviment, música... Poca novetat, per tant, respecte als continguts. El canvi és, sobretot, en el mitjà (com circula, com es reorganitza, com es presenta...). Convé fixar-se, tanmateix, en dos tipus d'obres –les dues bàsicament funcionals– singularment importants en aquest nou mitjà: els programes d'ordinador i les bases de dades, que tindrem ocasió d'examinar més endavant. A aquestes s'hauria d'afegir una categoria imprecisa però molt utilitzada: les obres multimèdia.

En l'era digital, la creació tendeix a abandonar l'ús d'un sol llenguatge expressiu per a recórrer a diversos llenguatges simultàniament: text, so, imatge fixa, imatge en moviment, etc. El terme *multimèdia* també s'aplica a aquest gènere de creacions, caracteritzades per la complexitat del seu llenguatge, la quantitat ingent d'informació acumulada, l'ús de programes informàtics, etc., i per la referència inevitable a una paraula tòtem: *interactivitat*.

La qüestió principal és com qualificar jurídicament les creacions que es presenten tant en suports físics (el típic CD-ROM) com virtuals (una pàgina web). Són productes o obres? I en aquest últim cas, de quin tipus? Audiovisuals, programes d'ordinador, bases de dades, pintures, escultures, obres literàries, etc.? Quin règim jurídic els aplicarem? Possiblement, només hi ha una única resposta: múltiple.

Cada obra continguda en l'obra multimèdia tindrà el seu propi règim de protecció (segons la categoria d'obra de què es tracti), i l'obra multimèdia en el seu conjunt –si és obra– serà una obra composta i sovint col·lectiva (tret que es tracti del resultat d'un esforç individual, o d'una feina en col·laboració). Malgrat que el TRLPI no esmenta explícitament les obres multimèdia, sí ho fa el Reglament del Registre de la Propietat Intel·lectual (art. 14.o), Reial decret 281/2003, de 7 de març.

És obra, doncs, qualsevol expressió formal original que resulti de la creativitat humana.

D'aquí es deriven **dos principis bàsics** del dret d'autor:

1) Una obra és l'expressió formal d'una idea o d'un sentiment que es vol comunicar al públic. La protecció no arriba al contingut (a la idea). Només se'n protegeix la forma, l'expressió. Ni el material en brut (fets, dades, etc.) ni les idees són objecte de protecció del dret d'autor. La **desprotecció de les idees** és un principi bàsic de dret d'autor, recollit *expressis verbis* en alguns textos.

Obra original

L'obra és original quan és una creació pròpia de l'autor.

2) Cal distingir entre el bé intel·lectual (obra) i el **suport tangible** que sovint la conté. La distinció entre obra i suport tangible també és un principi bàsic del dret d'autor. La propietat d'un suport no dóna drets sobre l'obra fixada en aquest. En comprar un llibre, es té dret a llegir-lo (encara que per a això no és imprescindible ser-ne el propietari, ja que també es pot llegir en una biblioteca o demanar-lo a un amic). Però, en principi, no es té dret a res més. Per exemple, no se'n poden fer còpies i vendre-les.

La creació

L'obra està protegida des de la seva creació, independentment del mèrit artístic, del valor en el mercat i/o que estigui registrada o no.

Ara bé, per a ser autor o coautor **cal fer una aportació creativa**; no n'hi ha prou amb una simple contribució mecànica o tècnica, per més experta i valuosa que sigui.

Fer o crear?

La jurisprudència espanyola ha negat diverses vegades la condició d'autor o coautor a la persona que fa una aportació merament tècnica (i no creativa) en la realització de l'obra: la persona que mecanografia un escrit que dicta l'autor, el ceramista que segueix les indicacions de l'escultor o el fotògraf de productes per a catàlegs de supermercat. Dit d'una altra manera, amb la precisió tècnica –per complexa, excel·lent i valuosa que sigui–, no n'hi ha prou per a atorgar la condició d'autor. Cal que hi hagi un *input* creatiu.

1.2.2. Inexistència de formalitats. Protecció automàtica

Una vegada establert que una expressió formal de la creativitat humana és original, no es pregunta res més. El dret d'autor neix pel sol fet de la seva creació (art. 1 TRLPI). No s'exigeixen formalitats ni tràmits. Certament, hi ha un símbol per a indicar la reserva de drets: © (art. 146 TRLPI), i un Registre de la Propietat Intel·lectual (art. 144 i 145 TRLPI). Però ni els símbols ni el registre són obligatoris, ni condicionen la protecció.

El registre de la PI

Registrar l'obra és prova de la seva originalitat i autoria.

L'automatisme de la protecció és un dels grans avantatges d'aquest règim protector en comparació dels previstos per a altres béns (per exemple, els invents): s'activa immediatament i, a més, en virtut de diversos tractats (per exemple, els convenis de Berna i Roma, i els ADPIC), pràcticament a tot el món.

L'automatisme de la protecció explica que el sistema de dret d'autor (que des d'altres punts de vista és més fràgil o feble) hagi estat escollit per a protegir certes creacions, com els programes d'ordinador o les bases de dades que, tanmateix, poques coses tenen a veure amb les clàssiques obres literàries i artístiques.

1.2.3. Obres i prestacions

L'originalitat és un atribut de les obres (drets d'autor). Tanmateix, la propietat intel·lectual no solament té per objecte obres (d'autors), sinó també **prestacions diverses que són auxiliars de la creació**. Són auxiliars en el sentit de fer possible que l'obra arribi al públic o a facilitar-ne la mateixa existència, però no per això són menys importants. En la nostra llei se les engloba en el títol *altres drets de propietat intel·lectual*, també coneguts com a *drets veïns*, *afins* o *connexos*, que inclou els artistes (intèrprets i executants), els productors (audiovisuals i de fonogrames) i les entitats de radiodifusió.

Els drets afins, però, són una categoria ben heterogènia. A Espanya, es distingeix entre obra fotogràfica i "mera" fotografia. A tota la UE, es protegeix l'editor de les obres inèdites en el domini públic i s'hi ha afegit un altre dret nou, diferent dels drets afins: el dret *sui generis* sobre les bases de dades (que tindrem ocasió d'examinar més endavant). En l'àmbit internacional, hom es planteja maneres per a protegir el folklore.

A Espanya, es distingeix entre **obra fotogràfica**, la "creació intel·lectual pròpia de l'autor", i "**mera**" **fotografia** (art. 128 TRLPI), amb un ventall més reduït de drets i només durant vint-i-cinc anys d'ençà que es va realitzar. Aquesta distinció, inicialment pensada per oferir una major protecció (a les fotografies que no arribaven al llindar d'obra) sovint s'utilitza malament per a denegar protecció com a obres a fotografies que són clarament creacions intel·lectuals.

Les **bases de dades** queden protegides com a "obres" quan la selecció i la disposició del seu contingut és una "creació intel·lectual pròpia de l'autor" (i només es protegeix la selecció i la disposició de continguts, no pas els continguts mateixos). Però també (i amb independència que siguin obres o no ho siguin) poden gaudir d'un **dret sui generis** quan s'hagi fet una inversió substancial en l'obtenció, la verificació o la presentació del contingut de la base de dades. D'aquesta manera el seu fabricant (ja no parlem d'autor, ni tan sols de productor) podrà impedir i/o autoritzar l'extracció i la reutilització de la totalitat o d'una part substancial del contingut durant un termini de quinze anys d'ençà de la producció. Podríem dir que la protecció d'aquest dret *sui generis* obre una esquadra en el principi de la no-protecció de les idees, els fets, les dades...

La Directiva 93/98/CEE va introduir un nou dret connex a tota la UE: la protecció de **la primera publicació d'una obra inèdita en el domini públic**. Tot i que l'obra ja estigui en el domini públic, l'esforç de l'editor per rescatar-la de la seva condició d'obra inèdita es gratifica amb el reconeixement de drets d'explotació sobre l'obra en qüestió (art. 129.1 TRLPI). També tenen drets els editors d'obres que, tot i no estar protegides com a tals (sia perquè ja estan en el domini públic o perquè no tenen la consideració de creacions originals), puguin ser **individualitzades per la composició tipogràfica, la presentació o altres característiques editorials** (art. 129.2 TRLPI). Ambdós drets es protegeixen durant un termini de vint-i-cinc anys d'ençà de la publicació (art. 130 TRLPI).

Darrerament, l'OMPI està valorant oferir algun tipus de protecció *sui generis* al folklore (el coneixement i les expressions culturals tradicionals). Parlem de cançons populars, contes, vestits, remeis tradicionals, etc. Normalment, aquests productes ja estan protegits per la propietat intel·lectual, però molt sovint es trobarien en el domini públic. Les comunitats indígenes demanen algun tipus de protecció que els permeti impedir (més enllà del dret d'autor) que tercers utilitzin aquests béns (o se n'apropriïn). Podeu trobar més informació sobre la protecció del folklore en el web de l'OMPI: <http://www.wipo.int/tk/es/>

1.3. El subjecte: autors i titulars

La creació és un fet, i l'autor és la persona física que crea (vegeu l'article 5.1 TRLPI: "es considera autora la persona natural que creï alguna obra literària, artística o científica").

La creativitat és un atribut de l'ésser humà. No hi ha autor en els casos d'objectes o formes creades per la naturalesa (un mineral) o animals (la petxina d'un mol·lusc), ni en les creacions completament automatitzades (traducció per ordinador, sense intervenció creativa humana).

Ara bé, d'acord amb l'article 5.2 TRLPI, també les persones jurídiques poden tenir drets i beneficiar-se de la protecció legal (per exemple, l'obra col·lectiva de l'art. 8 TRLPI); en poden ser titulars, però mai autors. Malgrat tot, el principi d'autor / persona natural no és gens pacífic. La nostra pròpia llei pel que sembla, en flagrant contradicció amb l'art. 5 TRLPI, ha admès d'una manera expressa l'autoria de les persones jurídiques en el cas dels programes d'ordinador (cf. art. 97 i 98.2 TRLPI).

Si l'obra es va divulgar d'una manera anònima o amb pseudònim, l'exercici dels drets correspon a qui la faci sortir a la llum amb el consentiment de l'autor (art. 6.2 TRLPI). No s'ha de confondre la divulgació anònima amb l'anonimat forçat que resulta de la supressió del nom de l'autor. Una cosa molt fàcil de trobar a Internet i que constitueix una violació del dret moral d'atribució.

1.3.1. Règims de pluriautoria

La nostra idea d'autor comuna sol coincidir amb la de persona natural identificada que creï *motu proprio*, en solitari i *ex novo*. La realitat, no obstant això, és complexa i la llei preveu diversos règims per als casos d'obres creades amb la intervenció de més d'un autor:

a) L'obra en col·laboració

Si l'obra és el resultat unitari de la col·laboració de diferents autors, s'anomena *obra en col·laboració* (art. 7 TRLPI). Es tracta de la forma normal i natural de la coautoria. No sempre tots els coautors participen en la creació de l'obra de la mateixa manera, i fins i tot es podria donar el cas que un d'ells assumeixi un paper de lideratge o coordinació. Ni tan sols no és necessari que els autors es trobin en un mateix espai ni temps per a crear l'obra; sí que fa falta, tanmateix, una col·laboració conceptual mínima en la creació d'una obra conjunta i comuna (altrament, es tractaria d'una obra composta).

El fet que les contribucions siguin distingibles (o no), i separables o inseparables, no afecta que l'obra sigui en col·laboració, però sí determina la possibilitat que un coautor pugui dur a terme l'explotació separada de la seva contribució (quan sigui distingible i separable), sempre que no perjudiqui l'explotació normal de l'obra comuna.

b) L'obra col·lectiva

Es tracta d'una forma organitzativa de gran importància pràctica, encara que bastant conflictiva. Segons l'art. 8 TRLPI:

"Es considera obra col·lectiva la creada per la iniciativa i amb la coordinació d'una persona natural o jurídica que l'edita i la divulga amb el seu nom i és constituïda per la reunió d'aportacions de diferents autors la contribució personal dels quals es fon en una creació única i autònoma, per a la qual hagi estat concebuda sense que sigui possible atribuir separatament a qualsevol d'ells un dret sobre el conjunt de l'obra feta."

El règim jurídic de l'obra col·lectiva és descrit en el mateix article 8 TRLPI:

"Excepte pacte en contra, els drets sobre l'obra col·lectiva corresponen a la persona que l'edita i la divulga amb el seu nom."

Es tracta d'un cas en el qual algú, diferent dels autors, adquireix automàticament la propietat intel·lectual sobre una obra. Qui l'edita i la divulga és qui té la titularitat originària de la propietat intel·lectual (per més que, per a salvar els principis, sempre es podria dir que és una titularitat derivativa *ex lege*). Els coautors no en tenen drets (només tenen drets sobre la part que cadascú ha creat). És una solució simple, clara i molt útil per a la indústria, la qual, malgrat el seu caràcter excepcional, mostra una tendència marcada a acollir-s'hi, de vegades d'una manera abusiva.

c) L'obra composta

No sempre es crea *ex novo*. També es pot crear utilitzant d'una manera total o parcial obres d'altres (cosa diferent de la coautoría): llavors ens trobem davant d'una "obra nova que incorpora una obra preexistent sense la col·laboració de l'autor d'aquesta última" (art. 9.1 TRLPI), que es qualifica com a *obra composta*. L'únic titular de drets d'autor sobre l'obra composta és aquell que l'ha duta a terme. Per a crear-la, no necessita l'autorització de l'autor de l'obra preexistent. Tanmateix, li serà imprescindible aquesta autorització per a la seva explotació. D'aquesta manera, l'autor de l'obra preexistent també es pot beneficiar de l'explotació de l'obra derivada autoritzada.

1.3.2. Titularitat

Cal distingir entre *autoria* i *titularitat* i, dins d'aquesta, entre *titularitat originària* i *derivativa*.

Exemples d'obra en col·laboració

Com a mostra, podríem al·ludir a una escultura creada per dos autors, la lletra i música que formen una cançó, etc. L'obra pertany a tots els coautors, segons les proporcions que pactin entre ells. Si no pacten res, s'apliquen les normes de la comunitat de béns del Codi civil: s'entén que hi participen a parts iguals (art. 393 CC) llevat que es pugui demostrar que les seves contribucions van ser en proporció diferent (art. 1689 CC).

Exemples d'obra col·lectiva

A la pràctica, solen ser obres col·lectives moltes creacions complexes com les enciclopèdies, els diaris i no poques obres científiques (per exemple, els mapes). També ho són molts programes d'ordinador i creacions multimèdia.

Exemples d'obra composta

Són exemples d'obres compostes: musicals, poemes d'un altre autor, la traducció, etc.

L'autor és, per norma general, el **titular originari** (encara que hi ha algunes excepcions: obra col·lectiva i programes d'ordinador). Els **titulars derivatius** tenen tots o alguns dels drets d'explotació (no els morals que, com tindrem ocasió de veure, són indisponibles). Per a això, aquests han formalitzat el contracte de cessió o de llicència corresponent amb l'autor (o els seus hereus, titulars derivatius *mortis causa*). De vegades, la llei recull algunes presumpcions de cessió (per exemple, quan l'autor és un empleat; art. 51 TRLPI).

Presumpció de cessió a favor de l'empresari

L'article 51 TRLPI estableix una presumpció de cessió en exclusiva dels drets d'explotació sobre l'obra creada en virtut d'una relació laboral, a favor de l'empresari. Aquesta presumpció de cessió, tanmateix, només s'aplica en defecte de pacte per escrit entre les parts (en el mateix contracte laboral o en un conveni col·lectiu o en un contracte específic), i es limita a "l'abast necessari per a l'exercici de l'activitat habitual de l'empresari en el moment del lliurament de l'obra feta en virtut d'aquesta relació laboral". Per tant, en virtut de la presumpció de cessió, és l'autor assalariat qui pot explotar l'obra per a altres finalitats diferents d'aquesta activitat habitual de l'empresari. Si l'empresari vol adquirir aquests drets i aquestes modalitats d'explotació (per a finalitats diferents de les de la seva activitat habitual) els haurà d'obtenir del treballador/autor, mitjançant un contracte (per escrit) de cessió de drets.

La identificació dels titulars i de dels drets afectats sempre ha estat important. Però esdevé crucial, atesa la dislocació de les estructures tradicionals a Internet. Qualsevol persona (indústria potent, indústria petita o persona física...) i en qualsevol lloc del món pot necessitar obtenir drets (autorització) sobre qualsevol obra o prestació per a les finalitats més dispars.

Establir canals àgils amb els titulars és bàsic per a l'efectiva protecció de la propietat intel·lectual en el món digital. Cal esperar que la tecnologia en faciliti les vies (vegeu, per exemple, les llicències creative commons o els EULAs). També les entitats de gestió col·lectiva faciliten gradualment l'obtenció de llicències en línia.

1.4. El contingut: drets morals, drets exclusius d'explotació i drets de remuneració

El contingut del dret d'autor es defineix en positiu (drets) i en negatiu (límits):

"La propietat intel·lectual és integrada per drets de caràcter personal i patrimonial, que atribueixen a l'autor la plena disposició i el dret exclusiu a l'explotació de l'obra, sense més limitacions que les establertes en la llei."

(art. 2 TRLPI)

En l'àmbit positiu, i com assenyala la mateixa norma, els drets de l'autor són de dos tipus, de caràcter personal (drets morals) i de caràcter patrimonial (drets patrimonials), que es poden ordenar en: exclusius d'explotació i de remuneració.

1.4.1. Drets morals

El dret moral de l'autor sobre la seva obra es compon de diverses facultats o drets, enumerat en l'article 14 TRLPI, que tenen caràcter irrenunciable i inalienable:

a) Divulgació

El dret de fer accessible l'obra al públic, en qualsevol forma, per primera vegada. No es pot fer més d'una divulgació per obra. L'autor en té la propietat intel·lectual pel simple fet de crear, però fins que no la divulga, l'obra continua en l'esfera de la seva intimitat. L'autor pot exercitar el seu dret en sentit positiu o negatiu (inèdit). Divulgar sense el seu consentiment és una de les infraccions més greus que es poden cometre. És part d'aquest dret decidir-ne, també, la forma de divulgació.

b) Anonimat

Relacionat amb el dret de divulgació i a manera de pont amb el següent en la llista, l'autor també és qui decideix si la divulgació "s'ha de fer amb el seu nom, amb pseudònim o signe, o anònimament" (cf. art. 14.2 TRLPI).

c) Atribució

L'autor té, a tota hora i en totes circumstàncies, dret a exigir ser reconegut com a tal.

d) Integritat

L'autor pot "exigir el respecte a la integritat de l'obra i impedir qualsevol deformació, modificació, alteració o atemptat contra ella", sempre que "representi un perjudici als seus interessos legítims o un menyscapte a la seva reputació" (cf. art. 14.4).

e) Modificació

L'autor pot modificar l'obra, encara que "respectant els drets adquirits per tercers i les exigències de protecció de béns d'interès cultural" (cf. art. 14.5).

f) Penediment (retirada del mercat)

L'autor pot decidir retirar l'obra del mercat. Però l'exercici d'aquest dret moral està subjecte a certes cauteles per a protegir interessos de tercers i evitar abusos. En primer lloc, hi ha d'haver un "canvi de les seves conviccions intel·lectuals o morals"; en segon lloc, l'autor ha d'indemnitzar pels danys i perjudicis causats als titulars dels drets d'explotació i, a més, ho ha de fer prèviament; en

tercer lloc, si més endavant l'autor decidís reprendre l'explotació de l'obra, "ha d'oferir preferentment els drets corresponents a l'anterior titular d'aquests i en condicions raonablement similars a les originàries" (cf. art. 14.6).

g) Accés

L'últim dret moral reconegut en el TRLPI és de caràcter instrumental. L'autor pot "accedir a l'exemplar únic o rar de l'obra quan es trobi en poder d'un altre", però sempre "al lloc i la forma que ocasionin menys incomoditats al posseïdor, al qual cal indemnitzar, si escau, pels danys i perjudicis que se li irroguin" (cf. art. 14.7).

El reconeixement del dret moral d'autor és un dels aspectes que tradicionalment han distingit el sistema de dret d'autor i el sistema de *copyright*, que només reconeix drets econòmics. En aquests últims sistemes, els interessos "morals" de l'autor/titular tendeixen a ser protegits mitjançant figures alienes al dret d'autor: per exemple, el dret al nom, la competència deslleial, etc. Gradualment, i per motius diversos, la protecció dels drets morals està essent formalment introduïda en les lleis de *copyright*.

Alguns dels drets morals viuen i moren amb l'autor (són aquelles decisions personalíssimes de l'autor, que ningú no pot prendre en lloc seu). En canvi, d'altres li sobreviuen durant un cert temps (divulgació) o fins i tot sense límit de temps (atribució i integritat).

El dret de divulgació sobreviu l'autor, però només per un temps limitat (setanta anys) i, a més, debilitat, ja que es pot forçar la divulgació per raons d'interès cultural (art. 40 TRLPI). D'altra banda, encara que en rigor els drets d'atribució i integritat també moren amb l'autor, s'estableixen mecanismes per a la defensa d'aquests béns o interessos: ambdós constitueixen el "nucli dur" del dret moral. La defensa d'aquests "drets" queda a càrrec de la persona que hagi designat el mateix autor i, si no, dels seus hereus. En última instància, l'assumeixen l'Estat, les comunitats autònomes, les corporacions locals i les institucions públiques de caràcter cultural (art. 16 TRLPI).

Alguns drets connexos, en protegir activitats creatives (artistes, intèrprets i executants, fotògrafs), també recullen –en major o menor mesura– la protecció de drets morals (art. 113 i 128 TRLPI). No, en canvi, els que protegeixen només activitats industrials (productors, entitats de radiodifusió, etc.).

1.4.2. Drets exclusius d'explotació

Abans d'examinar els denominats *drets d'explotació*, cal destacar una doble distinció:

1) Entre ús i explotació

En principi, la propietat intel·lectual atribueix a l'autor el monopoli sobre els actes d'explotació de la seva obra. No, en canvi, sobre els actes de simple ús. L'autor, o qui tingui per cessió els drets corresponents, pot impedir que editem un llibre, però no que el llegim. El mer ús manca d'intenció lucrativa i, normalment, és privat. L'explotació, en canvi, sol perseguir un benefici econòmic i sempre té caràcter públic.

Drets morals a Internet

En el ciberespai els problemes de dret moral es plantejen amb una agudesa singular, ateses les possibilitats del format digital. Les obres es poden manipular, fragmentar... És fàcil suprimir la referència a l'autor... És obvi que són operacions que afecten o poden afectar els drets morals d'integritat i paternitat.

2) Entre drets d'exploració i drets de simple remuneració

Els drets exclusius d'exploració es concreten en el poder que té l'autor (o titular) d'excloure d'altres, és a dir, d'imposar-los una prohibició o vet. No obstant això, en alguns casos la propietat intel·lectual es debilita i el poder de vet és substituït per un simple dret a ser compensat econòmicament: no es pot impedir l'exploració, però almenys s'obté una remuneració.

Els anomenats *drets d'exploració* són una manifestació directa de la idea de propietat, que permeten a l'autor autoritzar i/o prohibir l'exploració de la seva obra, i constitueixen el nucli dels drets patrimonials.

L'article 17 TRLPI assenyalava:

"Correspon a l'autor l'exercici exclusiu dels drets d'exploració de la seva obra en qualsevol forma i, en especial, els drets de reproducció, distribució, comunicació pública i transformació, que no poden ser fetes, sense la seva autorització, excepte en els casos previstos en aquesta llei."

Els drets de reproducció, distribució, comunicació pública i transformació corresponen a les modalitats típiques del dret exclusiu d'exploració. L'enumeració és només a tall d'exemple; no forma un elenc tancat. Així, doncs, si alguna forma d'exploració no encaixa en les definicions de les manifestacions típiques, no per això deixaria de pertànyer en exclusiva a l'autor.

Dret de col·lecció

També hi ha un dret un pèl especial associat als drets exclusius d'exploració: el dret de col·lecció. Encara que un autor hagi cedit els drets d'exploració sobre les seves obres, conserva el dret de "publicar-les reunides en col·lecció escollida o completa" (art. 17 TRLPI).

Els drets d'exploració i les seves modalitats són independents entre ells (art. 23 TRLPI) i, sens dubte, disponibles (és a dir, transmissibles *inter vivos* i *mortis causa*, art. 42 TRLPI), amb certes limitacions. Vegem ara amb més detalls els drets d'exploració que defineix el TRLPI:

a) Dret de reproducció

Es tracta del gran dret històric dels autors. La reproducció és definida en els termes següents en l'art. 18 TRLPI:

"S'entén per reproducció la fixació directa o indirecta, provisional o permanent, per qualsevol mitjà i en qualsevol forma, de tota l'obra o de part d'ella, que en permeti la comunicació o l'obtenció de còpies."

Perquè hi hagi reproducció n'hi ha prou que l'obra es fixi en un mitjà que en permeti la comunicació i l'obtenció de còpies, encara que no es faci ni una cosa ni les altres.

Modalitats d'exploració

Fora d'això, hi ha diverses "modalitats d'exploració". Així, per exemple, el cinema i la televisió es basen en els mateixos drets (reproducció i comunicació pública), però són modalitats d'exploració –mercats– diferents. Un assaig breu es pot publicar en una revista o com a llibre. Els drets afectats (reproducció i distribució) són els mateixos, però es tracta de modalitats d'exploració diferents.

Exemples de reproducció

Cantar una cançó no constitueix reproducció; gravar-la, sí. Llegir un llibre no constitueix reproducció; fotocopiar-lo o fer-ne una còpia manuscrita, sí.

La noció de *reproducció*, com la mateixa institució de la propietat intel·lectual, ha estat posada a prova pel desenvolupament tecnològic. Tradicionalment, *reproduir* era fixar de manera estable en un suport físic: imprimir llibres, editar discos... La mateixa idea de fixació deixava poc marge de dubte. No obstant això, la digitalització i les xarxes han tensat aquesta noció tradicional.

El concepte de *reproducció* s'ha adaptat als temps i s'ha concretat, en l'àmbit europeu, en la Directiva de drets d'autor i afins en la societat de la informació (art. 2 DDASI): "la reproducció directa o indirecta, temporal o permanent, per qualsevol mitjà i en qualsevol forma".

Com ja hem vist, aquest concepte ha quedat recollit en l'art. 18 TRLPI. El concepte de *reproducció* és, doncs, molt ampli. Tant que, en el cas de les obres en format digital, fa impossible usar sense reproduir.

L'article 18 inclou, doncs, en el concepte de reproducció tant les còpies provisionals com les permanents. Respecte d'aquestes últimes, l'article 31.1 TRLPI recull un límit introduït per l'art. 5.1 Directiva DDASI que autoritza directament la realització de "**copies tècniques i transitòries**". Aquest límit és fonamental a Internet.

En navegar per Internet i consultar diferents pàgines (*browsing*) és indubtable que es realitzen diverses còpies: en el nostre ordinador té lloc, com a mínim, una reproducció a la memòria RAM (i sovint, també en el disc dur), a més de les múltiples còpies que tenen lloc en els diferents encaminadors pels quals transiten els paquets (de bits) que fan possible la recepció / visualització dels continguts, i fins i tot de les còpies de pàgines web d'ús freqüent que permeten fer més àgil la prestació del servei. Ens referim a l'emmagatzematge d'aquestes còpies com a *caching*, que pot tenir lloc en el nostre ordinador (memòria cau local o de client) o en el servidor (*proxy caching*).

No hi ha cap dubte que la navegació i el *caching* (tant de client com *proxy*) comporten la realització de còpies, i per tant, afecten el dret de reproducció del titular de les obres de les pàgines web visitades. Aquesta afirmació és especialment certa en vista de l'àmplia definició del dret de reproducció que fa l'article 18 TRLPI.

No obstant això, ambdós tipus d'actes (*browsing* i *caching*) poden quedar exclosos del monopoli de l'autor si compleixen els requisits previstos en l'excepció de l'art. 31.1 TRLPI (*ex art. 5.1 DDASI*).

Les "còpies tècniques"

Concretament, queden directament permesos per llei els actes de reproducció que compleixin unes condicions determinades:

- Que es tracti d'"actes de reproducció provisional".
- Que no tinguin "per si mateixos [...] una significació econòmica independent".

Browsing i caching

En navegar per Internet i consultar diferents pàgines (*browsing*) es realitzen diverses còpies. Com a mínim, una reproducció a la memòria RAM del nostre ordinador (sovint, també al disc dur), a més de les múltiples còpies que tenen lloc en els diferents encaminadors pels quals transiten els paquets (de bits) que transporten els continguts visitats, i fins i tot de les còpies de pàgines web d'ús freqüent que permeten fer més àgil la prestació del servei. Ens referim a l'emmagatzematge d'aquestes còpies com a *caching*, ja sigui en el nostre ordinador (memòria cau local o de client) o en el servidor (*proxy caching*).

- Que siguin "transitoris o accessoris".
- Que "formin part integrant i essencial d'un procés tecnològic".
- Que "la seva única finalitat consisteixi a facilitar bé una transmissió [d'una obra o prestació protegida] en xarxa entre tercers parts per un intermediari, bé una utilització lícita [d'una obra o prestació protegida], la qual entenem com l'autoritzada per l'autor o per la llei".

A fi de facilitar la tasca interpretativa (i evitar una inseguretat jurídica més gran), el considerant 33 DDASI diu expressament que la navegació i el *caching* queden inclosos dins d'aquesta excepció (prevista en l'art. 5.1 DDASI) sempre que en compleixin les condicions. Assenyala el considerant 33: "en la mesura que compleixin aquestes condicions, l'excepció esmentada ha de cobrir així mateix els actes que permetin fullejar o crear fitxers d'emmagatzemament provisional, inclosos els que permetin el funcionament eficaç dels sistemes de transmissió, sempre que l'intermediari no en modifiqui la informació i no interfereixi en la utilització lícita de tecnologia àmpliament reconeguda o utilitzada pel sector a fi d'obtenir dades sobre la utilització de la informació".

D'aquesta manera, s'exclouen, (sempre que compleixin els requisits de l'art. 31.1 TRLPI), les còpies *cache*, tant dels usuaris com dels servidors i intermediaris d'Internet, i també les còpies que s'emmagatzemen en la memòria RAM de l'ordinador en visitar pàgines web (cons. 33 DDASI).

b) Dret de distribució

Segons l'art. 19 TRLPI:

"S'entén per distribució la posada a disposició del públic de l'original o còpies de l'obra mitjançant la seva venda, el lloguer, el préstec o de qualsevol altra manera."

El fet característic de la distribució és que l'obra viatja en un suport físic, com a original o mitjançant exemplars, qualsevol que sigui el títol jurídic que l'empara (venda, lloguer, préstec o un altre).

Distribució online?

El concepte de distribució sembla desdibuixar-se una mica en el ciberespai. Normalment es diu que un lloc web "distribueix" música. O que les biblioteques virtuals "distribueixen" articles i altres materials. Però es tracta d'una manera de parlar. En realitat, a la UE, no hi ha distribució sense exemplars físics. Però es tracta d'una manera de parlar. En realitat, almenys dins de la UE, no hi ha "distribució" sense exemplars físics. En altres països, per exemple, als Estats Units d'Amèrica, es pot parlar de distribució en línia perquè aquest dret no es restringeix als exemplars tangibles.

No obstant això, el dret de distribució està subjecte al que es coneix com a *principi d'esgotament* (*exhaustion* o *first sale doctrine*) recollit en l'art. 19.2 TRLPI. Es tracta d'una restricció important, destinada a facilitar l'accés de la col·lectivitat a les obres objecte de propietat intel·lectual: l'autor, o titular derivatiu d'aquest dret, pot decidir quan i com posa en el mercat l'original o els exemplars de la seva obra; però una vegada fet això, perd el control sobre les successives vendes d'aquests exemplars (o sobre l'original, si escau).

L'esgotament només afecta el dret de distribució (no per haver comprat un CD el podem difondre per ràdio o col·locar-lo en una pàgina web: els drets d'explotació –recordem-ho– són independents entre ells i estan limitats territorialment: només són comunitaris (Unió Europea), no internacionals (mundial).

Perquè hi hagi esgotament del dret de distribució s'ha de tractar d'obres o còpies la primera venda de les quals s'hagi produït lícitament en algun país de la Unió Europea; no-

Exemples de distribució

Distribueix l'editor que, directament o mitjançant un llibreter, ven els llibres que prèviament ha imprès. També distribueix la botiga que lloga vídeos. El mateix fa la biblioteca pública, que presta llibres a qui ho vulgui. Fins i tot distribueix l'artista que posa en venda els seus quadres. Tots aquests actes encaixen en la definició de l'art. 19 TRLPI.

més llavors la revenda dins de la mateixa Unió s'escapa del control de l'autor o titular. No així el lloguer o el préstec (que són també formes de distribució), que continuen sota el control de l'autor.

c) Dret de comunicació pública

Segons l'art. 20.1 TRLPI:

"S'entén per comunicació pública tot acte pel qual una pluralitat de persones pugui tenir accés a l'obra sense una distribució prèvia d'exemplars a cadascuna d'elles."

La definició es completa en negatiu:

"No es considera pública la comunicació quan es dugui a terme dins d'un àmbit estrictament domèstic que no estigui integrat o connectat a una xarxa de difusió de qualsevol tipus."

I amb una llarga relació no tancada de casos que constitueixen una comunicació pública (cf. art. 20.2 TRLPI).

Són tres, doncs, les característiques essencials que configuren la comunicació pública (i la distingeixen de la reproducció i la distribució):

- possibilitat d'accés d'una pluralitat de persones;
- absència d'una distribució prèvia d'exemplars;
- més enllà de l'àmbit domèstic.

La importància del dret exclusiu de comunicació pública ha anat augmentant de la mà del desenvolupament tecnològic, que ha imposat una evolució de la mateixa noció de *públic*. Temps enrere, el públic era només el conjunt de persones congregades simultàniament en un mateix lloc (per exemple, un teatre). Per a arribar a una gran audiència –i fins i tot això amb limitacions– feia falta repetir la funció. Les coses van canviar amb la ràdio i la televisió. Ja no calia reunir-se en un mateix lloc. La noció de *públic* es va estendre fins a incloure les persones que eren en qualsevol lloc, inclosa casa seva. Es mantenia, tot i així, l'exigència de coincidència temporal (per exemple, les emissions de ràdio o televisió). Però, finalment, fins i tot aquesta ha acabat cedint. En el context digital, quan una obra es col·loca a la Xarxa, hi pot accedir –ho faci o no– una infinitat de persones, en el moment i el lloc que vulguin. Aquesta evolució ha obligat a redefinir (o reexplicar) el concepte de *comunicació pública* (vegeu l'article 3.1 DDASI).

Així, doncs, es reconeix als autors el dret exclusiu de comunicació al públic, en general, i també en entorns interactius (actes d'explotació d'obres per Internet) amb el dret o modalitat de "**posada a disposició del públic**" recollit en l'apartat *i* de l'article 20.2 TRLPI:

"La posada a disposició del públic d'obres per procediments amb fil o sense, de tal manera que qualsevol persona hi pugui accedir des del lloc i en el moment que triï."

Exemples de comunicació pública

Hi ha comunicació pública, per exemple, quan es representa una obra teatral. També quan es recita un poema en un auditori o s'exposa una pintura. En l'àmbit de la comunicació, el cinema i la televisió també en són exemples típics.

"Penjar" a Internet

L'acte de "penjar" a internet (posar un contingut a disposició del públic) és un acte de comunicació pública –sempre que el contingut penjat estigui protegit.

Interactivat

La definició d'aquesta modalitat d'explotació exigeix un element d'interactivitat (que l'usuari pugui triar quina obra o prestació escolta –*streaming*– o descarrega –*download*–) que la caracteritza i distingeix de la resta de modalitats previstes a l'art. 20.2 TRLPI. No tota l'explotació que es fa per internet és sota aquesta modalitat; per exemple, la transmissió de ràdio o TV feta per internet (*webcasting* o *simulcasting*) és un acte de transmissió per cable (art. 20.2(e) TRLPI).

Per tant, fa falta l'autorització de l'autor per a posar a disposició del públic obres o prestacions a Internet, de manera que sigui l'usuari qui triï el lloc i el moment d'accés. No és necessari que l'usuari accedeixi a l'obra: perquè ens trobem davant d'un cas de comunicació pública, n'hi ha prou amb la posada a disposició del públic. Però sí que es poden fer algunes precisions:

- Aquest dret **no cobreix les comunicacions privades**, amb la dificultat consegüent de delimitar entre privat i públic a Internet.

Públic "indeterminat i considerable"

El TJUE ha tingut ocasió d'interpretar el concepte de "públic" en sentit ampli, inclosa la recepció d'obres i prestacions emeses per ràdio o TV al **públic "indeterminat i considerable" que de forma successiva utilitza les habitacions privades d'hotel, balnearis o hospitals**; vid. sentències TJUE en els casos *SGAE v. Rafael Hoteles* (C-306/05), *PPL v. Ireland* (C-162/10), *Reha training v. GEMA* (C-117/15). En tots aquests casos, el tribunal va valorar molt especialment l'*actuació indispensable* de l'operador (hotel, balneari, hospital) en fer possible que l'emissió arribi a un "*públic nou*", com també les implicacions econòmiques d'oferir aquest servei a les habitacions (que té un impacte positiu en la categoria i atractiu de l'establiment i, per tant, els permet cobrar més). En canvi, no hi ha comunicació al públic quan l'emissió radiofònica es rep a la sala d'espera d'un dentista atès que ni els pacients poden triar la música que se sent, ni té implicacions econòmiques en l'activitat professional del dentista –*SCF v. Del Corso* (C-135/10).

- **No hi ha esgotament en l'àmbit comunitari** (art. 3.3 DDASI), a diferència del que ocorre amb el dret de distribució.

d) Dret de transformació

S'entén per *transformació* qualsevol modificació formal d'una obra "de la qual es derivi una obra diferent" (art. 21.1 TRLPI).

En el dret de transformació, l'essencial és que es creï una obra nova, que tindrà la consideració d'obra (subjectivament) derivada i (objectivament) composta.

Com a obra composta, l'autoria correspon exclusivament a la persona o a persones que en duen a terme la transformació. No obstant això, l'obra resultant de la transformació no es pot explotar si no té el consentiment de l'autor de l'obra transformada.

e) *Linking* i *framing*: Enllaçar com a acte d'explotació?

Els **enllaços o vincles** són una eina imprescindible a Internet; de fet, en constitueixen l'arquitectura bàsica. Hi ha diversos tipus d'enllaços possibles a Internet. Els enllaços HREF (*hypertext reference link*) són enllaços directes d'una

Els artistes i el dret de comunicació pública

A diferència dels autors, per als titulars de drets connexos no es reconeix un dret de comunicació pública general, sinó només la posada a disposició (art. 3.2 DDASI). L'art. 108.1 TRLPI atorga aquest dret als artistes.

Exemple

La mateixa norma esmenta com a exemples els casos de la traducció i de l'adaptació (per exemple, es porta al cinema una novel·la o una obra teatral). No hi ha transformació quan simplement canvia el suport (passar de paper a format electrònic o de cinta a CD).

pàgina a l'altra, que també es coneixen com a *enllaç d'hipertext* o *hipervincle* que remetent l'usuari a la pàgina de l'adreça URL indicada a l'enllaç. D'entre els enllaços HREF, hem de distingir els normals i els acoblats o emmarcats (també anomenats *framing*) que mostren la pàgina enllaçada dins de la mateixa pàgina que conté l'enllaç.

Poc pacífica és la qüestió de si la simple introducció (en una pàgina web) d'un enllaç a la pàgina (o lloc) web d'Internet on es troba ubicada l'obra enllaçada comporta un acte de reproducció i/o de comunicació pública d'aquesta obra. La jurisprudència internacional està treballant amb dos mecanismes per justificar la realització d'enllaços a continguts lícitament disponibles a Internet i en obert:

- L'existència d'una llicència implícita: enllaçar a continguts aliens a Internet constitueix un acte de comunicació pública, però quan un autor o titular "penja" la seva obra o prestació a Internet de forma oberta (sense utilitzar mecanismes per restringir-ne l'accés o impedir-ne la indexació), està autoritzant el fet que s'hi enllaci des d'altres pàgines.
- La inexistència de comunicació pública: enllaçar a continguts que estan lícitament accessibles a Internet i en obert, no constitueix un acte d'explotació perquè no existeix un "públic nou" al qual es doni accés a l'obra (el públic amb potencial accés a l'obra és el mateix que ja va tenir present l'autor o titular en penjar-la en obert, sense restriccions d'accés).

Els enllaços acoblats (*framing*)

Ara bé, el cas dels enllaços acoblats i del *framing* presenten certes particularitats. En rigor, la tècnica és la mateixa que en els enllaços normals (copiar l'adreça URL del contingut o de la pàgina enllaçada), però a efectes jurídics el significat pot ser molt diferent.

Els acoblaments poden ser considerats com un acte de comunicació pública (i, fins i tot possiblement, de transformació) de l'obra acoblada, diferent de la comunicació pública a la pàgina original, ja que mentre que els enllaços HREF dirigeixen l'usuari a una pàgina web (més o menys profunda) en què el contingut es mostra tal com l'ha dissenyat el seu titular, els enllaços acoblats presenten a l'usuari continguts aliens en contextos diferents del dissenyat (o autoritzat) pel titular. Tenint en compte que el criteri d'originalitat recollit en la LPI és "de mínims", seria possible defensar que l'acoblament o el *framing* d'una pàgina web doni lloc a una nova obra que ha de ser autoritzada pel titular de l'obra transformada (art. 21 TRLPI).

a) La llicència implícita: la provisió d'enllaços es pot entendre implícitament autoritzada pel titular l'obra del qual hagi estat lícitament (amb el seu consentiment) posada a disposició del públic a Internet. En altres paraules, en penjar la seva obra a Internet en règim de lliure accés, el titular implícitament accepta que sigui objecte d'enllaços des d'altres pàgines web, sense necessitat de tenir-ne l'autorització expressa (i específica).

La jurisprudència també recorre en diverses ocasions a la doctrina de la **licència implícita** per autoritzar els enllaços a obres posades lícitament a disposició del públic a Internet sense prohibir-los expressament (per exemple, sense utilitzar mesures d'exclusió que impedeixin la indexació), sempre que no es causi un perjudici als interessos econòmics de l'autor/titular i que no constitueixin actes de competència deslleial. La doctrina de la licència implícita ha estat una de les defenses (i de les estratègies) més utilitzades per Google per defensar el funcionament del seu motor de cerca.

**Robots Exclusion
Standards Protocols**

[http://www.robotstxt.org/
robotstxt.html](http://www.robotstxt.org/robotstxt.html)

La doctrina de la licència implícita en la jurisprudència internacional

En la jurisprudència internacional s'ha recorregut a la doctrina de la licència implícita en diverses sentències significatives. Així, als Estats Units, cal destacar el cas *Perfect 10, Inc. vs. Amazon.com, Inc.* (508 F.3d 1146, 9th Cir. 2007); a França, el cas *Société des Auteurs des Arts Visuels et de l'Image Fixe (SAIF) vs. Google France and Google Inc.* (Tribunal de Gran Instància de París, 20 de maig de 2008; Tribunal d'Apel·lació de París, 26 de gener de 2011), i a Alemanya, el cas *Vorschaubilder* (BGH I ZR 69/08, 29 d'abril de 2010), en què, si bé el tribunal va rebutjar expressament que hi hagués una "licència" implícita, va concloure a favor de l'existència d'un "consentiment" implícit a la indexació per motors de cerca i, sobre la base dels principis contractuals de la bona fe i de l'abús del dret, va rebutjar que el titular dels continguts posteriorment pogués impedir-ne la indexació.

En canvi, a Bèlgica, el cas *Copiepresse* va negar l'existència de la licència implícita recordant que el règim de propietat intel·lectual no s'exerceix per "oposició" (opt-out), sinó per mitjà d'autorització prèvia i expressa.

b) La inexistència de comunicació pública. Després de les recents decisions del TJUE en els casos *Svensson* i *Meltwater*, ha preferit l'altra via: que enllaçar a continguts lliurement accessibles en línia no comporta un acte de comunicació pública, en no existir un públic nou.

Certament, el cas que més ressò ha tingut en relació amb els enllaços a Internet ha estat la sentència del TJUE, de 13 febrer de 2014: en el cas *Svensson* (C-466/12).

El cas Svensson

Diversos periodistes suecs –entre ells Svensson–, autors de diversos articles de premsa de lliure accés publicats al web del diari *Göteborgs-Posten*, van demandar l'empresa Retriever Sverige, per gestionar un servei d'Internet que facilita als seus clients (previ pagament) enllaços a articles publicats a la xarxa (entre els quals els dels demandants) sense haver obtingut dels periodistes afectats l'autorització per a realitzar-los. El tribunal suec va plantejar una qüestió prejudicial al TJUE per saber si aquests enllaços constitueixen un acte de comunicació al públic en el sentit de l'article 3 de la DDASI.

En la sentència, el TJUE estima que el fet de facilitar enllaços que condueixen a obres protegides constitueix un acte de comunicació (la posada a disposició del públic d'una obra de manera que aquest hi pugui accedir, encara que no faci ús d'aquesta possibilitat) i que es pot considerar que els usuaris potencials de la pàgina gestionada per Retriever Sverige són públic (atès que es tracta d'un nombre indeterminat i considerable de destinataris). Tanmateix, una vegada feta aquesta afirmació, el TJUE recorda que la comunicació ha d'estar adreçada a un públic nou, és a dir, a un públic que no hagi estat pres en consideració pels titulars dels drets d'autor quan van autoritzar la comunicació inicial. Segons el Tribunal, en aquest cas no hi ha un "públic nou", perquè els articles del *Göteborgs-Posten* estaven lliurement accessibles i, per tant, els usuaris de Retriever Sverige són part del mateix públic que ja va ser pres en consideració pels periodistes quan van autoritzar la publicació dels seus articles en el *Göteborgs-Posten*. I fins i tot afegeix que és irrellevant si, en fer clic sobre l'enllaç, els internautes tenen la impressió que l'obra es mostra en el web de Retriever Sverige,

quan en realitat procedeix (està penjada) en el del *Göteborgs-Posten*, resolent així la qüestió sobre la distinció entre enllaços profunds o fins i tot el *framing*.

Posteriorment, altres han permès al TJUE confirmar i perfilar els criteris adoptats en la sentència *Svensson*.

Resumint, enllaçar a continguts lícitament disponibles en línia no és un acte de comunicació al públic (*Svensson* C-466/12), tot i que es faci a través de la tècnica del *framing* (*Bestwater* C-348/13), atès que les obres enllaçades no arriben a un "nou públic" diferent del que es va considerar en fer la comunicació originària (aquí, el TJUE fa servir el mateix concepte que havia estat determinant per confirmar la comunicació al públic en habitacions privades), ni es fa servir una modalitat tecnològica diferent de l'original.

En canvi, quan s'enllaça a continguts que han estat il·lícitament penjats a internet, sense autorització del titular, caldrà distingir si l'enllaç es fa amb finalitats lucratives o no: **quan l'enllaç es fa amb finalitats de lucre, es presumirà que la persona que enllaça coneix que els continguts enllaçats eren il·lícits i, per tant, està fent un acte de comunicació al públic que –en no estar autoritzat– constitueix infracció**; quan l'enllaç es fa sense finalitats de lucre, haurem de valorar (per decidir si l'enllaç constitueix un acte de comunicació al públic i, per tant –en no ser autoritzat– una infracció) si la persona coneixia o podia conèixer "raonablement" el caràcter il·legal de la publicació o no (*GS Media* C-160/15).

Els enllaços a la jurisprudència espanyola

Si bé inicialment tant els tribunals civils com els penals eren reticents a considerar que enllaçar -fins i tot, quan s'enllaçava a continguts clarament infractors- pogués ser considerat un acte de comunicació pública i, en no haver estat autoritzat, com a infracció, arran de la jurisprudència del TJUE, han acabat acceptant-ho. Inicialment, entre els casos civils, vegeu AP Barcelona (sec. 15) 7 de juliol de 2011 [indice-web.com]; AP Barcelona (sec. 15) 24 de febrer de 2011 [Elrincondejesus.com], rebutjant que enllaçar a continguts infractors hostatjats a un altre servidor siguin actes de comunicació pública, tot i que en aquest darrer cas, el tribunal va distingir els enllaços a "descàrregues directes" com a possible contribució a la infracció; com a casos penals, vegeu la sentència de l'AP Barcelona (sec. 7) de 22 de desembre de 2005 [todocarátulas] i les interlocutòries de l'AP Madrid (sec. 2) d'11 de setembre de 2008 [Sharemula] i (sec. 1) de 15 de març de 2011 [edonkeymania].

Com a sentències més recents (post-*Svensson*) que confirmen l'enllaç a continguts infractors com a infracció del dret de comunicació pública, vegeu sentències de l'AP València (sec. 4) de 20 gener de 2014 [Divxonline], AP Castelló (sec. 1) de 12 novembre de 2014 [bajatedetodo] i AN (cont. adm.) de 17 d'octubre de 2014 [elitetorrent]. Per a més detall, vegeu el blog del prof. Peguera: <https://responsabilidadinternet.wordpress.com/>.

L'acadèmia pren partit

Abans i després del cas *Svensson*, la doctrina ha pres partit fent arribar al TJUE diversos *amicus briefs* que exposaven les seves consideracions. Un informe de la European Copyright Society considera que els enllaços no són actes de comunicació pública:

http://www.ivir.nl/news/European_Copyright_Society_Opinion_on_Svensson.pdf

En canvi, l'ALAI considera els enllaços actes de comunicació pública, en contra del concepte de *nou públic* i a favor de la combinació de límits i llicències implícites:

<http://www.alai.org/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf>

<http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/2014-opinion-new-public.pdf>

Enllaçar va més enllà del dret d'autor

Finalment, cal tenir en compte que el problema d'enllaçar no solament afecta el dret d'autor: té implicacions en altres camps com, per exemple, les marques, el dret de la competència, la imatge, l'honor, etc.

1.4.3. Drets de remuneració

A més dels drets exclusius d'explotació, hi ha altres drets patrimonials, doctrinalment coneguts com a *drets de simple remuneració*.

El seu contingut és més limitat: només atribueixen a l'autor el dret a rebre una compensació econòmica, però no en pot autoritzar o prohibir els usos corresponents (com és el cas dels drets d'explotació –que tenen el caràcter d'exclusius–). (Autoritzar o prohibir: aquesta és l'essència de l'exclusivitat.)

El fet que es prescindeixi del seu consentiment es compensa, d'alguna manera, amb el caràcter irrenunciable i indisponible que solen presentar aquests drets.

Generalment, són objecte de gestió col·lectiva, perquè així ho estableix la llei (llavors parlem de *gestió col·lectiva obligatòria*) o simplement perquè, de fet, a la pràctica és la manera més eficaç de gestionar els drets.

Exemples de drets de remuneració

Alguns exemples de drets de remuneració són:

- El dret de participació dels artistes plàstics (*droit de suite*) (art. 24 TRLPI –segons modificacions per Llei 3/2008 i Llei 2/2019).
- El dret de remuneració per lloguer de fonogrames i enregistraments audiovisuals (art. 90.2 TRLPI).
- El dret de remuneració per còpia privada: l'autor no la pot impedir (art. 31.2 TRLPI), però la llei li reconeix el dret a una compensació econòmica (art. 31.2 i 25 TRLPI).
- El dret de remuneració per la posada a disposició del públic a Internet d'obres audiovisuals (art. 90.4 TRLPI).

Autors i Artistes

Alguns d'aquests drets de remuneració també s'atorguen a favor dels artistes intèrprets i executants.

1.5. Els límits: durada de la protecció i "excepcions"

Ara examinarem la definició negativa del *dret d'autor*. Per motius d'interès general, s'imposa establir-hi alguns límits. Aquests són de dos tipus: temporals (durada de la protecció) i substantius (excepcions a la protecció).

1.5.1. Els límits temporals: la durada

Ens plantegem ara una qüestió fonamental: si el dret d'autor ha de tenir límits temporals. En principi, el terme *propietat* comportaria una resposta negativa (la propietat és eterna). I, tanmateix, la propietat intel·lectual (de la qual s'ha dit que és la més sagrada de les propietats) està subjecta a un termini de caducitat. Quan ha transcorregut un temps determinat, les obres cauen en l'anomenat **domini públic**.

La regla bàsica és la de setanta anys *post mortem auctoris* (art. 26 TRLPI) i regeix a tota la Unió Europea. Si hi ha hagut coautoria, els setanta anys comencen a comptar a partir de la mort de l'últim autor (art. 28.1 TRLPI). Per a les obres col·lectives o les obres d'autor desconegut, el termini de protecció és de setanta

Els drets connexos

Els **drets connexos** dels artistes, els productors i altres titulars de drets són més breus que els dels autors.

anys a partir de la seva divulgació (art. 28.2 i art. 27.1 TRLPI). Tots els terminis es comencen a comptar a partir de l'1 de gener de l'any següent a la mort o divulgació de l'obra.

Una vegada en el **domini públic**, les obres poden ser utilitzades –és a dir, explotades– per qualsevol, però sempre de manera que es respectin els drets morals de paternitat i integritat (art. 41 TRLPI). Alguns suggereixen que s'estableixi una taxa sobre el domini públic (és el que es coneix com a *domini públic de pagament*), però té poc a veure amb el dret d'autor "autèntic". A Espanya, en qualsevol cas, la utilització d'obres en el domini públic no solament és lliure, sinó també gratuïta. No obstant això, excepcionalment hi pot haver obres "rescatades" del domini públic sobre les quals no es reconeixen drets d'autor, però sí drets afins a favor de l'editor (art. 129 TRLPI).

80 anys pma

Per a les obres d'autors que hagin mort abans del 7 de desembre de 1987 (data d'entrada en vigor del TRLPI), és aplicable el termini de vuitanta anys *post mortem auctoris* previst en la Llei de propietat intel·lectual de 1879.

1.5.2. Els límits substantius: les excepcions

Per raons diverses, la llei autoritza, en casos específics, la realització d'actes que entren en l'esfera de l'exclusiva de l'autor, prescindint de la seva autorització i fins i tot –encara que no sempre– li priven de tota compensació. Són les denominades *excepcions* o *limitacions al monopoli de l'autor*.

Amb les excepcions al monopoli de l'autor, normalment es tracta d'assegurar interessos generals com l'educació, l'accés a la cultura, la llibertat d'informació i crítica i la lliure competència. No cal dir que aquests límits substantius o excepcions constitueixen un motiu constant de fricció entre els diferents col·lectius de titulars i usuaris, i una font important de litigis: sovint separen l'ús lícit de la infracció. Malgrat el nom, les excepcions constitueixen un aspecte fonamental del sistema de protecció de la propietat intel·lectual i són justificades per drets i llibertats individuals.

L'harmonització del sistema de límits a la UE

La Directiva (art. 5 DDASI) estableix una llista d'excepcions amb caràcter exhaustiu, de manera que, en principi, no hi podria haver més excepcions que les allí previstes. No obstant això, llevat d'una excepció obligatòria (art. 5.1 DDASI), les altres excepcions recollides són un elenc de possibilitats: han de ser els estats els qui decideixin quines excepcions admeten i quines rebutgen. En resum, poca harmonització calia esperar. A més, amb el temps, el caràcter exhaustiu d'aquesta llista ha quedat ja superat per la incorporació de nous límits amb posteriors Directives: per a les obres òrfenes, les persones amb discapacitat visual i, més recentment, amb els nous límits de la Directiva DAMUD (2019).

En l'harmonització del sistema de límits a la UE, el Tribunal de Justícia de la UE (TJUE) hi ha jugat un paper molt actiu, ha harmonitzat la interpretació d'aquests límits i fins i tot ha aprofundit en el nivell d'harmonització aconseguit per les directives.

Vet aquí una altra diferència important entre el sistema del dret d'autor i el del *copyright*. El sistema de dret d'autor opta per establir en la llei una enumeració tancada d'excepcions. En canvi, el sistema de *copyright* conté una defensa oberta d'ús lleial o *fair use*, que deixa cert marge d'apreciació als jutges davant de cada cas concret.

La Directiva (UE) 2019/719

La Directiva (UE) 2019/719 estableix 4 límits que hauran de ser obligatòriament adoptats pels estats membres a favor de **la mineria de dades (art. 3)**, **l'educació online (art. 5)**, **la preservació cultural (art. 6)** i **l'ús d'obres fora de comerç per part de biblioteques (art. 8/9/10)**. Com que no estan encara traslladats al TRLPI no són objecte d'estudi en aquest mòdul, però és recomanable consultar-ne el contingut.

Aquí no hi ha espai per a una anàlisi detallada dels límits (art. 31 a 40 ter TRLPI), però d'una manera molt resumida, els podríem agrupar en funció de la finalitat o l'interès que protegeixen, tot i que sigui possible que en algun d'ells conflueixin dues d'aquestes finalitats o més:

a) Excepcions en favor del dret d'informació

Es tracta d'un dret fonamental constitucionalment reconegut (art. 20.1 CE). Com que la informació rarament consisteix en fets o dades nus, sinó que adopta una forma expressiva que, si és original, és objecte de propietat intel·lectual, s'imposen alguns límits:

- Treballs i articles sobre temes d'actualitat difosos pels mitjans de comunicació social (art. 33.1 TRLPI). En tot cas, cal esmentar-ne la font i l'autor. Aquest, a més, ha de percebre una remuneració.
- Conferències, al·locucions i informes pronunciats en públic (art. 33.2 TRLPI).
- Obres susceptibles de ser vistes o sentides en ocasió d'informacions sobre esdeveniments d'actualitat (art. 35.1 TRLPI). L'obra afectada no té per si mateixa cap interès informatiu, simplement "hi era" i es veu o se sent d'una manera incidental.
- Recopilacions periòdiques en forma de ressenyes o revistes de premsa (art. 32.1, paràgraf 2n. TRLPI). L'objecte de la ressenya o revista de premsa és donar compte d'una manera breu i concisa del més rellevant que s'ha publicat en altres mitjans en un període determinat. En aquest cas, l'actualitat no és un requisit de la informació. No obstant això, amb la transposició de la Directiva es va reduir dràsticament aquesta excepció pel que fa a les recopilacions d'articles periodístics amb finalitats comercials (retalls de premsa o *press-clipping*).

Dossier de premsa

La Llei 1/2019 estableix la necessitat d'obtenir autorització del titular de drets sobre un article periodístic aïllat per reproduir-lo, distribuir-lo o comunicar-lo al públic en un dossier de premsa (art. 32.1-III TRLPI), excloent-ne, doncs, la consideració de cita.

- La Llei 21/2014 va introduir l'anomenada "**taxa Google**", que tot sigui dit, no és taxa ni afecta només Google. Consisteix en un nou límit dins de l'article 32.2 del TRLPI que autoritza els **agregadors i els motors de cerca** a enllaçar a les pàgines de notícies d'Internet, a canvi del pagament d'una remuneració equitativa –en el cas dels primers– i de manera gratuïta –en el cas dels segons. Aquesta disposició pot veure's afectada per la transposició del dret connex que es reconeix als editors de premsa per controlar els usos digitals de les seves publicacions de premsa durant dos anys (art. 15 Directiva DAMUD).

Press-clipping

L'autor de l'article periodístic es pot oposar i reservar-se el dret de prohibir o autoritzar aquesta activitat. Si no s'hi oposa, el *press-clipping* queda autoritzat per llei i l'autor té dret a ser compensat econòmicament.

Google News tanca

Poc després que fos aprovada la reforma, Google News va tancar el servei d'agregació de notícies a Espanya. Els diaris van reconèixer la pèrdua de visitants (un 30% per als diaris grans, membres d'AEDE, i un percentatge molt superior en el cas dels diaris petits), i les notícies continuen essent accessibles amb el cercador "normal" (Google i d'altres).

Art. 15 Directiva 2019/790/UE

L'art. 15 Directiva 2019/790/UE obliga els estats membres a reconèixer un nou dret conegut als editors de premsa, que els permeti autoritzar o prohibir l'agregació en línia de publicacions de premsa per part dels proveïdors de servei de la societat de la informació (llegiu Google News o Menéame en l'àmbit espanyol). Veurem com és objecte de transposició pel legislador espanyol.

b) Excepcions en favor de la llibertat d'expressió

El mateix article 20.1, en l'apartat *a* reconeix un altre dret no menys essencial en les societats civilitzades: la llibertat d'expressar pensaments, idees i opinions. L'art. 20.1.a CE juga a favor dels autors, de manera que dóna caràcter fonamental al dret a crear; però també en contra seva, en la mesura que justifica certes excepcions a l'exclusiva de l'autor:

- **La citació** (art. 32.1 paràgraf 1r. TRLPI). El comunament anomenat *dret de citació* presenta alguns aspectes segurs i d'altres de summament conflictius. Són segurs l'exigència de divulgació (no es poden citar obres no divulgades) i el respecte a l'atribució (cal citar-ne l'autor i també la font). S'ha de tractar de fragments, excepte en el cas de fotografies i obres plàstiques. Els dubtes, en canvi, són enormes quan es parla d'inclusió "a tall de citació o per a la seva anàlisi, el seu comentari o judici crític", i encara més quan s'afegeix que la utilització només es pot fer "amb finalitats docents o de recerca". Òbviament, aquesta precisió final restringeix enormement l'espai per a la citació, perquè sembla que si l'anàlisi, comentari o judici crític no es produeixen en el marc de la docència o la recerca, no són lícits. Per tant, si no es vol deixar en res aquest límit, no queda més remei que fer una interpretació flexible dels termes *docència* i *recerca*.
- **La paròdia** (art. 39 TRLPI). Es recull aquí una de les excepcions més notables als drets de l'autor, tant en extensió i intensitat (perquè inclou el dret de transformació) com en la dificultat de delimitar què s'entén per *paròdia*. Està permesa, sense autorització de l'autor, la paròdia de qualsevol obra que no hagi estat divulgada lícitament mentre no es causi perjudici ni a l'autor ni a l'obra original, ni hi hagi risc de confusió amb l'obra original. La paròdia no sempre és humorística ni es dirigeix, necessàriament, a parodiar l'obra o l'autor utilitzat (és l'anomenada *paròdia indirecta* o *weapon*). L'objectiu principal del límit de paròdia és assegurar, precisament, els mateixos drets fonamentals que justifiquen el dret d'autor: la llibertat de creació i d'expressió.

Cas Deckmyn

El TJUE, a la sentència de 3 de setembre de 2014 (C-201/13), fa una interpretació molt àmplia i flexible del límit de la paròdia de l'art. 5.3.k DDASI i confirma el que s'anomena paròdia "indirecta o *weapon*".

c) Excepcions en favor de la docència o la recerca

Se n'hi inclou alguna de ja coneguda (la citació) juntament amb d'altres de noves:

- **La citació (art. 32.1 paràgraf 1r. TRLPI).** La possibilitat de citar obres alienes divulgades es justifica en el nostre dret per la presència de finalitats docents o de recerca.
- **Reproducció amb finalitats de recerca i de conservació (art. 37.1 TRLPI).** Els museus, les biblioteques, les fonoteques, les hemeroteques i els arxius de titularitat pública o que, tot i no ser-ho, estiguin integrats en institucions de caràcter cultural o científic, poden fer lliurement reproduccions "per a finalitats de recerca", sempre sense ànim de lucre.
- **Utilització de bases de dades per a il·lustració de l'ensenyament o per a investigació científica (art. 34.2.b TRLPI).** Aquest és un límit inclòs en la nostra llei en ocasió de la incorporació de la Directiva sobre bases de dades. El seu contingut i abast no són fàcils de determinar a partir de la lletra de la Llei, que acull una formulació molt àmplia. Es parla d'*utilització*, terme que pot incloure qualsevol acte (reproducció, distribució, comunicació...). Les úniques restriccions deriven de la finalitat (ensenyament o recerca) i de l'absència d'un "objectiu comercial".
- **Utilització de "petits fragments" d'obres per a il·lustració de l'ensenyament per part del professorat d'educació reglada (art. 32.2 TRLPI).** Es tracta d'una nova excepció incorporada per la Llei 23/2006, de transposició de la DDASI, però que ja va néixer insuficient: només cobria l'educació reglada en contextos presencials i amb un abast ("petits fragments") encara més reduït que el "dret de citació". La Llei 21/2014 amplia aquest límit per una doble via: d'una banda, per cobrir també l'educació a distància (incloent-hi l'educació en línia), i de l'altra, els centres de recerca, sempre assegurant que aquests usos de "petits fragments" es duren a terme únicament dins del centre i que només seran accessibles per als estudiants o els investigadors del mateix.
- A l'art. 32.4 TRLPI, la Llei 21/2014 introdueix un nou límit a favor d'**universitats i centres públics de recerca per autoritzar l'ús parcial de publicacions** (un capítol de llibre, un article de revista, el 10% o extensió equivalent) a canvi d'una remuneració equitativa, subjecta a gestió col·lectiva obligatòria.

Finalitats de conservació

La sentència del TJUE d'11 de setembre de 2014 (C-117/13), cas *Darmstadt v. Ulmer*, fa una interpretació àmplia de l'abast d'aquest límit (en permetre la digitalització d'obres [en suport paper] en el catàleg de la biblioteca, tot i havent-hi versions digitals d'aquestes obres disponibles al mercat, si "aquest acte de reproducció és necessari per a posar tals obres a disposició dels usuaris, a través de terminals especialitzats, en els locals d'aquests establiments". Les còpies escanejades també podran quedar subjectes a altres límits o excepcions: es podran posar a disposició del públic a través de terminals especialitzats (art. 37.3 TRLPI) i, fins i tot, ser objecte de còpia privada per part dels usuaris (art. 31.2 TRLPI).

CEDRO

En tractar-se de publicacions, això apunta especialment a CEDRO, l'entitat de gestió d'autors i editors d'obres literàries.

CEDRO i les universitats

És plausible que l'explicació d'aquest nou límit sigui l'enfrontament que aquesta entitat de gestió ha mantingut amb el sector universitari, poc inclinat a obtenir la corresponent llicència per a l'ús d'obres protegides en les seves intranets, i que ha portat a tres demandes (contra la UB, la UAB i la Universitat Carlos III) i dues sentències condemnatòries amb elevades indemnitzacions per infracció de la propietat intel·lectual (una de les quals confirmada i fins i tot incrementada en apel·lació). Això significa que les universitats hauran de pagar per aquests usos (caldrà que acordin una tarifa amb CEDRO i, a falta d'acord, la fixarà la Comissió de Propietat Intel·lectual), però també que ni autors ni editors podran prohibir aquests usos o llicenciar-los a part.

De nou, es tracta d'una mesura incompleta –ja que només afecta les publicacions i les universitats–, que no pren exemple dels límits per a finalitats educatives i de recerca que hi ha en altres països europeus, ni aprofita l'ampli marge de maniobra que ofereix l'article 5.3.a) de la DDASI.

d) Excepcions en favor del dret d'accés a la cultura

- **Préstec bibliotecari (art. 37.2 TRLPI).** L'excepció afecta, en aquest cas, el dret de distribució, en la seva modalitat de préstec. L'elenc de beneficiaris és molt ampli, encara que no deixi d'estar determinat: "museus, arxius, biblioteques, hemeroteques, fonoteques o filmoteques de titularitat pública o que pertanyin a entitats d'interès general de caràcter cultural, científic o educatiu sense ànim de lucre, o a institucions docents integrades en el sistema educatiu espanyol".

Aquestes entitats no necessiten autorització dels titulars de drets per als préstecs que duguin a terme, però han de remunerar els autors en la quantia que es determini mitjançant un real decret, remuneració que s'ha de vehicular a partir de les entitats de gestió.

Remuneració per préstec públic

Tradicionalment, l'excepció de públic espanyola exclouïa la remuneració de l'autor. La Comissió Europea, tanmateix, va condemnar Espanya (i també Itàlia, Irlanda i Portugal) per infracció de la normativa UE, en permetre el préstec públic de llibres, etc., sense remuneració ni autorització dels titulars de drets. La Llei 10/2007, de 22 de juny, de la lectura, del llibre i de les biblioteques va introduir aquesta remuneració als autors pel préstec públic de les seves obres, prevista en l'art. 37.2 TRLPI. S'eximeix, però, de pagar aquesta remuneració "els establiments de titularitat pública que prestin servei en municipis de menys de 5.000 habitants, i també les biblioteques de les institucions docents integrades en el sistema educatiu espanyol" (cf. art. 37.2).

El RD 624/2014, de 18 de juliol, desenvolupa el dret de remuneració dels autors pel préstec públic. A partir del 2016, el càlcul d'aquesta remuneració es farà de la manera següent: $0,004 \text{ €} \times \text{núm. d'obres objecte de préstec} + 0,05 \text{ €} \times \text{núm. d'usuaris que han fet ús efectiu del servei de préstec}$. Els establiments de municipis amb menys de 5.000 habitants i les biblioteques escolars queden exempts d'aquest pagament. D'aquesta manera, es posa fi a la quantitat provisionalment prevista a la Llei 10/2007 (de 0,20 € per exemplar adquirit per la biblioteca per destinar al préstec públic) i als règims transitoris previstos per al 2014 i 2015 pel mateix RD 624/2014 (de 0,16 € per exemplar).

- **Accés a la cultura i dret d'inèdit (art. 40 TRLPI).** Ja hem esmentat el debilitament *post mortem* del dret moral de divulgació en la seva faceta negativa (no divulgar). Quan, mort l'autor, els seus drethavents es neguen a divulgar l'obra, "el jutge pot ordenar les mesures adequades" per a donar satisfacció al dret d'accés a la cultura reconegut en l'article 44 CE.
- **Certs usos permesos d'obres òrfenes (art. 37 bis TRLPI).** Un altre dels límits introduïts per la Llei 21/2014 és en virtut de la transposició de la Directiva 2012/28/UE, de 25 d'octubre, que permet a biblioteques, museus i arxius públics digitalitzar i posar a disposició del públic a Internet aquelles "obres òrfenes" –d'autor desconegut o il·localitzable– que tinguin en les

Préstec digital?

Formalment, dins de la UE, el dret de "préstec" es configura com una modalitat del dret de distribució i, per tant, només aplicable a exemplars tangibles. Nogensmenys, el TJUE ha matisat aquesta afirmació confirmant que el concepte de "préstec" i, especialment, el límit de "préstec públic" (que van ser harmonitzats per la Directiva 2006/115/CE) inclouen també els formats digitals. Vegeu Sent. TJUE de 10 novembre de 2016, C174/15 que admet el préstec públic de llibres en format digital: "quan aquest préstec es realitza carregant aquesta còpia al servidor d'una biblioteca pública i permetent que l'usuari interessat la reproduïxi per descarregar al seu propi ordinador, entenent-se que només pot descarregar-se una còpia durant el període de durada del préstec i que una vegada transcorregut aquest període la còpia descarregada per aquest usuari deixa de ser utilitzable per aquest".

Registre a l'EUIPO

El resultat de les cerques diligents realitzades per les institucions europees es registrarà a la base de dades de l'EUIPO: <https://euipo.europa.eu/orphanworks/>

seves col·leccions després d'haver realitzat una "cerca diligent" sense que s'hagi localitzat el titular.

El problema de les obres òrfenes

Les obres òrfenes són un dels principals esculls per a la difusió en línia de les obres dipositades en museus, arxius i biblioteques, i per a la construcció d'agregadors culturals com Europeana (<http://www.europeana.eu>). La intenció de la Directiva és bona, però les mesures es queden curtes. Actualment, la llei autoritza aquestes institucions a escanejar obres dels seus fons per a finalitats de conservació, però no per a la seva difusió. Per tant, quan una institució cultural vol escanejar i penjar al seu web una obra protegida inclosa en el seu catàleg, necessita obtenir l'autorització de l'autor o titular. Aconseguir aquesta autorització és impossible quan l'esmentat autor o titular és desconegut o quan, encara que sigui conegut, no se'l pot localitzar. En aquests casos, el compliment de la Llei de propietat intel·lectual es converteix en un impediment per a la difusió i l'accés cultural, i fins i tot frustra oportunitats de comercialització d'aquestes obres.

Per superar aquest escull, la Directiva autoritza aquests centres a digitalitzar i penjar a Internet les "obres òrfenes" que tinguin en les seves col·leccions, després d'haver dut a terme sense èxit una "cerca diligent" del titular, salvaguardant la possibilitat que aquest aparegui en qualsevol moment i posi fi a aquesta difusió. L'habilitació legal, però, acaba aquí; no es permet cap altre ús, de manera que queden sense resposta les opcions d'explotació per part d'agents en el mercat (com productors de cinema o editors, però també productors de documentals o editors escolars) interessats a utilitzar aquestes obres –que normalment són de gran valor informatiu, històric i cultural– per a finalitats comercials, educatives, informatives, etc.

En altres països –com, per exemple, el Canadà– s'han habilitat mecanismes per a l'autorització governamental d'aquests usos en benefici de tots: l'autor o titular, l'agent que realitza l'explotació i, en general, la societat, que podrà conèixer més fàcilment aquestes obres òrfenes. Algunes entitats de gestió ja treballen per oferir algun tipus de llicència col·lectiva que cobreixi l'explotació d'aquelles obres que siguin òrfenes i que no es trobin en el seu catàleg col·lectiu.

e) Excepcions en favor de persones amb discapacitat (art. 31 ter TRLPI)

En aquest cas, hi ha un objectiu immediat: discriminar positivament els que pateixen una discapacitat i facilitar la creació de vies específiques per a gaudir de les obres. Així, l'art. 31ter permet "els actes de reproducció, distribució i comunicació pública d'obres ja divulgades que es facin en benefici de persones amb discapacitat, sempre que no tinguin una finalitat lucrativa, que guardin una relació directa amb la discapacitat de què es tracti, que es duguin a terme mitjançant un procediment o mitjà adaptat a la discapacitat i es limitin al que aquesta exigeix".

Per a les discapacitats visuals i físiques relacionades amb textos impresos, formats d'àudio i digitals, aquest límit s'ha vist reforçat pel Tractat de Marràqueix de 2013 i la Directiva 2017/1564, que hi dona compliment. El RDL 2/2018 incorpora un nou art. 31 ter(2) al TRLPI que recull el contingut del Tractat i la Directiva.

Tractat de Marràqueix (2013)

Segons xifres de l'OMPI, al 2016 hi havia 285 milions de persones al món amb alguna discapacitat visual, la majoria en països en vies de desenvolupament. Només el 7 % dels llibres publicats ho està en algun "format accessible" per a aquest col·lectiu. Al 2013, l'OMPI va aprovar el Tractat de Marràqueix per facilitar l'accés a obres publicades per part de persones cegues o amb una **discapacitat visual**, o dificultat física per sostenir o manipular material imprès, amb l'objectiu d'incrementar l'accés a textos impresos (llibres, revistes i la resta) per part d'aquest col·lectiu. Per a això el Tractat estableix dues obligacions per als Estats que el ratifiquin: autoritzar la realització de còpies accessibles per a l'ús

d'aquest col·lectiu i permetre la circulació transfronterera d'aquestes còpies "accessibles". El Tractat va entrar en vigor el 30 de setembre de 2016, després d'aconseguir la ratificació mínima de 20 Estats. La UE va jugar un paper molt actiu en la negociació d'aquest Tractat, firmant-lo el 30 d'abril de 2014. Per a la seva implementació la UE va adoptar, el setembre de 2017, dos instruments: la Directiva 2017/1564 (que haurà de ser objecte de transposició en els diferents Estats membres) i el Reglament 2017/1563 (d'aplicació directa a tota la UE). Per a la seva correcta comprensió i aplicació, Directiva i Reglament han de llegir-se conjuntament (vegeu cons. 22 Directiva).

D'acord amb el Tractat, la Directiva obliga els Estats membres a incorporar un límit o excepció que permeti l'**obtenció i explotació de còpies en format accessible per a persones amb discapacitat visual**. Es tracta d'un límit obligatori per als Estats membres. Recordem que el sistema de límits està poc harmonitzat en l'acquis comunitari i que es tracta aquest del tercer límit obligatori, juntament amb el límit de còpies tècniques (art. 5.1 DDASI) i el límit de les obres orfes (Directiva 2012/28/UE). A efectes d'abast, les diferències entre Tractat i Directiva són mínimes i perfectament justificades pel seu encaix en l'acquis comunitari de dret d'autor.

A més, el Tractat obliga els Estats a permetre l'**intercanvi transfronterer d'aquestes còpies accessibles** en benefici del col·lectiu de persones amb alguna discapacitat visual. L'intercanvi transfronterer és l'aspecte més nou del Tractat de Marràqueix, ja que, arran del principi de territorialitat del dret d'autor, poques són les lleis nacionals que permetin la importació o exportació de còpies accessibles a altres Estats (i fins i tot llavors, s'haurien de tenir en compte les normes de conflicte per a la determinació de la llei aplicable). La UE ha executat aquesta obligació en dos nivells diferents: la Directiva autoritza l'**intercanvi transfronterer entre països de la UE** d'aquestes còpies accessibles realitzades a l'empara d'aquest límit, mentre que el Reglament regula l'**intercanvi d'aquestes còpies accessibles amb altres països (no de la UE) que hagin ratificat el Tractat**; això inclou els països de l'EEE (Noruega, Islàndia i Liechtenstein) i EFTA (Suïssa).

És important tenir en compte que la Directiva adopta un parell de decisions (que el Tractat deixa obertes, a elecció dels Estats): la realització de còpies accessibles no queda subjecta a remuneració, ni a l'examen previ de disponibilitat al mercat.

f) Excepcions per a finalitats de seguretat i procediments oficials (art. 31 bis)

Segons l'art. 31bis, és lícita la reproducció, distribució o comunicació pública de l'obra sense autorització quan es faci "amb finalitats de seguretat pública o per al desenvolupament correcte de procediments administratius, judicials o parlamentaris".

g) Excepcions en favor dels usuaris legítims

Amb aquestes excepcions es pretén facilitar que un ús o una utilització lícita –per tenir l'autorització del titular o de la llei– es pugui dur a terme i evitar-ne el bloqueig pels drets exclusius que conserva l'autor o titular:

- Utilització de bases de dades (art. 34.1 TRLPI). L'"usuari legítim" d'una base de dades (es pensa sobretot en les electròniques) ha de poder fer sense l'autorització de l'autor de la base "tots els actes que siguin necessaris per a l'accés al contingut de la base de dades i la seva utilització normal pel mateix usuari, encara que estiguin afectats per qualsevol dret exclusiu" de l'autor. Si usar una base de dades exigeix la realització de còpies efímeres a l'ordinador o fins i tot la realització d'una còpia estable, l'usuari –legítim– no necessita cap autorització addicional.
- Utilització de cable i satèl·lit per a dur a terme una comunicació pública autoritzada (art. 36.1 i 2 TRLPI). Quan algú ha estat autoritzat a comunicar

públicament una obra mitjançant la seva emissió, també la pot transmetre per cable, de manera simultània i íntegra, sense superar la zona geogràfica prevista en l'autorització.

- Còpia tècnica a efectes de radiodifusió (art. 36.3 TRLPI). Quan se cedeix el dret de comunicació pública d'una obra per a la seva radiodifusió, el cessionari està autoritzat per la llei a efectuar-ne una còpia tècnica per a fer-la possible. La còpia o registre l'ha de dur a terme l'entitat "pels seus mitjans" i únicament per fer "una única vegada" la comunicació pública autoritzada.

h) Casos de justificació dubtosa o difícil

Es tracta d'hipòtesis heterogènies. Però algunes d'elles resulten molt importants.

- Obres situades permanentment en vies públiques (art. 35.2 TRLPI). Aquestes obres "poden ser reproduïdes, distribuïdes i comunicades lliurement per mitjà de dibuixos, fotografies i procediments audiovisuals".
- Música en actes oficials i cerimònies religioses (art. 38 TRLPI). Aquest és, probablement, el més indefensable dels límits al dret d'autor. No s'entreuen quines raons poden haver fet que s'accepti. Ni tan sols en el cas de les cerimònies religioses no és possible salvar-lo fent referència, per exemple, al dret de llibertat religiosa i de culte. El límit afecta tot tipus de música i no dóna lloc a cap remuneració.

i) Còpia privada

La còpia privada (normalment entesa com un acte de simple ús) es perfila com un acte que competeix amb l'explotació normal de l'obra; fins i tot si ens limitem a fer-ne còpies per a nosaltres (i, no com és tan freqüent, també per a amics, parents i companys de feina), estem competint amb l'explotació normal de l'obra. Què hem de fer? Una possibilitat seria prohibir la còpia privada; una altra, prohibir o il·legalitzar els aparells susceptibles de ser utilitzats per a aquest tipus de còpies. Ambdues solucions semblen absurdes, impossibles de posar en pràctica i, probablement, lesives d'altres drets.

La solució més assenyada passa per no prohibir ni l'acte ni els mitjans i buscar procediments alternatius que en minimitzin els danys; o en altres paraules, procediments perquè els autors i els titulars participin de les indústries emergents. Aquesta és la solució més estesa i la que adopta la nostra llei i també la normativa de la UE.

La qüestió de la còpia privada era irrellevant en l'època dels manuscrits o fins i tot en la de les màquines d'escriure. Ho va deixar de ser quan van aparèixer les fotocopiadores, els vídeos i les enregistadores de so i imatge. Ara, amb la tecnologia digital la còpia privada ha adquirit una gravetat inusitada.

Justament la còpia privada és un dels temes que s'han vist modificats per la Llei 21/2014. Vegem un breu repàs de la còpia privada a Espanya i els aspectes més rellevants d'aquesta recent modificació.

A Espanya, ja des del 1987, la Llei de propietat intel·lectual permetia la realització de còpies privades a canvi d'una compensació equitativa a favor d'autors i titulars (artistes, editors i productors). Tant l'abast del que es considera "còpia privada" autoritzada per llei (i, per tant, lícita) com el format i la quantia per a la seva compensació han estat objecte de revisió contínua al nostre país.

L'article 5.2.b) de la DDASI

L'article 5.2.b) de la DDASI preveu que els estats membres incloguin en les seves lleis nacionals límits que permetin les reproduccions "en qualsevol suport efectuades per una persona física per a ús privat i sense finalitats directament o indirectament comercials, sempre que els titulars dels drets rebin una compensació equitativa".

El límit de còpia privada i la seva compensació a Espanya

La LPI del 1987 permetia que les obres ja divulgades es poguessin reproduir sense autorització de l'autor per a ús privat del copista i sempre que la còpia no fos objecte d'utilització col·lectiva ni lucrativa (art. 31.2 TRLPI).

La Llei 23/2006 va aclarir l'abast:

"No necessita autorització de l'autor la reproducció, en qualsevol suport, d'obres ja divulgades quan la porti a terme una persona física per al seu ús privat a partir d'obres a les quals hagi accedit legalment i la còpia obtinguda no sigui objecte d'una utilització col·lectiva ni lucrativa, sense perjudici de la compensació equitativa que preveu l'article 25 [...] (Art.31.2 TRLPI)

La seva compensació es feia efectiva per mitjà d'un cànon que s'aplicava a equips, aparells i suports que fossin "idonis" per a realitzar còpies privades (art. 25 TRLPI). Malgrat que en principi es poden fer còpies privades de qualsevol tipus d'obra o prestació, la compensació només afecta les obres divulgades en forma de llibre o publicació assimilada, i en forma de fonograma, de vídeo o un altre suport sonor, visual o audiovisual.

Remuneració única i de gestió col·lectiva obligatòria

Solament les entitats de gestió estan habilitades i obligades a recaptar i repartir per aquest concepte, i han de fer-ho de forma conjunta (recaptant una en nom de totes).

1) L'antic cànon compensatori

Amb el sistema del cànon compensatori, la tarifa del cànon s'establia en funció de la capacitat de còpia de l'equip, l'aparell o el suport, i variava segons que fos analògic o digital. Els deutors (obligats al pagament) eren els fabricants o importadors d'aquests equips, aparells o suports –encara que a ningú no se li escapava que el cànon es repercutia al consumidor en el preu de venda (el TJUE, en el cas C-462/09, *Stichting de Thuiskopie vs. Opus Supplies*, va acceptar com a conforme al dret comunitari que l'intermediari obligat al pagament del cànon el repercutís sobre el consumidor final).

L'article 25 del TRLPI recollia tarifes per als mitjans analògics: 200 euros per cada fotocopiadora amb una capacitat superior a cinquanta còpies per minut; 6,61 euros per cada aparell reproductor/gravador de vídeo; 0,18 € per cada hora d'enregistrament d'una cinta d'àudio, o 0,30 euros per cada hora d'enregistrament d'una cinta de vídeo.

Per la seva banda, les tarifes per als mitjans digitals es recollien en l'Ordre PRE/1743/2008, de 18 de juny: 227 euros per cada impressora/copiadora digital amb una capacitat superior a cinquanta còpies per minut; 9 euros per cada escàner; 10 euros per cada aparell multifunció làser; 3,40 euros per cada aparell reproductor/gravador de DVD (0,60 euros per a l'aparell de CD); 0,22 euros per cada hora d'enregistrament d'una cinta d'àudio (en suport reenregistrable) o 0,60 euros per cada hora d'enregistrament de cinta de vídeo (també en suport reenregistrable); 0,30 euros per cada suport de memòria USB; 3,15 euros per cada unitat d'MP3 o MP3; 1,10 € per cada telèfon mòbil o PDA amb funció MP3, i 12 euros per cada unitat d'emmagatzematge (disc dur), integrat o no.

Aquest sistema de compensació va arribar a la fi quan, pel Reial decret Llei 20/2011, de 30 de desembre, de mesures urgents en matèria pressupostària, tributària i financera per a la correcció del dèficit públic, es va substituir per la compensació d'autors i titulars "amb càrrec als pressupostos generals de l'Estat". No es va suprimir la còpia privada, ni tan sols la seva compensació, sinó que simplement aquesta passava de ser repercutida

sobre els consumidors que adquirien equips, aparells i suports a formar una partida pressupostària de l'erari públic.

El cas *Padawan vs. SGAE*

La sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea en el cas *Padawan vs. SGAE* (C-467/08) va validar el sistema del cànon compensatori establint que la "compensació equitativa" és un concepte harmonitzat en la UE i que ha d'existir un "just equilibri" entre la compensació i el dany derivat del perjudici causat (per l'autorització legal de la còpia privada). El TJUE va concloure que el cànon basat en equips, aparells i suports ha d'anar simplement lligat a l'"ús presumible" que se'n faci (no cal tenir en compte l'ús efectiu), i que –en canvi– no està d'acord amb la Directiva l'aplicació indiscriminada del cànon a empreses i professionals que els adquireixen per a finalitats alienes a la còpia privada.

2) La compensació amb càrrec als pressupostos generals de l'Estat

El Reial decret 1657/2012, de 7 desembre, va regular l'establiment de la quantia compensatòria i la seva distribució entre les diferents entitats de gestió afectades (ja que la compensació segueix tenint caràcter irrenunciable i és de gestió col·lectiva obligatòria). Des de llavors, la quantia compensatòria s'estableix anualment per ordre ministerial: 8.636.728 euros per al 2012, 5.000.000 euros per al 2013, i la mateixa quantitat, prevista en la Llei de pressupostos del 2015, per al 2014. Es tracta de quantitats que queden molt lluny dels més de 100.000.000 euros que les entitats de gestió van recaptar el 2011 mitjançant el cànon compensatori per còpia privada. Aquest RD1657/2012 ha estat anul·lat pel TS (sent. núm. 2394/2016 de 10 de novembre de 2016).

Amb la Llei 21/2014, es va aprofitar per a redactar de nou els articles 25 i 31.2 del TRLPI a fi de consolidar les modificacions legals que s'havien produït fins llavors, però també per **restringir l'abast de la còpia privada** a la seva mínima expressió:

a) Que la dugui a terme per persona física exclusivament per al seu ús privat, no professional ni empresarial, i sense finalitats directament ni indirectament comercials.

b) Que la reproducció es faci a partir d'obres a les quals hagi accedit legalment des d'una font lícita. A aquests efectes, s'entén que s'ha accedit legalment i des d'una font lícita a l'obra divulgada únicament en els supòsits següents:

Així doncs, la còpia privada només afectava aquelles còpies que es facin per una persona física, sense assistència de tercers, exclusivament per al seu ús privat, no professional ni empresarial, sense finalitats directament ni indirectament comercials, a partir d'obres a les quals s'hagi accedit legalment des d'una font lícita, és a dir, a partir d'exemplars comprats pel propi usuari o d'obres difoses per ràdio o televisió (i aquestes darreres no seran compensades). Així es justificava –encara que sigui indirectament– la dràstica reducció de la seva compensació amb càrrec als pressupostos generals de l'Estat.

3) Retorn al cànon compensatori

El TJUE, **sentència de 9 juny de 2016 (C-470/14)**, va resoldre que el sistema de compensació de la còpia privada amb càrrec als pressupostos generals de l'Estat previst pel legislador espanyol era contrari a la normativa de la UE (i, en concret, a l'art. 5.2.b DDASI): "se opone a un sistema de compensación equitativa por copia privada que, como el controvertido en el litigio principal, está sufragado con cargo a los presupuestos generales del Estado, sin que resulte por ello posible asegurar que el coste de dicha compensación equitativa sea soportado por los usuarios de copias privadas".

Arran d'aquesta sentència, el govern espanyol va decidir retornar al sistema del cànon compensatori. El RDL 12/2017, de 3 juliol (convalidat per les Corts Generals per resolució d'11 de juliol de 2017) va modificar l'art. 25 TRLPI i va reestablir el sistema del cànon compensatori amb algunes diferències respecte de l'antic sistema de cànon compensatori previst en el mateix article. Entre elles, la previsió –també per al context digital– de poder reclamar el retorn de les quantitats pagades en concepte de cànon quan es justifiqui que els equips, aparells o suports van destinats a finalitats professionals (atès que, recordem, el límit de còpia privada només permet còpies per a ús personal).

El detall dels equips, aparells i suports gravats i les quantitats aplicables a cadascun es determinaran més endavant pel govern, prèvia consulta de les parts interessades. Fins aleshores, s'estableix un règim transitori que serà d'aplicació a partir de l'1 d'agost de 2017 (Disp. Trans. 2 RDL 12/2017). Curiosament, aquest règim transitori és molt semblant al previst a l'Ordre PRE/1743/2008, que havia estat anul·lada per sentència de l'Audiència Nacional de 22 març de 2011, mesos abans que el RDL 20/2011, de 30 desembre, derogués

el sistema del cànon de l'art. 25 TRLPI i el substituïu per la compensació amb càrrec als pressupostos generals de l'Estat.

És important tenir present que el RDL 12/2017 va modificar també l'art. 31.2(b) TRLPI eliminant les dues referències que restringien la "font lícita". L'actual art. 31.2(b) TRLPI ara diu: "Que la reproducció se realice a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación". D'aquesta manera, s'amplia l'abast del límit de còpia privada i també el del cànon compensatori (que serà més ampli que l'àmbit compensat amb càrrec als pressupostos generals de l'Estat).

Font lícita

El RDL 12/2017 modifica també l'art. 31.2(b) TRLPI eliminant les dues referències que restringien la "font lícita". L'actual art. 31.2(b) TRLPI ara diu: "Que la reproducció es realitzi a partir d'una font lícita i que no es vulneren les condicions d'accés a l'obra o prestació". D'aquesta manera, l'abast del límit de còpia privada retorna –podríem dir– a la seva posició "natural".

j) L'exhibició pública de l'obra plàstica

Com ja hem apuntat, la propietat del suport que conté l'obra no comporta cap dret d'explotació (art. 56 TRLPI). L'única excepció és recollida en aquest mateix article 56, que permet al propietari de l'obra d'art plàstica o fotogràfica exhibir-la públicament. Així doncs, els museus o un particular poden exhibir els quadres de la seva col·lecció, però no en poden (per la simple propietat –civil– de l'obra) autoritzar la reproducció i/o comunicació pública d'una altra manera, tret que els hagin estat cedits aquests drets per contracte.

k) El *three-step test* i la interpretació dels límits

Per tal d'evitar que un ús espuri dels límits trenqui l'equilibri fràgil entre titulars i usuaris ha fet extremar les cauteles i afegir una clàusula general de salvaguarda com a tancament del sistema. Es tracta de la denominada *regla de les tres etapes* o *three-step test*, recollida en l'art. 40 bis TRLPI:

"Els articles d'aquest capítol no es poden interpretar de manera que permetin la seva aplicació de manera que causin un perjudici injustificat als interessos legítims de l'autor o que vagi en detriment de l'explotació normal de les obres a què es refereixin."

El nom de *test de les tres etapes* respon als tres criteris inclosos en la disposició original a l'art.9.2 del Conveni de Berna (CB) i posteriors (com, per exemple, art. 5 DDASI); el primer criteri "determinats casos especials" ja s'entén complert amb la llista de límits recollits en la llei, per aquest motiu l'art. 40 bis TRLPI formalment només recull els dos últims criteris.

No obstant això, tal com ens recorda la jurisprudència –tant la nacional com l'europea–, en la lectura dels límits legals als drets exclusius de l'autor s'ha de tenir en consideració no solament el criteri d'interpretació restrictiva contingut en la regla de les tres etapes, sinó també **altres criteris hermenèutics**, com:

- El principi d'"**interpretació conforme**". Les normes comunitàries han de ser interpretades "de conformitat" amb les obligacions convencionals, com el CB, i –al seu torn– les normes nacionals han de ser interpretades "de conformitat" amb la normativa de la UE.
- El principi de "**proporcionalitat**" o "**just equilibri**" entre els drets i els interessos en conflicte.
- El criteri de la interpretació "**teleològica**" (o funcional): "[...] la interpretació d'aquests requisits ha de permetre igualment salvaguardar l'efecte útil de l'excepció així establerta i respectar-ne la finalitat [...]"
- Els **principis generals del dret**. La propietat intel·lectual –com qualsevol altra propietat– queda subjecta a la "finalitat social" de la propietat (art. 33 CE) i als principis generals del dret (art. 7 CC), com la bona fe, la prohibició d'abús de dret o el seu exercici antisocial.

Megakini

Vegeu *Pedragosa vs. Google España*, STS (Sala Civil) núm. 172/2012, de 3 d'abril de 2012. El TS va concloure que la pretensió del demandant –de tancar el servei de cercador de Google per infracció de la propietat intel·lectual– era manifestament abusiva i contrària als principis generals del dret. El TS es va referir també a la doctrina del dret romà *ius usus inoqui*.

1.5.3. Les mesures tecnològiques

Un altre aspecte bàsic en matèria de límits, ja apuntat en comentar la còpia privada, afecta la relació que tenen amb les mesures tecnològiques. La tecnologia pot bloquejar eficaçment l'accés a les obres, de tal manera que les excepcions legalment previstes podrien resultar impracticables. Els drets i els interessos subjacents no es poden abandonar a la dictadura tecnològica. Amb aquesta finalitat, la llei vol assegurar l'efectivitat d'algunes excepcions (art. 197 TRLPI). Vegem-ho amb més detall.

D'acord amb l'art. 196.3 TRLPI, "s'entén per mesura tecnològica tota tècnica, tot dispositiu o component que, en el funcionament normal, estigui destinat a impedir o restringir actes, referits a obres o prestacions protegides, que no tinguin l'autorització del titular dels corresponents drets [...]".

Segons el mateix precepte, la mesura tecnològica és eficaç quan:

"[...] l'ús de l'obra o prestació protegides estigui controlat pels titulars dels drets mitjançant l'aplicació d'un control d'accés o un procediment de protecció, com, per exemple, codificació [...] o un mecanisme de control del copiat que aconsegueixi aquest objectiu de protecció".

La "interpretació conforme"

Promusicae (C-275/06), *Painer* (C-145/10), *Premier League* (C-403/08 i C-429/08), *SGAE* (C-306/05).

La interpretació "funcional" i la "proporcionalitat"

TJUE Painer (C-145/10), *Premier League* (C-403/08 i C-429/08).

Article 7 del Codi civil:

"1) Els drets hauran d'exercitar-se de conformitat amb les exigències de la bona fe.
2) La Llei no empara l'abús del dret o l'exercici antisocial del mateix."

Amb relació als dos tipus de mesures tecnològiques eficaces (de control d'accés i de control de còpia), es prohibeixen dos tipus d'activitats:

1) L'**elusió** de mesures tecnològiques eficaces comesa per una persona a posta o tenint motius raonables per a saber que persegueix aquest objectiu (cf. art. 196.1 TLRPI).

2) Certs **actes preparatoris**. Concretament, l'article 196.2 permet actuar contra els qui "fabriquen, importen, distribueixen, venen, lloguen, fan publicitat per a la venda o el lloguer o tenen amb finalitats comercials qualsevol dispositiu, producte o component, i també contra els qui prestin algun servei que, respecte de qualsevol mesura tecnològica eficaç:

a) Sigui objecte de promoció, publicitat o comercialització amb la finalitat d'eludir la protecció.

b) Només tingui una finalitat o un ús comercial limitat al marge de l'elusió de la protecció.

c) Estigui principalment concebut, produït, adaptat o efectuat amb la finalitat de permetre o facilitar l'elusió de la protecció".

Així, doncs, la intencionalitat (més ben dit, el coneixement que es comet una infracció) només és exigible per a l'elusió de les mesures tecnològiques, no per als actes preparatoris.

Ara bé, de la mateixa manera que el monopoli de propietat intel·lectual que es concedeix a l'autor sobre la seva obra no és absolut, la protecció de les mesures tecnològiques contra l'elusió (o contra els seus actes preparatoris) tampoc no és absoluta. Les mesures tecnològiques (tant les de control d'accés com les de control de còpia) queden subjectes a les excepcions previstes amb caràcter general per les lleis de propietat intel·lectual. En ser un sistema de compromís que pretén aconseguir totes les parts, el sistema per a assegurar l'eficàcia de les excepcions és veritablement complicat:

En primer lloc, es preveu que siguin els titulars de drets els qui estableixin les condicions per a fer possible que els usuaris duguin a terme els usos que queden permesos per la llei sense la seva autorització (excepcions).

Si no, l'Estat ha d'adoptar les mesures necessàries per a assegurar que aquests usos permesos siguin una realitat. La pregunta és com ho aconseguirà (vegeu l'article 197.1 TRLPI). El TRLPI es limita a dir que els beneficiaris (incloses les organitzacions d'usuaris i consumidors) poden acudir a la jurisdicció per reclamar les contramesures a l'hora de dur a terme els actes d'explotació legalment autoritzats (art. 197.2 TRLPI).

Comentari sobre els límits de la protecció de les mesures tecnològiques

En qualsevol cas, la protecció de les mesures tecnològiques no hauria de sobrepassar la protecció de les obres (i altres materials protegits). Així, per exemple, una vegada l'obra es trobi en el domini públic (i no sigui protegida pel dret d'autor), l'elusió d'una mesura tecnològica de control d'accés o de còpia no constituiria infracció. De la mateixa manera, encara que res no prohibeix l'ús de mesures tecnològiques per a controlar l'accés o la còpia de continguts no protegits, la seva elusió no seria constitutiva d'infracció. Tanmateix, es tracta d'un assumpte molt polèmic perquè, sovint, obres protegides i no protegides poden formar part del mateix producte.

Convé advertir, tanmateix, que d'acord amb l'article 197.5 TLRPI, aquesta obligació no arriba als serveis interactius per encàrrec. Això és, en el cas d'obres o prestacions que es posin a disposició del públic per Internet d'acord amb el que s'ha convingut per contracte, els termes contractuals prevalen sobre qualsevol excepció que la llei pugui atorgar en favor de l'usuari. S'intenta, així, afavorir el desenvolupament de models de negoci a la Xarxa.

D'altra banda, l'article 198 TLRPI ofereix protecció davant la supressió o alteració d'informació per a la gestió electrònica de drets, i també davant la distribució, importació, comunicació o posada a disposició del públic d'obres o prestacions en les quals s'hagi suprimit o alterat (sense l'autorització del titular) la informació per a la gestió digital de drets. La protecció de les mesures d'informació per a la gestió de drets és especialment important en la concessió de llicències per Internet, però també per a la possibilitat d'implementar sistemes de compensació per l'ús d'obres des d'Internet (aquestes mesures de gestió de drets permetrien localitzar els usos concrets d'obres i distribuir, posteriorment, la compensació entre els autors).

1.6. El règim de transmissió de drets

El TRLPI recull algunes regles fonamentals en matèria de transmissió de drets d'explotació i regula alguns contractes específics de cessió de drets. A més d'aquestes regles generals, en aquest capítol estudiarem les llicències creative commons així com la gestió col·lectiva de drets.

1.6.1. Regles generals

Mentre que els drets morals són, per definició, intransmissibles (art. 14 TRLPI), els drets d'explotació poden ser objecte de transmissió, conjuntament o separadament (són independents).

El contracte d'edició

En el títol V del TRLPI es regulen algunes figures concretes de cessió de drets; entre elles, el contracte d'edició (art. 58 a 73 TRLPI).

D'entre les disposicions generals que ha de respectar tota transmissió de drets, cal destacar les següents:

- La transmissió de drets es pot fer *inter vivos* o *mortis causa* (art. 42 TRLPI).

- La cessió dels drets d'exploració queda limitada al dret o drets cedits, a les **modalitats d'exploració** expressament previstes i al **temps i àmbit territorial** que es determinin (art. 43.1 TRLPI).
- D'acord amb el **principi d'interpretació restrictiva** dels contractes, si no s'expressen específicament i d'una manera concreta les modalitats d'exploració de l'obra, la cessió queda limitada a aquella que es dedueixi necessàriament del mateix contracte i sigui indispensable per a complir-ne la finalitat. La falta d'esment del temps limita la transmissió a cinc anys, i la de l'àmbit territorial, al país on es realitzi la cessió (art. 43.2 TRLPI).
- La transmissió de drets d'exploració no inclou les **modalitats o els mitjans de difusió inexistents o desconeguts** en el moment de la cessió (art. 43 TRLPI).
- És nul·la la cessió del conjunt de drets sobre l'**obra futura**; també és nul el **compromís de no crear** alguna obra en el futur (art. 43.3 i 4 TRLPI).
- En principi, la cessió (transmissió de drets) no s'ha de formalitzar per escrit; no obstant això, l'autor podria resoldre el contracte si el cessionari es negués a formalitzar-lo per escrit (art. 45 TRLPI). La transmissió de drets pot ser **en exclusiva o no**.
- La **cessió en exclusiva** s'ha d'atorgar expressament amb aquest caràcter (art. 48 TRLPI), amb la qual cosa, la cessió en exclusiva es formalitzarà normalment per escrit. Quan la **cessió és en exclusiva**, el cessionari té l'obligació de posar tots els mitjans necessaris perquè l'exploració objecte de cessió sigui efectiva "d'acord amb la naturalesa de l'obra i els usos vigents en l'activitat professional, industrial o comercial de què es tracti" (art. 48 TRLPI). Es tracta d'una **obligació de mitjans** (posar els mitjans perquè l'exploració sigui possible), no de resultat (assegurar l'exploració de l'obra).
- L'**encàrrec d'una obra** no implica una cessió de drets; ni tan sols drets d'edició (art. 59.2 TRLPI).
- La **retribució de l'autor**: la cessió de drets s'ha de compensar amb una participació proporcional en els ingressos de l'exploració. Excepcionalment, en els casos taxats en l'article 46 TRLPI, és possible pactar com a remuneració un tant alçat subjecte a revisió en cas que es "produís una desproporció manifesta entre la remuneració de l'autor i els beneficis obtinguts pel cessionari" (art. 47 TRLPI); aquesta possibilitat de revisió es coneix comunament com a clàusula *best-seller*.

Cessió o transmissió de drets?

El TRLPI utilitza indistintament els termes *cessió* i *transmissió* sense que això tingui cap transcendència als efectes d'exclusivitat o no.

Cessió gratuïta i no exclusiva

Les llicències *creative commons* són un bon exemple de cessió de drets gratuïta i sense exclusiva.

Remuneració a preu fix

Entre els supòsits prevists en l'art. 46 hi ha la primera o única edició de determinats tipus d'obres no divulgades prèviament o els casos en què "atesa la modalitat de l'exploració,

hi hagi una dificultat greu en la determinació dels ingressos o la seva comprovació sigui impossible o d'un cost desproporcionat amb l'eventual retribució".

Llicència d'usuari final (EULA)

Les modalitats d'explotació dels programes d'ordinador i de les bases de dades han introduït el concepte d'*usuari legítim* (l'usuari que ha obtingut una llicència d'ús), amb la qual cosa s'ha trencat la barrera entre els conceptes d'*explotació* i *ús*, que tradicionalment havien estat aliens a les lleis del dret d'autor.

La combinació de mesures tecnològiques amb els contractes de llicència per a l'usuari final (*end user license agreements* –EULA–), que l'usuari ha d'acceptar per poder tenir accés a l'obra, ha conduït a l'aparició dels "usuaris legítims", un concepte desconegut abans de l'arribada de la tecnologia digital i cada cop més important en l'explotació de la PI. Les EULA ja no s'apliquen solament a les obres "inherentment" tecnològiques –programes d'ordinador i bases de dades–, per a les quals es van dissenyar, sinó també a la resta d'obres, les "tradicionals", com música, pel·lícules, llibres, etc. (pensem, per exemple, en iTunes o els llibres electrònics), amb la qual cosa el concepte d'*usuari legítim* s'integra en la cadena d'explotació de la propietat intel·lectual.

1.6.2. Les llicències *Creative Commons* (CC)

El *commons* no equival al domini públic. Amb la llicència CC, l'autor autoritza l'ús de la seva obra però l'obra continua estant protegida (no entra en el domini públic); si no ho estigués, no seria necessària cap llicència.

El sistema és molt senzill: l'autor que crea una obra i en vol autoritzar l'ús i l'explotació al públic en general tria alguna de les llicències CC, i en publicar la seva obra indica la llicència elegida. Quan un usuari decideix utilitzar una obra amb una llicència CC es converteix en llicenciatari i es compromet a acceptar i respectar les condicions de la llicència establerta per l'autor.

Totes les llicències CC s'expressen en **tres nivells de lectura**:

- *Commons deed*: és el nivell més visible (i característic) de la llicència.
- *Legal code*: és la llicència que redactaria un advocat (nord-americà).
- *Digital code*: permet la identificació digital de les obres llicenciades (i les condicions) per motors de cerca a Internet i altres programes.

Les clàusules de la llicència són prefixades. La **llicència bàsica** (*by*) autoritza la reproducció, distribució, transformació i comunicació pública de l'obra, per a qualsevol finalitat i per a totes les modalitats d'explotació, amb caràcter gratuït i per a tot el termini de protecció, amb una única condició: que se'n reconegui l'autoria, això és, que es mantingui el crèdit al seu autor. A partir d'aquesta llicència "bàsica", l'autor pot reduir l'abast de la seva autorització de tres maneres:

- excloent els usos comercials de la seva obra i/o
- excloent la modificació de la seva obra; o

Les llicències *Creative Commons*

Les llicències CC s'atorguen a favor del públic en general, i permeten als usuaris identificar fàcilment les condicions que l'autor ha establert per a l'explotació de la seva obra.

- permetent-ne la modificació, a condició que la nova obra quedi subjecta a la mateixa llicència (aquesta és l'anomenada *clàusula copyleft*).

Aquestes opcions donen lloc a **sis llicències diferents** que s'identifiquen amb unes icones característiques:

	Reconeixement (by): es permet qualsevol explotació de l'obra, inclosa una finalitat comercial, i també la creació d'obres derivades, la distribució de les quals també està permesa sense cap restricció.
	Reconeixement - no comercial (by-nc): es permet la generació d'obres derivades sempre que no se'n faci un ús comercial. Tampoc no es pot utilitzar l'obra original amb finalitats comercials.
	Reconeixement - no comercial - compartir igual (by-nc-sa): no es permet un ús comercial de l'obra original ni de les possibles obres derivades, la distribució de les quals s'ha de fer amb una llicència igual a la que regula l'obra original.
	Reconeixement - no comercial - sense obra derivada (by-nc-nd): no es permet un ús comercial de l'obra original ni la generació d'obres derivades.
	Reconeixement - compartir igual (by-sa): es permet l'ús comercial de l'obra i de les possibles obres derivades, la distribució de les quals s'ha de fer amb una llicència igual a la que regula l'obra original.
	Reconeixement - sense obra derivada (by-nd): es permet l'ús comercial de l'obra però no la generació d'obres derivades.

Les inicials i les seves corresponents equivalències són: (by): attribution; (nc): non-commercial; nd: no derivatives; sa: share alike
Font: <http://creativecommons.es/>

Amb aquesta combinació d'opcions, l'autor pot calibrar el nivell de control que vol mantenir sobre la seva obra i exercir fàcilment els drets que li confereix la llei, a favor i en benefici del públic en general.

Les principals característiques de les llicències CC són:

a) Les llicències CC poden ser utilitzades per **qualsevol titular** de propietat intel·lectual sobre qualsevol tipus d'obra, execució/interpretació o enregistrament:

- Autors (respecte de les seves obres literàries, musicals o d'art).
- Artistes (respecte de les seves interpretacions o execucions musicals).
- Productors de fonogrames (respecte dels fonogrames produïts per ells).
- Entitats de radiodifusió (respecte de les seves emissions radiofòniques).

b) Totes les llicències CC obliguen al compliment dels **drets morals** d'atribució i integritat, en exigir el reconeixement de l'autor de l'obra (el seu nom o pseudònim i, si així ho estableix l'autor, també la font de publicació) i establir que

l'usuari "no pot distorsionar, mutilar, modificar ni fer qualsevol altra acció denigradora amb relació a l'obra que perjudiqui l'honor o la reputació del seu autor".

c) Les llicències CC permeten autoritzar tots els **drets d'explotació** reconeguts per la llei espanyola: reproducció (fixar l'obra o fer-ne còpies); distribució (mitjançant la venda o donació, el lloguer o préstec d'exemplars tangibles); comunicació pública (posar l'obra a l'abast del públic sense distribució d'exemplars, inclosa la posada a disposició del públic per Internet); i transformació (elaborar una obra nova basada en l'original).

Ara bé, aquesta autorització queda subjecta a tres condicions directament aplicables i que no poden ser excloses ni modificades per l'autor:

- **Caràcter gratuït:** el caràcter gratuït es limita als actes/usos autoritzats sota la llicència. L'autor pot autoritzar (i cobrar-lo) qualsevol acte d'explotació que autoritzi més enllà de la llicència CC (especialment, si n'ha exclòs els usos comercials i les obres derivades) o fins i tot obtenir remuneració per usos inclosos en la llicència (si és que algú està disposat a pagar per un ús que d'altres faran gratuïtament).

Possibilitats de remuneració més enllà de la llicència CC

D'aquesta manera, és possible, per exemple, que un autor jove publiqui la seva novel·la amb la llicència (*by-nc-nd*) i després (quan és famós) firmi un contracte amb una editorial per a reproduir i distribuir l'obra en format paper "tradicional", i que cobri un percentatge sobre cada exemplar venut.

A més, malgrat el caràcter gratuït de les llicències, l'autor es pot beneficiar de les remuneracions que la llei estableix a favor seu i que normalment són irrenunciables i de gestió col·lectiva obligatòria (per exemple, la remuneració compensatòria per còpia privada). La versió 3 de les llicències CC ja reserva expressament a l'autor aquestes remuneracions: per tant, els autors es poden negar a percebre-les, però no hi ha cap dubte que l'entitat de gestió està legitimada per cobrar el cànon per còpia privada, també per obres llicenciades amb CC. En canvi, queden compreses en la llicència (i per tant, l'autor hi renuncia) les remuneracions que, malgrat er establertes per la llei, són renunciabls (l'autor pot renunciar a cobrar-les) o aquelles que siguin de gestió col·lectiva "voluntària".

- S'inclouen **totes les modalitats d'explotació**. Les llicències CC cobreixen expressament "tots els mitjans i formats, tangibles o intangibles, coneguts o per conèixer". Les modalitats d'explotació són transversals als drets d'explotació i corresponen als mitjans tècnics i als mercats disponibles en cada moment. Per tant, els actes d'explotació autoritzats per les llicències CC no es limiten a Internet, sinó que també arriben al món "real" (edicions en paper, en CD i DVD, radiodifusió, etc.). Ara bé, com que l'article 43 TRLPI no permet la llicència de modalitats inexistents o desconegudes en formalitzar-la, les llicències CC de la "jurisdicció espanyola" només inclouen les modalitats d'explotació conegudes en el moment d'atorgar la llicència.

Modalitats d'explotació desconegudes

Molt possiblement, la inclusió de les modalitats d'explotació futures donarà lloc a nombrosos conflictes en el futur (també als Estats Units), a mesura que vagin apareixent nous formats d'explotació que el titular ni tan sols no preveia en atorgar la llicència.

- A perpetuïtat: **per a tot el termini de protecció** de l'obra, d'acord amb la llei de cada país on s'exploti i protegeixi l'obra. L'autor pot explotar, en qualsevol moment, l'obra amb una altra llicència (tant si és CC com no) o, fins i tot retirar-la, però no la pot resoldre. La resolució de la llicència només es preveu en cas d'incompliment per part d'un usuari: en aquest cas, la resolució serà automàtica, però només serà efectiva respecte d'aquest usuari.

Llicències no exclusives

Com que les llicències CC no són exclusives, l'autor pot atorgar altres llicències sobre la mateixa obra amb diferents condicions. Tanmateix, les llicències subsegüents (CC o d'altres) només es poden atorgar en règim de no-exclusivitat i, molt sovint, el que té valor al mercat és precisament l'exclusivitat.

d) L'autor pot excloure que es facin obres derivades; es tracta d'un exercici en negatiu –prohibir– del dret exclusiu de transformació. Si decideix permetre-les, pot establir que les obres derivades estiguin subjectes a la mateixa llicència (*share alike* o 'compartir de la mateixa manera'): es tracta de la clàusula *copy-left* visible en les llicències (*by-nc-sa*) i (*by-sa*). També pot excloure que se'n duguin a terme usos comercials, això és, impedir qualsevol acte d'explotació (reproducció, distribució, comunicació pública i transformació) de l'obra que persegueixi finalitats comercials.

Usos comercials, d'acord amb la definició recollida en la llicència (*legal code*), són els que "pretenguin, principalment, l'obtenció d'un benefici mercantil o una remuneració monetària privada o hi vagin dirigits".

e) Les llicències CC no afecten els usos coberts per excepcions o límits directament autoritzats per la llei. Així, per exemple, amb independència de la llicència, qualsevol en pot fer una citació, una paròdia, o incloure-la en un noticiari.

Amb l'objectiu d'assegurar l'ús i els actes d'explotació llicenciats, les llicències CC prohibeixen utilitzar qualsevol tipus de mesura tecnològica de control d'accés i/o anticòpia (DRM) que restringeixi l'ús de l'obra llicenciada. Indirectament, aquesta prohibició afe-

Les llicències CC a judici

Els tribunals ja han tingut ocasió d'examinar i convalidar la validesa jurídica de les llicències Creative Commons i, fins i tot, de distingir que no totes elles autoritzen els usos comercials i que cap d'elles afecten els drets de simple remuneració (per exemple, que tenen els artistes, com a titulars de drets connexes, per la comunicació pública de fonogrames); Vegeu AP Madrid (sec. 28) 12 set. 2015 [AGEDI, AIE v. *Mare Fitness*]; vegeu també, sentències de l'AP Madrid (sec. 28) de 21 gener de 2011 i de 15 d'abril de 2011. Fins i tot, hi ha alguna sentència que redueix el preu de la llicència col·lectiva per comunicació pública en la proporció de música llicenciada amb Creative Commons que utilitza el local; vegeu sent. AP Mallorca de 8 desembre de 2015 i AP Burgos (sec. 3) de 28 juliol de 2017.

geix un altre avantatge: afavorir que les obres estiguin a l'abast del públic sense traves tecnològiques perquè puguin ser utilitzades, lícitament, també més enllà dels usos coberts per les llicències CC.

f) Les llicències CC aporten una **aparença de legalitat**: es presumeix que ha estat l'autor qui ha posat l'obra a disposició del públic amb la llicència CC que ell ha escollit lliurement. Ara bé, Creative Commons no actua (ni pretén actuar) com a "registre" d'obres, ni fa cap comprovació d'autoria prèvia a la publicació d'una obra amb una llicència CC. Tot el sistema queda a les mans de la bona fe dels usuaris, amb el perill consegüent que sigui utilitzat d'una manera fraudulenta. Creative Commons no assumeix responsabilitat ni ofereix cap garantia sobre l'ús de les llicències: "Creative Commons Corporation no és un despatx d'advocats ni proporciona serveis jurídics".

1.6.3. Les entitats de gestió

Sovint, els autors i els titulars encarreguen la gestió dels seus drets a entitats de gestió col·lectiva (art. 147 i següents TRLPI). Les entitats de gestió (societats de gestió col·lectiva de drets de propietat intel·lectual) són associacions formades pels mateixos autors o titulars de drets: artistes, productors, editors, etc. Aquestes entitats són capaces d'actuar amb eficàcia en l'àmbit mundial en virtut dels **acords de cooperació recíproca** que tenen subscrits amb les entitats d'altres països. Normalment, estan més o menys especialitzades segons el tipus d'obres (musicals, coreogràfiques, plàstiques) i de titulars (autors, artistes, productors).

Gestió col·lectiva: voluntària o obligatòria

En principi, la gestió col·lectiva és voluntària: l'autor pot decidir si encarregar la gestió dels seus drets a una entitat de gestió o gestionar-los directament. La pràctica, però, s'encarrega de demostrar que, en alguns supòsits, la gestió col·lectiva és la via més fàcil i recomanable per a l'exercici de certs drets. I de vegades, és la mateixa llei la que imposa la gestió col·lectiva d'una manera obligatòria (per exemple, la compensació per còpia o la compensació per l'agregació de notícies introduïda per la Llei 21/2014): aquests drets només els poden gestionar les entitats de gestió.

Les entitats actualment existents a Espanya es podrien ordenar (de manera molt simplificada) en tres grups:

- **Societats d'autors**: SGAE (Societat General d'Autors i Editors: www.sgae.es), VEGAP (Visual, Entitat de Gestió d'Artistes Plàstics: www.vegap.es), CEDRO (Centre Espanyol de Drets Reprogràfics: www.cedro.org) i DAMA (Associació Drets d'Autor de Mitjans Audiovisuals: www.damautor.es).
- **Societats d'artistes**: AIE (Societat d'Artistes Intèrprets o Executants d'Espanya: www.aie.es) i AISGE (Associació d'Actors Intèrprets, Societat de Gestió d'Espanya: www.aisge.es).

Societats d'autors

Aquestes entitats de gestió no són només d'autors: també inclouen altres titulars de drets, com els editors musicals (en el cas de l'SGAE), els editors d'obres literàries (en el de CEDRO) i els realitzadors de metres fotogràfies (en el de VEGAP).

- **Societats de productors:** AGEDI (Associació de Gestió de Drets Intel·lectuals: www.agedi.es) i EGEDA (Entitat de Gestió de Drets de Productors Audiovisuals: www.egeda.es).

Els requisits per a la constitució i autorització de les entitats de gestió, i el contingut dels seus estatuts, es regulen en els articles 147 i següents TRLPI.

Una vegada legalment constituïdes i reconegudes pel Ministeri de Cultura, les entitats de gestió estan obligades a acceptar l'administració dels drets d'autor i altres drets de propietat intel·lectual que els siguin encarregats d'acord amb el seu objecte o finalitat, i amb subjecció als seus estatuts i altres normes que els siguin aplicables.

Les entitats de gestió estan obligades a:

- a) Contractar amb qui ho sol·liciti, llevat de motiu justificat, la concessió d'autoritzacions no exclusives dels drets gestionats, en condicions raonables i amb una remuneració.
- b) Establir tarifes generals que determinin la remuneració exigida per la utilització del seu repertori, que han de preveure reduccions per a les entitats culturals que manquin de finalitat lucrativa.
- c) Subscriure contractes generals amb associacions d'usuaris del seu repertori, sempre que ho sol·licitin i siguin representatives del sector corresponent.
- d) Prestar serveis assistencials i promocionals (beques, subvencions, etc.) a favor dels socis.

Tot i no incorporar la Directiva 2014/26/UE, sobre gestió col·lectiva i música en línia, la Llei 21/2014 ha reformat el règim de les entitats de gestió per exigir més transparència en la seva tasca i establir una supervisió més estricta per part del Govern.

En l'ordre intern, s'estableixen mesures per a una millor gestió i transparència en el funcionament de l'entitat de gestió, tant en el seu sistema de votació, com en l'obligació de tenir comptes separats d'ingressos i actius, i en la responsabilitat dels òrgans de govern. Per primera vegada en la llei espanyola, s'estableix un règim sancionador, per a quan l'entitat de gestió incompleixi les seves obligacions legals, que inclou des de multes fins a la seva inhabilitació, i fins i tot la possibilitat que sigui intervinguda.

El control de les entitats de gestió

És cert que en tots els països europeus hi ha algun tipus de control o supervisió governamental sobre les entitats de gestió i que el grau d'aquest control varia d'un país a un altre. Però en cap estat es preveu un règim sancionador administratiu com el que ha estat introduït a Espanya i, com a norma general, només un jutge pot ordenar la dissolució de l'entitat.

Les tarifes generals

Per ordre ECD/2574/2015, s'estableixen els criteris a tenir en compte a l'hora de negociar i fixar les tarifes generals de les entitats de gestió. El TS (cont. adm.), per sentència 508/2018, de 22 març de 2018, ha declarat la nul·litat d'aquesta Ordre per una irregularitat procedimental en la seva tramitació; en concret, perquè a la memòria d'impacte normatiu no es va tenir en compte l'anàlisi d'impacte en la família.

Directiva 2014/26/UE, sobre gestió col·lectiva i música en línia

La Llei 21/2014 no incorpora la Directiva, però les seves reformes són concordants amb l'esperit de la Directiva. La Directiva ha estat transposada finalment pel RDL 2/2018, de 13 d'abril, que ha introduït algunes novetats en matèria de gestió col·lectiva (per exemple, la figura dels "operadors de gestió independents") i, molt especialment, per facilitar la llicència multiterritorial de repertoris musicals per a la seva explotació en línia (per exemple, a través de plataformes com ara Spotify).

La reforma obliga les entitats de gestió a negociar amb els usuaris les tarifes corresponents als drets de simple remuneració, establint que, en cas que no s'arribi a un acord, les fixarà la Secció Primera de la Comissió de Propietat Intel·lectual. De fet, la reforma amplia les competències de la Secció Primera atorgant-li funcions de control sobre les entitats de gestió, tant per assegurar que les tarifes que estableixen siguin adequades, equilibrades i no discriminatòries, com perquè la negociació d'aquestes tarifes es desenvolupi en un marc d'equilibri, evitant un eventual abús de posició per part de l'entitat de gestió.

A més, s'obliga les entitats de gestió a crear, gestionar, finançar i mantenir una "finestreta única" de facturació i pagament, accessible a través d'Internet.

La finestreta única

Serà operada per una entitat privada independent finançada i gestionada per les entitats de gestió mateixes. Aquesta "finestreta única" permetrà als usuaris conèixer de forma actualitzada el cost individual i total que han de pagar (a les diferents entitats) i també a fer els pagaments corresponents. El recurs d'inconstitucionalitat núm. 681-2015, (plantejat pel Grup Socialista) considera que aquesta obligació imposada a les entitats de gestió és contrària al dret d'associació.

Aquestes mesures han estat durament criticades per les entitats mateixes, que hi veuen una excessiva intervenció de l'Estat en la seva activitat –al cap i a la fi són entitats privades amb base associativa que gestionen els drets que els seus membres els encarreguen. Ara bé, no podem oblidar que, per imperatiu legal, gestionen també llicències i remuneracions directament establertes per la llei i que, per aquest motiu, gaudeixen d'una posició de privilegi en el mercat que explica i justifica el seu control governamental. En definitiva, es tracta d'una qüestió del grau de control necessari o òptim.

Competències de les comunitats autònomes

La Llei 21/2014 aprofita també per a revisar l'article 159 del TRLPI i posar fi als problemes d'interpretació que genera el repartiment de competències entre el Ministeri de Cultura i les comunitats autònomes en la supervisió i el control de les entitats de gestió. D'acord amb la Llei 21/2014, les comunitats autònomes amb competències d'execució en matèria de propietat intel·lectual podran exercir les funcions d'inspecció, vigilància, control i sanció respecte d'aquelles entitats de gestió que desenvolupin la seva activitat ordinària "principalment" en aquell territori. S'entén que això serà així quan més del 60% de la seva recaptació provingui de tal territori i més del 50% dels seus associats hi tinguin domicili social i fiscal. Per descomptat, cap de les entitats de gestió que actualment hi ha a Espanya compleix aquestes condicions respecte de cap comunitat autònoma, amb la qual cosa la proposta blinda *de facto* les competències d'execució a favor del Govern central i el Ministeri de Cultura.

1.7. La infracció de drets: civil i penal

Vegem a continuació en què consisteix la infracció dels drets, tant des del punt de vista civil com del penal.

1.7.1. Infracció civil

Constitueix infracció de la propietat intel·lectual tot acte d'explotació o ús d'una obra que no hagi estat autoritzat o permès per la llei.

a) Una de les principals infraccions plantejades per la tecnologia digital resulta dels anomenats *sistemes d'intercanvi d'arxius (file sharing)* per mitjà de **programmes peer to peer (P2P)**. Aquesta denominació és, en realitat, doblement errònia: d'una banda, perquè no hi ha intercanvi, sinó reproducció i comunicació pública, i d'altra banda, perquè sovint no són "simplement" arxius, sinó obres protegides.

Els sistemes P2P plantegen diverses qüestions jurídiques en relació amb la propietat intel·lectual.

L'"intercanvi" de còpies P2P: no és còpia privada, i no només és còpia

En primer lloc, cal decidir si la còpia (descàrrega) no autoritzada d'un "arxiu" (per exemple, d'una obra o enregistrament musical) constitueix infracció o queda emparada per l'excepció de còpia privada, que es recull en la majoria de lleis nacionals. En efecte, la descàrrega d'un arxiu pot quedar emparada per l'excepció de còpia privada en alguns països, però no en tots. Per exemple, als Estats Units, la còpia repetida i amb caràcter d'explotació no constitueix un ús legítim (*fair use*); a Alemanya, no hi ha "còpia privada" de fonts "òbviament il·legals" (com és, sens dubte, el cas de la majoria d'enregistraments que es poden obtenir per mitjà de sistemes P2P); a Noruega, no hi ha "còpia privada" si s'aconsegueix la intenció posterior de posar-la a disposició del públic (cas Phonofile), i a Espanya –com hem vist–, la còpia privada quedava subjecta al fet que s'hagi accedit legalment a l'obra i que "la còpia no sigui objecte d'utilització col·lectiva ni lucrativa", dues coses difícils de justificar en contextos de P2P.

En qualsevol cas, el fet subsegüent (encara que automàtic) de posar l'obra copiada a disposició dels altres membres del sistema (perquè al seu torn la copiïn si així ho desitgen) queda clarament fora de l'excepció de còpia privada. Ja no es tracta d'un "simple" acte de reproducció, sinó d'un acte de comunicació pública (i concretament de posada a disposició del públic): en donar accés, sense la deguda autorització dels titulars, a un determinat arxiu del nostre disc dur que conté obres i enregistraments protegits a altres membres que tenen el programari P2P, cometem una infracció de propietat intel·lectual.

Responsabilitat del proveïdor del programari P2P

D'altra banda, també s'ha plantejat la possible **responsabilitat del proveïdor dels programes P2P** per les infraccions comeses pels seus usuaris. Encara que la distribució d'un programari destinat a l'intercanvi de fitxers no constitueix *per se* una infracció de la propietat intel·lectual, els productors de programes P2P queden subjectes a les regles generals de responsabilitat indirecta (per fet d'altri) de cada llei nacional (regles que no han estat objecte d'harmonització).

La identificació de l'usuari infractor

Els titulars de drets han portat a terme campanyes de demandes directament adreçades contra particulars (escollits a l'atzar) que són usuaris d'aquests sistemes amb l'objectiu d'aconseguir un efecte dissuasiu, amb resultats desiguals en diversos països. En el cas d'Espanya, aquestes demandes es troben amb la dificultat d'identificar l'usuari infractor en la via civil: els titulars de drets no poden obtenir més que l'adreça IP des de la qual es duu a terme la infracció. La identitat de la persona que hi ha al darrere resta en poder de l'ISP, que, segons l'article 1 de la Llei 25/2007, de 18 d'octubre, de conservació de dades relatives a les comunicacions electròniques i a les xarxes públiques de comunicacions, només està obligat a revelar-la "amb finalitats de detecció, investigació i enjudiciament de delictes greus previstos en el Codi penal o en les lleis penals especials".

No tot és infracció

És cert que algunes obres que circulen en P2P han estat autoritzades pels seus respectius autors o titulars (per exemple, amb una Creative Commons, una GNU-GPL o una altra llicència "oberta"). Però, de moment, la gran majoria d'obres "compartides" constitueixen infracció.

Cas "Manolito P2P"

Vegeu la SAP Madrid (Sec. 28) de 31 de març de 2014 (Manolito P2P) per la qual s'exonera el web que oferia el programari P2P utilitzat per a la infracció de continguts protegits. En el 2014, es va modificar l'art. 138 TRLPI per evitar que es tornés a produir aquest resultat. Vegeu l'apartat b).

Cas *Promusicae*

La sentència del TJUE, de 29 gener de 2008 (assumpte C 275/06, Productores de Música de España –Promusicae– contra Telefónica de España), va confirmar que el dret comunitari no obliga els estats membres a imposar als operadors "el dret de comunicar dades personals per a garantir la protecció efectiva dels drets d'autor en el marc d'un procediment civil".

b) La infracció de la propietat intel·lectual a Internet es realitza a través dels serveis que presten les plataformes i altres proveïdors de serveis d'Internet (ISP). Quant a la **responsabilitat de l'ISP** per les infraccions que realitzen els seus usuaris, cal tenir en compte els supòsits i les condicions d'exempció de responsabilitat dels prestadors de serveis de la societat de la informació. Aquests supòsits es preveuen en la Directiva 2000/31/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 8 de juny de 2000, relativa a determinats aspectes jurídics dels serveis de la societat de la informació, en particular el comerç electrònic en el mercat interior, i també en la Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic (LSSICE).

Art. 17 Directiva 2019/790/UE

Un dels aspectes clau de la Directiva 2019/790/UE ha estat la revisió del rol i la responsabilitat de les plataformes de continguts en l'observança de la propietat intel·lectual. L'art. 17 obliga aquestes plataformes a obtenir llicències d'explotació de continguts i les subjecta a una nova regla de responsabilitat que desfà el règim transversal dels *safe-harbors* de la Directiva d'*e-commerce* del 2000. En concret, aquestes plataformes hauran de celebrar acords de llicència justos i adequats per cobrir els actes d'explotació que realitzen, així com els realitzats pels seus usuaris sense finalitats comercials. En absència de tals llicències, les plataformes i els titulars hauran de cooperar de bona fe per garantir que les obres o prestacions infractores no estiguin disponibles. Preveient els possibles conflictes amb els usos legítims –aquells usos emparats per excepcions i límits legalment previstos– la Directiva obliga les plataformes a posar a la disposició dels usuaris "mecanismes de reclamació i recursos àgils i eficaços" sense requerir la seva identificació ni el tractament de les seves dades personals, i als titulars a "justificar raonablement" les seves decisions a fi d'evitar la "desestimació arbitrària" de reclamacions. Cap d'aquestes salvaguardes i clarificacions redueix la controvèrsia suscitada per aquesta disposició; malgrat evitar la referència expressa a l'obligació de "filtrar i bloquejar" continguts infractors, a ningú se li escapa que això serà necessari per poder-li donar compliment.

La disposició només afecta els proveïdors de serveis "d'intercanvi de continguts" que emmagatzemin, facilitin accés públic, optimitzin i promocionin, amb finalitats lucratives, una "quantitat considerable" d'obres i prestacions protegides "pujades pels seus usuaris", excloent les empreses (micro i petites) amb menys de 50 empleats i un volum de negoci anual inferior als 10 milions €, així com també Wikipedia, repositoris acadèmics, proveïdors de "serveis al núvol", plataformes de programari *open source* o de venda en línia (com e-bay). Queden, doncs, en el punt de mira només les plataformes com YouTube, Facebook, Twitter, Flickr i altres...

Aquesta disposició dona per descomptat que aquestes plataformes (i no les altres?) realitzen actes de comunicació pública i que –d'acord amb la doctrina del TJUE– mai es beneficiarien de l'exempció de responsabilitat per les infraccions comeses pels seus usuaris (*safe-harbor*). S'estableix així una *lex specialis* per valorar la responsabilitat per infracció del dret d'autor per part d'aquestes plataformes, que pot tenir efectes impredecibles, fins i tot més enllà d'aquest àmbit.

A més, per reforçar l'efectivitat de la lluita contra la infracció en línia, la Llei 21/2014 va introduir un **nou apartat en l'article 138 del TRLPI** que permetria també atribuir responsabilitat per infracció als ISP:

Safe harbors

Per evitar ser declarats responsables per les infraccions que cometen els seus usuaris, els proveïdors de serveis d'Internet es poden emparar en els *safe harbors*. Però aquests no sempre evitaran l'atribució de responsabilitat. En aquest sentit, vegeu la SAP Madrid (Sec. 28) de 14 de gener de 2014 (Telecinco v. YouTube), per la qual la plataforma va ser considerada responsable d'infracció per emmagatzemar continguts infractors de Telecinco (que havien estat "penjats" pels seus usuaris).

"Tindrà també la consideració de responsable de la infracció qui indueixi a posta la conducta infractora; qui hi cooperi, coneixent la conducta infractora o comptant amb indicis raonables per a conèixer-la, i qui tingui un interès econòmic directe en els resultats de la conducta infractora i una capacitat de control sobre la conducta de l'infractor."

Es tracta justament dels supòsits clàssics de *contributory infringement* i *vicarious liability*, importats directament de la jurisprudència nord-americana i que han servit per a responsabilitzar els proveïdors de programari P2P, com Grokster, per les infraccions de propietat intel·lectual que cometien els seus usuaris.

Modificació de la LEC, per permetre la identificació de l'usuari infractor

La Llei 21/2014 modifica també la Llei d'enjudiciament civil a fi de desencallar finalment l'accés a la jurisdicció civil per a perseguir aquest tipus d'infraccions de la propietat intel·lectual. Els titulars –abans d'iniciar una demanda per infracció de la propietat intel·lectual– podran obtenir, en casos especials, les dades personals de l'usuari (suposadament infractor) o del titular del web que facilita la infracció (per exemple, que conté els enllaços a contingut P2P infractor) per a interposar la demanda. Estaran obligats a donar aquesta informació als prestadors de serveis d'intermediació d'Internet, i també els qui siguin proveïdors de serveis de pagament o d'anuncis en les pàgines infractores. També es preveu expressament que el titular pugui demanar mesures de cessació i mesures cautelars no solament contra l'infractor, sinó també contra el prestador del servei d'intermediació.

c) Davant d'una infracció de la propietat intel·lectual, el titular pot acudir als tribunals per "instar la cessació de l'activitat il·lícita de l'infractor i exigir la indemnització dels danys materials i morals causats [...]" (art. 138 TRLPI).

Mesures de cessació i mesures cautelars

La cessació de l'activitat il·lícita pot comprendre diferents mesures previstes en l'article 139 TRLPI. A més, el titular pot sol·licitar la destrucció dels exemplars i material infractor, per impedir que es dugui a terme l'explotació il·lícita de l'obra, o demanar que els siguin lliurats a preu de cost (i a compte de la indemnització de danys i perjudicis que li correspongui). A més, quan hi hagi una infracció o un temor "racional i fonamentat" que aquesta es produirà d'una manera imminent, el titular pot demanar als tribunals l'adopció de mesures cautelars que siguin necessàries per a la protecció urgent dels seus drets.

Mesures contra l'ISP

D'acord amb l'art. 138 TRLPI, les mesures de cessació contra webs infractores es poden adreçar no només contra l'infractor (ja sia l'usuari o la pàgina web) sinó també contra els proveïdors d'accés a internet (per exemple, Telefónica, Orange o Vodafone) i amb independència de si aquest pot ser considerat també infractor o no. Vegeu sent. AP Barcelona (sec. 15) de 20 febrer de 2018 [exvagos.com] on AGEDI (productor de fonogrames) va demandar directament l'ISP (Orange, Telefónica, Vodafone, etc.) demanant una ordre de bloqueig contra una pàgina web que oferia enllaços a fonogrames infractors (sense demandar la pàgina web). Vegeu també sent. JM n. 6 Barcelona, sent. 15/2018, 12 de gener de 2018 [HDFull.tv, Repelis.tv]: demanda dels productors audiovisuals perquè el jutge ordeni als proveïdors d'accés a internet (Telefónica, Vodafone, Ono, Orange, Xfera) que bloquegin l'accés a webs que oferien enllaços a continguts audiovisuals infractors.

La **indemnització** per danys i perjudicis deguda al titular del dret infringit pot comprendre, a elecció del titular (art. 140 TRLPI) no solament el valor de la pèrdua soferta (beneficis deixats d'obtenir pel titular o beneficis obtinguts per l'infractor amb l'explotació il·lícita), sinó també el del guany que hagi deixat d'obtenir a causa de la violació del seu dret (la quantitat que el titular hauria rebut si n'hagués autoritzat l'explotació). El dany moral és indemnitzat tenint

Contributory infringement i vicarious liability

La Llei 21/2014 importa els criteris que la jurisprudència nord-americana ha dissenyat per ampliar els supòsits de responsabilitat indirecta per la infracció de la propietat intel·lectual.

Prescripció als 5 anys

L'acció per a reclamar els danys i perjudicis prescriu als cinc anys, a comptar des del moment en què el perjudicat va tenir coneixement de la infracció.

en compte "les circumstàncies de la infracció, la gravetat de la lesió i el grau de difusió il·lícita de l'obra", i sense necessitat de provar l'existència de perjudici econòmic.

1.7.2. Infracció penal

No totes les infraccions de la Llei de propietat intel·lectual constitueixen un delictes contra la propietat intel·lectual. Tan sols constitueixen delictes contra la propietat intel·lectual les conductes expressament previstes (tipificades) en el Codi penal. Les conductes tipificades com a delictes contra la propietat intel·lectual estan en els articles 270 a 272 del Codi penal. Aquests articles han estat reformats en la modificació del Codi penal, aprovada per la Llei orgànica 1/2015, de 30 de març.

Perquè hi hagi un delictes contra la propietat intel·lectual cal que es presentin les circumstàncies següents:

- Que es reproduïxi, plagii, distribueixi, comuniqui públicament, o s'exploti econòmicament de qualsevol altra manera, en tot o en part, una obra literària, artística o científica o la seva transformació, interpretació o execució artística fixada en qualsevol tipus de suport o comunicada per qualsevol mitjà.
- Sense l'autorització dels titulars dels corresponents drets de propietat intel·lectual o dels seus cessionaris.
- Amb "ànim de lucre" i en perjudici d'un tercer.

Ànim de lucre

La Llei orgànica 1/2015 substitueix aquesta expressió per "ànim d'obtenir un benefici econòmic directe o indirecte". "La reforma operada per la Llei orgànica 1/2015, en substituir el requisit de l'"ànim de lucre" per l'"ànim d'obtenir un benefici econòmic directe o indirecte".

El criteri de la Fiscalia General

La Circular 1/2006 de la Fiscalia General de l'Estat havia entès que l'element de l'ànim de lucre previst en el tipus penal s'havia d'interpretar en el sentit de lucre comercial, i no en el sentit ampli d'obtenció de qualsevol avantatge o benefici. Així, la Circular indica que "l'element subjectiu de l'ànim de lucre exigint pel tipus penal no pot tenir una interpretació àmplia o extensiva, sinó que ha de ser interpretat en el sentit estricte de lucre comercial, la qual cosa relega a l'àmbit de les infraccions de caràcter civil els supòsits de vulneració de drets, en els quals pot quedar implícit un propòsit d'obtenció d'algun tipus d'avantatge o benefici diferent del comercial". La reforma operada per la Llei orgànica 1/2015, en substituir el requisit de l'"ànim de lucre" per l'"ànim d'obtenir un benefici econòmic directe o indirecte", va adreçada expressament a superar la interpretació estricta feta per la Fiscalia. Això no obstant, una nova Circular 8/2015 de la Fiscalia confirma la mateixa interpretació restrictiva del nou art. 270 CP, "en el sentit de lucre comercial".

A més a més, la reforma introdueix un **nou tipus delictiu** contra la propietat intel·lectual per als prestadors de serveis d'Internet que

"amb ànim d'obtenir un benefici econòmic directe o indirecte, i en perjudici de tercer, faciliti(n) de manera activa i no neutral i sense limitar-se a un tractament merament tècnic, l'accés o la localització a Internet d'obres o prestacions objecte de propietat intel·lectual sense l'autorització dels titulars dels corresponents drets o dels seus cessionaris, en particular oferint llistes ordenades i classificades d'enllaços a les obres i els continguts referits anteriorment, encara que aquest enllaços haguessin estat facilitats inicialment pels destinataris dels seus serveis." (Art. 270.2 CP)

És a dir, les pàgines web que contenen llistes d'enllaços a continguts P2P infractors cometen un delict contra la propietat intel·lectual. També ho fan els altres prestadors de serveis d'Internet que faciliten el delict contra la propietat intel·lectual d'una manera activa i no neutral, amb ànim d'obtenir un benefici econòmic, en perjudici de tercer. Ara bé, tal com explica l'exposició de motius, això "no afecta aquells que duguin a terme activitats de simple intermediació tècnica, com pot ser, entre d'altres, una activitat neutral de motor de cerca de continguts, o que només enllacin ocasionalment a aquests continguts de tercers".

També comet delict contra la propietat intel·lectual:

- Qui intencionadament exporti o emmagatzemi exemplars "delictius".
- Qui intencionadament importi exemplars sense l'autorització deguda, tant si tenen un origen lícit com il·lícit al seu país de procedència (llevat que els productes hagin estat adquirits lícitament en un estat pertanyent a la Unió Europea).
- Qui faciliti aquestes conductes eliminant o modificant mesures tecnològiques eficaces destinades a impedir o a restringir la infracció, i qui les eludeixi o en faciliti l'elusió amb ànim d'obtenir un benefici econòmic directe o indirecte.

Les penes

Les penes previstes per al delict contra la propietat intel·lectual són presó d'entre sis mesos i quatre anys, i multa d'entre dotze i vint-i-quatre mesos.

Aquestes penes són de dos a sis anys de presó, de multa de divuit a trenta-sis mesos i d'inhabilitació per a l'exercici de la professió quan es presenti alguna de les circumstàncies següents:

- Que el benefici obtingut tingui una transcendència econòmica especial.
- Que els fets tinguin una gravetat especial, atenent el valor dels objectes produïts il·lícitament o la importància especial dels perjudicis ocasionats.
- Que el culpable pertanyi a una organització o associació, fins i tot de caràcter transitori, que tingui com a finalitat la realització d'activitats infractores de drets de propietat intel·lectual.
- Que s'utilitzin menors de divuit anys per a cometre aquests delictes.

1.7.3. La via administrativa davant la Secció Segona CPI

Atrapada entre els dos il·lícits, la lluita contra la infracció massiva mitjançant programes d'intercanvi de fitxers i webs d'enllaços que en facilitin la localització ha generat l'adopció d'una **tercera via, governamental**.

Com hem vist, aquestes infraccions no es podien perseguir per la via civil, perquè a Espanya els operadors d'Internet només estan obligats a donar informació sobre dades personals dels seus usuaris/clientes en el marc d'un procés

CPI

CPI: Comissió de la Propietat Intel·lectual.

penal (no en les demandes civils per infracció de la propietat intel·lectual), de manera que, com que és impossible conèixer-lo, no serà possible actuar contra l'usuari per la via civil. Tampoc no es podia actuar per la via penal, perquè l'intercanvi d'obres protegides mitjançant sistemes P2P no es considerava delictes (d'acord amb la Circular 1/2006 de la Fiscalia, el requisit de "l'ànim de lucre" en els delictes contra la propietat intel·lectual –art. 270 CP– s'havia d'entendre exclusivament com "ànim de lucre comercial").

En lloc de resoldre qualsevol dels dos problemes, el 2011 el govern socialista va optar per una tercera via (governamental) per lluitar contra la infracció en línia i va crear la Secció Segona de la Comissió de Propietat Intel·lectual –comunament coneguda com "Comissió Sinde" (per la ministra de Cultura d'aquell govern). Aquesta secció podia prendre mesures de cessació (ordenar la fi del servei o la retirada dels continguts infractors) contra infraccions de la PI comeses per mitjà dels prestadors de serveis a Internet, sempre i quan el prestador del servei (directament o indirectament) actués amb ànim de lucre i causés un dany patrimonial. Aquests requisits han dificultat les actuacions per aquesta via contra els proveïdors d'enllaços a continguts infractors (normalment P2P), o bé perquè no es considerava que "enllaçar" fos pròpiament un acte d'explotació, o bé perquè, com que els enllaços s'ofereixen gratuïtament, no s'entenia que hi hagués "ànim de lucre".

La "Comisión Sinde" ha resultat menys eficaç del que s'esperava. La Llei 21/2014 reforça les competències d'aquesta comissió: aclareix els supòsits d'infraccions que poden anar per aquesta via governamental, amplia les mesures que es podran adoptar i estableix sancions a qui es negui a complir aquestes mesures o la suspensió dels serveis de finançament (pagament electrònic o publicitat) disponibles a la pàgina infractora. A més, qui es negui de manera reiterada a complir les ordres de la Secció Segona podrà perseguir dos tipus d'infraccions: contra els prestadors de serveis d'intermediació que infringeixin "de manera significativa" (per nivell d'audiència i per nombre d'obres) i contra els prestadors de serveis que facilitin la localització de continguts infractors (això és, llocs web d'enllaços, encara que siguin els usuaris els qui proporcionin aquests enllaços) que realitzin una activitat "activa i no neutral" (és a dir, més enllà de la simple intermediació tècnica).

Si l'infractor no retira els continguts o no cessa en l'activitat infractora, la Secció Segona podrà **ordenar als intermediaris la retirada** dels continguts, però també la suspensió del servei d'accés a Internet de l'usuari, la cancel·lació del nom de domini (.es) o la suspensió dels serveis de finançament (pagament electrònic o publicitat) disponibles en la pàgina infractora. A més, qui es **negui de manera reiterada** a complir les ordres de la Secció Segona podrà ser sancionat amb multes econòmiques substancials: d'entre 30.000 i 300.000 euros (per als usuaris i els webs infractors), i d'entre 150.001 i 600.000 euros (per als prestadors de serveis –sia d'intermediació, de pagament o de publicitat– que es neguin a col·laborar).

Informe de l'OMPI

El procedimiento administrativo-judicial frente a vulneraciones en Internet: mucho más que un procedimiento de notificación y retirada (març 2014) http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/wipo_ace_9/wipo_ace_9_21.doc

Mesures de cessament

Les mesures de cessació que ordeni la Secció Segona podran anar no solament contra el proveïdor del servei, sinó també contra els anunciants i els serveis de pagament que s'utilitzin en la pàgina web "infractora", i contra el proveïdor del nom de domini de la pàgina (quan sigui un domini ".es").

2. Règims especials de la propietat intel·lectual

Estudiarem ara els principals aspectes que regeixen la protecció i l'explotació de tres tipus d'obres concretes: les obres audiovisuals, els programes d'ordinador i les bases de dades, per a les quals el TRLPI estableix regles especials. Amb aquestes haurem completat l'estudi del llibre I del TRLPI, dedicat al dret d'autor: a la protecció de les "obres". Seguidament, estudiarem la protecció de les "prestacions relacionades amb la creació i explotació d'obres que es recull en el llibre II del TRLPI", els anomenats drets *connexos* o *afins* al dret d'autor.

2.1. L'obra audiovisual

Vegem a continuació el règim aplicable a l'obra audiovisual.

2.1.1. Concepte d'*obra audiovisual*

D'acord amb l'article 86.1 TRLPI, són obres audiovisuals

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

S'ha de tractar, en tot cas, d'una creació original (art. 10 TRLPI). L'originalitat permet distingir entre *obra audiovisual* i *gravació audiovisual*, sempre tenint en compte que no tot enregistrament audiovisual ho és d'una obra audiovisual.

A més, d'acord amb la definició transcrita, s'ha de tractar d'una "sèrie d'imatges associades". No cal que les imatges en si mateixes siguin animades o donin sensació de moviment; n'hi ha prou que les imatges presentin un ordre o una successió concreta entre elles. La sonorització tampoc no és un requisit fonamental en la definició d'aquestes obres. Una pel·lícula muda també és una obra audiovisual.

Així mateix, cal que estigui "destinada essencialment a ser mostrada amb aparells de projecció" o per mitjans de comunicació pública de la imatge i so; el rellevant és que l'obra audiovisual hagi de ser percebuda (vista i sentida) mitjançant "aparells" o sistemes audiovisuals (de qualsevol tipus).

La definició de l'article 86 TRLPI no està pensada per a incloure els videojocs, ni les obres multimèdia, ni les pàgines web. Res no impedeix –almenys, formalment– considerar aquestes obres com a obres audiovisuals, mentre compleixin els requisits de la definició; tanmateix, aplicar-los el règim específic previst per a l'obra audiovisual pot resultar complex i incoherent.

2.1.2. Autoria, titularitat i presumpció de cessió al productor

Amb independència de les circumstàncies concretes de la seva creació, el legislador espanyol opta per qualificar totes les obres audiovisuals com a **obra en col·laboració** (art. 7 TRLPI). I davant de la gran quantitat i diversitat de creadors que participen en la mateixa obra i, per tant, podrien ser considerats coautors, estableix una **llista tancada de coautors** (art. 87 TRLPI):

- El director realitzador.
- Els autors de l'argument, l'adaptació i els del guió o els diàlegs.
- Els autors de les composicions musicals, amb lletra o sense, creades especialment per a aquesta obra.

Aquests autors (només aquests, i no d'altres) són els titulars originaris de tots els drets de propietat intel·lectual (morals, d'explotació i de remuneració) que la llei els confereix sobre l'obra audiovisual.

Per facilitar l'explotació posterior de l'obra (i superar les dificultats que poden derivar del règim de coautoria), la llei recull una presumpció de cessió a favor del productor:

"[...] Mitjançant el contracte de producció de l'obra audiovisual es presumeixen cedita en exclusiva al productor [...] els drets de reproducció, distribució i comunicació pública, i també els de doblatge o subtítulat de l'obra" (art. 89.1 TRLPI).

Per a l'obra audiovisual publicitària s'estableix una presumpció de cessió més àmplia (article 23 de la Llei general de publicitat), en virtut de la qual tots els drets d'explotació es presumeixen cedita en exclusiva a l'agència o a l'anunciant.

Això significa que els autors retenen els drets morals, de transformació i de remuneració, mentre que el productor obté els drets d'explotació necessaris per a la producció i posterior explotació de l'obra. Ara bé, es tracta d'una presumpció de cessió i, per tant, subjecta a pacte en contra (el productor podria obtenir la cessió de més o menys drets que els inclosos en la presumpció legal).

La presumpció de cessió varia lleugerament en el cas dels contractes de producció d'obres cinematogràfiques i televisives. Per a les **obres cinematogràfiques** (comunament s'entenen com les obres audiovisuals destinades, essenci-

Exemples d'obres audiovisuals

Aquesta definició àmplia de l'*obra audiovisual* permet donar cabuda a tot tipus de creacions audiovisuals, com, per exemple, les obres cinematogràfiques, les pel·lícules i sèries de televisió, els documentals, els videoclip musicals, els anuncis de televisió o de cinema, etc. i continguts en suports de qualsevol tipus (pel·lícula òptica, suport magnètic, disc o unitat d'emmagatzematge digital, etc.).

La presumpció de cessió a favor del productor

La presumpció de cessió a favor del productor solament afecta alguns drets d'explotació i queda subjecta a pacte en contra.

alment, a ser projectades en sales d'exhibició cinematogràfica), el productor necessita l'autorització dels coautors de l'obra cinematogràfica per a procedir a la seva explotació mitjançant distribució de còpies per a ús domèstic (vídeo, DVD, etc.), i per a procedir a la seva comunicació pública per mitjà de la radiodifusió (art. 89.1 TRLPI). Ara bé, com ja hem dit, ambdues limitacions es poden superar mitjançant pacte exprés.

En canvi, per a les **obres televisives** (obres audiovisuals destinades essencialment a la comunicació pública mitjançant la radiodifusió) es presumeix –tret d'estipulació en contra– que els coautors han autoritzat, de cara a la seva emissió televisiva, la realització de les modificacions estrictament exigides per la manera de programació del mitjà.

El **productor audiovisual** és, doncs, titular derivatiu dels drets d'explotació de l'obra audiovisual i titular originari dels drets d'explotació de l'enregistrament que conté l'obra audiovisual.

A més, corresponen al productor de l'enregistrament audiovisual els drets d'explotació sobre les fotografies dutes a terme durant el procés de producció de l'enregistrament audiovisual (ex art. 124 TRLPI).

2.1.3. Els drets morals

És aplicable a l'obra audiovisual el règim general dels drets morals recollits en els articles 14-15 TRLPI, però amb algunes peculiaritats o limitacions:

- Els drets morals només es poden exercir sobre la versió definitiva, que s'estableix "d'acord amb el que s'ha pactat en el contracte entre el director realitzador i el productor" (art. 92.1 TRLPI).
- Queda prohibida la destrucció del suport original de la versió definitiva.
- Tractant-se d'una obra en col·laboració, la divulgació de l'obra audiovisual (i la decisió respecte de la forma) requereix el consentiment unànim de tots els coautors (art. 7.2 TRLPI). Però la llei permet al productor utilitzar una contribució inacabada per negativa injustificada de l'autor o a causa de força major (art. 91 TRLPI).
- L'atribució d'autoria s'haurà d'ajustar a les circumstàncies i exigències dels diferents formats d'explotació. Per exemple, els anuncis publicitaris no mostren títols de crèdit.

2.1.4. Els drets d'exploració i de remuneració

Correspon als coautors l'exercici dels drets d'exploració de reproducció, distribució, comunicació pública i transformació de l'obra audiovisual en qualsevol forma i modalitat. En tractar-se d'obra en col·laboració, l'exercici d'aquests drets d'exploració s'ha de regir per la regla de la majoria (art. 398 Cc).

Els coautors poden pactar, entre ells (i, a la pràctica, amb el productor), quotes de participació diferents sobre l'obra audiovisual (en aquest cas, el repartiment de les remuneracions legalment previstes és proporcional a les seves respectives quotes). En defecte de pacte, les quotes es presumeixen iguals, llevat que es demostrï que es tracta de contribucions amb diferent pes en l'obra comuna: en aquest cas, la participació de cada coautor és proporcional al pes de la seva contribució a l'obra comuna (art. 1.689 Cc). En defecte d'indicació expressa, l'SGAE aplica els percentatges següents per a fer els repartiments entre els coautors d'una obra audiovisual: director realitzador: 25%; autors de la part literària: 50% (25% guió i 25% argument); compositor de la música: 25%.

Una vegada divulgada l'obra audiovisual, cap coautor no pot "refusar injustificadament el seu consentiment per a la seva explotació en la forma com es va divulgar" (art. 7.2 TRLPI).

a) Drets d'exploració

És aplicable el règim general previst en l'article 17 i següents del TRLPI (reproducció, distribució comunicació pública, transformació i col·lecció), i també els límits a aquests drets recollits en l'article 31 i següents de TRLPI.

Com a principi general, la remuneració dels coautors de l'obra audiovisual per la cessió dels drets d'exploració s'ha de "determinar per a cadascuna de les modalitats d'exploració concedides" (art. 90.1 TRLPI).

b) Exploració separada de les contribucions

Llevat d'estipulació en contra, els autors poden disposar de la seva aportació d'una manera aïllada, sempre que no es perjudiqui l'exploració normal de l'obra audiovisual (art. 89.2 TRLPI). Sens dubte, aquesta explotació aïllada només és possible quan la contribució sigui separable (distingible i independent) de l'obra audiovisual en conjunt, per exemple, la música, l'argument, el guió i els diàlegs, etc.

c) Drets de remuneració

A més de les retribucions pactades per a cada modalitat d'exploració cedida, la llei estableix a favor dels coautors de l'obra audiovisual diferents drets de remuneració o participació proporcional en l'exploració.

Concretament:

- Participació en la recaptació de taquilla (art. 90.3 TRLPI): els coautors (i també l'autor de l'obra preexistent en la qual es basa l'audiovisual) tenen

dret a participar en els ingressos generats per la projecció de l'obra audiovisual en lloc públic mitjançant preu d'entrada.

- Remuneracions per projecció de l'obra audiovisual en lloc públic sense preu d'entrada i per posada a disposició del públic a Internet (art. 90.4 TRLPI).
- Remuneració per lloguer de l'obra audiovisual (art. 90.2 TRLPI): d'acord amb l'article 90.2 *in fine* TRLPI, qui llogui al públic fonogrames i enregistraments audiovisuals (els anomenats *videoclubs*) han d'abonar aquestes quantitats a les entitats de gestió d'autors d'obres audiovisuals i d'artistes.
- Remuneració per préstec públic de l'obra audiovisual (art. 37.2 TRLPI) als establiments previstos: museus, arxius, biblioteques, hemeroteques, fonoteques o filmoteques de titularitat pública, d'entitats d'interès general sense ànim de lucre o d'institucions docents, amb les excepcions previstes en el mateix article.
- Compensació equitativa per còpia privada (art. 25 LPI): aquesta compensació equitativa (per les còpies privades que es facin a l'empara del límit previst en l'art. 31.2 TRLPI) s'estableix a favor dels coautors, el productor de l'enregistrament i els artistes (actors i músics) de les obres audiovisuals divulgades en forma de videograma o un altre suport audiovisual.

Tots aquests drets de remuneració són irrenunciables i intransmissibles per actes *inter vivos* (art. 90.2 i 90.6 TRLPI) i estan subjectes a una gestió col·lectiva obligatòria: es fan efectius únicament per mitjà de les entitats de gestió dels drets de propietat intel·lectual (art. 90.7 TRLPI).

2.1.5. Termini de protecció

El termini de protecció previst per a les obres audiovisuals és establert en l'article 28.1 TRLPI: "tota la vida dels coautors i setanta anys des de la mort o declaració de mort de l'últim coautor supervivent". Per això també és important la llista tancada de coautors de l'obra audiovisual de l'article 87 TRLPI.

A més, si els autors de l'obra audiovisual van morir abans de l'entrada en vigor del TRLPI (7 de desembre de 1987), l'obra s'ha de protegir durant vuitanta anys, a comptar des de la mort de l'últim coautor supervivent (disp. trans. 4a. TRLPI).

Excepció de l'obra audiovisual publicitària

Aquestes remuneracions per exhibició pública (art. 90.3 i 90.4 TRLPI) no són aplicables a l'obra audiovisual publicitària (art. 90.6 TRLPI).

Gestió col·lectiva obligatòria

Aquests drets de remuneració solament poden ser gestionats per les entitats de gestió.

2.1.6. L'obra preexistent

L'autor de l'obra preexistent, que ha estat transformada per a ser usada en l'obra audiovisual, no n'és considerat coautor, però es pot beneficiar de l'explotació de l'obra audiovisual.

Mitjançant el "contracte de transformació", es presumeixen cedits en exclusiva al productor de l'obra audiovisual els drets de reproducció, distribució i comunicació pública, i també els de doblatge o subtítulat de l'obra (en els mateixos termes previstos en l'article 88 TRLPI).

No obstant això, aquesta presumpció de cessió en exclusiva queda subjecta a un termini de caducitat de quinze anys (encara que les parts podrien pactar un termini més curt): l'autor de l'obra preexistent "en pot disposar per a una altra obra audiovisual quinze anys després d'haver posat la seva aportació a disposició del productor" (art. 89.2 TRLPI).

Igual que es feia per als coautors, l'autor de l'obra preexistent en pot dur a terme l'explotació d'una manera aïllada (la llei es refereix a "en forma d'edició gràfica i de representació escènica", però aquests actes han de ser llegits a títol d'exemple), sempre que amb ella no perjudiqui o desnaturalitzi l'abast de la cessió feta (o presumida) a favor del productor mitjançant el contracte de transformació.

La remuneració de l'autor de l'obra preexistent s'ha de "determinar per a cadascuna de les modalitats d'explotació concedides". A més, l'autor de l'obra preexistent participa, juntament amb els coautors de l'obra audiovisual, en els rendiments de taquilla (projecció pública –vegeu l'article 90.3 TRLPI– mitjançant el pagament d'un preu d'entrada). En canvi, no té dret a les restants remuneracions previstes a favor dels coautors de l'obra audiovisual.

2.2. Els programes d'ordinador

Un programa és un conjunt d'instruccions que fan que una màquina – l'ordinador– funcioni i executi una tasca o proporcioni un resultat. L'article 96 TRLPI el defineix als efectes d'aquesta llei, com "qualsevol seqüència d'instruccions o indicacions destinades a ser utilitzades, directament o indirectament, en un sistema informàtic per a fer una funció o una tasca o per a obtenir un resultat determinat, sigui quina sigui la seva forma d'expressió i fixació". Els programes d'ordinador són, de fet, els motors de la societat de la informació. La seva elaboració és costosa i, tanmateix, són extremament vulnerables a la còpia, atesa la seva naturalesa digital. Calia, doncs, trobar un sistema de protecció ràpid i d'àmbit mundial.

Inicialment, els programes no es comercialitzaven d'una manera independent. Maquinari i programari eren objecte d'un mateix negoci. Els ordinadors incorporaven físicament els programes o aquests es feien a mida. No hi havia "pirateria". N'hi havia prou d'imposar deures contractuals de secret en adquirir l'ordinador. El problema va començar quan en la dècada de 1960 i a causa de la legislació *antitrust* americana, les grans com-

Exemples d'obres preexistents

Tot i que les més comunes són les obres literàries (novel·les adaptades al cinema), també ho són el *remake* d'una pel·lícula, l'adaptació al cinema d'una obra de teatre o d'una novel·la il·lustrada (còmic) o l'adaptació d'una obra musical (una simfonia o la música d'una òpera) com a banda sonora de l'obra audiovisual.

panyies, concretament IBM, es van veure obligades a separar els seus negocis de maquinari i programari i, consegüentment, els programes es van començar a estandarditzar i comercialitzar en suports mòbils, com els disquets.

Per a la protecció dels programes, es van considerar tres possibilitats: la de les patents (el programa com a invenció), la del dret d'autor (el programa com a obra literària) i la de l'establiment d'una tutela *ad hoc* (el programa com un nou tipus de creació). L'última hauria estat la ideal, però requeria temps i la urgència del cas no permetia esperar. Calia optar per un dels sistemes tutelars ja existents.

El més pràctic en aquell moment, tant per la rapidesa de la tutela (immediata, sense formalitats) com per l'extensió internacional (gràcies al Conveni de Berna), era el dret d'autor. Aquesta va ser l'opció del TRLPI espanyol de 1987, seguit també per la Directiva 91/250/CE, de 14 de maig, sobre la protecció jurídica de programes d'ordinador, l'ADPIC de 1994 (art. 10.1) i el Tractat OMPI sobre dret d'autor de 1996 (art. 4), els quals consideren els programes com a "obres literàries".

Pot sorprendre que un programa d'ordinador tingui la mateixa consideració jurídica que una novel·la, és a dir, una obra literària. Malgrat l'equiparació legal, els programes d'ordinador són obres molt peculiars. Així ho acredita el fet que, fins i tot dins del TRLPI, disposin de normativa específica (art. 96 i següents TRLPI).

És comprensible que els especialistes en drets d'autor vegin amb recel la inclusió dels programes en una normativa inicialment pensada per a un altre tipus de creacions. No es tracta només que constitueixin un "cos estrany". També hi ha un risc de contaminació. Els interessos de la indústria arriben a tenir tant protagonisme en la normativa sobre programes d'ordinador que s'ha pogut arribar a dir que constitueix un "dret d'autor sense autors" (com veurem, els articles 97 i 98.2 TRLPI permeten l'"autoria" d'una persona jurídica).

Recentment ha tornat a cobrar força l'opció de patentar el programari. La possibilitat de patentar programes és un dels cavalls de batalla actuals per a la indústria del programari. A Espanya no és possible (almenys formalment) patentar un programa d'ordinador, si bé és possible que formi part d'una invenció patentable. També en l'àmbit de la UE queda reafirmat el Conveni de la patent europea (CPE) que exclou les patents de programes d'ordinador. És important esmentar també les anomenades *licències de programari lliure* (n'hi ha diverses i no totes són iguals).

Entre elles, mereix una atenció especial la llicència GPL (*general public license*) de la Free Software Foundation, no sols perquè va ser la primera, sinó perquè és la que assegura l'anomenat *copyleft*. Mitjançant la GPL, el titular del programa permet expressament als usuaris usar-lo, modificar-lo i redistribuir-lo (amb modificacions o sense), amb dues úniques condicions: donar reconeixement a l'autor original i assegurar que qualsevol nova versió del programa és distribuïda amb la mateixa llicència GPL, per a assegurar així les "llibertats d'ús, modificació i redistribució" i evitar l'"apropiació" del programari lliure.

2.2.1. Objecte de la protecció

El dret d'autor protegeix el programa en qualsevol de les seves expressions possibles (codi font i codi objecte) i en la seva totalitat (incloses les interfícies).

Com és lògic, no es protegeixen les idees ni els principis que conformen el programa. En canvi, sí que es protegeixen la documentació preparatòria, la documentació tècnica i els manuals d'ús del programa d'ordinador (art. 96.1 TRLPI).

La documentació preparatòria no és el programa. Expressa el treball previ. Però la llei n'ha decidit l'assimilació, perquè ja hi són expressades les idees o solucions en què resideix el valor principal del programa.

La documentació tècnica proporciona informació que pot ser necessària perquè un expert pugui dur a terme certes operacions (adaptacions, solució de problemes, etc.).

El manual d'ús, destinat a usuaris comuns, no fa sinó explicar com cal instal·lar el programa, manejar-lo i resoldre certs problemes. Tant el manual com la documentació tècnica, i a diferència del que succeeix amb la documentació preparatòria, és material elaborat *a posteriori*, una vegada que el programa ja ha estat creat. Es tracta, doncs, d'obres literàries en sentit estricte la protecció del qual no hauria de presentar cap particularitat amb relació a les regles generals.

Òbviament, per a gaudir de protecció, el programa ha de ser "original" (sense que hi hagi cap altre criteri per a concedir la protecció). Ara bé, on és l'originalitat en una creació utilitària, en la qual el marge de maniobra és escàs? S'ha optat aquí per un criteri de baix nivell: n'hi ha prou que el programa sigui el resultat d'un esforç personalitzat o, en altres paraules, que no hagi estat copiat ("creació intel·lectual pròpia del seu autor").

Una altra solució, en el sentit d'exigir una aportació "personal" de l'autor, hauria condemnat la desprotecció a la immensa majoria dels programes d'ordinador. Ens trobem així, en la nostra llei, amb dues nocions d'originalitat: la general (al·ludida, que no definida, en l'article 10.1 TRLPI) i l'especial (noció devaluada d'originalitat) per a programes d'ordinador (i també per a fotografies, segons s'ha vist).

2.2.2. De qui són els drets?

La resposta és ràpida: de l'autor. No faria falta cap norma especial però, una vegada més, n'hi ha una: l'article 97 TRLPI. Els drets neixen al cap de qui crea, sigui una persona individual o un grup que col·labora (coautoria). Fins aquí no hi ha novetat. Tot i així, la mateixa norma afegeix immediatament que també és autor "[...] la persona jurídica que sigui considerada com a titular dels drets d'autor en els casos expressament previstos per aquesta Llei". Els programes tenen, doncs, un règim d'autoria excepcional, conscientment adoptat en favor de les empreses productores de programari.

La interfície

La interfície és la part del programa que estableix la connexió entre el codi i els components físics de l'ordinador (considerants 10 i 11 Directiva 91/250/CE).

A més, quan el programa d'ordinador sigui una obra col·lectiva de les regulades en l'article 8 TRLPI, "té la consideració d'autor, llevat de pacte en contra, la persona natural o jurídica que l'editi i divulgui amb el seu nom" (art. 97.2 TRLPI).

Sens dubte, hi ha altres mitjans perquè una persona jurídica sigui titular dels drets d'autor sobre un programa d'ordinador:

- 1) la cessió expressa de drets mitjançant contracte, i
- 2) l'existència d'una relació laboral amb la presumpció de cessió consegüent a favor de l'empresari (art. 51 i 97.4 TRLPI).

Cessió de drets d'autor a favor de l'empresari

D'acord amb l'article 97.4 TRLPI, "quan un treballador assalariat creï un programa d'ordinador, en l'exercici de les funcions que li han estat confiades o seguint les instruccions del seu empresari, la titularitat dels drets d'explotació corresponents al programa d'ordinador així creat, tant el programa font com el programa objecte, corresponen, exclusivament, a l'empresari, llevat de pacte en contra".

Encara que a primera vista sembla que aquesta presumpció de cessió reflecteix la de l'article 52 TRLPI, hi ha algunes diferències. Per exemple, l'article 51 TRLPI presumeix que la cessió es limita a: "el que sigui necessari per a l'exercici de l'activitat habitual de l'empresari en el moment del lliurament de l'obra". I afegeix que "[...] en cap cas no pot utilitzar l'empresari l'obra o disposar-ne per a un sentit o finalitats diferents [...]". En canvi, no apareix res semblant en l'article 97.4 TRLPI, el qual sembla permetre entendre que l'abast de la cessió sobre el programa és molt més gran. Òbviament, una lectura del principi d'aplicació subsidiària de les normes del règim general ("en la mesura que resultin aplicables", art. 95 *in fine* TRLPI) permetria reduir les distàncies entre ambdós articles.

No s'ha previst res per als programes creats per encàrrec. Per tant, com que no hi ha presumpció de cessió, si qui encarrega el programa en vol tenir els drets, els haurà d'obtenir per contracte (cessió).

2.2.3. Contingut del dret d'autor sobre un programa d'ordinador

De la mateixa manera que amb el règim general, també aquí el contingut del dret de l'autor sobre el programa passa per atribuir drets (art. 99 TRLPI) i imposar excepcions (art. 100 TRLPI).

a) El límit temporal (la durada) no presenta particularitats (art. 98 TRLPI) i es remet a les normes generals: setanta anys *post mortem auctoris* o, quan l'autor és una persona jurídica, setanta anys des de la divulgació.

b) L'article 99 només parla de *drets exclusius d'explotació*. No s'esmenten els "altres drets" patrimonials d'autor (de simple remuneració), ni els drets morals. El silenci s'interpreta normalment a favor de la inexistència d'aquests drets morals sobre els programes d'ordinador; però la qüestió no és pacífica i deixa marge per al debat.

Els drets d'explotació de l'autor del programa són els de reproducció, distribució i transformació; però també, encara que no es digui expressament, un dret de comunicació pública i un "dret d'ús".

Si comparem l'article 99 TRLPI amb les definicions generals dels articles 18 a 21, es poden destacar els aspectes següents:

- Dret de reproducció (art. 99.a TRLPI): aquí, el concepte *reproducció* és més ampli que el de l'article 18 TRLPI, ja que inclou, no solament la fixació estable, sinó també la fixació "inestable" i transitòria. De fet, tanmateix, ja hem vist que la interpretació de l'article 18 s'ha anat ampliant en aquest sentit.
- Dret de distribució (art. 99.c TRLPI): el titular pot autoritzar o prohibir "qualsevol forma de distribució pública inclòs el lloguer del programa d'ordinador original o de les seves còpies". Aquest dret, però, s'esgota amb la primera venda, encara que subsisteix el dret de lloguer. Cal suposar que també subsisteix el dret de préstec i que l'esgotament només n'afecta les revendes successives, de la mateixa manera que es pot suposar que el seu abast és comunitari.
- Dret de transformació (art. 99.b TRLPI): ningú no en pot efectuar adaptacions ni crear-ne noves versions o, en general, programes derivats –que no és el mateix que programes compatibles– sense tenir l'autorització del titular del programa originari (vegeu el considerant 19 de la Directiva 91/250/CE). Tot això a reserva del marge que puguin donar les excepcions expressament admeses.
- Dret de comunicació pública: crida l'atenció que ni l'article 99 TRLPI ni la Directiva 91/250/CE reservin a l'autor el dret a autoritzar o prohibir la comunicació pública dels programes. A més de comercialitzar-se en suports físics (distribució), els programes es podrien arribar a oferir al públic per la Xarxa (comunicació). Tot i així, a l'empara de l'article 95 TRLPI, caldria recórrer a l'article 17 TRLPI, que reconeix als autors un dret general d'explotació sobre les seves obres (del qual la reproducció, transformació, etc., no són més que exemples típics), inclòs, doncs el dret de comunicació pública.
- Dret d'ús: encara que normalment no és reconegut com un dret exclusiu, l'article 99 *in fine* TRLPI diu: "[...] quan es produeixi la cessió del dret d'ús en un programa d'ordinador s'entén, llevat de prova en contra, que aques-

Cas UsedSoft

El TJUE –en una sentència molt polèmica– va concloure que "el dret de distribució de la còpia d'un programa d'ordinador s'esgota si el titular dels drets d'autor, que ha autoritzat, encara que fos a títol gratuït, la descàrrega d'Internet d'aquesta còpia en un suport informàtic, ha conferit igualment, a canvi del pagament d'un preu que li permeti obtenir una remuneració corresponent al valor econòmic de la còpia de l'obra de la qual és propietari, un dret d'ús d'aquesta còpia, sense límit de durada"; i que "en cas de revenda d'una llicència d'ús que comporti la revenda d'una còpia d'un programa d'ordinador descarregada de la pàgina web del titular dels drets d'autor, llicència que havia estat concedida inicialment al primer adquirent per aquest titular sense límit de durada a canvi del pagament d'un preu que permetia a aquest últim obtenir una remuneració corresponent al valor econòmic de la còpia de la seva obra, el segon adquirent d'aquesta llicència, així com tot adquirent posterior de la mateixa, podrà invocar l'esgotament del dret de distribució... i gaudir del dret de reproducció...". Sentència TJUE de 3 de juliol 2012 *UsedSoft v. Oracle* (C-128/11).

ta cessió té caràcter no exclusiu i intransferible, i, així mateix, es presumeix que ho és per a satisfer únicament les necessitats de l'usuari". Per a saber quins usos del programa estan permesos i quins no, s'ha d'aplicar el que disposa la llicència corresponent.

c) Al marge de la llicència, hi ha excepcions aplicables; és a dir, hi ha actes que queden exclosos de l'autorització del titular. L'article 100 TRLPI estableix una recopilació d'excepcions específiques per als programes d'ordinador. A més, també són aplicables (en la mesura que sigui possible) la resta d'excepcions generals previstes en els articles 31 a 40 bis TRLPI.

Respecte a les excepcions específiques de l'article 100 TRLPI, és important distingir entre les següents:

- Els números 1 a 3 tenen per objecte una cosa tan simple com assegurar que, efectivament, el programa pot ser utilitzat sense infringir els drets d'autor, el qual, ja de per si, ens dóna una idea del nivell de la tutela atorgat als titulars de drets sobre programes d'ordinadors.

L'usuari legítim

A diferència del que succeeix amb els límits generals, que s'estableixen en benefici de qualsevol usuari, aquí es parla sempre de *l'usuari legítim*. Un usuari legítim té dret al següent:

1) Reproduir, també transformar i corregir errors, però només en la mesura necessària per a utilitzar el programa "tal com indica la seva finalitat proposada".

2) Fer una còpia de seguretat; sense aquesta previsió aquesta còpia no seria possible i, en qualsevol cas, l'única funció ha de ser assegurar la utilització del programa. S'ha de tractar d'una còpia "de seguretat", la qual cosa impedeix, per exemple, instal·lar-la (i usar-la) en un altre ordinador. Fixeu-vos que, en no quedar expressament prevista entre les excepcions, s'exclou (prohibeix) la còpia privada de programes d'ordinador.

3) Analitzar el programa, però només mentre l'utilitza.

- Els números 5 i 6 no s'ocupen tant dels usuaris com del mercat. Amb aquestes excepcions es vol garantir el desenvolupament d'una indústria no monopolística. La paraula clau és *interoperabilitat*. Qui desenvolupa programari ha de poder crear programes capaços d'intercanviar informació i funcionar amb els ja existents. Darrere d'això es troba una lluita acarnissada i molt il·lustrativa entorn de l'anomenada *enginyeria inversa*, és a dir, entorn del procés que parteix del producte acabat (codi objecte) i s'intenta remuntar als orígens (codi font).

Enginyeria inversa

L'enginyeria inversa ja està prevista d'una manera limitada en l'article 100.3 TRLPI. L'article 100.5 i 6 TRLPI preveu una forma específica d'enginyeria inversa: l'anomenada *descompilació*, és a dir, l'operació contrària a la que té lloc quan el codi font es tradueix a la forma de codi objecte i que es coneix com a *compilació*.

La descompilació consistiria, doncs, a intentar arribar al codi font a partir del codi objecte. Des del punt de vista dels principis tradicionals del dret d'autor, aquesta operació hauria de ser lliure. Tanmateix, en la mesura que exigeix reproduir (art. 99.a TRLPI) i implica traduir o transformar (art. 99.b TRLPI), entra dins de l'àmbit d'exclusivitat del titular.

Autorització de la còpia per a ús privat

L'article 31.2 TRLPI autoritza la còpia "per a ús privat" sens perjudici del que disposa l'article 25 (dret a una compensació), però exclou expressament les bases de dades i els programes d'ordinador.

Per això, s'ha fet necessari establir una excepció, a fi d'assegurar la interoperabilitat amb altres programes creats de manera independent (art. 100.5 TRLPI).

- L'art. 100 es tanca amb el conegut *three step test*: els apartats 5 i 6 de l'article 100 "no es poden interpretar de manera que permetin que la seva aplicació perjudiqui injustificadament els interessos legítims del titular dels drets, és a dir, contrària a una explotació normal del programa informàtic".

2.2.4. El programari "lliure" i la llicència GPL

L'objectiu últim del programari lliure és assegurar que la protecció jurídica dels programes d'ordinador amb el règim del *copyright* no sigui un obstacle per a la reutilització del programari. I per a això, s'utilitza l'instrument bàsic que ofereix el règim del *copyright* (i que també utilitzen els titulars de programari propietari): la llicència.

A diferència del programari "propietari", el programari "lliure" es caracteritza –en general– per mostrar d'una manera oberta el codi font i permetre expressament la modificació i creació subsegüents de nous programes pels usuaris. Igualment, a diferència de les típiques llicències de programari "propietari", que impedeixen la còpia, distribució o descompilació del programa, les llicències "lliures" permeten als usuaris del programari fer-ne qualsevol ús (per a qualsevol finalitat), copiar-lo i modificar-lo (per a adaptar-lo o millorar-lo) i redistribuir-lo (tant en format original, com modificat).

Les quatre llibertats fonamentals del programari lliure són:

- 1) Utilitzar el programari per a qualsevol finalitat.
- 2) Modificar el programari per a adaptar-lo a les seves necessitats.
- 3) Redistribuir còpies del programari a altres usuaris (gratuïtament o a canvi d'un preu).
- 4) Distribuir al públic versions modificades (millores o adaptacions) del programari.

Tot això, amb una única condició: que es doni crèdit a l'autor (se'l reconegui com a tal) i s'identifiqui l'autoria de les modificacions subsegüents que s'efectuïn en el programa.

Ara bé, més enllà d'aquest mínim comú a totes les llicències de programari "lliure", hi ha varietats importants. Per exemple, la llicència GNU-GPL (*general public license*) obliga que qualsevol nova versió del programa es distribueixi amb la mateixa llicència GNU-GPL, de manera que "se'n perpetui la llibertat",

i s'asseguri que els nous programes o les noves versions (programari derivat) continuaran essent "lliures" i que ningú no s'apropriarà l'esforç aliè en benefici propi.

La GNU-GPL és *copyleft*: obliga a la distribució del programari derivat amb la mateixa llicència GPL i impedeix que es privatitzi, que es converteixi en programari "propietari". Però no totes les llicències de programari lliure són *copyleft*.

Llicència GNU-GPL és la llicència *copyleft* per excel·lència i la que va establir les bases per a la creació i explotació del programari lliure. La GNU-GPL es distingeix clarament de les llicències de programari "propietari" que permeten a l'usuari legítim del programari instal·lar-lo i utilitzar-lo en una unitat concreta, però no en permeten cap acte d'explotació.

Sovint algunes llicències d'ús de programari neguen a l'usuari legítim la possibilitat de fer actes que la llei l'autoritza a dur a terme. Aquestes clàusules restrictives són nul·les i es consideren no posades, ja que un contracte no pot ser contrari a la llei. Per exemple, no es pot impedir per contracte la descompilació als efectes d'interoperabilitat amb altres programes directament permesa per llei (art. 100[5] TRLPI).

Programari lliure és, doncs, qualsevol programari subjecte a les quatre llibertats fonamentals indicades més amunt (per a ser usat, copiat, modificat i disseminat en format original o modificat) mitjançant una llicència "lliure".

La llicència s'adjunta directament al codi font (licència i obra són inseparables) i s'ha de reproduir sempre, en tot el programari redistribuït. Així, doncs, l'adjectiu *lliure* es refereix a aquestes llibertats fonamentals que atorguen les llicències, i no a la gratuïtat del programari (el programari comercial és una part important del programari lliure). No s'ha de confondre *lliure* amb *gratuït*. El programari "lliure" pot ser distribuït de manera gratuïta o mitjançant pagament; l'important són les llibertats que obté l'usuari.

Evolució del concepte de programari lliure

Encara que inicialment, *programari lliure* i *copyleft* eren sinònims (ja que gairebé la totalitat del programari "lliure" es distribuïa amb la llicència *copyleft* GNU-GPL), al final de la dècada de 1990, el moviment del programari "lliure" va viure un moment de crisi amb la formulació dels postulats de l'Open Source Initiative (OSI) i la definició del *codi font obert* (*open source*).

La definició d'*open source* 3 (OSD) (*open source definition*, OSD: <http://www.opensource.org/docs/definition.php>) es basa en deu directrius (sorgides del projecte Debian) que permeten classificar les diferents llicències de programari en funció del seu objecte (components, programes, distribucions completes) i en funció d'unes pautes generals, uns estàndards, que tota llicència de programari obert ha de complir.

A més, es va crear una marca de certificació (OSI Certified: <http://www.opensource.org/licenses/alphabetical>) per a indicar que una llicència compleix les directrius de l'*open source*. D'aquesta manera, es vol facilitar a usuaris, programadors i especialment a empreses una comprensió millor del programari lliure i, en última instància, promoure nous models de negoci basats en aquest programari i atreure la inversió empresarial. Amb aquest objectiu, l'Open Source renuncia a l'exigència del *copyleft* i es va evitar utilitzar l'expressió *lliure*, de manera que es van superar els dubtes sobre la gratuïtat (que sempre havien generat l'expressió *programari lliure* / *free software*).

2.3. Les bases de dades

La societat de la informació demana continguts (societat del coneixement), però no pot funcionar bé sense compiladors, sistematitzadors ni presentadors. On es pot trobar aquell article, aquella foto, aquell fragment de vídeo? La clau són les anomenades *bases de dades*. El seu règim jurídic és capital i els professionals de la comunicació l'han de conèixer perquè, sovint, són creadors i usuaris. Reunir material, ordenar-lo, digitalitzar-lo (si escau) i presentar-lo d'una manera simple i eficaç requereix inversions importants en temps i diners. És lògic, doncs, que els qui produeixen bases de dades exigeixin protecció.

En l'àmbit de la UE (Directiva 96/9/CE, d'11 de març de 1996, sobre la protecció jurídica de les bases de dades), s'ha establert un doble sistema de protecció de les bases de dades. D'una banda, es protegeix la creació, l'originalitat: si la base de dades (que no necessàriament el seu contingut) és original, parlarem d'*obres, autors i drets d'autor*. D'una altra banda, també es protegeix l'esforç, la inversió feta: tant si la base de dades és "obra" com si no ho és, el seu fabricant (que no autor) es pot beneficiar d'un nou dret *sui generis* contra l'extracció substancial del seu contingut.

2.3.1. Les bases de dades com a obra

L'esforç intel·lectual i la sempre necessària originalitat d'una base de dades resideixen en la selecció dels continguts o en la seva disposició. És indiferent que els ingredients siguin, al seu torn, obres o "altres elements o dades" (per exemple, dades geogràfiques o bibliogràfiques). Tampoc no importa que es presentin en format electrònic o no (la tecnologia digital no ha creat les bases de dades); només fa falta que el contingut sigui organitzat i sigui accessible individualment. L'article 12.2 TRLPI proporciona una definició del que s'ha d'entendre per *base de dades*:

"Als efectes d'aquesta Llei, i sens perjudici del que disposa l'apartat anterior, es consideren bases de dades les col·leccions d'obres, de dades o d'altres elements independents disposats de manera sistemàtica o metòdica i accessibles individualment per mitjans electrònics o d'una altra manera."

L'estructura de la base de dades inclou, com assenyala l'exposició de motius de la Llei 5/1998, d'incorporació de la Directiva i reforma del TRLPI, "els elements necessaris per al funcionament o la consulta d'algunes bases de dades com el thesaurus i els sistemes d'indexació" (vegeu també el considerant 20 de la Directiva 96/9/CE).

Una base de dades té la consideració d'obra si és original respecte a la selecció i disposició de continguts. El que es protegeix és l'estructura (selecció o disposició de continguts) que expressa la creativitat del seu autor, no el contingut. Els continguts recollits en la base de dades (col·lecció) poden disposar de protecció pròpia (si es tracta d'obres) o no (si són meres dades, etc.), però queden al marge de l'article 12 TRLPI.

En aquest cas (i sens perjudici que també es puguin beneficiar del dret *sui generis*), s'aplica el règim general (llibre I TRLPI), quant a autoria, facultats econòmiques i morals, durada, excepcions i cessió de drets. No obstant això, hi ha algunes regles específiques que cal assenyalar:

a) Són aplicables els drets de reproducció, distribució, comunicació pública i transformació. No s'estableix cap especificitat amb relació als dos primers. En canvi, sí amb relació als altres dos. D'acord amb l'article 20.2.j i k TRLPI, són actes de comunicació pública:

"j) L'accés públic en qualsevol forma a les obres incorporades a una base de dades, encara que aquesta base de dades no estigui protegida per les disposicions del llibre I d'aquesta Llei.

k) La realització de qualsevol dels actes anteriors, respecte a una base de dades protegida pel llibre I d'aquesta Llei."

Amb relació al dret de transformació, es va considerar necessari afegir una precisió a la definició, a fi de deixar clar que: "quan es tracti d'una base de dades a la qual fa referència l'article 12 d'aquesta Llei també es considera transformació la reordenació de la base de dades" (art. 21.1 paràgraf 2n. TRLPI). Aquesta precisió és important i potser no resultaria de la simple interpretació del concepte de *transformació* perquè, de fet, qui reordena no reproduceix l'estructura protegida, sinó que en crea una de diferent.

b) Respecte a les excepcions específiques, l'article 6 de la Directiva 96/9/CE sobre bases de dades preveia una sèrie d'excepcions als drets exclusius de l'autor, una de caràcter obligatori en favor de l'usuari legítim, i d'altres de caràcter facultatiu i taxades, encara que també admetia el manteniment de les "tradicionalment regulades" pel dret intern dels estats. L'excepció obligatòria en favor de l'usuari legítim d'una base va ser recollida en l'article 34.2 TRLPI per a assegurar que l'usuari legítim pot utilitzar, en efecte, la base amb normalitat sense que inopinadament se li pugui oposar, per exemple, el dret de reproducció o el de transformació. Les excepcions facultatives –que els estats podien o no establir– també van ser recollides pel legislador espanyol en l'article 34.2 TRLPI.

Així, no és necessària l'autorització del titular de la base de dades per als usos següents:

- Còpia privada (art. 34.2.a TRLPI). Només s'admet si es tracta de bases de dades no electròniques. Per a les electròniques, en canvi, regeix el mateix criteri que per als programes d'ordinador i, per tant, en queda exclosa la possibilitat de còpia privada.
- Il·lustració de l'ensenyament o recerca científica (art. 34.2.b TRLPI). Aquesta excepció s'introdueix només per a les bases de dades i no té en el TRLPI paral·lel per a les altres obres.

- Seguretat pública i ús en procediments administratius o judicials (art. 34.2.c TRLPI). També aquesta és una excepció nova, limitada a les bases de dades. Una vegada més, també poden ser aplicables les excepcions previstes amb caràcter general. Per exemple, la de citació (art. 32 TRLPI) o la de préstec (art. 37.2 TRLPI).

2.3.2. El dret *sui generis* sobre les bases de dades

Tant si la base de dades té la condició d'obra com si no, sovint la compilació de dades representa una inversió econòmica i intel·lectual important, que mereix algun tipus de protecció. Alguns consideren suficient la normativa de competència deslleial (tal com es fa als Estats Units). D'altres reclamen el reconeixement de drets exclusius específics, al·legant que el risc d'escanejar bases en paper o de copiar i reordenar les bases digitals és massa elevat i està a l'abast de qualsevol; i a més, que cal disposar de drets per a poder-los explotar.

Aquesta última línia és la seguida a Europa en la Directiva 96/9/CE sobre la protecció jurídica de les bases de dades (incorporada en el TRLPI el 1998): crear un dret especial, *sui generis*, a favor dels "fabricants" de bases de dades, tant si aquestes tenen la condició d'obra, com si no. Una base de dades, per tant, es pot beneficiar simultàniament d'ambdós tipus de drets: d'autor i *sui generis*. Que el creador n'adquireixi drets d'autor pel fet de la seva creació (art. 1 TRLPI) no impedeix que el fabricant adquireixi el dret *sui generis*. Uns i altres drets recauen sobre objectes diferents i, per tant, resulten compatibles. Això no significa, tanmateix, que la concurrència s'hagi de donar en tot cas.

a) Què es protegeix exactament?

No es protegeix en absolut la creativitat, sinó la inversió substancial, en diners o esforç (vegeu l'article 133.1 TRLPI). Per tant, els drets no són de l'autor sinó del fabricant que fa la inversió.

La protecció s'atorga al fabricant de la base de dades, definit en l'art. 133.3 TRLPI com: "la persona natural o jurídica que pren la iniciativa i assumeix el risc d'efectuar les inversions substancials orientades a l'obtenció, verificació o presentació del seu contingut".

La inversió substancial a la jurisprudència espanyola

Vegeu la sent. Jutjat Primera Instància núm. 13 de Madrid, de 24 de juliol de 2001 [Aranzadi v. El Derecho] acceptant l'existència d'inversió substancial en la compilació, selecció, correcció i disposició d'una base de dades de resolucions judicials que havia estat "copiada" pel demandat. També sent. Tribunal Suprem (civil) de 31 de gener de 2018 [IMS Health SL] confirmant el dret *sui generis* del demandant Infonis com a fabricant d'una base de dades d'informació farmacèutica a Espanya, infringida pel demandat IMS Health (amb la seva base de dades Sanibricks) –en aquest cas, el tribunal va trobar evidències que la base de dades infractora contenia els mateixos errors ortogràfics que la infringida.

La inversió substancial

El TJCE ja ha resolt alguns casos interpretant el concepte d'*inversió substancial*. En particular, es poden veure els casos C-46/02, C-338/02 i C-444/02, resoltos en sengles sentències de 9 de novembre de 2004.

b) Quins drets té el fabricant de la base de dades?

El que té el fabricant és el "dret a impedir" certs actes amb relació a "la totalitat o una part substancial" del contingut de la base, o fins i tot de "parts no substancials quan es tracta d'actes repetits o sistemàtics". D'acord amb l'article 133 TRLPI, l'anomenat *dret sui generis* que s'atorga al fabricant de la base de dades consisteix en la facultat d'impedir "l'extracció i/o reutilització de la totalitat o d'una part substancial del contingut [de la base de dades], avaluada qualitativament o quantitativament" (art. 133.1), i "l'extracció i/o reutilització repetides o sistemàtiques de parts no substancials del contingut d'una base de dades que representin actes contraris a una explotació normal d'aquesta base o que causin un perjudici injustificat als interessos legítims del fabricant de la base" (art. 133.2).

En l'article 133 TRLPI, s'empra una terminologia particular: no es parla d'*autor*, ni tan sols de *productor* (com fem amb els drets connexos), sinó de *fabricant*. Tampoc no es parla de *reproducció*, *distribució*, *comunicació*... No obstant això, substancialment, *extracció* equival a *reproducció* i *reutilització* cobreix tant *distribució* com *comunicació pública*.

c) Amb quins límits?

D'una manera semblant al que hem vist per als programes d'ordinador, també per al dret *sui generis* es distingeix entre la posició de l'"usuari legítim" i les dels "altres subjectes". En el primer cas, es parla de *drets i obligacions de l'usuari legítim*; en el segon, d'*excepcions*.

- Drets i obligacions de l'usuari legítim. L'usuari legítim d'una base de dades pot extreure i/o reutilitzar parts no substancials del seu contingut, avaluades de manera quantitativa o qualitativa, amb independència de la finalitat a la qual les destini (art. 134.1 TRLPI). Aquest dret no admet pacte en contrari (art. 134.3 TRLPI). No obstant això –i novament surt el *three step test*–, aquests actes no han de perjudicar l'explotació normal de la base ni lesionar injustificadament els interessos legítims del seu fabricant (art. 134.2 TRLPI). En qualsevol cas, s'han de respectar els drets d'autor o connexos que hi hagi sobre les obres o prestacions incloses en la base de dades (art. 134.2.b TRLPI).
- Excepcions al dret *sui generis*. Davant de la flexibilitat del legislador comunitari, l'espanyol va optar per identificar com a excepcions al dret *sui generis*, les mateixes excepcions previstes per a les bases de dades que tenen la condició d'obra. Així, doncs, no cal l'autorització del fabricant de la base de dades per a extreure'n i/o reutilitzar-ne parts substancials, o parts no substancials de manera repetida o sistemàtica, en els casos següents:
 - Per a ús privat (art. 135.1.a TRLPI): és lícita l'extracció (només l'extracció) per a ús privat de continguts de bases de dades no electròniques (només no electròniques). Una vegada més, es fa patent la diferència entre el món analògic (paper, cassets, vídeos, etc.) i el digital.
 - Per a ús públic amb finalitats d'ensenyament o de recerca (art. 135.1.b TRLPI): a diferència del que s'ha vist per als drets d'autor, en aquest cas només se'n permet "l'extracció" i amb les cauteles habituals ("en

la mesura justificada per l'objectiu no comercial que es persegueixi i sempre que se n'indiqui la font").

- Per a finalitats de seguretat pública i procediments administratius o judicials (art. 135.1.c TRLPI).

És especialment important la prohibició expressa de pacte en contra d'aquestes excepcions (art. 134.3 TRLPI).

d) Per quant de temps?

En aparença, ens trobem davant d'un dret de vida curta: quinze anys des de la fabricació (art. 136.1 i 2 TRLPI); especialment si el comparem amb els terminis que regeixen per al dret d'autor (setanta anys *post mortem auctoris*). Ara bé, conforme a l'art. 136.3 TRLPI qualsevol nova inversió substancial, normalment per a "modificar" la base o per a fer una "verificació substancial" del contingut (vegeu el considerant 55 de la Directiva 96/9 CE), atribueix un nou termini de quinze anys (art. 136.3 TRLPI). I així successivament de manera indefinida.

3. Els drets connexos

El dret d'autor protegeix la creació d'obres, no les prestacions que contribueixen a difondre-les, per molt importants, costoses i valuoses que siguin. Així, doncs, va caldre dissenyar una classe nova de drets de propietat intel·lectual: els anomenats *drets afins, veïns o connexos* als drets d'autor. Aquesta és la categoria que la nostra legislació acull amb la rúbrica neutral d'*altres drets de propietat intel·lectual*.

Es tracta d'una categoria relativament oberta, que el legislador usa per a satisfer demandes específiques i que inclou drets molt diversos, tant per als subjectes com per als objectes protegits.

Les regles previstes per al dret d'autor en el llibre I del TRLPI són aplicables d'una manera subsidiària (en el que resulti pertinent) per a omplir llacunes o buits de la regulació dels drets connexos (article 132 TRLPI). Els drets connexos es construeixen sobre objectes que no són obres (expressió formal i original de la creativitat humana) sinó prestacions. Aquest terme inclou aportacions o realitats de naturalesa heterogènia tant de caràcter personal com empresarial.

Respecte a les personals, tenim les interpretacions o execucions d'una obra per persones físiques: els artistes intèrprets o executants.

Respecte a les empresarials, tenim els productors de fonogrames, els productors d'enregistraments audiovisuals, les entitats de radiodifusió.

Els drets connexos empresarials tutel·len la iniciativa, la capacitat d'organització i els recursos econòmics aportats per un empresari amb relació a la creació i explotació d'obres protegides.

A cavall de les dues prestacions, hi ha les simples fotografies, en les quals la prestació no és al servei de cap obra. Aquí no es tracta de protegir l'esforç invertit per a donar vida a les obres (com ocorre amb els artistes), sinó l'esforç i la inversió per a elaborar un producte: la mera fotografia.

3.1. Artistes intèrprets i executants

a) Subjecte

Té la condició d'artista, intèrpret o executant "la persona que representi, canti, llegeixi, reciti, interpreti o executi en qualsevol forma una obra" (art. 105 TRLPI).

La fórmula legal és àmplia i només s'exigeix que la prestació tingui com a base una obra. Per a la legislació de propietat intel·lectual, només és artista –titular de drets afins– qui executa o interpreta una obra (amb independència que la prestació sigui considerada més o menys "artística" per la societat).

b) Drets o facultats patrimonials

Els artistes tenen drets exclusius sobre els actes següents:

- Autorització per a fixar la interpretació o execució, de manera que s'exigeix forma escrita per a aquesta autorització (art. 106 TRLPI).
- Reproducció, en el sentit vulgar de realització de còpies; l'autorització per a reproduir també ha de ser escrita i es preveu de manera expressa la possibilitat de transferir, cedir o llicenciar aquest dret de reproducció (art. 107 TRLPI). Es distingeix entre *fixació* i *reproducció* a raó de l'objecte: es fixen actuacions i es reprodueixen, distribueixen i comuniquen aquestes fixacions.
- Comunicació pública: no és possible portar l'actuació a un públic diferent sense la seva autorització, que s'ha d'atorgar per escrit (art. 108 TRLPI). Per exemple, és il·lícit retransmetre l'actuació d'un cantant en una sala o teatre per ràdio o televisió o, simplement, col·locar altaveus o pantalles en locals adjunts, sense tenir-ne l'autorització. No cal l'autorització quan es tracta d'una actuació que "constitueix per si mateixa una actuació transmesa per radiodifusió o es fa a partir d'una fixació prèviament autoritzada" (art. 108.1.a TRLPI).
- Posada a disposició del públic en la forma establerta en l'article 20.2.i: posada a disposició interactiva (art. 108.1.b TRLPI).
- Distribució de l'original o còpies de la fixació de les actuacions (art. 109.1 TRLPI). Com passa amb els autors, aquest dret s'esgota amb la primera venda, sempre que tingui lloc en l'àmbit de la Unió Europea i només per a les vendes successives dins de la Unió (art. 109.2 TRLPI). Amb relació a altres formes de distribució, com el lloguer i el préstec, no hi ha esgotament.

A més, la llei també confereix als artistes drets de remuneració (irrenunciables i subjectes a una gestió col·lectiva obligatòria):

- La compensació per còpia privada (art. 25.4.b TRLPI), en la mesura que les fixacions de les actuacions poden ser reproduïdes per a finalitats privades. Hi tenen dret "els artistes intèrprets o executants les actuacions dels quals hagin estat fixades en els fonogrames i videogrames esmentats".
- La remuneració equitativa per la comunicació pública (en qualsevol forma) de fonogrames i enregistraments audiovisuals (art. 108.4 i 108.5 TRLPI). Aquesta mateixa remuneració també es preveu per als productors.

- A canvi de la cessió del dret de lloguer a un productor (de fonogrames o d'enregistraments audiovisuals), l'artista té dret a una remuneració equitativa pel lloguer d'aquest enregistrament (art. 109.3 TRLPI).
- A canvi de la cessió del dret de posada a disposició interactiva a favor d'un productor (de fonogrames o d'enregistraments audiovisuals), l'artista té dret a una remuneració equitativa per aquesta posada a disposició del públic (art. 108.3 TRLPI).

c) Drets o facultats morals

La prestació dels artistes és personal: encara que no creï una obra, l'artista, en interpretar o executar, es compromet amb ell mateix. És lògic, doncs, que li concedeixin algunes facultats anàlogues al dret moral dels autors. Concretament, li concedeixen les següents (art. 113 TRLPI):

- El "reconeixement del seu nom sobre les seves interpretacions o execucions".
- El "dret d'oposar-se a qualsevol deformació, modificació, mutilació o qualsevol atemptat sobre la seva actuació" sempre que –i aquest és normalment el punt que s'ha de debatre– "en lesioni el prestigi o la reputació".
- El dret d'autoritzar o prohibir el doblatge de la seva actuació a les obres audiovisuals.

L'artista (com qualsevol altra persona) pot recórrer contra la normativa sobre els anomenats *drets de la personalitat* (identitat, imatge, honor, intimitat, etc.).

d) Límits: durada i excepcions

D'acord amb l'article 112.1 TRLPI, "els drets d'explotació reconeguts als artistes intèrprets o executants tenen una durada de cinquanta anys, a comptar des del dia 1 de gener de l'any següent al de la interpretació o execució".

L'artista pot exercir els drets morals d'atribució i integritat durant tota la vida i, després d'haver mort, sense límit de temps, ho poden fer els seus hereus (art. 113.3 TRLPI).

Per remissió expressa de l'article 132 TRLPI, són aplicables les excepcions previstes en els articles del 30 al 40 bis TRLPI.

e) Règim de transmissió de drets

Fonogrames

Cal tenir present que el termini de protecció dels artistes de fonogrames s'ha ampliat fins a 70 anys, per la Directiva 2011/77/UE.

Hem vist algunes presumpcions de cessió de drets en ocasió de contractes subscrits amb artistes; per exemple, amb relació al dret de lloguer (art. 109.3 TRLPI) o el doblatge a una llengua diferent de la pròpia (art. 88 TRLPI). Hi fa falta afegir les dues presumpcions de cessió següents:

- Presumpció de cessió del dret exclusiu de posada a disposició interactiva (art. 108.2 TRLPI) a favor dels productors de fonogrames i d'enregistraments audiovisuals, llevat de pacte en contrari i sens perjudici del dret a la remuneració equitativa prevista en l'article 108.3 TRLPI.
- Presumpció de cessió de drets quan hi ha relació laboral o arrendament de serveis (art. 110 TRLPI): quan la interpretació o execució es duu a terme "en compliment d'un contracte de treball o d'arrendament de serveis" es presumeix que "l'empresari o l'arrendatari" adquireix "els drets exclusius d'autoritzar la reproducció i la comunicació pública [...] que es dedueixin de la naturalesa i de l'objecte del contracte".

Per simplificar una contractació que, atès l'alt nombre d'artistes, pot arribar a ser impracticable, l'article 111 TRLPI exigeix que "els artistes intèrprets o executants que participin col·lectivament en una mateixa actuació" designin "d'entre aquests" (per majoria) "un representant per a l'atorgament de les autoritzacions" corresponents. Queden al marge de l'obligació els solistes i els directors d'orquestra i d'escena.

3.2. Productors de fonogrames i d'enregistraments audiovisuals

El productor és qui assumeix la iniciativa, posa els mitjans organitzatius i sovint financers i, en general, assumeix els riscos derivats de l'enregistrament. La llei distingeix entre dues classes de productors: els d'enregistraments musicals (fonogrames) i els d'enregistraments audiovisuals. A diferència dels artistes, i atès el caràcter empresarial de la seva prestació, els productors no tenen drets morals. Això, tanmateix, no impedeix que tinguin dret (no moral) a fer que el seu nom estigui indicat en l'explotació de l'obra.

a) Productors de fonogrames

El fonograma és "qualsevol fixació exclusivament sonora de l'execució d'una obra o d'altres sons" (art. 114.1 TRLPI). Per tant, no solament és fonograma la fixació d'una obra o, més ben dit, de l'execució d'una obra, sinó també la fixació de sons (sorolls, so ambiental, sons de la naturalesa, etc.). Encara que sembli estrany, hi pot haver fonograma sense obra.

El productor del fonograma és "la persona natural o jurídica sota la iniciativa i responsabilitat de la qual es fa per primera vegada aquesta fixació. Si aquesta operació s'efectua al si d'una empresa, el seu titular és considerat productor del fonograma" (art. 114.2 TRLPI).

La llei atorga als productors de fonogrames els drets d'explotació següents: reproducció (art. 115 TRLPI); comunicació pública, inclosa la posada a disposició interactiva (art. 116 del TRLPI); distribució (art. 117 TRLPI). Aquests drets

es protegeixen durant cinquanta anys a comptar des de l'enregistrament o, si escau, de la divulgació (art. 119 TRLPI) i queden subjectes als mateixos límits i excepcions previstos per al dret d'autor.

Els productors de fonogrames també participen de la remuneració per còpia privada (art. 25 TRLPI) i per comunicació pública (art. 116.2 TRLPI). Com hem vist, aquesta remuneració és equitativa i única (compartida amb els artistes).

El termini ampliat per als fonogrames

La Directiva 2011/77/UE, de 27 de setembre, **amplia el termini de protecció dels fonogrames de cinquanta a setanta anys (des de la seva publicació)**. D'aquesta manera, es vol assegurar que el col·lectiu de músics i cantants de fonogrames enregistrats ara fa cinquanta anys (i que encara tenen valor en el mercat) continuaran rebent protecció (i remuneració) durant vint anys més. Podem pensar en els fonogrames dels Beatles o de Cliff Richard –nom amb el qual es va batejar informalment aquesta directiva–, que si el termini de protecció no s'hagués allargat, passarien a entrar de manera imminent en el domini públic. En qualsevol cas, ni tan sols amb aquesta extensió el termini de protecció d'artistes s'acosta al dels autors, que continua essent més llarg.

El termini ampliat només s'aplica als fonogrames i als enregistraments musicals, no pas a les pel·lícules ni a d'altres enregistraments audiovisuals, i no solament afavoreix els artistes, sinó també els productors, que –al cap i a la fi– van obtenir en el seu moment la cessió de drets d'explotació dels artistes. Justament per aquest motiu, la Directiva estableix mesures concretes per a regular la relació entre l'artista i el productor durant el termini ampliat: si el productor no duu a terme l'explotació comercial del fonograma durant aquest termini, l'artista podrà resoldre el contracte de cessió amb ell i recuperar els drets d'explotació sobre el fonograma, i si l'artista va rebre una remuneració única en fer la cessió de drets, obtindrà del productor una remuneració anual addicional durant el termini ampliat –remuneració irrenunciable i de gestió col·lectiva obligatòria, consistent en un 20% dels ingressos anuals del productor.

b) Productors d'enregistraments audiovisuals

Els enregistraments audiovisuals, de vegades anomenats també *videogrames*, són "les fixacions d'un pla o d'una seqüència d'imatges, amb so o sense" (art. 120.1 TRLPI). És indiferent que el que es fixi assoleixi o no la condició d'obra audiovisual.

A més dels drets que, si escau, hagi adquirit sobre l'obra audiovisual si l'enregistrament té aquesta condició, el productor audiovisual, això és, "la persona natural o jurídica que tingui la iniciativa i assumeixi la responsabilitat" de l'enregistrament (art. 120.2 TRLPI), té els mateixos drets d'explotació que el productor de fonogrames: reproducció (art. 121 TRLPI), comunicació pública (art. 122 TRLPI) i distribució (art. 123 TRLPI).

També participa de la remuneració per còpia privada (art. 25 TRLPI) i per comunicació pública (art. 122.2 TRLPI), compartida amb els artistes. La durada també es fixa en cinquanta anys a comptar des de l'1 de gener de l'any següent al de l'enregistrament o, si escau, de la divulgació, i els drets queden subjectes a les excepcions previstes en general per a les obres.

3.3. Entitats de radiodifusió

La Llei de propietat intel·lectual no dóna una definició d'*entitat de radiodifusió*, però normalment s'al·ludeix a qualsevol entitat o empresa que assumeix la responsabilitat d'una emissió radiofònica, i s'entén per *emissió radiofònica* no solament la de sons (ràdio en el sentit vulgar) sinó també la d'imatge (televisió).

El que es vol protegir amb aquest dret connex és l'aportació empresarial, organitzativa i de mitjans, necessària per a dur a terme l'emissió. Les entitats de radiodifusió només reben drets econòmics. D'acord amb l'article 126.1 TRLPI, les entitats de radiodifusió tenen el "dret exclusiu d'autoritzar":

- La fixació de les seves emissions o transmissions.
- La reproducció de les fixacions.
- La retransmissió ulterior de les emissions o transmissions.
- La comunicació pública en llocs als quals s'accedeix pagant una entrada.
- La distribució de les fixacions de les emissions o transmissions.

Aquí també s'aplica el termini de cinquanta anys, comptats a partir de l'1 de gener de l'any següent al de la realització per primera vegada de l'emissió o transmissió. En matèria d'excepcions, torna a ser aplicable la remissió de l'article 132 TRLPI a les previstes per als drets d'autor.

3.4. Realitzadors de meres fotografies

Amb la rúbrica *meres fotografies*, l'article 128 TRLPI reconeix al realitzador de fotografies i altres reproduccions obtingudes per procediments anàlegs (per exemple, la diapositiva), quan no tenen la condició d'obres, drets exclusius sobre la reproducció, distribució i comunicació pública, "en els mateixos termes reconeguts [...] als autors d'obres fotogràfiques". La durada, no obstant això, es limita a vint-i-cinc anys, comptats a partir de l'1 de gener següent a la data en la qual es van fer.

La distinció entre *obra fotogràfica* o *mera fotografia* resideix en la presència o absència d'originalitat. El dret sobre les meres fotografies és un punt polèmic i no tots els ordenaments l'admeten. En teoria, no és un problema diferent del que planteja qualsevol altra obra. A la pràctica, tanmateix, és difícil de solucionar pel pes que té la tecnologia en el procés de creació.

A més, la Directiva 93/98/CEE, que va harmonitzar el termini de protecció de la propietat intel·lectual, va establir en l'article 6 que "les fotografies que constitueixin originals en el sentit que siguin creacions intel·lectuals pròpies de l'autor han de ser protegides d'acord amb l'article 1. No cal aplicar cap altre criteri per a determinar el seu dret a la protecció. Els estats membres poden establir la protecció de les altres fotografies". La mateixa redacció es manté en la versió codificada (Directiva 2006/116/CE, de 12 de desembre de 2006). Aquesta norma no s'ha recollit formalment en el TRLPI, però sembla clar que s'ha d'aplicar per a valorar quan una fotografia és obra o no.

Sobre el concepte d'emissió radiofònica

En general, l'emissió radiofònica és transmissió sense fil, però no se n'han d'excloure les empreses de cable quan el que transmeten és programació pròpia.

Dret d'explotació del productor sobre determinades fotografies

La Llei també atribueix al productor dret d'explotació sobre "les fotografies que fossin efectuades en el procés de producció de l'enregistrament audiovisual" (art. 124 TRLPI).

3.5. Editors

L'editor pren una iniciativa, posa una organització empresarial al servei de l'obra i elabora el producte per mitjà del qual aquesta obra arriba al públic. No obstant això, tret de la remuneració per còpia privada reconeguda a tots els editors (art. 25 del TRLPI), no se'ls ha reconegut un dret connex de caràcter general sobre la seva prestació –com sí que s'ha fet amb els productors. A Espanya no es protegeixen totes les produccions editorials, només algunes.

- Editors d'obres inèdites en domini públic (art. 129.1 TRLPI). Qui divulgui lícitament una obra inèdita que estigui en domini públic té els mateixos drets d'explotació que haurien correspost a l'autor.
- Editors d'obres no protegides (art. 129.2 TRLPI). Els editors d'obres no protegides per les disposicions del llibre I d'aquesta Llei tenen el dret exclusiu d'autoritzar la reproducció, distribució i comunicació pública d'aquestes edicions, sempre que puguin ser individualitzades per la seva composició tipogràfica, presentació i altres característiques editorials. En tot cas, fa falta que hi hagi una prestació editorial que en justifiqui la protecció: una individualització de l'edició "per la seva composició tipogràfica, presentació i altres característiques editorials". Aquesta disposició és aplicable, doncs, a totes les obres que es trobin en el domini públic (hagin estat divulgades o no –encara que, en aquest cas, és aplicable directament l'article 129.1 TRLPI) i, possiblement, també a les edicions "individualitzades" d'obres excloses de protecció per l'article 13 TRLPI (per exemple, sentències o lleis).

Aquests drets duren vint-i-cinc anys, comptats a partir del dia 1 de gener de l'any següent al de la divulgació lícita de l'obra (obres en domini públic) o al de la publicació (obres no protegides).

Bibliografia

Bibliografia bàsica

Bercovitz, R. (coord.). *Manual de propiedad intelectual*. València: Tirant lo Blanch.

Garrote Fernández-Díez, I. (2007). *El derecho de autor en Internet. La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información* (3a. ed.). Granada: Comares ("Estudios de Derecho Privado").

Miguel Asensio, P. A. de (2015). *Derecho privado de Internet*. Madrid: Civitas.

Bibliografia complementària

Bercovitz, R. (coord.) (2017). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (4a. ed.). Madrid: Tecnos.

Ficor, M. (2002). *The Law of copyright and the Internet - The 1996 WIPO Treaties, their interpretation and implementation*. Oxford: Oxford University Press.

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

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

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

Reinbothe, J.; Lewinski, S. von (2015). *The WIPO Treaties on Copyright: A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP*. Londres: OUP.

Rodríguez Tapia, J. M. (coord.) (2009). *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*. Madrid: Civitas.

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

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

