

---

# Propiedad intelectual

---

PID\_00266967

Ramón Casas Vallés  
Raquel Xalabarder Plantada

---

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 7 horas

---





**Ramón Casas Vallés**

Doctor en Derecho, profesor titular de Derecho civil y Propiedad intelectual de la UB.



**Raquel Xalabarder Plantada**

Doctora en Derecho por la UB y máster por la Columbia University Law School, en la que también fue *visiting scholar*. Desde 1997 es profesora de Derecho de la UOC.

La revisión de este recurso de aprendizaje UOC ha sido coordinada por la profesora: Raquel Xalabarder Plantada (2019)

Segunda edición: septiembre 2019  
© Ramón Casas Vallés, Raquel Xalabarder Plantada  
Todos los derechos reservados  
© de esta edición, FUOC, 2019  
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona  
Realización editorial: FUOC

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

# Índice

<b>Introducción.....</b>	<b>5</b>
<b>Objetivos.....</b>	<b>7</b>
<b>1. Las bases del régimen de propiedad intelectual.....</b>	<b>9</b>
1.1. Marco jurídico y justificación .....	9
1.2. El objeto: la obra .....	13
1.2.1. Concepto de obra: la originalidad .....	13
1.2.2. Inexistencia de formalidades. Protección automática ...	15
1.2.3. Obras y prestaciones .....	16
1.3. El sujeto: autores y titulares .....	17
1.3.1. Regímenes de pluriautoría .....	17
1.3.2. Titularidad .....	18
1.4. El contenido: derechos morales, derechos exclusivos de explotación y derechos de remuneración .....	19
1.4.1. Derechos morales .....	20
1.4.2. Derechos exclusivos de explotación .....	21
1.4.3. Derechos de remuneración .....	30
1.5. Los límites: duración de la protección y "excepciones" .....	31
1.5.1. Los límites temporales: la duración .....	31
1.5.2. Los límites sustantivos: las excepciones .....	32
1.5.3. Las medidas tecnológicas .....	43
1.6. El régimen de transmisión de derechos .....	45
1.6.1. Reglas generales .....	45
1.6.2. Las licencias <i>Creative Commons</i> (CC) .....	47
1.6.3. Las entidades de gestión .....	51
1.7. La infracción de derechos: civil y penal .....	54
1.7.1. Infracción civil .....	54
1.7.2. Infracción penal .....	57
1.7.3. La vía administrativa ante la Sec. 2. <sup>a</sup> CPI .....	59
<b>2. Regímenes especiales de la propiedad intelectual.....</b>	<b>61</b>
2.1. La obra audiovisual .....	61
2.1.1. Concepto de obra audiovisual .....	61
2.1.2. Autoría, titularidad y presunción de cesión al productor .....	62
2.1.3. Los derechos morales .....	63
2.1.4. Los derechos de explotación y de remuneración .....	64
2.1.5. Plazo de protección .....	65
2.1.6. La obra preexistente .....	66
2.2. Los programas de ordenador .....	66

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

## Introducción

Las tecnologías de la información han abierto extraordinarias posibilidades, pero también numerosos interrogantes. Un grupo importante tiene que ver con la propiedad intelectual. El problema viene de lejos, pero hoy ha adquirido nuevas dimensiones hasta convertirse en un tema capital.

Propiedad intelectual (PI) y tecnología siempre han evolucionado conjuntamente. El desarrollo tecnológico ha aportado nuevas maneras de crear y de explotar obras (y también, claro está, de infringirlas) y ha obligado a una reforma constante de las leyes: se ha ido actualizando la lista de obras protegidas, y los conceptos fundamentales de *obra* y de *autoría* se han ajustado a la cambiante realidad tecnológica; el alcance de los derechos exclusivos que la ley otorga a autores, artistas y productores se ha ampliado con la incorporación de las nuevas modalidades tecnológicas de explotación (que incluyen el uso de medidas tecnológicas de protección); los límites a estos derechos también se han ajustado, de manera que se han reducido o se han ampliado en función de la disponibilidad tecnológica. La tecnología digital no es ninguna excepción y ha conllevado cambios en los conceptos de *obra* y de *autor*, y en los derechos y los límites: desde la protección de los programas de ordenador, las bases de datos y las obras multimedia, hasta las páginas web y los blogs, las *mashups* o el videoarte; las creaciones colectivas (wikicreaciones), como Wikipedia, y las diversas cuestiones todavía abiertas, como por ejemplo, si hacer un enlace es un acto de explotación o no, si la copia privada puede ser limitada o prohibida por el titular, si el "intercambio" mediante sistemas P2P de ficheros que contienen obras es delito o no lo es, si las bibliotecas pueden hacer préstamos de libros electrónicos, etc.

También ha habido cambios –y muy evidentes– en los sistemas de licencia de los derechos, con las licencias "públicas" o "abiertas" (cuyo referente principal son las Creative Commons), que han revolucionado no solo el ejercicio de los derechos por parte de autores y artistas, sino también el acceso del público a las obras, la difusión de la cultura y del conocimiento y, como no puede ser de otro modo, la creación subsiguiente. Y, por supuesto, también la infracción de la propiedad intelectual ha ido evolucionando con la tecnología, hasta el punto de que ha llevado a la reflexión sobre la posible responsabilidad de terceras personas que, si bien no son quienes realizan los actos infractores, sí que tienen un papel importante a la hora de hacerlos posibles. Hablamos de los intermediarios y prestadores de algunos servicios en línea por medio de los que se realiza la infracción masiva de la PI (por parte de los "usuarios") y que a menudo encuentran la manera de obtener un lucro derivado de esta

infracción. Se está demostrando que la responsabilidad "indirecta" de estos intermediarios es una herramienta mucho más eficaz que la actuación contra los actos infractores directos que hacen los "usuarios".

Resolver estos problemas o, por lo menos, tratarlos exige tener las ideas claras sobre qué es la propiedad intelectual, qué protege y qué no, quién es titular de los correspondientes derechos, cuáles son éstos, cuáles son los límites de la propiedad intelectual... Y todo ello en un entorno (el digital) muy alejado de aquél (el analógico) para el que fueron pensadas gran parte de las leyes vigentes. Pasamos de un mundo más o menos físico y con fronteras a un mundo incorporal y global donde incluso es difícil saber dónde se lleva a cabo la explotación o la infracción (¿en España, en Francia, en Estados Unidos...?).

¿Sobrevivirá la propiedad intelectual a esta crisis o pasará a la historia como tantas otras instituciones que, en su día, se creyeron imprescindibles? Suponiendo que sobreviva, ¿continuarán siendo válidos los conceptos y categorías que conocemos? ¿Qué consecuencias tendrá aquí la dialéctica derecho-tecnología?

Después de trabajar este módulo, estaréis en condiciones de dar respuestas razonadas (aunque sean poco seguras) a los interrogantes y problemas ilustrados con los ejemplos precedentes. Como mínimo, seréis conscientes del complejo entramado jurídico (a veces sólido, a veces frágil, a menudo confuso) donde os movéis cuando hacéis uso de las ya no tan nuevas tecnologías de la información y comunicación.

Las tecnologías de la información y la comunicación han creado un nuevo continente que popularmente designamos como ciberespacio. En éste no falta el derecho. Como ocurre en el mundo físico, "ni todo vale, ni todo es ilegal". Los creadores tienen derechos. Y también los tienen los usuarios. Vosotros sois al mismo tiempo creadores y usuarios. Os interesa, pues, saber qué asistencia os presta la ley en cada caso.

## Objetivos

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

1. Conocer los principios básicos que estructuran el sistema de protección de la propiedad intelectual.
2. Conocer las transformaciones más importantes que la tecnología digital ha ocasionado (y ocasiona) en este sistema.
3. Conocer los sistemas especiales de protección de programas de ordenador y bases de datos.
4. Examinar los conceptos de *reproducción* y *comunicación pública* en un entorno digital, los límites de estos derechos y su interacción con las medidas tecnológicas.
5. Examinar las cuestiones que permanecen abiertas en relación con la explotación y protección de obras en Internet y por medio de soportes digitales.





## 1. Las bases del régimen de propiedad intelectual

En este apartado estudiaremos los fundamentos y el régimen general de la propiedad intelectual.

### 1.1. Marco jurídico y justificación

La propiedad es una institución esencial en nuestra organización social y económica que a menudo sólo asociamos con bienes físicos: tierras u objetos más o menos valiosos. Nos cuesta entender, en cambio, que pueda ostentarse un control absoluto y excluyente (en eso consiste ser propietario) sobre bienes carentes de corporeidad, meras creaciones del intelecto humano. Y sin embargo, así es; pero no de forma necesaria o ineluctable, sino como consecuencia de una decisión política. Se trata de bienes con unas características muy peculiares derivadas de su falta de corporeidad: carecen de localización, son indestructibles, muchas personas (infinitas) pueden disfrutar plenamente de ellas de manera simultánea (ya que se comparten sin necesidad de reparto físico o temporal), etc. Además, se trata de bienes muy valiosos, que a todos interesa proteger.

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

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

Puede que el sistema del monopolio no sea la única opción posible, pero la historia ha demostrado que retribuir el esfuerzo, el genio y la inventiva favorece la creación y la invención y, a la larga, el progreso. En cualquier caso, como de costumbre, el problema es de medida: reconocer la propiedad no equivale a negar los intereses sociales. Como veremos, el sistema de propiedad intelectual consiste en un delicado equilibrio entre la protección de los intereses del

titular y los intereses del público. Por lo tanto, se puede ser propietario o titular de derechos exclusivos sobre obras literarias, artísticas y científicas, prestaciones creativas o industriales, signos identificadores de productos o actividades, inventos, obtenciones biotecnológicas, etc.

### Propiedad intelectual y derecho de autor

Normalmente, cuando se habla de propiedad intelectual, se distingue entre dos grandes apartados: propiedad industrial y derechos de autor, que los anglosajones llaman *copyright*. En España, en cambio, la distinción básica se establece entre la propiedad intelectual y propiedad industrial (patentes, marcas, etcétera).

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

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

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

Una conocida cita de Thomas Jefferson dice:

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

Pero Jefferson habla de ideas, no de obras.

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

La propiedad intelectual es una institución de origen histórico y cultural relativamente reciente. En la antigüedad ya había creadores. Sólo hay que pensar en Altamira o Lascaux. Sin embargo, no había autores (en el sentido que tiene la palabra actualmente), ni derechos de autor. La creación era más un proceso colectivo que individual, y no se reconocía relación alguna entre creador y criatura. Pensemos, a modo ilustrativo, en el folclore o en el arte popular.

#### Acumulación de sistemas de protección

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

El nacimiento del derecho de autor (es decir, de la propiedad individual sobre las obras resultantes de la creatividad humana) requería no sólo un profundo cambio mental que sacara al autor del anonimato de la tribu, sino también un avance tecnológico para que el cambio de mentalidad tuviera consecuencias jurídicas. El cambio revolucionario tuvo lugar en Europa en el siglo XV, cuando Gutenberg inventó la imprenta, que dio lugar a una nueva actividad económica: la producción y la venta de ejemplares de obras literarias.

Es lógico que quienes la llevaran a cabo reclamasen algún tipo de protección frente a los que hoy llamaríamos impresores "piratas", o sea, frente a quienes, en vez de asumir riesgos, se limitaban a reproducir las obras de éxito que otros habían puesto antes en el mercado. Por otro lado, también es lógico que los poderosos (reyes, Iglesia) se mostraran preocupados ante el potencial del nuevo medio y quisieran controlarlo. El resultado de estas dos preocupaciones se tradujo en una combinación de privilegios (a favor de los impresores, no de los autores) y derecho de censura (para el Estado y la Iglesia). El sistema de privilegios se mantuvo largo tiempo, pero al final entró en crisis. Primero en Inglaterra (con el Estatuto de la reina Ana, de 1709) y después en otros países, se acabó reconociendo al fin que lo que procedía no era un privilegio a favor de los impresores sino un derecho –un auténtico derecho– a favor de los autores.

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

1) Como un mecanismo para estimular la creación de nuevas obras y el avance de la cultura (es un instrumento en beneficio de la colectividad). Esta perspectiva es la que recogen los sistemas del *copyright* (Estados Unidos, Reino Unido y países del *common law*, o derecho anglosajón).

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

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

Durante el siglo XIX ya se puso en evidencia que, ante la "ubicuidad" de las obras e invenciones, la aplicación territorial de las leyes de protección de la propiedad intelectual e industrial no era suficiente para proteger de forma efectiva la creación e invención en un mercado cada vez más internacional: para proteger la obra nacional, había que proteger también la obra extranjera, a fin

#### Web recomendada

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

de que se encontrasen en el mercado en igualdad de condiciones. Los esfuerzos internacionales se vehicularon inicialmente con tratados bilaterales (entre dos Estados) que se comprometían a proteger recíprocamente las obras e invenciones de cada Estado, de acuerdo con el principio de "trato nacional" (se aplica a la obra o invención extranjera la misma ley que se aplica a las nacionales). Pronto, sin embargo, se vio que los tratados bilaterales eran insuficientes y se inició la vía de los convenios internacionales para la protección de la propiedad industrial e intelectual.

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

- Convenio de Berna (Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, Berna, 1886).
- Convenio de Roma (Convención internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, Roma, 1961).
- Tratados Internet de OMPI (Tratado OMPI sobre derecho de autor, Ginebra, 1996, y Tratado OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, Ginebra, 1996).
- ADPIC (Acuerdo sobre los aspectos de la propiedad Intelectual relacionados con el comercio, 1994) también conocido por sus siglas en inglés TRIPs.
- Tratado de Pequín sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales de 24 de junio de 2012.

#### OMPI

Las siglas OMPI corresponden a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. En inglés, WIPO.

### El proceso de armonización en la Unión Europea

En la Unión Europea, en el marco de la creación del mercado común, se han adoptado una serie de directivas para la armonización de la legislación de derecho de autor de los Estados miembros. La normativa de la propiedad intelectual española se halla, pues, en gran medida sujeta a principios y normativa comunitarios. Para asegurar que el ejercicio de los derechos nacionales de PI (no olvidemos que cada estado tiene su ley de propiedad intelectual) no obstaculice el buen funcionamiento del "mercado interior" en la Unión Europea, se ha acordado que no se puede discriminar a los autores europeos por razón de su nacionalidad y que, una vez que en un estado miembro los ejemplares han sido lícitamente distribuidos, han de poder circular (ser revendidos) libremente por toda la UE. Con este mismo objetivo de asegurar el funcionamiento del mercado interior, a lo largo de los años la UE ha ido adoptando diferentes directivas (que los estados miembros han de "transponer" a sus leyes) para armonizar las leyes nacionales en temas puntuales:

- Directiva 91/250/CEE (derogada y codificada por la Directiva 2009/24/CE), sobre la protección de los programas de ordenador.
- Directiva 92/100/CEE (derogada y codificada por la Directiva 2006/115/CE), sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos vecinos.
- Directiva 93/83/CEE, sobre emisiones por satélite y retransmisión por cable.

- Directiva 93/98/CEE (derogada y codificada por Directiva 2006/116/CE), sobre el plazo de protección (y modificada por la Directiva 2011/77/UE, sobre el plazo de protección de los fonogramas).
- Directiva 96/9/CE, sobre bases de datos.
- Directiva 2001/29/CE, sobre derechos de autor y derechos conexos en la sociedad de la información.
- Directiva 2001/84/CE, sobre el derecho de participación (obras de arte).
- Directiva 2004/48/CE, sobre cumplimiento de la propiedad intelectual.
- Directiva 2012/28/UE, sobre obras huérfanas.
- Directiva 2014/26/UE, sobre gestión colectiva y música en línea. (219/790).
- Directiva (EU) 2017/1564, sobre ciertos usos permitidos de obras en favor de personas con discapacidad visual; y Reglamento (EU) 2017/1563 sobre el intercambio transfronterizo entre la Unión y terceros países de copias en formato accesible en favor de personas con discapacidad visual.
- Directiva 2019/719, sobre derechos de autor en el mercado único digital.

España es uno de los países con mayor tradición en el campo del derecho de autor. La norma básica en la actualidad es el texto refundido de 1996 de la Ley de propiedad intelectual, que derogó la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, la cual, a su vez, vino a sustituir a la vieja Ley de 1879, precedida a su vez por la que podemos considerar nuestra primera ley verdaderamente de derecho de autor (la Ley sobre Propiedad Literaria de 1847).

Después de varias reformas de la LPI 1987, en su mayoría impuestas por las directivas comunitarias, en 1996 se procedió a elaborar el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, posteriormente modificado en diferentes ocasiones, para incorporar las sucesivas Directivas.

#### TRLPI

El texto refundido de la Ley de propiedad intelectual de 1996, modificado en diferentes ocasiones, es la norma vigente.

## 1.2. El objeto: la obra

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

### 1.2.1. Concepto de obra: la originalidad

Según el art. 10.1 TRLPI:

"Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro; entre ellas se comprenden: [...]".

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

El único requisito de protección de la creación formal es la originalidad. No importa el mérito (alto, bajo...), ni su finalidad (útil, inútil...), ni el grado de elaboración (boceto, obra inacabada...), ni la licitud o ilicitud (libelo, pornografía...), ni la prioridad temporal (la *rara avis* de la doble creación). Sin embargo, no es fácil definir la originalidad. La tradición más ortodoxa del sistema de derecho de autor habla de huella de la personalidad (allí, en la obra, está el autor). El sistema del *copyright*, en cambio, se conforma con un nivel de originalidad inferior y exige sólo que la creación resulte de un esfuerzo personalizado: en suma, que no se haya copiado.

En algunos casos (programas de ordenador, bases de datos, fotografías), el llamado "sistema de derecho de autor" ha acabado aceptando esta originalidad "de bajo nivel". Las dificultades prácticas asociadas al requisito de originalidad han llevado a decir que se trata de un concepto "de geometría variable" (en función del tipo o categoría de obras) y, en última instancia, a remitirlo al análisis de los casos concretos. En la práctica puede ser delicado decidir cuándo hay originalidad y cuándo no. Sobre todo si el margen para la creación es escaso (por la limitación del espacio, la brevedad, la funcionalidad...).

La tecnología digital, como todo cambio tecnológico, ha dado lugar a nuevos tipos de obras. Además, Internet pone al alcance de todas las personas obras tradicionales en un medio nuevo. Cuando navegamos por Internet encontramos, por ejemplo, pintura, escultura, fotografía, planos, texto, imagen en movimiento, música... Poca novedad, por lo tanto, con respecto a contenidos. El cambio está, sobre todo, en el medio (cómo circula, cómo se reorganiza, cómo se presenta...). Conviene fijarse, sin embargo, en dos tipos de obras –las dos básicamente funcionales– singularmente importantes en este nuevo medio: los programas de ordenador y las bases de datos, que tendremos ocasión de examinar más adelante. A éstas se tendría que añadir una categoría imprecisa pero muy utilizada: las obras multimedia.

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

La cuestión principal es cómo calificar jurídicamente aquellas creaciones que se presentan tanto en soportes físicos (el típico CD-ROM) como virtuales (una página web). ¿Son productos u obras? Y en este último caso, ¿de qué tipo: audiovisuales, programas de ordenador, bases de datos, pinturas, esculturas, obras literarias...? ¿Qué régimen jurídico les aplicaremos? Posiblemente, sólo hay una única respuesta: múltiple.

Cada obra contenida en la obra multimedia tendrá su propio régimen de protección (según la categoría de obra que se trate), y la obra multimedia en su conjunto –si es obra– será una obra compuesta y a menudo colectiva (a no ser que se trate del resultado de un esfuerzo individual, o de un trabajo en colaboración). A pesar de que el TRLPI no menciona explícitamente las obras multimedia, sí lo hace el Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual (art. 14.o), Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo.

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

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

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

#### Obra original

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

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

#### La creación

La obra está protegida desde su creación, independientemente de su mérito artístico, su valor en el mercado y/o que esté registrada o no.

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

#### ¿Hacer o crear?

La jurisprudencia española ha negado en repetidas ocasiones la condición de autor o coautor a la persona que hace una aportación meramente técnica (y no creativa) en la realización de la obra: la persona que mecanografía un escrito que dicta el autor, el ceramista que sigue las indicaciones del escultor o el fotógrafo de productos para catálogos de supermercado. Dicho de otro modo, con la precisión técnica –por muy compleja, excelente y valiosa que sea– no basta para otorgar la condición de autor. Tiene que haber un *input* creativo.

### 1.2.2. Inexistencia de formalidades. Protección automática

Una vez establecido que una expresión formal de la creatividad humana es original, no se pregunta nada más. El derecho de autor nace por el solo hecho de su creación (art. 1 TRLPI). No se exigen formalidades o trámites. Ciertamente, hay un símbolo para indicar la reserva de derechos: © (art. 146 TRLPI), y un Registro de la Propiedad Intelectual (art. 144 y 145 TRLPI). Pero ni los símbolos ni el registro son obligatorios, ni condicionan la protección.

#### El registro de la PI

Registrar la obra es prueba de su originalidad y autoría.

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

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

### 1.2.3. Obras y prestaciones

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

Los derechos afines, sin embargo, son una categoría muy heterogénea. En España, se distingue entre obra fotográfica y "mera" fotografía. En toda la UE, se protege al editor de las obras inéditas en el dominio público y se ha añadido otro derecho nuevo, diferente de los derechos afines: el derecho *sui generis* sobre las bases de datos (que tendremos ocasión de examinar más adelante). En el ámbito internacional, se plantean maneras para proteger el folclore.

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

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

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

Últimamente, la OMPI está valorando ofrecer algún tipo de protección *sui generis* al folclore (el conocimiento y las expresiones culturales tradicionales). Hablamos de canciones populares, cuentos, vestidos, remedios tradicionales, etc. Normalmente, estos productos ya están protegidos por la propiedad intelectual, pero muy a menudo se encontrarían en el dominio público. Las comunidades indígenas piden algún tipo de protección que les



permita impedir (más allá del derecho de autor) que terceros utilicen estos bienes (o se apropien de ellos). Podéis encontrar más información sobre la protección del folclore en el web de la OMPI: <http://www.wipo.int/tk/es/>.

### 1.3. El sujeto: autores y titulares

La creación es un hecho, y el autor es la persona física que crea (véase el art. 5.1 TRLPI: "Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica.")

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

Ahora bien, de acuerdo con el art. 5.2 TRLPI, también las personas jurídicas pueden tener derechos y beneficiarse de la protección legal (por ejemplo, la obra colectiva del art. 8 TRLPI); pueden ser titulares, pero nunca autores. A pesar de todo, el principio de autor/persona natural no es nada pacífico. Nuestra propia ley, al parecer, en flagrante contradicción con el art. 5 TRLPI, ha admitido de forma expresa la autoría de las personas jurídicas en el caso de los programas de ordenador (art. 97 y 98.2 TRLPI).

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

#### 1.3.1. Regímenes de pluriautoría

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

##### a) La obra en colaboración

Si la obra es el resultado unitario de la colaboración de diferentes autores, se llamará obra en colaboración (art. 7 TRLPI). Se trata de la forma normal y natural de la coautoría. No siempre todos los coautores participan en la creación de la obra de la misma manera, e incluso se podría dar el caso de que uno de ellos asuma un papel de liderazgo o coordinación. Ni siquiera es necesario que los autores se encuentren en un mismo espacio y tiempo para crear la obra; sí que hace falta, sin embargo, una mínima colaboración conceptual en la creación de una obra conjunta y común; de lo contrario, se trataría de una obra compuesta.

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

## b) La obra colectiva

Se trata de una forma organizativa de gran importancia práctica, aunque bastante conflictiva. Según el art. 8 TRLPI:

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

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

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

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

## c) La obra compuesta

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

### 1.3.2. Titularidad

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

#### Ejemplos de obra en colaboración

Como muestra, podríamos aludir a una escultura creada por dos autores, la letra y música que forman una canción, etc.

La obra pertenece a todos los coautores, según las proporciones que pacten entre ellos. Si no pactan nada, se aplican las normas de la comunidad de bienes del Código civil: se entiende que participan a partes iguales (art. 393 CC), a menos que se pueda demostrar que sus contribuciones fueron en proporción diferente (art. 1689 CC).

#### Ejemplos de obra colectiva

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

#### Ejemplos de obra compuesta

Son ejemplos de obras compuestas: la musicalización de poemas de otro autor, la traducción, etc.

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

#### **Presunción de cesión a favor del empresario**

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

La identificación de los titulares y de los derechos afectados siempre ha sido importante. Pero deviene crucial, vista la dislocación de las estructuras tradicionales en Internet. Cualquier persona (industria potente, industria pequeña o persona física...) y en cualquier lugar del mundo, puede necesitar obtener derechos (autorización) sobre cualquier obra o prestación para las finalidades más dispares.

Establecer canales ágiles con los titulares es básico para la efectiva protección de la propiedad intelectual en el mundo digital. Es de esperar que la tecnología facilite las vías (véanse, por ejemplo, las licencias Creative Commons o los EULA). También las entidades de gestión colectiva facilitan gradualmente la obtención de licencias en línea.

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

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

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

(Art. 2 TRLPI)

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

### **1.4.1. Derechos morales**

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

#### **a) Divulgación**

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

#### **b) Anonimato**

Relacionado con el derecho de divulgación y a manera de puente con el siguiente en la lista, el autor también es quien decide si la divulgación "ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente" (art. 14.2 TRLPI).

#### **c) Atribución**

El autor tiene derecho a exigir ser reconocido como tal en todo momento y circunstancia.

#### **d) Integridad**

El autor puede "exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella", siempre que "suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación" (art. 14.4).

#### **e) Modificación**

El autor puede modificar la obra, aunque "respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural" (art. 14.5).

#### **f) Arrepentimiento (Retirada del mercado)**

El autor puede decidir retirar la obra del mercado. Pero el ejercicio de este derecho moral está sujeto a ciertas cautelas para proteger intereses de terceros y evitar abusos. En primer lugar, ha de haber un "cambio de sus convicciones intelectuales o morales"; en segundo lugar, el autor tiene que indemnizar a los

titulares de los derechos de explotación por los daños y perjuicios causados y, además, ha de hacerlo previamente; en tercer lugar, si más tarde el autor decidiera reanudar la explotación de la obra, "deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias" (art. 14.6).

### g) Acceso

El último derecho moral reconocido en el TRLPI es de carácter instrumental. El autor podrá "acceder al ejemplar único o raro de la obra cuando se halle en poder de otro" pero siempre "en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, a quien se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen" (art. 14.7).

El reconocimiento del derecho moral del autor es uno de los aspectos que tradicionalmente han distinguido el sistema del derecho de autor y el sistema de *copyright*, que sólo reconoce derechos económicos. En estos últimos sistemas, los intereses "morales" del autor/titular tienden a ser protegidos mediante figuras ajenas al derecho de autor; por ejemplo, el derecho al nombre, la competencia desleal, etc. Gradualmente y por motivos diversos, la protección de los derechos morales está siendo formalmente introducida en las leyes del *copyright*.

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

El derecho de divulgación sobrevive al autor, pero sólo por tiempo limitado (setenta años) y, además, debilitado, pues cabe forzar la divulgación por razones de interés cultural (art. 40 TRLPI). Por otra parte, aunque, en rigor, los derechos de atribución e integridad también mueren con el autor, se establecen mecanismos para la defensa de tales bienes o intereses: ambos constituyen el "núcleo duro" del derecho moral. La defensa de estos "derechos" queda a cargo de la persona que haya designado el propio autor y, en su defecto, de sus herederos. En última instancia, la asumirán el Estado, comunidades autónomas, corporaciones locales e instituciones públicas de carácter cultural (art. 16 TRLPI).

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

## 1.4.2. Derechos exclusivos de explotación

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

### 1) Entre uso y explotación

En principio, la propiedad intelectual atribuye al autor el monopolio sobre los actos de explotación de su obra; en cambio, no lo hace sobre los actos de mero uso. El autor, o quien tenga por cesión los derechos correspondientes, puede

#### Derechos morales en Internet

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

impedir que editemos un libro, pero no que lo leamos. El mero uso carece de intención lucrativa y, normalmente, es privado. La explotación, en cambio, suele perseguir un beneficio económico y siempre tiene carácter público.

## 2) Entre derechos de explotación y derechos de simple remuneración

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

Los llamados derechos de explotación son manifestación directa de la idea de propiedad, permitiendo al autor autorizar y/o prohibir la explotación de su obra, y constituyen el núcleo de los derechos patrimoniales.

El artículo 17 TRLPI señala:

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

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

### Derecho de colección

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

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

### a) Derecho de reproducción

#### Modalidades de explotación

Existen, por lo demás, diversas "modalidades de explotación". Así, por ejemplo, el cine y la televisión se basan en los mismos derechos (reproducción y comunicación pública), pero son modalidades de explotación (mercados) diferentes. Un ensayo breve se puede publicar en una revista o como libro. Los derechos afectados (reproducción y distribución) son los mismos, pero se trata de modalidades de explotación diferentes.

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

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

#### Ejemplos de reproducción

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

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

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

El concepto de reproducción se ha amoldado a los tiempos y se ha concretado, en el ámbito europeo, en la Directiva de derechos de autor y afines en la sociedad de la información (art. 2 DDASI): "la reproducción directa o indirecta, temporal o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma".

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

El artículo 18 incluye, pues, en el concepto de reproducción tanto las copias provisionales como las permanentes. Respecto a estas últimas, el artículo 31.1 TRLPI recoge un límite introducido por el art. 5.1 de la Directiva DDASI, que autoriza directamente la realización de "**copias técnicas y transitorias**". Este límite es fundamental en Internet.

Al navegar por Internet y consultar diferentes páginas (*browsing*) es indudable que se realizan varias copias: en nuestro ordenador tiene lugar, como mínimo, una reproducción en la memoria RAM (y, a menudo, también en el disco duro), además de las múltiples copias que se producen en los diferentes *routers* por los que transitan los paquetes (de bits) que hacen posible la recepción/visualización de los contenidos, e incluso de las copias de páginas webs de uso frecuente que permiten hacer más ágil la prestación del servicio. Nos referimos al almacenamiento de estas copias como *caching*, y puede tener lugar en nuestro ordenador (caché local o de cliente) o en el servidor (*proxy caching*).

No hay ninguna duda de que el *browsing* y el *caching* (tanto de cliente como *proxy*) comportan la realización de copias y, por lo tanto, afectan al derecho de reproducción del titular de las obras de las páginas web visitadas. Esta afirmación es especialmente cierta a la vista de la amplia definición del derecho de reproducción que hace el artículo 18 TRLPI.

No obstante, ambos tipos de actos (*browsing* y *caching*) pueden quedar excluidos del monopolio del autor si cumplen los requisitos previstos en la excepción del art. 31.1 TRLPI (*ex art.* 5.1 DDASI).

### Las "copias técnicas"

En concreto, quedan directamente permitidos por ley los actos de reproducción que cumplan unas determinadas condiciones:

- que se trate de "actos de reproducción provisional";
- que no tengan "por sí mismos [...] una significación económica independiente";
- que sean "transitorios o accesorios";
- que "formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico";
- y que su "única finalidad consista en facilitar bien una transmisión (de una obra o prestación protegida) en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita (de una obra o prestación protegida); entendiéndose por tal la autorizada por el autor o por la ley".

Con el fin de facilitar la tarea interpretativa (y evitar una mayor inseguridad jurídica), el considerando 33 DDASI dice expresamente que el *browsing* y el *caching* quedan incluidos dentro de esta excepción (prevista en el art. 5.1 DDASI) siempre y cuando cumplan con las condiciones de la misma. Señala el considerando 33 que "en la medida en que cumplan estas condiciones, la excepción mencionada debe cubrir asimismo los actos que permitan hojear o crear ficheros de almacenamiento provisional, incluidos los que permitan el funcionamiento eficaz de los sistemas de transmisión, siempre y cuando el intermediario no modifique la información y no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida o utilizada por el sector con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información".

De esta manera, se excluyen (siempre y cuando cumplan con los requisitos del art. 31.1 TRLPI) las copias caché, tanto por parte de los usuarios como de los servidores e intermediarios de Internet, así como las copias que se almacenan en la memoria RAM del ordenador al visitar páginas web (cons. 33 DDASI).

## b) Derecho de distribución

Según el art. 19 TRLPI:

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

### Browsing y caching

Al navegar por Internet y consultar diferentes páginas (*browsing*) se realizan varias copias. Como mínimo, una reproducción en la memoria RAM de nuestro ordenador (a menudo, también en el disco duro), además de las múltiples copias que tienen lugar en los diferentes *routers* por los que transitan los paquetes (de bits) que transportan los contenidos visitados, e incluso de las copias de páginas webs de uso frecuente que permiten hacer más ágil la prestación del servicio. Nos referimos al almacenamiento de estas copias como *caching*, ya sea en nuestro ordenador (caché local o de cliente) o en el servidor (*proxy caching*).



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

### ¿Distribución en línea?

El concepto de distribución parece desdibujarse un poco en el ciberespacio. Normalmente se dice que un sitio web "distribuye" música. O que las bibliotecas virtuales "distribuyen" artículos y otros materiales. Pero se trata de una manera de hablar. En realidad, no hay distribución sin ejemplares físicos. En otros países, por ejemplo, en los Estados Unidos de América, se puede hablar de distribución en línea porque este derecho no se restringe a los ejemplares tangibles.

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

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

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

### c) Derecho de comunicación pública

Según el art. 20.1 TRLPI:

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

La definición se completa en negativo:

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

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

Las características esenciales que configuran la comunicación pública (y la distinguen de la reproducción y la distribución) son tres:

#### Ejemplos de distribución

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

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

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

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

"La puesta a disposición del público de obras por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija."

#### **"Interactividad"**

La definición de esta modalidad de explotación exige un elemento de interactividad (que el usuario pueda elegir qué obra o prestación escucha –*streaming*– o descarga –*download*–); esta interactividad es el elemento que la caracteriza y distingue del resto de las modalidades de comunicación pública recogidas en el art. 20.2 TRLPI. No todo acto de explotación que se realice por Internet se califica bajo esta modalidad; por ejemplo, una transmisión de radio o TV por Internet (*webcasting* o *simulcasting*) es un acto de transmisión por cable (art. 20.2(e) TRLPI).

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

- Este derecho **no cubre las comunicaciones privadas**, con la consiguiente dificultad de delimitar entre privado y público en Internet.

#### **Público "indeterminado y considerable"**

El TJUE ha tenido ocasión de interpretar el concepto de "público" en sentido amplio, incluida la recepción de obras y prestaciones emitidas por radio o TV al público "indeterminado y considerable" que de manera sucesiva utiliza las habitaciones privadas de hotel, balnearios u hospitales; vid. sentencias TJUE en los casos SGAE v. *Rafael Hoteles*

#### **Ejemplo**

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

#### **"Colgar" en Internet**

El acto de "colgar" en Internet (poner un contenido a disposición del público) es un acto de comunicación pública –siempre que el contenido colgado esté protegido.

(C-306/05), *PPL v. Ireland* (C-162/10), *Reha training v. GEMA* (C-117/15). En todos estos casos, el Tribunal valoró muy especialmente la actuación indispensable del operador (hotel, balneario, hospital) al hacer posible que la emisión llegue a un "público nuevo", como también las implicaciones económicas de ofrecer este servicio en las habitaciones (lo cual tiene un impacto positivo en la categoría y atractivo del establecimiento y, por lo tanto, les permite cobrar más por ellas). En cambio, no hay comunicación al público cuando la emisión radiofónica se recibe en la sala de espera de un dentista dado que ni los pacientes pueden elegir la música que se oye, ni tiene implicaciones económicas en la actividad profesional del dentista (*SCF v. Del Corso*, C-135/10).

- **No hay agotamiento en el ámbito comunitario** (art. 3.3 DDASI), a diferencia de lo que ocurre con el derecho de distribución.

#### d) Derecho de transformación

Se entiende por transformación cualquier modificación formal de una obra "de la que se derive una obra diferente" (art. 21.1 TRLPI).

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

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

#### e) *Linking* y *framing*: ¿Enlazar como acto de explotación?

Los **enlaces o vínculos** son una herramienta imprescindible en Internet; de hecho, constituyen su arquitectura básica. Hay diversos tipos de enlaces posibles en Internet. Los enlaces HREF (*hypertext reference link*) son enlaces directos de una página a otra, que también se conocen como *enlace de hipertexto* o *hipervínculo* que remiten al usuario a la página de la dirección URL indicada en el enlace. De entre los enlaces HREF, tenemos que distinguir los normales y los acoplados o enmarcados (también llamados *framing*) que muestran la página enlazada dentro de la misma página que contiene el enlace.

Poco pacífica es la cuestión de si la simple introducción (en una página web) de un enlace a la página (o sitio) web de Internet donde se encuentra ubicada la obra enlazada supone un acto de reproducción y/o de comunicación pública de esta obra. La jurisprudencia internacional está trabajando con dos mecanismos para justificar la realización de enlaces a contenidos lícitamente disponibles en Internet y en abierto:

- La existencia de una licencia implícita: enlazar a contenidos ajenos en Internet constituye un acto de comunicación pública, pero cuando un autor o titular "cuelga" su obra o prestación en Internet de forma abierta (sin

#### Los artistas y el derecho de comunicación pública

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

#### Ejemplo

La propia norma cita como ejemplos los casos de la traducción y de la adaptación (por ejemplo, se lleva al cine una novela o una obra teatral). No hay transformación cuando simplemente cambia el soporte (pasar de papel a formato electrónico o de cinta a CD).

utilizar mecanismos para restringir el acceso o impedir su indexación), está autorizando a que se enlace a ella desde otras páginas.

- La inexistencia de comunicación pública: enlazar a contenidos que están lícitamente accesibles en Internet y en abierto no constituye un acto de explotación porque no existe un "público nuevo" al que se dé acceso a la obra (el público con potencial acceso a la obra es el mismo que ya tuvo presente el autor o titular al colgarla en abierto, sin restricciones de acceso).

### Los enlaces acoplados (*framing*)

Ahora bien, el caso de los enlaces acoplados y del *framing* presentan ciertas particularidades. En rigor, la técnica es la misma que en los enlaces normales (copiar la dirección URL del contenido o de la página enlazada), pero, a efectos jurídicos, el significado puede ser muy diferente.

Los acoplamientos pueden ser considerados como un acto de comunicación pública (e incluso, posiblemente, de transformación) de la obra acoplada, distinto de la comunicación pública en la página original, ya que mientras los enlaces HREF dirigen al usuario a una página web (más o menos profunda) donde el contenido se muestra tal como lo ha diseñado su titular, los enlaces acoplados presentan al usuario contenidos ajenos en contextos distintos del diseñado (o autorizado) por su titular. Teniendo en cuenta que el criterio de originalidad recogido en la LPI es "de mínimos", sería posible defender que el acoplamiento o el enmarcado de una página web origine una nueva obra que debe ser autorizada por el titular de la obra transformada (art. 21 TRLPI).

a) **La licencia implícita:** la provisión de enlaces puede entenderse implícitamente autorizada por el titular cuya obra ha sido lícitamente (con su consentimiento) puesta a disposición del público en Internet. En otras palabras, al colgar su obra en Internet en régimen de libre acceso, el titular implícitamente acepta que ésta sea objeto de enlaces desde otras páginas web, sin necesidad de contar con su autorización expresa (y específica).

La jurisprudencia también recurre en diferentes ocasiones a la doctrina de la **licencia implícita** para autorizar los enlaces a obras puestas lícitamente a disposición del público en Internet sin prohibirlos expresamente (por ejemplo, sin utilizar medidas de exclusión que impidan la indexación), siempre que no se cause un perjuicio a los intereses económicos del autor/titular y que no constituyan actos de competencia desleal. La doctrina de la licencia implícita ha sido una de las defensas (y de las estrategias) más utilizadas por Google para defender el funcionamiento de su motor de búsqueda.

### La doctrina de la licencia implícita en la jurisprudencia internacional

En la jurisprudencia internacional se ha recurrido a la doctrina de la licencia implícita en diversas sentencias significativas. Así, en Estados Unidos, hay que destacar el caso *Perfect 10, Inc. vs. Amazon.com, Inc.* (508 F.3d 1146, 9th Cir. 2007); en Francia, el caso *Société des Auteurs des Arts Visuels et de l'Image Fixe (SAIF) vs. Google France and Google Inc* (Tribunal de Gran Instancia de París, 20 de mayo de 2008; Tribunal de Apelación de París, 26 de enero de 2011), y en Alemania, el caso *Vorschaubilder* (BGH I ZR 69/08, 29 de abril de 2010), en el que, si bien el tribunal rechazó expresamente que hubiera una "licencia" implícita, concluyó a favor de la existencia de un "consentimiento" implícito a la indexación por motores de búsqueda y, sobre la base de los principios contractuales de la buena fe y del abuso del derecho, rechazó que el titular de los contenidos pudiera posteriormente impedir su indexación.

**Robots Exclusion  
Standards Protocols**

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

En cambio, en Bélgica, el caso *Copiepresse* negó la existencia de la licencia implícita recordando que el régimen de propiedad intelectual no se ejerce por "oposición", (*opt-out*), sino mediante autorización previa y expresa.

**b) La inexistencia de comunicación pública.** Tras las recientes decisiones del TJUE en los casos *Svensson* y *Meltwater*, ha preferido la otra vía: que enlazar a contenidos libremente accesibles en línea no supone un acto de comunicación pública, al no existir un público nuevo.

Ciertamente, el caso que más eco ha tenido en relación con los enlaces en Internet ha sido la sentencia del TJUE, de 13 de febrero de 2014: en el caso *Svensson* (C-466/12).

### El caso *Svensson*

Varios periodistas suecos –entre ellos *Svensson*–, autores de varios artículos de prensa de libre acceso publicados en el web del periódico *Göteborgs-Posten*, demandaron a la empresa *Retriever Sverige*, por gestionar un servicio de Internet que facilita a sus clientes (previo pago) enlaces a artículos publicados en la red (entre ellos los de los demandantes) sin haber obtenido de los periodistas afectados la autorización para realizarlos. El tribunal sueco planteó una cuestión prejudicial al TJUE para saber si tales enlaces constituían un acto de comunicación al público en el sentido del artículo 3 de la DDASI.

En la sentencia, el TJUE estima que el hecho de facilitar enlaces que conducen a obras protegidas constituye un acto de comunicación (la puesta a disposición del público de una obra de tal forma que éste pueda acceder a ella, aunque no haga uso de esta posibilidad) y que puede considerarse que los usuarios potenciales de la página gestionada por *Retriever Sverige* son público (dado que se trata de un número indeterminado y considerable de destinatarios). Sin embargo, una vez hecha esta afirmación, el TJUE recuerda que la comunicación debe estar dirigida a un público nuevo, es decir, a un público que no haya sido tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial. Según el Tribunal, en este caso no existe un "público nuevo", porque los artículos del *Göteborgs-Posten* estaban libremente accesibles y, por lo tanto, los usuarios de *Retriever Sverige* son parte del mismo público que ya fue tomado en consideración por los periodistas cuando autorizaron la publicación de sus artículos en el *Göteborgs-Posten*. E incluso añade que es irrelevante si, al hacer clic sobre el enlace, los internautas tienen la impresión de que la obra se muestra en el web de *Retriever Sverige*, cuando en realidad procede (está colgada) en el del *Göteborgs-Posten*, zanjando así la cuestión sobre la distinción entre enlaces profundos o incluso el *framing*.

Posteriormente, otros casos han permitido al TJUE confirmar y perfilar los criterios adoptados en la sentencia *Svensson*.

A modo de resumen: enlazar a contenidos lícitamente disponibles en línea no es un acto de comunicación al público (*Svensson* C-466/12), a pesar de que se haga a través de la técnica del *framing* (*Bestwater* C-348/13), dado que las obras enlazadas no llegan a un "nuevo público" diferente del que se consideró al hacer la comunicación originaria (aquí, el TJUE usa el mismo concepto que había sido determinante para confirmar la comunicación al público en habitaciones privadas), ni se usa una modalidad tecnológica diferente de la originalmente utilizada.

En cambio, cuando se enlaza a contenidos que han sido ilícitamente "colgados" en Internet, sin autorización del titular, habrá que distinguir si el enlace se hace con finalidades lucrativas o no: cuando el enlace se realiza con fines de lucro, se presumirá que la persona que enlaza conoce que los contenidos enlazados eran ilícitos y, por lo tanto, está haciendo un acto de comunicación al público que –al no estar autorizado– constituye infracción; cuando el enlace se realiza sin fines de lucro, tendremos que valorar (para decidir si el enlace constituye un acto de comunicación al público y, por lo tanto –a falta de autorización– una infracción) si la persona conocía o podía conocer "razonablemente" el carácter ilegal de la publicación o no (*GS Media* C-160/15).

## Los enlaces en la jurisprudencia española

Aunque inicialmente los tribunales españoles, tanto civiles como penales, eran reticentes a considerar los enlaces como actos de comunicación pública y, si no habían sido autorizados, como infracción, a raíz de la jurisprudencia del TJUE, han acabado aceptándolo así. Véase, por ejemplo, entre los casos civiles iniciales, AP Barcelona (Sec. 15) de 7 de julio de 2011 ([indice-web.com](http://indice-web.com)); AP Barcelona (Sec. 15) de 24 de febrero de 2011 ([Elrincondejesus.com](http://Elrincondejesus.com)), rechazando que el enlazar a contenidos infractores almacenados en otro servidor constituyera un acto de comunicación pública, aunque en este último caso, el Tribunal ya distinguió los enlaces a "descargas directas" como posible contribución a la infracción; entre los casos penales, véase SAP Barcelona (Sec. 7) de 22 de diciembre de 2005 (todocarátulas) y los autos de la AP Madrid (Sec. 2) de 11 de septiembre de 2008 (Sharemula) y (Sec. 1) de 15 de marzo de 2011 (edonkeymania). Entre las sentencias más recientes (post-*Svensson*) que confirman el enlace a contenidos infractores como acto de comunicación pública, véanse las sentencias de la AP Valencia (Sec. 4) de 20 de enero de 2014 (Divxonline), AP Castelló (Sec. 1) de 12 de noviembre de 2014 (bajatedetodo) y AN (Cont.-Adm.) de 17 de octubre de 2014 (elitetorrent).

Para más detalle, podéis ver el blog del prof. Peguera: <https://responsabilidadinternet.wordpress.com/>.

### La academia toma partido

Antes y después del caso *Svensson*, la doctrina ha tomado partido haciendo llegar al TJUE varios *amicus briefs* que exponían sus consideraciones. Un informe de la European Copyright Society considera que los enlaces no son actos de comunicación pública:

[http://www.ivir.nl/news/European\\_Copyright\\_Society\\_Opinion\\_on\\_Svensson.pdf](http://www.ivir.nl/news/European_Copyright_Society_Opinion_on_Svensson.pdf)

En cambio, la ALAI considera los enlaces actos de comunicación pública, en contra del concepto de *nuevo público* y a favor de la combinación de límites y licencias implícitas:

<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>

### Enlazar va más allá del derecho de autor

Finalmente, hay que tener en cuenta que la problemática de enlazar no sólo afecta al derecho de autor; también tiene implicaciones en otros campos como, por ejemplo, las marcas, el derecho de la competencia, la imagen, el honor, etc.

### 1.4.3. Derechos de remuneración

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

Su contenido es más limitado: sólo atribuyen al autor el derecho a recibir una compensación económica, pero no puede autorizar o prohibir los usos correspondientes, como es el caso de los derechos de explotación, que tienen el carácter de exclusivos. Autorizar o prohibir: ésta es la esencia de la exclusividad.

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

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

## Ejemplos de derechos de remuneración

Algunos ejemplos de derechos de remuneración son:

- el derecho de participación de los artistas plásticos (*droit de suite*) (art. 24 TRLPI - según redacción otorgada por Ley 3/2018 y Ley 2/2019).
- el derecho de remuneración por alquiler de fonogramas y grabaciones audiovisuales (art. 90.2 TRLPI);
- el derecho de remuneración por copia privada: el autor no la puede impedir (art. 31.2 TRLPI), pero la ley le reconoce el derecho a una compensación económica (art. 31.2 y 25 TRLPI).
- el derecho de remuneración por la puesta a disposición del público en Internet de obras audiovisuales (art. 90.4 TRLPI).

### Autores y artistas

Algunos de estos derechos de remuneración también se otorgan en favor de los artistas intérpretes y ejecutantes.

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

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

### 1.5.1. Los límites temporales: la duración

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

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

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

### Los derechos conexos

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

### 80 años *pma*

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

### 1.5.2. Los límites sustantivos: las excepciones

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

Con las excepciones al monopolio del autor, se trata normalmente de asegurar intereses generales como la educación, el acceso a la cultura, la libertad de información y crítica y la libre competencia. Huelga decir que estos límites sustantivos o excepciones constituyen un motivo constante de fricción entre los diferentes colectivos de titulares y usuarios y una fuente importante de litigios: a menudo separan el uso lícito de la infracción. A pesar del nombre, las excepciones constituyen un aspecto fundamental del sistema de protección de la propiedad intelectual y vienen justificadas por derechos y libertades individuales.

#### La armonización del sistema de límites en la UE

La Directiva (art. 5 DDASI) establece una lista de excepciones con carácter exhaustivo, de manera que, en principio, no podría haber más excepciones que las allí previstas. No obstante, salvo una excepción obligatoria (art. 5.1 DDASI), las otras excepciones recogidas son un elenco de posibilidades: tendrán que ser los Estados los que decidan qué excepciones admiten y cuáles rechazan. Por lo tanto, poca armonización cabía esperar. Además, con el tiempo, el carácter exhaustivo de esta lista ha quedado ya superado por la incorporación de nuevos límites con posteriores directivas: para las obras huérfanas, las personas con discapacidad visual y, más recientemente, con los nuevos límites de la Directiva DAMUD (2019).

En la armonización del sistema de límites en la UE, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) ha jugado un papel muy activo, armonizando la interpretación de estos límites e incluso profundizando en el nivel de armonización alcanzado por las directivas.

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

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

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

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

#### La Directiva (UE) 2019/719

La Directiva (UE) 2019/719 establece cuatro límites que deberán ser obligatoriamente adoptados por los Estados miembros en favor de **la minería de datos (art. 3), la educación en línea (art. 5), la preservación cultural (art. 6) y el uso de obras fuera de comercio por parte de bibliotecas (arts. 8, 9 y 10)**. Al no estar todavía transpuestos al TRLPI no son objeto de estudio en este módulo, pero es recomendable consultar su contenido.



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

#### Press-clipping

El autor del artículo periodístico se puede oponer y reservarse el derecho de prohibir o autorizar esta actividad. Si no se opone, el *press-clipping* queda autorizado por ley y el autor tiene derecho a ser compensado económicamente.

#### Dossier de prensa

Con la reforma de la Ley 2/2019, se introduce la necesidad de obtener autorización del titular de derechos sobre un artículo periodístico aislado para reproducirlo, distribuirlo o comunicarlo al público en un dossier de prensa (art. 32.1-III TRLPI), excluyendo, pues, su consideración de cita.

- La Ley 21/2014 introdujo la llamada "tasa Google", que todo sea dicho, no es tasa ni afecta solo a Google. Consiste en un nuevo límite en el artículo 32.2 del TRLPI que autoriza a los **agregadores y los motores de búsqueda** a enlazar a las páginas de noticias de Internet, a cambio del pago de una remuneración equitativa –en el caso de los primeros– y de forma gratuita –en el caso de los segundos. Esta disposición puede verse afectada por la transposición del derecho conexo que se reconoce a los editores de prensa para controlar los usos digitales de sus publicaciones de prensa durante dos años (art. 15 Directiva DAMUD).

#### Google News cierra

Poco después de que la reforma fuera aprobada, Google News cerró el servicio de agregación de noticias en España. Los diarios reconocieron la pérdida de visitantes (un 30% para los diarios grandes, miembros de AEDE, y un porcentaje muy superior en el caso de los diarios pequeños), y las noticias continúan siendo accesibles con el buscador "normal" (Google y otros).

#### Art. 15 Directiva 2019/790/UE

El art. 15 Directiva 2019/790/UE obliga a los Estados miembros a reconocer un nuevo derecho conexo a los editores de prensa, que les permita autorizar o prohibir la agregación en línea de publicaciones de prensa por parte de los proveedores de servicio de la sociedad de la información (léase Google News o Menéame en el plano español). Veremos cómo es objeto de transposición por el legislador español.

### b) Excepciones en favor de la libertad de expresión

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

- **La cita** (art. 32.1 párrafo 1.º TRLPI). El comúnmente llamado derecho de cita presenta algunos aspectos seguros y otros sumamente conflictivos. Son seguras la exigencia de divulgación (no se puede citar obras no divulgadas) y el respeto a la atribución (hay que citar el autor y también la fuente). Debe tratarse de fragmentos, excepto en el caso de fotografías y obras plásticas. Las dudas, en cambio, son enormes cuando se habla de inclusión "a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico", y todavía más cuando se añade que la utilización sólo podrá realizarse "con fines docentes o de investigación". Obviamente, esta precisión final restringe enormemente el espacio para la cita, porque parece que si el análisis, comentario o juicio crítico no se producen en el marco de la docencia o la investigación, no serán lícitos. Por lo tanto, si no se quiere dejar en nada este límite, no queda más remedio que hacer una interpretación flexible de los términos docencia e investigación.
- **La parodia** (art. 39 TRLPI). Se recoge aquí una de las excepciones más notables a los derechos del autor, tanto en extensión e intensidad (porque abarca el derecho de transformación) como en la dificultad de delimitar qué se entiende por parodia. Está permitida, sin autorización del autor, la parodia de cualquier obra que no haya sido divulgada lícitamente mientras no se cause perjuicio ni al autor ni a la obra original, ni haya riesgo de confusión con ésta. La parodia no siempre será humorística ni irá necesariamente dirigida a parodiar la obra o al autor utilizado (es la llamada parodia indirecta o *weapon*). El objetivo principal del límite de parodia es asegurar, precisamente, los mismos derechos fundamentales que justifican el derecho de autor: la libertad de creación y de expresión.

#### Caso Deckmyn

El TJUE, en la sentencia de 3 de septiembre de 2014 (C-201/13) hace una interpretación muy amplia y flexible del límite de la parodia (en el sentido recogido en el art. 5.3.k DDASI) y confirma la parodia "indirecta".

### c) Excepciones en favor de la docencia o la investigación

Aquí se incluye alguna ya conocida (la cita) junto con otras nuevas:

- **La cita (art. 32.1 párrafo 1.º TRLPI)**. La posibilidad de citar obras ajenas divulgadas se justifica en nuestro derecho por la presencia de finalidades docentes o de investigación.

- **Reproducción con fines de investigación y de conservación (art. 37.1 TRLPI).** Los museos, bibliotecas, fonotecas, hemerotecas y archivos de titularidad pública o que, incluso sin serlo, estén integrados en instituciones de carácter cultural o científico, podrán realizar libremente reproducciones "para fines de investigación", siempre sin ánimo de lucro.
- **Utilización de bases de datos para ilustración de la enseñanza o para investigación científica (art. 34.2, b TRLPI).** Éste es un límite incluido en nuestra ley con ocasión de la incorporación de la directiva sobre bases de datos. Su contenido y alcance no son de fácil determinación a partir de la letra de la ley, que acoge una formulación muy amplia. Se habla de utilización, término que puede incluir cualquier acto (reproducción, distribución, comunicación...). Las únicas restricciones derivan de la finalidad (enseñanza o investigación) y de la ausencia de un "objetivo comercial".
- **Utilización de "pequeños fragmentos" de obras para ilustración de la enseñanza por parte del profesorado de educación reglada (art. 32.2 TRLPI).** Se trata de una nueva excepción incorporada por la Ley 23/2006, de transposición de la DDASI, pero que ya nació insuficiente: solo cubría la educación reglada en contextos presenciales y con un alcance ("pequeños fragmentos") todavía más reducido que el "derecho de cita". La Ley 21/2014 amplía este límite por una doble vía: por un lado, para cubrir también la educación a distancia (incluida la educación en línea), y por otro, a los centros de investigación, siempre asegurando que tales usos de "pequeños fragmentos" se realizarán únicamente dentro del centro y que solo serán accesibles para los estudiantes o los investigadores del mismo.
- En el art.32.4 TRLPI, la Ley 21/2014 introduce un nuevo límite a favor de **universidades y centros públicos de investigación** para autorizar el **uso parcial de publicaciones** (un capítulo de libro, un artículo de revista, el 10% o extensión equivalente) a cambio de una remuneración equitativa, sujeta a gestión colectiva obligatoria.

### CEDRO y las universidades

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

De nuevo, se trata de una medida incompleta ya que solo afecta a las publicaciones y a las universidades—, que no toma ejemplo de los límites para fines educativos y de investigación existentes en otros países europeos, ni aprovecha el amplio margen de maniobra que ofrece el artículo 5.3.a) de la DDASI.

### Fines de conservación

La sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2014 (C-117/13), caso *Darmstadt v. Ulmer*, hace una interpretación amplia del alcance de este límite, al permitir la digitalización de obras disponibles (en soporte papel) en el catálogo de la biblioteca, aun existiendo versiones digitales de estas obras disponibles en el mercado, si "este acto de reproducción es necesario para poner tales obras a disposición de los usuarios, a través de terminales especializados, en los locales de esos establecimientos". Las copias escaneadas podrán también quedar sujetas a otros límites o excepciones: se podrán poner a disposición del público a través de terminales especializadas (art. 37.3 TRLPI) o incluso ser objeto de copia privada por parte de los usuarios (art. 31.2 TRLPI).

### CEDRO

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

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

- **Préstamo bibliotecario (art. 37.2 TRLPI).** La excepción afecta en este caso al derecho de distribución en su modalidad de préstamo. El elenco de beneficiarios es muy amplio, aunque está determinado en cuanto a "museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español".

Estas entidades no precisarán autorización de los titulares de derechos para los préstamos que realicen, pero deberán remunerar a los autores en la cuantía que se determine mediante real decreto, remuneración que se vehiculará por medio de las entidades de gestión.

### Remuneración por préstamo público

Tradicionalmente, la normativa española excluía la remuneración del autor. La Comisión Europea, sin embargo, condenó a España (y también a Italia, Irlanda y Portugal) por infracción de la normativa de la UE, al permitir el préstamo público de libros, etc., sin remuneración ni autorización de los titulares de derechos. La Ley 10/2007, de 22 de junio, de la Lectura, del Libro y de las Bibliotecas, introdujo esta remuneración a los autores por el préstamo público de sus obras, prevista en el art. 37.2 TRLPI. Se exime, sin embargo, de pagar esta remuneración a "los establecimientos de titularidad pública que presten servicio en municipios de menos de 5.000 habitantes, así como las bibliotecas de las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español" (art. 37.2).

El RD 624/2014, de 18 de julio, desarrolla el derecho de remuneración a los autores por el préstamo público. A partir del 2016, el cálculo de esta remuneración se realizará de la siguiente manera:  $0,004 \text{ €} \times \text{número de obras objeto de préstamo} + 0,05 \text{ €} \times \text{número de usuarios que han hecho uso efectivo del servicio de préstamo}$ . Los establecimientos de municipios con menos de 5.000 habitantes y las bibliotecas escolares quedan exentas de esta obligación de pago. Con ello, se pone fin a la cantidad provisionalmente prevista por Ley 10/2007 (de 0,20 € por ejemplar adquirido por la biblioteca para destinar al préstamo público) y a los regímenes transitorios previstos para el 2014 y 2015 en el propio RD 624/2014 (de 0,16 € por ejemplar).

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

### El problema de las obras huérfanas

Las obras huérfanas son uno de los principales escollos para la difusión en línea de las obras depositadas en museos, archivos y bibliotecas, y para la construcción de agregado-

### ¿Préstamo digital?

Formalmente, en la UE, el derecho de "préstamo" se configura como una modalidad del derecho de distribución y, por tanto, solo aplicable a través de ejemplares tangibles. Sin embargo, el TJUE ha matizado esta afirmación confirmando que el concepto de "préstamo" y, en especial, el límite de "préstamo público" (armonizados por Directiva 2006/115/CE) incluyen también los formatos de explotación digitales. Ved STJUE de 10 de noviembre de 2016, C 174/15 que admite el préstamo público de libros en formato digital: "cuando ese préstamo se realiza cargando dicha copia en el servidor de una biblioteca pública y permitiendo que el usuario interesado la reproduzca por descarga en su propio ordenador, entendiéndose que solo puede descargarse una copia durante el periodo de duración del préstamo y que una vez transcurrido ese periodo la copia descargada por ese usuario deja de ser utilizable por este".

### Registro en la EUIPO

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

res culturales como Europea (<http://www.europeana.eu>). La intención de la Directiva es buena, pero las medidas se quedan cortas. Actualmente, la ley autoriza a estas instituciones a escanear obras en su haber para fines de conservación, pero no para su difusión. Por lo tanto, cuando una institución cultural quiere escanear y colgar en su web una obra protegida incluida en su catálogo, necesita obtener la autorización de su autor o titular. Conseguir tal autorización es imposible cuando dicho autor o titular es desconocido o cuando, aun siendo conocido, no se le puede localizar. En tales casos, el cumplimiento de la Ley de propiedad intelectual se convierte en un impedimento para la difusión y el acceso cultural, e incluso frustra oportunidades de comercialización de tales obras.

Para superar este escollo, la Directiva autoriza a estos centros a digitalizar y colgar en Internet las "obras huérfanas" que tengan en sus colecciones, tras haber realizado sin éxito una "búsqueda diligente" del titular, salvaguardando la posibilidad de que este aparezca en cualquier momento y ponga fin a esta difusión. La habilitación legal, sin embargo, acaba aquí; no se permite ningún otro uso, de manera que quedan sin respuesta las opciones de explotación por parte de agentes en el mercado (tales como productores de cine o editores, pero también productores de documentales o editores escolares) interesados en utilizar tales obras –que normalmente son de gran valor informativo, histórico y cultural– para fines comerciales, educativos, informativos, etc.

En otros países –como, por ejemplo, el Canadá– se han habilitado mecanismos para la autorización gubernamental de tales usos en beneficio de todos: el autor o titular, el agente que realiza la explotación y, en general, la sociedad, que podrá conocer más fácilmente estas obras huérfanas. Algunas entidades de gestión ya trabajan para ofrecer algún tipo de licencia colectiva que cubra la explotación de aquellas obras que sean huérfanas y que no estén en su catálogo colectivo.

#### e) Excepciones en favor de personas con discapacidad (art. 31 ter TRLPI)

En este caso hay un objetivo inmediato: discriminar positivamente a quienes sufren una discapacidad y facilitar la creación de vías específicas para el disfrute de las obras. Así, el art. 31 ter permite "los actos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras ya divulgadas que se realicen en beneficio de personas con discapacidad, siempre que los mismos carezcan de finalidad lucrativa, guarden una relación directa con la discapacidad de que se trate, se lleven a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad y se limiten a lo que ésta exige".

Para las discapacidades visuales y físicas relacionadas con textos impresos, formatos de audio y digitales, este límite se ha visto reforzado por el Tratado de Marrakech de 2013 y la Directiva 2017/1564, que le da cumplimiento. El RDL 2/2018 incorpora un nuevo art. 31 ter (2) al TRLPI que recoge el contenido del Tratado y la Directiva.

#### **Tratado de Marrakech (2013)**

Según cifras de la OMPI, en el 2016 había 285 millones de personas en el mundo con alguna discapacidad visual, la mayoría en países en vías de desarrollo. Solo el 7 % de los libros publicados lo está en algún "formato accesible" para este colectivo. En el 2013, la OMPI aprobó el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a obras publicadas por parte de personas ciegas o con una **discapacidad visual**, o dificultad física para sostener o manipular material impreso, con el objetivo de incrementar el acceso a textos impresos (libros, revistas y demás) por parte de este colectivo. Para ello, el Tratado establece dos obligaciones para los Estados que lo ratifiquen: autorizar la realización de copias accesibles para el uso de este colectivo y permitir la circulación transfronteriza de estas copias "accesibles". El Tratado entró en vigor el 30 de septiembre de 2016, tras alcanzar la ratificación mínima de veinte Estados. La UE desempeñó un papel muy activo en la negociación de este Tratado y lo firmó el 30 de abril de 2014. Para su implementación, la UE adoptó, en septiembre de 2017, dos instrumentos: la Directiva 2017/1564 (que deberá ser objeto de transposición en los diferentes Estados miembros) y el Reglamento 2017/1563 (de aplicación directa en toda la UE). Para su correcta comprensión y aplicación, Directiva y Reglamento deben leerse conjuntamente (véase cons. 22 Directiva).

De acuerdo con el Tratado, la Directiva obliga a los Estados miembros a incorporar un límite o excepción que permita la **obtención y explotación de copias en formato accesible para personas con discapacidad visual**. Se trata de un límite obligatorio para los Estados miembros. Recordemos que el sistema de límites está poco armonizado en el *acquis* comunitario y que se trata este del tercer límite obligatorio, junto con el límite de copias técnicas (art. 5.1 DDASI) y el límite de las obras huérfanas (Directiva 2012/28/UE). A efectos de alcance, las diferencias entre Tratado y Directiva son mínimas y perfectamente justificadas por su encaje en el *acquis* comunitario de derecho de autor.

Además, el Tratado obliga a los Estados a permitir el **intercambio transfronterizo de estas copias accesibles** en beneficio del colectivo de personas con alguna discapacidad visual. El intercambio transfronterizo es el aspecto más novedoso del Tratado de Marrakech, ya que, a raíz del principio de territorialidad del derecho de autor, pocas son las leyes nacionales que permitan la importación o exportación de copias accesibles a otros Estados (e incluso entonces, se deberían tener en cuenta las normas de conflicto para la determinación de la ley aplicable). La UE ha ejecutado esta obligación en dos niveles distintos: la Directiva **autoriza el intercambio transfronterizo entre países de la UE** de estas copias accesibles realizadas al amparo de este límite, mientras que el Reglamento regula el **intercambio de estas copias accesibles con otros países (no de la UE) que hayan ratificado el Tratado**; ello incluye los países del EEE (Noruega, Islandia y Liechtenstein) y EFTA (Suiza). Es importante tener en cuenta que la Directiva adopta un par de decisiones (que el Tratado deja abiertas, a elección de los Estados): la realización de copias accesibles no queda sujeta a remuneración, ni al examen previo de disponibilidad en el mercado.

#### **f) Excepciones para fines de seguridad y procedimientos oficiales (art. 31bis)**

Según el art. 31bis, es lícita la reproducción, distribución o comunicación pública de la obra sin autorización cuando se haga "con fines de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios".

#### **g) Excepciones en favor de los usuarios legítimos**

Con ellas se pretende facilitar que un uso o utilización lícita –por contar con autorización del titular o de la ley– pueda llevarse a cabo, por lo que se evita su bloqueo por los derechos exclusivos que conserva el autor o titular:

- Utilización de bases de datos (art. 34.1 TRLPI). El "usuario legítimo" de una base de datos (se piensa sobre todo en las electrónicas) tiene que poder realizar sin la autorización del autor de la base, "todos los actos que sean necesarios para el acceso al contenido de la base de datos y su normal utilización por el propio usuario, aunque estén afectados por cualquier derecho exclusivo" del autor. Si usar una base de datos exige la realización de copias efímeras en el ordenador o incluso la realización de una copia estable, el usuario (legítimo) no necesitará ninguna autorización adicional.
- Utilización de cable y satélite para llevar a cabo una comunicación pública autorizada (art. 36.1 y 2 TRLPI). Cuando alguien ha sido autorizado a comunicar públicamente una obra mediante su emisión, puede transmitirla también por cable, de manera simultánea e íntegra, sin exceder la zona geográfica prevista en la autorización.

- Copia técnica a efectos de radiodifusión (art. 36.3 TRLPI). Cuando se cede el derecho de comunicación pública de una obra para su radiodifusión, el cesionario está autorizado por la ley a efectuar una copia técnica para hacerla posible. La copia o registro tendrá que llevarla a cabo la entidad "por sus propios medios" y únicamente para realizar "una sola vez" la comunicación pública autorizada.

#### **h) Casos de justificación dudosa o difícil**

Se trata de hipótesis heterogéneas, pero algunas de ellas resultan muy importantes.

- Obras situadas permanentemente en vías públicas (art. 35.2 TRLPI). Estas obras "pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales".
- Música en actos oficiales y ceremonias religiosas (art. 38 TRLPI). Éste es, probablemente, el más indefendible de los límites al derecho de autor. No se vislumbra qué razones pueden haber llevado a aceptarlo. Ni siquiera en el caso de las ceremonias religiosas es posible salvarlo acudiendo, por ejemplo, al derecho de libertad religiosa y de culto. El límite afecta a todo tipo de música y no da lugar a ninguna remuneración.

#### **i) Copia privada**

La copia privada (normalmente entendida como un acto de mero uso) se perfila como un acto que compite con la normal explotación de la obra; incluso si nos limitamos a hacer copias para nosotros (y no, como es tan frecuente, también para amigos, parientes y compañeros de trabajo), estamos compitiendo con la normal explotación de la obra. ¿Qué hacemos? Una posibilidad sería prohibir la copia privada; otra, prohibir o ilegalizar los aparatos susceptibles de ser utilizados para este tipo de copias. Ambas soluciones parecen absurdas, de imposible puesta en práctica y, probablemente, lesivas de otros derechos.

La solución más sensata pasa por no prohibir ni el acto ni los medios y buscar procedimientos alternativos que minimicen los daños; o en otras palabras, procedimientos para que los autores y los titulares participen de las industrias emergentes. Ésta es la solución más extendida y la que adopta nuestra ley y también la normativa de la UE.

La cuestión de la copia privada era irrelevante en la época de los manuscritos o incluso en la de las máquinas de escribir. Dejó de serlo cuando aparecieron las fotocopadoras, vídeos y grabadoras de sonido e imagen. Ahora, con la tecnología digital la copia privada ha adquirido una gravedad inusitada.

Justamente la copia privada es uno de los temas que se han visto modificados por la Ley 21/2014. Hagamos un breve repaso a la historia de la copia privada en España y los aspectos más relevantes de su reciente modificación.

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

#### El artículo 5.2.b) de la DDASI

El artículo 5.2.b) de la DDASI prevé que los estados miembros incluyan en sus leyes nacionales límites que permitan las reproducciones "en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directos o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa".

### El límite de copia privada y su compensación en España

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

La Ley 23/2006 aclaró su alcance:

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

Su **compensación** se hacía efectiva por medio de un canon que se aplicaba a equipos, aparatos y soportes que fueran "idóneos" para realizar copias privadas (art. 25 TRLPI). A pesar de que en principio cabe hacer copias privadas de cualquier tipo de obra o prestación, la compensación solo alcanza a las obras divulgadas en forma de libro o publicación asimilada, y en forma de fonograma, de vídeo u otro soporte sonoro, visual o audiovisual.

### Remuneración única y de gestión colectiva obligatoria

Solo las entidades de gestión están habilitadas y obligadas a recaudar y repartir por este concepto, y deben hacerlo de forma conjunta (recaudando una en nombre de todas).

#### 1) El antiguo canon compensatorio

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

El artículo 25 del TRLPI recogía tarifas para los medios analógicos: 200 euros por cada fotocopiadora con una capacidad superior a cincuenta copias por minuto; 6,61 euros por cada aparato reproductor/grabador de vídeo; 0,18 euros por cada hora de grabación de una cinta de audio, o 0,30 euros por cada hora de grabación de una cinta de vídeo.

Por su parte, las tarifas para los medios digitales se recogían en la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio: 227 euros por cada impresora/copiadora digital con una capacidad superior a cincuenta copias por minuto; 9 euros por cada escáner; 10 euros por cada aparato multifunción láser; 3,40 euros por cada aparato reproductor/grabador de DVD (0,60 euros para el aparato de CD); 0,22 euros por cada hora de grabación de una cinta de audio (en soporte regrabable) o 0,60 euros por cada hora de grabación de una cinta de vídeo (también en soporte regrabable); 0,30 euros por cada soporte de memoria USB; 3,15 euros por cada unidad de MP3 o MP5; 1,10 euros por cada teléfono móvil o PDA con función MP3, y 12 euros por cada unidad de almacenamiento (disco duro), integrado o no.

Este sistema de compensación llegó a su fin cuando, por el Real decreto ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, se substituyó por la compensación de autores y titulares "con cargo a los presupuestos generales del Estado". No se suprimió la copia privada, ni siquiera su compensación, sino que simplemente esta pasaba de ser reper-



cutida sobre los consumidores que adquirirían equipos, aparatos y soportes a formar una partida presupuestaria del erario público.

### El caso *Padawan vs. SGAE*

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Padawan vs. SGAE* (C-467/08) validó el sistema del canon compensatorio estableciendo que la "compensación equitativa" es un concepto armonizado en la UE y que debe existir un "justo equilibrio" entre la compensación y el daño derivado del perjuicio causado (por la autorización legal de la copia privada). El TJUE concluyó que el canon basado en equipos, aparatos y soportes debe simplemente ir ligado al "uso presumible" que se haga de estos (no es necesario tener en cuenta el uso efectivo), y que –en cambio– no es acorde con la Directiva la aplicación indiscriminada del canon a empresas y profesionales que los adquieren para fines ajenos a la copia privada.

### 2) La compensación con cargo a los presupuestos generales del Estado

El Real decreto 1657/2012, de 7 diciembre, reguló el establecimiento de la cuantía compensatoria y su distribución entre las diferentes entidades de gestión afectadas (ya que la compensación sigue teniendo carácter irrenunciable y es de gestión colectiva obligatoria). Desde entonces, la cuantía compensatoria se establece anualmente por orden ministerial: 8.636.728 euros para el 2012, 5.000.000 euros para el 2013, y la misma cantidad, prevista en la Ley de presupuestos del 2015, para el 2014. Se trata de cantidades que quedan muy lejos de los más de 100.000.000 euros que las entidades de gestión recaudaron en el 2011 mediante el canon compensatorio por copia privada. Este RD1657/2012 ha sido anulado por el TS (sent. núm. 2394/2016 de 10 de noviembre de 2016).

Con la Ley 21/2014, se aprovechó para redactar de nuevo los artículos 25 y 31.2 del TRLPI a fin de consolidar las modificaciones legales que habían tenido lugar hasta entonces, pero también para **restringir el alcance de la copia privada** a su mínima expresión:

- a) Que se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales.
- b) Que la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita.

Así pues, la copia privada solo alcanzaba aquellas copias que se hagan por una persona física, sin asistencia de terceros, exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, sin fines directa ni indirectamente comerciales, a partir de obras a las que se haya accedido legalmente desde una fuente lícita, es decir, a partir de ejemplares comprados por el propio usuario o de obras difundidas por radio o televisión (y estas últimas no serán compensadas). Así se justificaba –aunque sea indirectamente– la drástica reducción de su compensación con cargo a los presupuestos generales del Estado.

### 3) Regreso al canon compensatorio

El TJUE, sentencia de 9 de junio de 2016 (C-470/14), resolvió que el sistema de compensación de la copia privada con cargo a los presupuestos generales del Estado previsto por el legislador español era contrario a la normativa de la UE (y, en concreto, al 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".

A raíz de esta sentencia, el Gobierno español decidió reinstaurar el sistema del canon compensatorio. El RDL 12/2017, de 3 julio (convalidado por las Cortes Generales por resolución de 11 de julio de 2017), modificó el art. 25 TRLPI y restableció el sistema del canon compensatorio con algunas diferencias respecto del antiguo sistema de canon compensatorio previsto en el mismo artículo. Entre ellas, la previsión –también para el contexto digital– de poder reclamar la devolución de las cantidades pagadas en concepto de canon cuando se justifique que los equipos, aparatos o soportes adquiridos iban destinados a finalidades profesionales (dado que, recordemos, el límite de copia privada solo permite copias para uso personal).

El detalle de los equipos, aparatos y soportes grabados, así como las cantidades aplicables a cada uno, se determinarán más adelante por el Gobierno, previa consulta con las partes interesadas. Hasta entonces, se establece un régimen transitorio que será de aplicación a partir del 1 de agosto de 2017 (disp. trans. 2 RDL 12/2017). Curiosamente, este régimen transitorio es muy parecido al previsto en la Orden PRE/1743/2008, que había sido anulada por sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2011, meses antes de que

el RDL 20/2011, de 30 de diciembre, derogara el sistema del canon del art. 25 TRLPI y lo sustituyera por la compensación con cargo a los presupuestos generales del Estado.

Es importante tener presente que el RDL 12/2017 modificó también el art. 31.2(b) TRLPI eliminando las dos referencias que restringían la "fuente lícita". El actual art. 31.2(b) TRLPI ahora reza así: "Que la reproducción se realice a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación". De este modo, se amplía el alcance del límite de copia privada y también el del canon compensatorio, que será superior al compensado con cargo a los presupuestos generales del Estado.

#### Fuente lícita

El RDL 12/2017 modifica también el art. 31.2(b) TRLPI eliminando las dos referencias que restringían la "fuente lícita". El actual art. 31.2(b) TRLPI ahora reza: "Que la reproducción se realice a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación". De este modo, el alcance del límite de copia privada regresa –podríamos decir– a su estado "natural".

### j) La exhibición pública de la obra plástica

Como ya apuntábamos, la propiedad del soporte que contiene la obra no comporta ningún derecho de explotación (art. 56 TRLPI). La única excepción viene recogida en este mismo artículo 56, que permite al propietario de la obra de arte plástica o fotográfica exhibirla públicamente. Así pues, los museos o un particular pueden exhibir los cuadros de su colección, pero no pueden (por la simple propiedad civil de la obra) autorizar la reproducción y/o comunicación pública de otra forma, a no ser que les hayan sido cedidos estos derechos por contrato.

### k) El *three-step test* y la interpretación de los límites

Para evitar que un uso espurio de los límites rompa el frágil equilibrio entre titulares y usuarios ha hecho extremar las cautelas y añadir una cláusula general de salvaguardia como cierre del sistema. Se trata de la denominada regla de las tres etapas o *three-step test*, recogida en el art. 40 bis TRLPI:

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

El nombre de "test de las tres etapas" responde a los tres criterios incluidos en la disposición original del art. 9.2 del Convenio de Berna (CB) y posteriores (tales como el art. 5 DDASI). El primer criterio "determinados casos especiales" ya se entiende cumplido con la lista de límites recogidos en la ley, de ahí que el art. 40 bis TRLPI formalmente solo recoja los dos últimos criterios.

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

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

#### **Megakini**

Véase *Pedragosa vs. Google España*, STS (Sala Civil) n.º172/2012, de 3 de abril de 2012. El TS concluyó que la pretensión del demandante –de cerrar el servicio del buscador de Google por infracción de la propiedad intelectual– era manifiestamente abusiva y contraria a los principios generales del derecho. El TS se refirió también a la doctrina del derecho romano "*ius usus innocui*".

### **1.5.3. Las medidas tecnológicas**

Otro aspecto básico con respecto a los límites, ya apuntado al comentar la copia privada, afecta a la relación de éstos con las medidas tecnológicas. La tecnología puede bloquear eficazmente el acceso a las obras, de manera tal que las excepciones legalmente previstas podrían resultar impracticables. Los derechos e intereses subyacentes no se pueden abandonar a la dictadura tecnológica. Con este fin, la ley quiere asegurar la efectividad de algunas excepciones (art. 197 TRLPI). Veámoslo con más detalle.

De acuerdo con el art. 196.3 TRLPI, "se entiende por medida tecnológica toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos, referidos a obras o prestaciones protegidas, que no cuenten con la autorización del titular de los correspondientes derechos".

Según el mismo precepto, la medida tecnológica es eficaz cuando:

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

#### **La "interpretación conforme"**

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

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

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

#### **Artículo 7 del Código civil**

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

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

1) La **elusión** de medidas tecnológicas eficaces cometida por una persona a sabiendas o teniendo motivos razonables para saber que persigue este objetivo (art. 196.1 TLRPI).

2) Ciertos **actos preparatorios**. En concreto, artículo 196.2 permite accionar contra quienes "fabriquen, importen, distribuyan, vendan, alquilen, publiciten para la venta o el alquiler o posean con fines comerciales cualquier dispositivo, producto o componente, así como contra quienes presten algún servicio que, respecto a cualquier medida tecnológica eficaz:

a) sea objeto de promoción, publicidad o comercialización con la finalidad de eludir la protección;

b) sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección;

c) esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección".

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

Ahora bien, de la misma manera que el monopolio de propiedad intelectual que se concede al autor sobre su obra no es absoluto, la protección de las medidas tecnológicas contra la elusión (o contra los actos preparatorios de la misma) tampoco es absoluta. Las medidas tecnológicas (tanto las de control de acceso como las de control de copia) quedan sujetas a las excepciones previstas con carácter general por las leyes de propiedad intelectual. Al ser un sistema de compromiso que pretende contentar a todas las partes, el sistema para asegurar la eficacia de las excepciones, es verdaderamente complicado.

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

En su defecto, el Estado tendrá que adoptar las medidas necesarias para asegurar que estos usos permitidos sean una realidad. La pregunta es cómo lo logrará (véase art. 197.1 TRLPI). El TRLPI se limita a decir que los beneficiarios (incluidas las organizaciones de usuarios y consumidores) pueden acudir a la jurisdicción para reclamar las contramedidas a la hora de llevar a cabo los actos de explotación legalmente autorizados (art. 197.2 TRLPI).

## Límites a la protección de las medidas tecnológicas

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

Sin embargo, conviene advertir que, de acuerdo con el artículo 197.5 TLRPI, esta obligación no alcanza a los servicios interactivos bajo demanda. Esto es, en el caso de obras o prestaciones que se pongan a disposición del público por Internet con arreglo a lo convenido por contrato, los términos contractuales prevalecerán sobre cualquier excepción que la ley pueda otorgar en favor del usuario. Se intenta así favorecer el desarrollo de modelos de negocio en la Red.

Por otra parte, el artículo 198 TLRPI ofrece protección frente a la supresión o alteración de información para la gestión electrónica de derechos, así como frente a la distribución, importación, comunicación o puesta a disposición del público, de obras o prestaciones donde se haya suprimido o alterado (sin la autorización del titular) la información para la gestión digital de derechos. La protección de las medidas de información para la gestión de derechos es especialmente importante en la concesión de licencias por Internet, pero también para la posibilidad de implementar sistemas de compensación por el uso de obras desde Internet (estas medidas de gestión de derechos permitirían localizar los usos concretos de obras y distribuir, posteriormente, la compensación entre los autores).

## 1.6. El régimen de transmisión de derechos

El TRLPI recoge algunas reglas fundamentales en materia de transmisión de derechos de explotación y regula algunos contratos específicos de cesión de derechos. Además de estas reglas generales, en este módulo estudiaremos las licencias Creative Commons así como la gestión colectiva de derechos.

### 1.6.1. Reglas generales

Mientras que los derechos morales son, por definición, intransmisibles (art. 14 TRLPI), los derechos de explotación pueden ser objeto de transmisión, ya sea conjuntamente o por separado (son independientes).

#### El contrato de edición

En el título V del TRLPI se regulan algunas figuras concretas de cesión de derechos; entre ellas, el contrato de edición (art. 58 a 73 TRLPI).

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

- La transmisión de derechos puede realizarse *inter vivos* o *mortis causa* (art. 42 TRLPI).

- La cesión de los derechos de explotación queda limitada al derecho o derechos cedidos, a las **modalidades de explotación** expresamente previstas y al **tiempo y ámbito territorial** que se determinen (art. 43.1 TRLPI).
- De acuerdo con el **principio de interpretación restrictiva** de los contratos, si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir su finalidad. La falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años, y la del ámbito territorial, al país donde se realice la cesión (art. 43.2 TRLPI).
- La transmisión de derechos de explotación no abarca las **modalidades o medios de difusión inexistentes o desconocidos** en el momento de la cesión (art. 43 TRLPI).
- Es nula la cesión del conjunto de derechos sobre la **obra futura**; también es nulo el **compromiso de no crear** alguna obra en el futuro (art. 43.3 y 4 TRLPI).
- En principio, la cesión (transmisión de derechos) no tiene que formalizarse por escrito; sin embargo, el autor podría resolver el contrato si el cesionario se negara a formalizarlo por escrito (art. 45 TRLPI). La transmisión de derechos puede ser **en exclusiva o no**.
- La **cesión en exclusiva** tiene que otorgarse expresamente con este carácter (art. 48 TRLPI), con lo cual, la cesión en exclusiva se formalizará normalmente por escrito. Cuando la **cesión es en exclusiva**, el cesionario tiene la obligación de poner todos los medios necesarios para que la explotación objeto de cesión sea efectiva "según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional, industrial o comercial de que se trate" (art. 48 TRLPI). Estamos ante una **obligación de medios** (poner los medios para que la explotación sea posible), no de resultado (asegurar la explotación de la obra).
- El **encargo de una obra** no implica una cesión de derechos; ni siquiera derechos de edición (art. 59.2 TRLPI).
- La **retribución del autor**: la cesión de derechos puede ser gratuita o remunerada. Cuando es remunerada, la cesión de derechos tiene que compensarse con una participación proporcional en los ingresos de la explotación. Excepcionalmente, en los casos tasados en el artículo 46 TRLPI, es posible pactar como remuneración un tanto alzado sujeto a revisión en caso de que se "produjese una manifiesta desproporción entre la remuneración del autor y los beneficios obtenidos por el cesionario" (art. 47 TRLPI); esta posibilidad de revisión se conoce comúnmente como cláusula "best-seller".

#### ¿Cesión o transmisión de derechos?

El TRLPI utiliza indistintamente los términos "cesión" y "transmisión", sin que ello tenga ninguna trascendencia a efectos de exclusividad o no.

#### Cesión gratuita y no exclusiva

Las licencias Creative Commons son un buen ejemplo de cesión de derechos gratuita y sin exclusiva.

### Remuneración a tanto alzado

Entre los supuestos previstos en el art. 46 están la primera o única edición de determinados tipos de obras no divulgadas previamente o los casos en que "atendida la modalidad de la explotación, exista dificultad grave en la determinación de los ingresos o su comprobación sea imposible o de un coste desproporcionado con la eventual retribución".

### Licencia de usuario final (EULA)

Las modalidades de explotación de los programas de ordenador y de las bases de datos han introducido el concepto de *usuario legítimo* (el usuario que ha obtenido una licencia de uso), con lo que se ha roto la barrera entre los conceptos de *explotación* y *uso*, que tradicionalmente habían sido ajenos a las leyes del derecho de autor.

La combinación de medidas tecnológicas con los contratos de licencia para el usuario final (*end user license agreements* –EULA–), que el usuario ha de aceptar para poder tener acceso a la obra, ha conducido a la aparición de los "usuarios legítimos", un concepto desconocido antes de la llegada de la tecnología digital y cada vez más importante en la explotación de la PI. Las EULA ya no solo se aplican a las obras "inherentemente" tecnológicas –programas de ordenador y bases de datos–, para las que se diseñaron, sino también al resto de obras, las "tradicionales", como música, películas, libros, etc. (pensemos, por ejemplo, en iTunes o los libros electrónicos), con lo que el concepto de *usuario legítimo* se integra en la cadena de explotación de la propiedad intelectual.

## 1.6.2. Las licencias *Creative Commons* (CC)

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

El sistema es muy sencillo: el autor que crea una obra y quiere autorizar su uso y explotación al público en general elige alguna de las licencias CC, y al publicar su obra indica la licencia elegida. Cuando un usuario decide utilizar una obra bajo una licencia CC se convierte en licenciatario y se compromete a aceptar y respetar las condiciones de la licencia establecida por el autor.

#### Las Licencias *Creative Commons*

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

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

- *commons deed* (nivel más visible y característico de la licencia);
- *legal code* (licencia que redactaría un abogado norteamericano);
- *digital code* (código que permite la identificación digital de las obras licenciadas y las condiciones por motores de búsqueda en Internet y demás programas).

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

- excluyendo los usos comerciales de su obra;

- excluyendo la modificación de su obra;
- permitiendo la modificación, a condición de que la nueva obra quede sujeta a la misma licencia (es la llamada cláusula *copyleft*).

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

	<b>Reconocimiento (by):</b> se permite cualquier explotación de la obra, incluyendo una finalidad comercial, así como la creación de obras derivadas, la distribución de las cuales también está permitida sin ninguna restricción.
	<b>Reconocimiento - NoComercial (by-nc):</b> se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga un uso comercial. Tampoco se puede utilizar la obra original con finalidades comerciales.
	<b>Reconocimiento - NoComercial - CompartirIgual (by-nc-sa):</b> no se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.
	<b>Reconocimiento - NoComercial - SinObrasDerivadas (by-nc-nd):</b> no se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.
	<b>Reconocimiento - CompartirIgual (by-sa):</b> se permite el uso comercial de la obra y de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.
	<b>Reconocimiento - SinObrasDerivadas (by-nd):</b> se permite el uso comercial de la obra pero no la generación de obras derivadas.

Las iniciales y sus correspondientes equivalencias son: **by** (*attribution*), **nc** (*non-commercial*), **nd** (*no derivatives*) **sa** (*share alike*).  
Fuente: <http://creativecommons.es/>

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

Las principales características de las licencias CC son:

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

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



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

c) Las licencias CC permiten autorizar todos los **derechos de explotación** reconocidos por la ley española: reproducción (fijar la obra o hacer copias); distribución (mediante la venta o donación, el alquiler o préstamo de ejemplares tangibles); comunicación pública (poner la obra al alcance del público sin distribución de ejemplares, incluida la puesta a disposición del público por Internet); y transformación (realizar una nueva obra basada en la original).

Ahora bien, esta autorización queda sujeta a tres condiciones directamente aplicables que no pueden ser excluidas ni modificadas por el autor:

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

#### **Posibilidades de remuneración más allá de la licencia CC**

De este modo, es posible por ejemplo que un autor joven publique su novela bajo la licencia **by-nc-nd** y después (cuando sea famoso) firme un contrato con una editorial para reproducir y distribuir la obra en formato papel "tradicional", y cobre un porcentaje sobre cada ejemplar vendido.

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

- Se incluyen **todas las modalidades de explotación**. Las licencias CC cubren expresamente "todos los medios y formatos, tangibles o intangibles, conocidos o por conocer". Las modalidades de explotación son transversales a los derechos de explotación y corresponden a los medios técnicos y a los mercados disponibles en cada momento. Por tanto, los actos de explotación autorizados por las licencias CC no se limitan a Internet, sino que también alcanzan al mundo "real" (ediciones en papel, en CD y DVD, radiodifusión, etcétera). Ahora bien, puesto que el artículo 43 TRLPI no permite la licencia de modalidades inexistentes o desconocidas al formalizarla, las licencias CC de la "jurisdicción española" sólo incluyen las modalidades de explotación conocidas en el momento de otorgar la licencia.

#### Modalidades de explotación desconocidas

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

- A perpetuidad **para todo el plazo de protección** de la obra, de acuerdo con la ley de cada país donde se explote y proteja la obra. El autor puede, en cualquier momento, explotar la obra bajo otra licencia (ya sea CC o no) o, incluso, retirarla, pero no puede resolverla. La resolución de la licencia sólo se prevé en caso de incumplimiento por parte de un usuario. En tal caso, la resolución será automática, pero sólo será efectiva respecto a ese usuario.

#### Licencias no exclusivas

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

d) El autor puede **excluir que se realicen obras derivadas**. Se trata de un ejercicio en negativo (prohibir) del derecho exclusivo de transformación. Si decide permitir las obras derivadas, puede establecer que las obras derivadas se sujeten a la misma licencia (*share alike* o "compartir del mismo modo"); se trata de la cláusula *copyleft* visible en las licencias **by-nc-sa** y **by-sa**. También puede excluir que se lleven a cabo usos comerciales, esto es, impedir cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación) de la obra que persiga fines comerciales.

Usos comerciales, de acuerdo con la definición recogida en la licencia *legal code*, son los que "pretenden principalmente o van dirigidos hacia la obtención de un beneficio mercantil o de una remuneración monetaria privada".

e) Las licencias CC no afectan a los usos cubiertos por **excepciones o límites** directamente autorizados por la ley. Así, por ejemplo, con independencia de la licencia, cualquier persona puede realizar una cita, una parodia, o incluirla en un noticiario.

Con el objetivo de asegurar el uso y los actos de explotación licenciados, las licencias CC prohíben utilizar cualquier tipo de medida tecnológica de control de acceso y/o anticopia

#### Las licencias CC a juicio

Los tribunales han tenido ya ocasión de examinar y confirmar la validez jurídica de las licencias Creative Commons e incluso de distinguir que no todas ellas autorizan los usos comerciales y que ninguna de ellas afecta a los derechos de simple remuneración (por ejemplo, que tienen los artistas como titulares de derechos conexos, por la comunicación pública de sus fonogramas); ver SAP Madrid (Sec. 28) de 12 de septiembre de 2015 [AGEDI, AIE v. *el Mare Fitness*]; ver también, SAP Madrid (Sec. 28) de 21 de enero de 2011 y de 15 de abril de 2011. Incluso alguna sentencia reduce el precio de la licencia colectiva por comunicación pública, en la proporción de música licenciada con Creative Commons que utiliza el local; ver SAP Mallorca de 8 de diciembre de 2015 y SAP Burgos (Sec. 3) de 28 de julio de 2017.

(DRM) que restrinja el uso de la obra licenciada. Indirectamente, esta prohibición añade otra ventaja: favorecer que las obras estén al alcance del público sin trabas tecnológicas para que puedan ser utilizadas, lícitamente, también más allá de los usos cubiertos por las licencias CC.

f) Las licencias CC aportan una **apariencia de legalidad**: se presume que ha sido el autor quien ha puesto la obra a disposición del público bajo la licencia CC por él libremente escogida. Ahora bien, Creative Commons no actúa (ni pretende actuar) como "registro" de obras ni realiza ninguna comprobación de autoría previa a la publicación de una obra bajo una licencia CC. Todo el sistema queda en manos de la buena fe de sus usuarios, con el consiguiente peligro de que sea utilizado de forma fraudulenta. Creative Commons no asume responsabilidad ni ofrece garantía alguna sobre el uso de las licencias: "Creative Commons Corporation no es un despacho de abogados y no proporciona servicios jurídicos".

### 1.6.3. Las entidades de gestión

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

#### Gestión colectiva: voluntaria o obligatoria

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

Las entidades actualmente existentes en España podrían ordenar (de manera muy simplificada) en tres grupos:

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

#### Sociedades de autores

Estas entidades de gestión no son sólo de autores: incluyen también a otros titulares de derechos, como los editores musicales (en el caso de SGAE), los editores de obras literarias (en el de CEDRO) y los realizadores de meras fotografías (en el de VEGAP).

- **Sociedades de productores:** AGEDI (Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales: [www.agedi.es](http://www.agedi.es)) y EGEDA (Entidad de Gestión de Derechos de Productores Audiovisuales: [www.egeda.es](http://www.egeda.es)).

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

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

Las entidades de gestión están obligadas a:

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

Aunque no incorpora la Directiva 2014/26/UE, sobre **gestión colectiva y música en línea**, la Ley 21/2014 ha reformado el régimen de las entidades de gestión para exigir una mayor transparencia en su tarea y establecer una supervisión más estricta por parte del Gobierno.

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

La Ley 21/2014 no incorporó la Directiva, pero sus reformas concuerdan con su espíritu. La Directiva ha sido finalmente objeto de transposición por el RDL 2/2018, de 13 de abril, que ha introducido algunas novedades en materia de gestión colectiva (por ejemplo, la figura del "operador de gestión independiente" y, muy especialmente, para facilitar la licencia multiterritorial de repertorios musicales para su explotación en línea (por ejemplo, a través de plataformas como Spotify).

En el orden interno, se establecen medidas para una mejor gestión y transparencia en el funcionamiento de la entidad de gestión, tanto en su sistema de votación, como en la obligación de tener cuentas separadas de ingresos y activos, y en la responsabilidad de los órganos de gobierno. Por primera vez en

#### **Las tarifas generales**

Por orden ECD/2574/2015, se establecen los criterios a tener en cuenta a la hora de negociar y fijar las tarifas generales de las entidades de gestión.

#### **Orden ECD/2574/2015**

Al establecer las tarifas generales, las entidades de gestión deben tener en cuenta los criterios previstos en esta orden. Esta orden ha sido anulada por sentencia del Tribunal Supremo de 22 marzo 2018 (Sala Cont.-Adm.) por motivos estrictamente formales (entre los trabajos preparatorios de la Orden, no se pidió el informe preceptivo del impacto que esta disposición podría tener sobre las familias numerosas).

la ley española, se establece un régimen sancionador, para cuando la entidad de gestión incumpla sus obligaciones legales, que incluye desde multas hasta su inhabilitación, e incluso la posibilidad de que sea intervenida.

### **El control de las entidades de gestión**

Es cierto que en todos los países europeos existe algún tipo de control o supervisión gubernamental sobre las entidades de gestión y que el grado de ese control varía de un país a otro. Pero en ningún estado se prevé un régimen sancionador administrativo como el introducido en España y, como norma general, solo un juez puede ordenar la disolución de la entidad.

La reforma obliga a las entidades de gestión a negociar con los usuarios las tarifas correspondientes a los derechos de simple remuneración, estableciendo que, en caso de que no se llegue a un acuerdo, las fijará la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual. De hecho, la reforma amplía las competencias de la Sección Primera otorgándole funciones de control sobre las entidades de gestión, tanto para asegurar que las tarifas que establecen sean adecuadas, equilibradas y no discriminatorias, como para que la negociación de las mismas se desarrolle en un marco de equilibrio, evitando un eventual abuso de posición por parte de la entidad de gestión.

Además, se obliga a las entidades de gestión a crear, gestionar, financiar y mantener una "ventanilla única" de facturación y pago, accesible a través de Internet.

### **La ventanilla única**

Será operada por una entidad privada independiente financiada y gestionada por las propias entidades de gestión. Esta "ventanilla única" permitirá a los usuarios conocer de forma actualizada el coste individual y total a pagar (a las diferentes entidades) y también efectuar los pagos correspondientes. El recurso de inconstitucionalidad n.º 681-2015 (planteado por el Grupo Socialista) considera que esta obligación impuesta a las entidades de gestión es contraria al derecho de asociación.

Estas medidas han sido duramente criticadas por las propias entidades, que ven en ellas una excesiva intervención del Estado en su actividad –al fin y al cabo son entidades privadas con base asociativa que gestionan los derechos que sus miembros les encargan. Ahora bien, no podemos olvidar que, por imperativo legal, gestionan también licencias y remuneraciones directamente establecidas por la ley y que, por este motivo, gozan de una posición de privilegio en el mercado que explica y justifica su control gubernamental. En definitiva, se trata de una cuestión del grado de control necesario u óptimo.

### **Competencias de las comunidades autónomas**

La Ley 21/2014 aprovecha también para revisar el artículo 159 del TRLPI y poner fin a los problemas de interpretación que genera el reparto de competencias entre el Ministerio de Cultura y las comunidades autónomas en la supervisión y el control de las entidades de gestión. De acuerdo con la Ley 21/2014, las comunidades autónomas con competencias de ejecución en materia de propiedad intelectual podrán ejercer las funciones de inspección, vigilancia, control y sanción respecto de aquellas entidades de gestión que desarrollen su actividad ordinaria "principalmente" en tal territorio. Se entiende que eso será así cuando más del 60% de su recaudación provenga de tal territorio y más del 50% de sus asociados tengan domicilio social y fiscal en el mismo. Por supuesto, ninguna de las entidades de gestión actualmente existentes en España cumple tales condiciones con

respecto a ninguna comunidad autónoma, con lo que la propuesta blindada *de facto* las competencias de ejecución a favor del Gobierno central y el Ministerio de Cultura.

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

Veamos a continuación en qué consiste la infracción de los derechos, tanto en el plano civil como en el penal.

### 1.7.1. Infracción civil

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

a) Una de las principales infracciones planteadas por la tecnología digital resulta de los llamados *sistemas de intercambio de archivos (file sharing)* por medio de **programas peer to peer (P2P)**. Esta denominación es, en realidad, doblemente errónea: por un lado, porque no hay intercambio, sino reproducción y comunicación pública, y por otro lado, porque a menudo no son "simplemente" archivos, sino obras protegidas.

Los sistemas P2P plantean varias cuestiones jurídicas con relación con la propiedad intelectual.

#### El "intercambio" de copias P2P: no es copia privada, y no solo es copia

En primer lugar, hay que decidir si la copia (descarga) no autorizada de un "archivo" (por ejemplo, de una obra o grabación musical) constituye infracción o queda amparada por la excepción de copia privada, que se recoge en la mayoría de leyes nacionales. La descarga de un archivo puede quedar amparada por la excepción de copia privada en algunos países, pero no en todos. Por ejemplo, en Estados Unidos, la copia repetida y con carácter de explotación no constituye un uso legítimo (*fair use*); en Alemania, no hay "copia privada" de fuentes "obviamente ilegales" (como es, sin duda, el caso de la mayoría de grabaciones que se pueden obtener por medio de sistemas P2P); en Noruega, no hay "copia privada" si consigue la intención posterior de ponerla a disposición del público (caso Phonofile), y en España –cómo hemos visto–, la copia privada quedaba sujeta al hecho de que se haya accedido legalmente a la obra y que "la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa", dos cosas difíciles de justificar en contextos de P2P.

En cualquier caso, el hecho subsiguiente (aunque automático) de poner la obra copiada a disposición de los otros miembros del sistema (para que a su vez la copien si así lo desean) queda claramente fuera de la excepción de copia privada. Ya no se trata de un "simple" acto de reproducción, sino de un acto de comunicación pública (y concretamente de puesta a disposición del público): al dar acceso, sin la debida autorización de sus titulares, a un determinado archivo de nuestro disco duro que contiene obras y grabaciones protegidas a otros miembros que tienen el *software* P2P, cometemos una infracción de propiedad intelectual.

#### No todo es infracción

Es cierto que algunas obras que circulan en P2P han sido autorizadas por sus respectivos autores o titulares (por ejemplo, con una Creative Commons, una GNU-GPL u otra licencia "abierta"). Pero, de momento, la gran mayoría de obras "compartidas" constituyen infracción.

## Responsabilidad del proveedor del software P2P

Por otro lado, también se ha planteado la posible **responsabilidad del proveedor de los programas P2P** por las infracciones cometidas por sus usuarios. Aunque la distribución de un *software* destinado al intercambio de ficheros no constituye *per se* una infracción de la propiedad intelectual, los productores de programas P2P quedan sujetos a las reglas generales de responsabilidad indirecta (por echo ajeno) de cada ley nacional (reglas que no han sido objeto de armonización).

### La identificación del usuario infractor

Los titulares de derechos han llevado a cabo campañas de demandas directamente dirigidas contra particulares (escogidos al azar) que son usuarios de estos sistemas con el objetivo de conseguir un efecto disuasorio, con resultados desiguales en diversos países. En España estas demandas se encuentran con la dificultad de identificar al usuario infractor en la vía civil: los titulares de derechos no pueden obtener más que la dirección IP desde la que se lleva a cabo la infracción. La identidad de la persona que está detrás queda en poder del ISP, que, según el artículo 1 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, solo está obligado a revelarla "con finalidades de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves previstos en el Código penal o en las leyes penales especiales".

### Caso *Promusicae*

La sentencia del TJUE, de 29 enero de 2008 (asunto C 275/06, Productores de Música de España –Promusicae– contra Telefónica de España), confirmó que el derecho comunitario no obliga a los estados miembros a imponer a los operadores "el derecho de comunicar datos personales para garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil".

b) La infracción de la propiedad intelectual en Internet se realiza a través de los servicios que prestan las plataformas y demás proveedores de servicios de Internet (ISP). En cuanto a la **responsabilidad del ISP** por las infracciones que realizan sus usuarios, hay que tener en cuenta los supuestos y las condiciones de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Estos supuestos se prevén en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, y también en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE).

### Art. 17 Directiva 2019/790/UE

Uno de los aspectos clave de la Directiva 2019/790/UE ha sido la revisión del rol y la responsabilidad de las plataformas de contenidos en la observancia de la propiedad intelectual. El art. 17 obliga a estas plataformas a obtener licencias de explotación de contenidos y las sujeta a una nueva regla de responsabilidad que deshace el régimen transversal de los *safe-harbors* de la Directiva de *e-commerce* del 2000. En concreto, estas plataformas deberán celebrar acuerdos de licencia justos y adecuados para cubrir los actos de explotación que realizan, así como los realizados por sus usuarios sin fines comerciales. En ausencia de tales licencias, las plataformas y los titulares deberán cooperar de buena fe para garantizar que las obras o prestaciones infractoras no estén disponibles. Previendo los posibles conflictos con los usos legítimos –aquellos usos amparados por excepciones y límites legalmente previstos–, la Directiva obliga a las plataformas a poner a disposición de los usuarios "mecanismos de reclamación y recurso ágiles y eficaces" sin requerir su identificación ni el tratamiento de sus datos personales, y a los titulares a "justificar razonablemente" sus decisiones a fin de evitar la "desestimación arbitraria" de reclamaciones. Ninguna de estas salvaguardas y clarificaciones reduce la controversia suscitada por esta disposición; a pesar de evitar la referencia expresa a la obligación de "filtrar y

### Caso Manolito P2P

Véase la SAP Madrid (Sec. 28) de 31 de marzo de 2014 (Manolito P2P) por la que se exonera a la web que ofrecía el software P2P utilizado para la infracción de contenidos protegidos. En el 2014, se modificó el art. 138 TRLPI para evitar que se volviera a producir este resultado. Véase apartado b).

### Safe harbors

Para evitar ser declarados responsables por las infracciones que cometen sus usuarios, los proveedores de servicios de Internet se pueden amparar en los *safe harbors*. Pero estos no siempre van a evitar la atribución de responsabilidad. En este sentido, véase la SAP Madrid (Sec. 28) de 14 de enero de 2014 (Telecinco vs. YouTube), por la cual la plataforma fue considerada responsable de infracción por almacenar contenidos infractores de Telecinco (que habían sido "subidos" por sus usuarios).

bloquear" contenidos infractores, a nadie se le escapa que ello será necesario para poderle dar cumplimiento.

La disposición solo afecta a los proveedores de servicios "de intercambio de contenidos" que almacenen, faciliten acceso público, optimicen y promocionen, con fines lucrativos, una "cantidad considerable" de obras y prestaciones protegidas "cargadas por sus usuarios", excluyendo a las empresas (micro y pequeñas) con menos de 50 empleados y un volumen de negocios anual inferior a los 10 millones de euros, así como también a Wikipedia, repositorios académicos, proveedores de "servicios en nube," plataformas de software *open source* o de venta en línea (como e-bay). Quedan, pues, en el punto de mira solo las plataformas como YouTube, Facebook, Twitter, Flickr y demás...

Esta disposición da por sentado que estas plataformas (¿y no las otras?) realizan actos de comunicación pública y que –de acuerdo con la doctrina del TJUE– nunca se beneficiarían de la exención de responsabilidad por las infracciones cometidas por sus usuarios (*safe-harbor*). Se establece así una *lex specialis* para valorar la responsabilidad por infracción del derecho de autor por parte de estas plataformas, que puede tener efectos impredecibles, incluso más allá de este ámbito.

Además, para reforzar la efectividad de la lucha contra la infracción en línea, la Ley 21/2014 introdujo un **nuevo apartado en el artículo 138 del TRLPI** que permitiría también atribuir responsabilidad por infracción a los ISP:

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

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

#### **Modificación de la LEC, para permitir la identificación del usuario infractor**

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

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

#### **Medidas de cesación y medidas cautelares**

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

#### **Contributory infringement y vicarious liability**

La Ley 21/2014 importa los criterios que la jurisprudencia norteamericana ha diseñado para ampliar los supuestos de responsabilidad indirecta por la infracción de la propiedad intelectual.

#### **Prescripción a los 5 años**

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



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

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

### 1.7.2. Infracción penal

No toda infracción de la Ley de Propiedad Intelectual constituye un delito contra la propiedad intelectual. Tan sólo constituyen delito contra la propiedad intelectual aquellas conductas expresamente previstas (tipificadas) en el Código penal. Las conductas tipificadas como delito contra la propiedad intelectual están en los artículos 270 a 272 del Código penal. Estos artículos se han visto reformados en la modificación del Código penal, aprobada por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

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

- que se reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente, o se explote económicamente de cualquier otra forma, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada por medio de cualquier medio;
- que no exista la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios;
- que exista "ánimo de lucro" y perjuicio de un tercero.

#### El criterio de la Fiscalía General

La Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado había entendido que el elemento del ánimo de lucro previsto en el tipo penal había de interpretarse como lucro comercial, y no en el sentido amplio de la obtención de cualquier ventaja o beneficio. Así, la circular indica que "el elemento subjetivo del ánimo de lucro exigido por el tipo penal no puede tener una interpretación amplia o extensiva, sino que debe ser interpretado en el sentido estricto de lucro comercial, relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos, en los que puede estar implícito un propósito de obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial". La reforma operada por la Ley orgánica 1/2015, al substituir el requisito del "ánimo de lucro" por el "ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto", va dirigida expresamente a superar la interpretación estricta hecha por la Fiscalía. No obstante, una nueva Circular

#### Medidas contra el ISP

De acuerdo con el art. 138 TRLPI, las medidas de cesación se pueden dirigir no sólo contra el infractor (ya sean los usuarios o la web que las hace posibles), sino también contra los proveedores de acceso a Internet (por ejemplo, Telefónica, Orange o Vodafone) y con independencia de si estos pueden ser o no considerados responsables de infracción. Véase SAP Barcelona (Sec. 15) de 20 de febrero de 2018 (exvagos.com) donde AGEDI (productores de fonogramas) demandó directamente al ISP (Orange, Telefónica, Vodafone, etc.) solicitando una orden de bloqueo contra una página web que ofrecía enlaces a fonogramas infractores (sin que esta página web fuera demandada). Véase también Sentencia 15/2018 del JM núm. 6 Barcelona, de 12 de enero de 2018 (HDFull.tv, Repelis.tv): demanda de los productores audiovisuales para ordenar a los proveedores de acceso a Internet (Telefónica, Vodafone Ono, Orange, Xfera) que bloqueen el acceso a webs que ofrecen enlaces a contenidos audiovisuales infractores.

#### Ánimo de lucro

La reforma operada por la Ley orgánica 1/2015, substituye el requisito del "ánimo de lucro" por el "ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto".

8/2015 de la Fiscalía confirma la misma interpretación restrictiva del nuevo redactado del art. 270 CP, "en el sentido de lucro comercial".

Además, la reforma introduce un **nuevo tipo delictivo** contra la propiedad intelectual por los prestadores de servicios de Internet que

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

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

También comete delito contra la propiedad intelectual:

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

### **Las penas**

Las penas previstas para el delito contra la propiedad intelectual son prisión de entre seis meses y cuatro años, y multa de entre doce y veinticuatro meses.

Estas penas son de dos a seis años de prisión, de multa de dieciocho a treinta y seis meses, y de inhabilitación para el ejercicio de la profesión cuando se presente alguna de las circunstancias siguientes:

- que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica;
- que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados;
- que el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tenga como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual;

- que se utilice a menores de dieciocho años para cometer estos delitos.

### 1.7.3. La vía administrativa ante la Sec. 2.<sup>a</sup> CPI

Atrapada entre los dos ilícitos, la lucha contra la infracción masiva mediante programas de intercambio de ficheros y webs de enlaces que facilitan su localización ha generado la adopción de un tercer procedimiento, gubernamental.

Como hemos visto, estas infracciones no se podían perseguir por la vía civil, porque en España los operadores de Internet solo están obligados a dar información sobre datos personales de sus usuarios/clientes en el marco de un proceso penal (no en las demandas civiles por infracción de la propiedad intelectual), de manera que, al ser imposible conocerlo, no será posible actuar contra el usuario por la vía civil. Tampoco se podía actuar por la vía penal, porque el intercambio mediante sistemas P2P de obras protegidas no se consideraba delito (de acuerdo con la Circular 1/2006 de la Fiscalía, el requisito del "ánimo de lucro" en los delitos contra la propiedad intelectual –art. 270 CP– se había de entender exclusivamente como "ánimo de lucro comercial").

En lugar de resolver cualquiera de los dos problemas, en el 2011 el gobierno socialista optó por una tercera vía (gubernamental) para luchar contra la infracción en línea y creó la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual –comúnmente conocida como "Comisión Sinde" (por la ministra de Cultura de aquel gobierno). Dicha sección podía tomar medidas de cese (ordenar el fin del servicio o la retirada de los contenidos infractores) contra infracciones de la PI cometidas por medio de los prestadores de servicios en Internet, siempre y cuando el prestador del servicio (directa o indirectamente) actuara con ánimo de lucro y causara un daño patrimonial. Estos requisitos han dificultado las actuaciones por esta vía contra los proveedores de enlaces a contenidos infractores (normalmente P2P), o bien porque no se consideraba que "enlazar" fuera propiamente un acto de explotación, o bien porque, como los enlaces se ofrecen gratuitamente, no se entendía que hubiera "ánimo de lucro".

La "Comisión Sinde" resultó menos eficaz de lo que se esperaba. La Ley 21/2014 refuerza las competencias de esta comisión: aclara los supuestos de infracciones que pueden ir por esta vía gubernamental, amplía las medidas que se podrán adoptar y establece sanciones a quien se niegue a cumplir tales medidas (pago electrónico o publicidad) disponibles en la página infractora. Además, quien se niegue, la Sección Segunda podrá perseguir dos tipos de infracciones: contra los prestadores de servicios de intermediación que infrinjan "de forma significativa (por nivel" de audiencia y por número de obras) y contra los prestadores de servicios que faciliten la localización de contenidos infractores (léa-

#### CPI

CPI: Comisión de la Propiedad Intelectual.

#### Informe de la OMPI

*El procedimiento administrativo-judicial frente a vulneraciones en Internet: mucho más que un procedimiento de notificación y retirada* (marzo 2014) [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/wipo\\_ace\\_9/wipo\\_ace\\_9\\_21.doc](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/wipo_ace_9/wipo_ace_9_21.doc)

#### Medidas de cese

Las medidas de cese que ordene la Sección Segunda podrán ir no solo contra el proveedor del servicio, sino también contra los anunciantes y los servicios de pago que se utilicen en la página web "infractora", así como contra el proveedor del nombre del dominio de la página (cuando sea un dominio ".es").

se sitios web de enlaces, aun cuando sean los usuarios quienes proporcionen tales enlaces) que realicen una actividad "activa y no neutral" (es decir, más allá de la simple intermediación técnica).

Si el infractor no retira los contenidos o no cesa en la actividad infractora, la Sección Segunda podrá **ordenar a los intermediarios la retirada** de dichos contenidos, pero también la suspensión del servicio de acceso a Internet del usuario, la cancelación del nombre de dominio (.es) o la suspensión de los servicios de financiación (pago electrónico o publicidad) disponibles en la página infractora. Además, quien se **niegue de forma reiterada** a cumplir las órdenes de la Sección Segunda podrá ser sancionado con multas económicas sustanciales: de entre 30.000 y 300.000 euros (para los usuarios y los webs infractores), y de entre 150.001 y 600.000 euros (para los prestadores de servicios –ya sea de intermediación, de pago o de publicidad– que se nieguen a colaborar).

## 2. Regímenes especiales de la propiedad intelectual

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

### 2.1. La obra audiovisual

Veamos a continuación el régimen aplicable a la obra audiovisual.

#### 2.1.1. Concepto de obra audiovisual

De acuerdo con el artículo 86.1 TRLPI, son obras audiovisuales

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

Debe tratarse, en todo caso, de una creación original (art. 10 TRLPI). La originalidad permite distinguir entre "obra audiovisual" y "grabación audiovisual", siempre teniendo en cuenta que no toda grabación audiovisual lo es de una obra audiovisual.

Además, de acuerdo con la definición transcrita, debe tratarse de una "serie de imágenes asociadas". No es necesario que las imágenes en sí mismas estén animadas o impartan sensación de movimiento; basta con que las imágenes presenten un orden o sucesión concreta entre sí. La sonorización tampoco es un requisito fundamental en la definición de tales obras. Una película muda también es obra audiovisual.

Asimismo, se requiere que sea "destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección" o por medios de comunicación pública de la imagen y sonido. Lo relevante es que la obra audiovisual deba ser percibida (vista y oída) mediante "aparatos" o sistemas audiovisuales (de cualquier tipo).

La definición del artículo 86 TRLPI no está pensada para incluir los videojuegos ni las obras multimedia ni las páginas web. Nada impide (al menos, formalmente) considerar tales obras como obras audiovisuales mientras cumplan con los requisitos de tal definición; sin embargo, aplicarles el régimen específico previsto para la obra audiovisual puede resultar complejo e incoherente.

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

Con independencia de las circunstancias concretas de su creación, el legislador español opta por calificar todas las obras audiovisuales como **obra en colaboración** (art. 7 TRLPI). Y ante la gran cantidad y diversidad de creadores que participan en la misma obra y que, por tanto, podrían ser considerados coautores, establece una **lista cerrada de coautores** (art. 87 TRLPI):

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

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

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

"por el contrato de producción de la obra audiovisual se presumirán cedidos en exclusiva al productor [...] los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtítulo de la obra" (art. 89.1 TRLPI).

Para la obra audiovisual publicitaria se establece una presunción de cesión más amplia (art. 23 de la Ley General de Publicidad), en virtud del cual todos los derechos de explotación se presumen cedidos en exclusiva a la agencia o al anunciante.

Ello significa que los autores retienen los derechos morales, de transformación y de remuneración, mientras que el productor obtiene los derechos de explotación necesarios para la producción y posterior explotación de la obra. Ahora bien, se trata de una presunción de cesión y, por tanto, sujeta a pacto en contrario (el productor podría obtener la cesión de más o menos derechos que los incluidos en la presunción legal).

#### Ejemplos de obras audiovisuales

Esta amplia definición de la obra audiovisual permite dar cabida a todo tipo de creaciones audiovisuales, tales como las obras cinematográficas, las películas y series de televisión, los documentales, los videoclips musicales, los anuncios de televisión o de cine, etcétera, y contenidas en soportes de cualquier tipo (película óptica, soporte magnético, disco o unidad de almacenaje digital, y demás).

#### La presunción de cesión a favor del productor

La presunción de cesión a favor del productor solo alcanza a algunos derechos de explotación y queda sujeta a pacto en contra.

La presunción de cesión varía ligeramente en el caso de los contratos de producción de obras cinematográficas y televisivas. Para las **obras cinematográficas** (comúnmente se entiende por tales las obras audiovisuales destinadas, esencialmente, a ser proyectadas en salas de exhibición cinematográfica), el productor necesitará la autorización de los coautores de la obra cinematográfica para proceder a su explotación mediante distribución de copias para uso doméstico (vídeo, DVD, etcétera) y para proceder a su comunicación pública por medio de la radiodifusión (art. 89.1 TRLPI). Ahora bien, como ya hemos dicho, ambas limitaciones pueden superarse mediante pacto expreso.

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

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

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

### 2.1.3. Los derechos morales

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

- Los derechos morales sólo pueden ejercerse sobre la versión definitiva, que será establecida "de acuerdo con lo pactado en el contrato entre el director-realizador y el productor" (art. 92.1 TRLPI).
- Queda prohibida la destrucción del soporte original de la versión definitiva.
- Tratándose de una obra en colaboración, la divulgación de la obra audiovisual (y la decisión de cuál es su forma) requiere del consentimiento unánime de todos los coautores (art. 7.2 TRLPI). Sin embargo, la ley permite al productor utilizar una contribución inacabada por negativa injustificada del autor o por causa de fuerza mayor (art. 91 TRLPI).
- La atribución de autoría deberá ajustarse a las circunstancias y exigencias de los distintos formatos de explotación; por ejemplo, los anuncios publicitarios no muestran títulos de crédito.

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

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

Los coautores pueden pactar entre sí (y, en la práctica, con el productor) cuotas de participación distintas sobre la obra audiovisual (en tal caso, el reparto de las remuneraciones legalmente previstas será proporcional a sus respectivas cuotas). En defecto de pacto, las cuotas se presumirán iguales, salvo que se demuestre que se trata de contribuciones con distinto peso en la obra común. En tal caso, la participación de cada coautor será proporcional al peso de su contribución en la obra común (art. 1.689 CC). En defecto de indicación expresa, la SGAE aplica los siguientes porcentajes para realizar los repartos entre los coautores de una obra audiovisual: director-realizador, 25%; autores de la parte literaria, 50% (25% guión y 25% argumento); compositor de la música, 25%.

Una vez divulgada la obra audiovisual, ningún coautor podrá "rehusar injustificadamente su consentimiento para su explotación en la forma en que se divulgó" (art. 7.2 TRLPI).

#### a) Derechos de explotación

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

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

#### b) Explotación separada de las contribuciones

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

#### c) Derechos de remuneración

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

En concreto:

- Participación en la recaudación de taquilla (art. 90.3 TRLPI), esto es, los coautores y el autor de la obra preexistente en la que se basa la audiovisual



tienen derecho a participar en los ingresos generados por la proyección de la obra audiovisual en lugar público mediante precio de entrada;

- Remuneraciones por proyección de la obra audiovisual en lugar público sin precio de entrada y por puesta a disposición del público en Internet (art. 90.4 TRLPI).
- Remuneración por alquiler de la obra audiovisual (art. 90.2 TRLPI): de acuerdo con el artículo 90.2 *in fine* TRLPI, quienes alquilen al público fonogramas y grabaciones audiovisuales (los llamados "videoclubs") deberán abonar tales cantidades a las entidades de gestión de autores de obras audiovisuales y de artistas.
- Remuneración por préstamo público de la obra audiovisual (art. 37.2 TRLPI) en los establecimientos allí previstos: museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública, de entidades de interés general sin ánimo de lucro o de instituciones docentes, con las excepciones previstas en el mismo artículo.
- Compensación equitativa por copia privada (art. 25 LPI): esta compensación equitativa (por las copias privadas que se realicen al amparo del límite previsto en el art. 31.2 TRLPI) se establece a favor de los coautores, el productor de la grabación y los artistas (actores y músicos) de las obras audiovisuales divulgadas en forma de videograma u otro soporte audiovisual.

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

### 2.1.5. Plazo de protección

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

Además, si los autores de la obra audiovisual fallecieron antes de la entrada en vigor de la TRLPI (7-XII-1987), la obra se protegerá durante ochenta años, a contar desde el fallecimiento del último coautor superviviente (disp. trans. 4.<sup>a</sup> TRLPI).

#### Excepción de la obra audiovisual publicitaria

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

#### Gestión colectiva obligatoria

Estos derechos de remuneración solo pueden ser gestionados por las entidades de gestión.

### 2.1.6. La obra preexistente

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

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

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

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

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

## 2.2. Los programas de ordenador

Un programa es un conjunto de instrucciones que hacen que una máquina, el ordenador, funcione y ejecute una tarea o proporcione un resultado. El art. 96 TRLPI lo define a los efectos de esta ley, como "toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación". Los programas de ordenador son, de hecho, los motores de la sociedad de la información. Su elaboración es costosa y, sin embargo, son extremadamente vulnerables a la copia, dada su naturaleza digital. Era necesario, pues, encontrar un sistema de protección rápido y de ámbito mundial.

#### Ejemplos de obras preexistentes

Aun siendo lo más común las obras literarias (novelas adaptadas al cine), también lo son el *remake* de una película, la adaptación al cine de una obra de teatro o de una novela ilustrada (cómic), o la adaptación de una obra musical (una sinfonía o la música de una ópera) como banda sonora de la obra audiovisual.

## **Hardware y Software**

Inicialmente, los programas no se comercializaban de manera independiente. Así, hardware y software eran objeto de un mismo negocio. Los ordenadores incorporaban físicamente los programas o éstos se hacían a medida. No había "piratería". Era suficiente con imponer deberes contractuales de secreto al adquirir el ordenador. El problema empezó cuando en los años sesenta y a causa de la legislación *antitrust* americana, las grandes compañías, en concreto IBM, se vieron obligadas a separar sus negocios de *hard* y *soft* y, consecuentemente, los programas se empezaron a estandarizar y comercializar en soportes móviles, como los disquetes.

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

El más práctico en aquel momento, tanto por la rapidez de la tutela (inmediata, sin formalidades) como por la extensión internacional (gracias al Convenio de Berna), era el derecho de autor. Ésta fue la opción de la TRLPI española de 1987, seguida también por la Directiva 91/250/CE, de 14 de mayo, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, el ADPIC de 1994 (art. 10.1) y el Tratado OMPI sobre derecho de autor de 1996 (art. 4), los cuales consideran los programas como "obras literarias".

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

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

### **La patente de software**

Recientemente ha vuelto a cobrar fuerza la opción de patentar el software. La posibilidad de patentar programas es uno de los caballos de batalla actuales para la industria del software. En España no es posible (al menos formalmente) patentar un programa de ordenador, si bien es posible que éste forme parte de una invención patentable. También en la UE queda reafirmado el Convenio de la Patente Europea (CPE) que excluye las patentes de programas de ordenador. Es importante mencionar también las llamadas licencias de software libre (hay diversas, y no todas son iguales).

Entre ellas, merece especial atención la licencia GPL (*general public license*) de la Free Software Foundation, no sólo por ser la primera, sino por ser la que asegura el llamado *copyleft*. Mediante la GPL, el titular del programa permite expresamente a sus usuarios usar, modificar y redistribuir el mismo (con o sin modificaciones), con dos únicas condiciones: dar reconocimiento al autor original y asegurar que cualquier nueva versión del mismo

será distribuida bajo la misma licencia GPL, para asegurar así las "libertades de uso, modificación y redistribución" y evitar la "apropiación" del software libre.

### 2.2.1. Objeto de la protección

El derecho de autor protege el programa en cualquiera de sus expresiones posibles (código fuente y código objeto) y en su totalidad (incluyendo las interfaces).

Como es lógico, no se protegen las ideas ni los principios que conforman el programa. En cambio, sí se protege la documentación preparatoria, la documentación técnica y los manuales de uso del programa de ordenador (art. 96.1 TRLPI).

#### Documentación y manuales

La documentación preparatoria no es el programa. Expresa el trabajo previo. Pero la ley ha decidido su asimilación, porque ahí ya están expresadas las ideas o soluciones en las que reside el valor principal del programa.

La documentación técnica proporciona información que puede ser necesaria para que un experto pueda llevar a cabo ciertas operaciones (adaptaciones, solución de problemas, etcétera).

El manual de uso, destinado a usuarios comunes, no hace sino explicar cómo instalar el programa, manejarlo y resolver ciertos problemas. Tanto el manual como la documentación técnica, y a diferencia de lo que sucede con la documentación preparatoria, es material elaborado *a posteriori*, una vez que el programa ya ha sido creado. Se trata, pues, de obras literarias en sentido estricto cuya protección no debiera presentar particularidad alguna en relación con las reglas generales.

Obviamente, para gozar de protección, el programa tiene que ser "original" (sin que exista ningún otro criterio para conceder la protección). Ahora bien, ¿dónde está la originalidad en una creación utilitaria en la cual el margen de maniobra es escaso? Se ha optado aquí por un criterio de bajo nivel: es suficiente que el programa sea el resultado de un esfuerzo personalizado o, en otras palabras, que no haya sido copiado ("creación intelectual propia de su autor").

Otra solución, en el sentido de exigir una aportación "personal" del autor, habría condenado a la desprotección a la gran mayoría de los programas de ordenador. Nos encontramos así, en nuestra propia ley, con dos nociones de originalidad: la general (aludida, que no definida, en el art. 10.1 TRLPI) y la especial (noción devaluada de originalidad) para programas de ordenador (y también para fotografías, según se ha visto).

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

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

#### La interfaz

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

titular de los derechos de autor en los casos expresamente previstos por esta ley". Los programas gozan, pues, de un régimen de autoría excepcional, conscientemente adoptado en favor de las empresas productoras de software.

Además, cuando el programa de ordenador sea una obra colectiva de las reguladas en el art. 8 TRLPI, "tendrá la consideración de autor, salvo pacto en contrario, la persona natural o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre" (art. 97.2 TRLPI).

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

- 1) la cesión expresa de derechos mediante contrato;
- 2) la existencia de una relación laboral con la consiguiente presunción de cesión a favor del empresario (art. 51 y 97.4 TRLPI).

#### **Cesión de derechos de autor a favor del empresario**

De acuerdo con el art. 97.4 TRLPI, "cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador, en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos de explotación correspondientes al programa de ordenador así creado, tanto el programa fuente como el programa objeto, corresponderán exclusivamente al empresario, salvo pacto en contrario".

Aunque a primera vista parece que esta presunción de cesión refleja la del art. 52 TRLPI, existen algunas diferencias. Por ejemplo, el art. 51 TRLPI presume que la cesión se limita a "lo necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra." Y añade que "en ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes". En cambio, nada semejante aparece en el art. 97.4 TRLPI; lo cual permite entender que el alcance de la cesión sobre el programa es mucho mayor. Obviamente, una lectura del principio de aplicación subsidiaria de las normas del régimen general ("en la medida en que resulten aplicables", art. 95 *in fine* TRLPI) permitiría reducir las distancias entre ambos artículos.

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

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

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

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

b) El artículo 99 sólo habla de derechos exclusivos de explotación. No se mencionan los "otros derechos" patrimoniales de autor (de simple remuneración) ni los derechos morales. El silencio se interpreta normalmente a favor de la inexistencia de tales derechos morales sobre los programas de ordenador; pero la cuestión no es pacífica y deja margen para el debate.

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

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

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

#### Caso *UsedSoft*

El TJUE –en una sentencia muy polémica– concluyó que "el derecho de distribución de la copia de un programa de ordenador se agota si el titular de los derechos de autor, que ha autorizado, aunque fuera a título gratuito, la descarga de Internet de dicha copia en un soporte informático, ha conferido igualmente, a cambio del pago de un precio que le permita obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de la obra de la que es propietario, un derecho de uso de tal copia, sin límite de duración" y que "en caso de reventa de una licencia de uso que comporte la reventa de una copia de un programa de ordenador descargada de la página web del titular de los derechos de autor, licencia que había sido concedida inicialmente al primer adquirente por dicho titular sin límite de duración a cambio del pago de un precio que permitía a este último obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de su obra, el segundo adquirente de tal licencia, así como todo adquirente posterior de la misma, podrá invocar el agotamiento del derecho de distribución y gozar del derecho de reproducción", STJUE de 3 de julio de 2012 *UsedSoft v. Oracle* (C-128/11).

salvo prueba en contrario, que dicha cesión tiene carácter no exclusivo e intransferible; presumiéndose, asimismo, que lo es para satisfacer únicamente las necesidades del usuario". Para saber qué usos del programa están permitidos y cuáles no, se tendrá que aplicar lo que dispone la licencia correspondiente.

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

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

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

#### **El usuario legítimo**

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

1) Reproducir, transformar y corregir errores, pero sólo en la medida necesaria para utilizar el programa "con arreglo a su finalidad propuesta".

2) Hacer una copia de seguridad; sin esta previsión tal copia no sería posible y, en cualquier caso, la única función tiene que ser asegurar la utilización del programa. Debe tratarse de una copia "de seguridad", lo cual impide, por ejemplo, instalarla (y usarla) en otro ordenador. Nótese que, al no quedar expresamente contemplada entre las excepciones, se excluye (prohíbe) la copia privada de programas de ordenador.

3) Analizar el programa, pero sólo mientras lo utiliza.

- Los números 5 y 6 no se ocupan tanto de los usuarios como del mercado. Con estas excepciones se quiere garantizar el desarrollo de una industria no monopolística. La palabra clave es "interoperabilidad". Quienes desarrollan software tienen que poder crear programas capaces de intercambiar información y funcionar con los ya existentes. Detrás de esto se encuentra una encarnizada y muy ilustrativa lucha en torno a la llamada "ingeniería inversa", es decir, en torno al proceso que parte del producto acabado (código objeto) e intenta remontarse a los orígenes (código fuente).

#### **Ingeniería inversa**

La ingeniería inversa está ya contemplada de forma limitada en el art. 100.3 TRLPI. El art. 100.5 y 6 TRLPI contempla una forma específica de ingeniería inversa: la llamada *descompilación*, es decir, la operación contraria a la que tiene lugar cuando el código fuente se traduce o vierte a la forma de código objeto: la llamada *compilación*.

La descompilación consistiría, pues, en intentar llegar al código fuente a partir del código objeto. Desde el punto de vista de los principios tradicionales del derecho de autor, esta operación debería ser libre. Sin embargo, en la medida en que exige reproducir (art. 99.a TRLPI) y supone traducir o transformar (art. 99.b TRLPI), cae dentro del ámbito de

#### **Copia para uso privado**

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

exclusividad del titular. Por ello se ha hecho necesario establecer una excepción, a fin de asegurar la interoperabilidad con otros programas creados de forma independiente (art. 100.5 TRLPI).

- El art. 100 se cierra con el conocido *three step test*: los apartados 5 y 6 del artículo 100 "no podrán interpretarse de manera que permitan que su aplicación perjudique de forma injustificada los legítimos intereses del titular de los derechos o sea contraria a una explotación normal del programa informático".

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

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

A diferencia del software "propietario", el software "libre" se caracteriza generalmente por mostrar de forma abierta el código fuente y permitir expresamente la subsiguiente modificación y creación de nuevos programas por parte de sus usuarios. Igualmente, a diferencia de las típicas licencias de software propietario, que impiden la copia, distribución o descompilación del programa, las licencias libres permiten a los usuarios del software hacer cualquier uso de éste (para cualquier finalidad), copiarlo y modificarlo (para adaptarlo o mejorarlo) y redistribuirlo (tanto en formato original, como modificado).

Las cuatro libertades fundamentales del software libre son:

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

Todo ello, con una única condición: que se dé crédito al autor (se le reconozca como tal) y se identifique la autoría de las subsiguientes modificaciones que se efectúen en el programa.

Ahora bien, más allá de este mínimo común a todas las licencias de software libre, existen variedades importantes. Por ejemplo, la licencia GNU-GPL (*general public license*) obliga a que cualquier nueva versión del programa se distribuya bajo la misma licencia GNU-GPL, de manera que "se perpetúe la liber-



tad" asegurándose de que los nuevos programas o versiones (software derivado) continuarán siendo libres y de que nadie se apropiará del esfuerzo ajeno en beneficio propio.

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

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

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

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

La licencia se adjunta directamente al código fuente (licencia y obra son inseparables) y debe reproducirse siempre, en todo el software redistribuido. Así pues, el adjetivo "libre" se refiere a estas libertades fundamentales que otorgan las licencias y no a la gratuidad del software (el software comercial es una parte importante del software libre). No hay que confundir "libre" con "gratis". El software libre puede ser distribuido de forma gratuita o mediante pago; lo importante son las libertades que obtiene el usuario.

### **Evolución del concepto de *software libre***

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

La definición de *open source* 3 (OSD, Open Source Definition: <http://www.opensource.org/docs/definition.php>) se basa en diez directrices surgidas del proyecto Debian, que permiten clasificar las diferentes licencias de software en función de su objeto (componentes, programas, distribuciones completas) y de unas pautas generales, unos estándares, que toda licencia de software abierto debe cumplir.

Además, se creó una marca de certificación (OSI Certified: <http://www.opensource.org/licenses/alphabetical>) para indicar que una licencia cumple con las directrices del *open source*. De esta manera, se quiere facilitar a usuarios, programadores y especialmente a empresas una mejor comprensión del software libre, así como, en última instancia, promover nuevos modelos de negocio basados en el mismo y atraer la inversión empresarial. Con este objetivo, el *open source* renuncia a la exigencia del *copyleft* y se evita utilizar la expresión "libre", superando así las dudas sobre la gratuidad (que siempre había generado la expresión software libre/*free software*).

## 2.3. Las bases de datos

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

En el ámbito de la UE (Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos) se ha establecido un doble sistema de protección de las bases de datos. Por una parte, se protege la creación, la originalidad: si la base de datos (que no necesariamente su contenido) es original, hablaremos de obras, autores y derechos de autor. Por otra parte, también se protege el esfuerzo, la inversión realizada: tanto si la base de datos es "obra" como si no, su fabricante (que no autor) se podrá beneficiar de un nuevo derecho *sui generis* contra la extracción sustancial de su contenido.

### 2.3.1. Las bases de datos como obra

El esfuerzo intelectual y la siempre necesaria originalidad de una base de datos están en la selección de los contenidos o en su disposición. Es indiferente que los ingredientes sean a su vez obras u "otros elementos o datos" (por ejemplo, datos geográficos o bibliográficos). Tampoco importa que se presenten en formato electrónico o no (la tecnología digital no ha creado las bases de datos); sólo hace falta que el contenido esté organizado y sea accesible individualmente. El art. 12.2 TRLPI proporciona una definición de lo que ha de entenderse por base de datos:

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

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

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

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

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

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

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

En relación con el derecho de transformación, se consideró necesario añadir una precisión a la definición, con el fin de dejar claro que "cuando se trate de una base de datos a la que hace referencia el artículo 12 de la presente ley, se considerará también transformación la reordenación de la misma" (art. 21.1 párrafo. 2.º TRLPI). Esta precisión es importante, y quizás no resultaría de la simple interpretación del concepto de transformación, porque, de hecho, quien reordena no reproduce la estructura protegida, sino que crea una diferente.

b) Con respecto a las excepciones específicas, el art. 6 de la Directiva 96/9/CE sobre bases de datos, preveía una serie de excepciones a los derechos exclusivos del autor: una de carácter obligatorio en favor del usuario legítimo, y otras de carácter facultativo y tasadas, aunque admitía también el mantenimiento de las "tradicionalmente reguladas" por el derecho interno de los Estados. La excepción obligatoria en favor del usuario legítimo de una base fue recogida en el art. 34.2 TRLPI para asegurar que el usuario legítimo podrá, en efecto, utilizar la base con normalidad sin que inopinadamente pueda oponérsele, por ejemplo, el derecho de reproducción o el de transformación. Las excepciones facultativas –que los Estados podían o no establecer– también fueron recogidas por el legislador español en el art. 34.2 TRLPI.

Así, no será necesaria la autorización del titular de la base de datos para los siguientes usos:

- Copia privada (art. 34.2.a TRLPI). Sólo se admite si se trata de bases de datos no electrónicas. Para las electrónicas, en cambio, rige el mismo criterio que para los programas de ordenador, y, por lo tanto, queda excluida la posibilidad de copia privada.

- Ilustración de la enseñanza o investigación científica (art. 34.2.b TRLPI). Esta excepción se introduce sólo para las bases de datos y no tiene en el TRLPI paralelo con las otras obras.
- Seguridad pública y uso en procedimientos administrativos o judiciales (art. 34.2.c TRLPI). También ésta es una excepción nueva, limitada a las bases de datos. Una vez más, podrán ser aplicables también las excepciones previstas con carácter general. Por ejemplo, la de cita (art. 32 TRLPI) o la de préstamo (art. 37.2 TRLPI).

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

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

Esta última línea es la seguida en Europa en la Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos (incorporada en el TRLPI en 1998): crear un derecho especial, *sui generis*, a favor de los "fabricantes" de bases de datos, tanto si estas tienen la condición de obra como si no. Una base de datos, por lo tanto, puede beneficiarse simultáneamente de ambos tipos de derechos: de autor y *sui generis*. Que el creador adquiera derechos de autor sobre la misma por el hecho de su creación (art. 1 TRLPI) no impide que el fabricante adquiera el derecho *sui generis*. Unos y otros derechos recaen sobre objetos diferentes y, por lo tanto, resultan compatibles. Esto no significa, sin embargo, que la concurrencia deba darse en todo caso.

#### a) ¿Qué se protege exactamente?

No se protege en absoluto la creatividad, sino la inversión sustancial, ya sea en dinero o esfuerzo (art. 133.1 TRLPI). Por tanto, los derechos no son del autor, sino del fabricante que realiza la inversión.

La protección se otorga al fabricante de la base de datos, definido en el art. 133.3 TRLPI como: "la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y asume el riesgo de efectuar las inversiones sustanciales orientadas a la obtención, verificación o presentación de su contenido."

#### La inversión sustancial en la jurisprudencia española

Véase la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Madrid, de 24 de julio de 2001 (*Aranzadi v. El Derecho*) aceptando la existencia de inversión sustancial en la compilación, selección, corrección y disposición de una base de datos de resoluciones judi-

#### La inversión sustancial

El TJCE ya ha resuelto algunos casos interpretando el concepto de "inversión sustancial". En particular pueden verse los casos C-46/02, C-338/02 y C-444/02, resueltos en sendas sentencias de 9 de noviembre de 2004.

ciales. Ver también la Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 31 de enero de 2018 (*IMS Health SL*) confirmando el derecho *sui generis* del demandante Infonis como fabricante de una base de datos de información farmacéutica de España, infringida por el demandado IMS Health (cpm su base de datos Sanibricks) –el Tribunal encontró evidencias de que la base de datos infractora contenía los mismos errores ortográficos que la infringida.

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

Lo que ostenta el fabricante es el "derecho a impedir" ciertos actos en relación con "la totalidad o una parte sustancial" del contenido de la base, o incluso de "partes no sustanciales cuando se trata de actos repetidos o sistemáticos". De acuerdo con el art. 133 TRLPI, el llamado derecho *sui generis* que se otorga al fabricante de la base de datos consiste en la facultad de impedir la "extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido (de la base de datos), evaluada cualitativa o cuantitativamente" (art. 133.1) y la "extracción y/o reutilización repetidas o sistemáticas de partes no sustanciales del contenido de una base de datos que supongan actos contrarios a una explotación normal de dicha base o que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del fabricante de la base" (133.2).

En el art. 133 TRLPI, se emplea una terminología particular: no se habla de autor, ni siquiera de productor (como hacemos con los derechos conexos), sino de fabricante. Tampoco se habla de reproducción, distribución, comunicación... No obstante, sustancialmente, extracción equivale a reproducción, y la reutilización cubre tanto la distribución como la comunicación pública.

## c) ¿Con qué límites?

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

- Derechos y obligaciones del usuario legítimo. El usuario legítimo de una base de datos podrá extraer y/o reutilizar partes no sustanciales de su contenido, evaluadas de forma cuantitativa o cualitativa, con independencia del fin al que las destine (art. 134.1 TRLPI). Este derecho no admite pacto en contrario (art. 134.3 TRLPI). No obstante (y de nuevo asoma el *three step test*), tales actos no deberán perjudicar la normal explotación de la base ni lesionar injustificadamente los intereses legítimos de su fabricante (art. 134.2 TRLPI). En cualquier caso, deberán respetarse los derechos de autor o conexos que existan sobre las obras o prestaciones incluidas en la base de datos (art. 134.2.b TRLPI).
- Excepciones al derecho *sui generis*. Ante la flexibilidad del legislador comunitario, el español optó por identificar como excepciones al derecho *sui generis* las mismas excepciones previstas para las bases de datos que ostentan la condición de obra. Así pues, no será necesaria la autorización del fabricante de la base de datos para extraer y/o reutilizar partes sustanciales o partes no sustanciales de manera repetida o sistemática en los siguientes casos:

- Para uso privado (art. 135.1.a TRLPI). Es lícita la extracción (sólo la extracción) para uso privado de contenidos de bases de datos no electrónicas (sólo no electrónicas). Una vez más, se hace patente la diferencia entre el mundo analógico (papel, casetes, vídeos, etcétera) y el digital.
- Para uso público con finalidades de enseñanza o de investigación (art. 135.1.b TRLPI). A diferencia de lo que se ha visto para los derechos de autor, en este caso sólo se permite "la extracción" y con las cautelas habituales ("en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga y siempre que se indique la fuente").
- Para finalidades de seguridad pública y procedimientos administrativos o judiciales (art. 135.1.c TRLPI).

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

#### **d) ¿Por cuánto tiempo?**

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

### 3. Los derechos conexos

El derecho de autor protege la creación de obras, no las prestaciones que contribuyen a difundirlas, por muy importantes, costosas y valiosas que sean. Así pues, hubo que diseñar una clase nueva de derechos de propiedad intelectual: los llamados derechos afines, vecinos o conexos a los derechos de autor. Ésta es la categoría que nuestra legislación acoge con la rúbrica neutral de "otros derechos de propiedad intelectual".

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

Las reglas previstas para el derecho de autor en el libro I del TRLPI son aplicables de forma subsidiaria (en lo que resulte pertinente) para llenar lagunas o vacíos de la regulación de los derechos conexos (artículo 132 TRLPI). Los derechos conexos se construyen sobre objetos que no son obras (expresión formal y original de la creatividad humana), sino prestaciones. Este término incluye aportaciones o realidades de naturaleza heterogénea tanto de carácter personal como empresarial.

Con respecto a las personales, tenemos las interpretaciones o ejecuciones de una obra por personas físicas: los artistas intérpretes o ejecutantes.

Con respecto a las empresariales, tenemos los productores de fonogramas, los productores de grabaciones audiovisuales, las entidades de radiodifusión.

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

A caballo entre las dos prestaciones, están las meras fotografías, en las que la prestación no está al servicio de ninguna obra. Aquí no se trata de proteger el esfuerzo invertido para dar vida a las obras (como ocurre con los artistas), sino el esfuerzo y la inversión para elaborar un producto: la mera fotografía.

#### 3.1. Artistas intérpretes y ejecutantes

##### a) Sujeto

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

La fórmula legal es amplia, y solamente se exige que la prestación tenga por base una obra. Para la legislación de propiedad intelectual, solamente es artista titular de derechos

afines quien ejecuta o interpreta una obra, con independencia de que la prestación sea considerada más o menos "artística" por la sociedad.

## b) Derechos o facultades patrimoniales

Los artistas tienen derechos exclusivos sobre los siguientes actos:

- Autorización para fijar la interpretación o ejecución; de manera que se exige la forma escrita para esta autorización (art. 106 TRLPI).
- Reproducción, en el sentido vulgar de realización de copias. La autorización para reproducir también tiene que ser escrita y se prevé de manera expresa la posibilidad de transferir, ceder o licenciar este derecho de reproducción (art. 107 TRLPI). Se distingue entre fijación y reproducción según el objeto: se fijan actuaciones y se reproducen, distribuyen y comunican estas fijaciones.
- Comunicación pública. No es posible llevar la actuación a un público diferente sin su autorización, que se ha de otorgar por escrito (art. 108 TRLPI). Por ejemplo, es ilícito retransmitir la actuación de un cantante en una sala o teatro por radio o televisión o, simplemente, colocar altavoces o pantallas en locales adjuntos sin tener la autorización. No es precisa la autorización cuando se trata de una actuación que "constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión o se realice a partir de una fijación previamente autorizada" (art. 108.1.a TRLPI).
- Puesta a disposición del público en la forma establecida en el artículo 20.2.i. Es una puesta a disposición interactiva (art. 108.1.b TRLPI).
- Distribución del original o copias de la fijación de las actuaciones (art. 109.1 TRLPI). Como pasa con los autores, este derecho se agota con la primera venta, siempre que tenga lugar en la Unión Europea y solamente para las ventas sucesivas dentro de la Unión (art. 109.2 TRLPI). En relación con otras formas de distribución, como el alquiler y el préstamo, no hay agotamiento.

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

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



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

### c) Derechos o facultades morales

La prestación de los artistas es personal: aunque no cree una obra, el artista, al interpretar o ejecutar, se compromete consigo mismo. Es lógico, pues, que le concedan algunas facultades análogas al derecho moral de los autores. Concretamente, le conceden las siguientes (art. 113 TRLPI):

- el "reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones";
- el "derecho de oponerse a toda deformación, modificación, mutilación o cualquier atentado sobre su actuación", siempre que (éste es normalmente el punto que se tiene que debatir) "lesione su prestigio o reputación";
- el derecho de autorizar o prohibir el doblaje de su actuación en las obras audiovisuales.

El artista (como cualquier otra persona) puede recurrir contra la normativa sobre los llamados derechos de la personalidad (identidad, imagen, honor, intimidad, etcétera).

### d) Límites: duración y excepciones

De acuerdo con el artículo 112.1 TRLPI, "los derechos de explotación reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes tendrán una duración de cincuenta años, computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de la interpretación o ejecución".

El artista puede ejercer los derechos morales de atribución e integridad durante toda la vida y, después de haber muerto, sin límite de tiempo, lo pueden hacer sus herederos (art. 113.3 TRLPI).

Por remisión expresa del artículo 132 TRLPI, son aplicables las excepciones previstas en los artículos del 30 al 40 bis TRLPI.

### e) Régimen de transmisión de derechos

#### Fonogramas

Hay que tener presente que el plazo de protección de los artistas de fonogramas se ha ampliado hasta 70 años, por la Directiva 2011/77/UE.

Hemos visto algunas presunciones de cesión de derechos con ocasión de contratos celebrados con artistas; por ejemplo, en relación con el derecho de alquiler (art. 109.3 TRLPI) o el doblaje a una lengua diferente de la propia (art. 88 TRLPI). A ellos hace falta añadir estas dos presunciones de cesión:

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

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

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

El productor es quien asume la iniciativa, pone los medios organizativos y a menudo financieros y, en general, asume los riesgos derivados de la grabación. La ley distingue entre dos clases de productores: los de grabaciones musicales (fonogramas) y los de grabaciones audiovisuales. A diferencia de los artistas, y visto el carácter empresarial de su prestación, los productores no tienen derechos morales. Esto, sin embargo, no impide que tengan derecho (no moral) a hacer que su nombre esté indicado en la explotación de la obra.

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

El fonograma es "toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos" (art. 114.1 TRLPI). Por tanto, no sólo es fonograma la fijación de una obra (o, mejor dicho, de la ejecución de una obra), sino también la fijación de sonidos (ruidos, sonido ambiental, sonidos de la naturaleza, etcétera). Aunque parezca extraño, puede haber fonograma sin obra.

El productor del fonograma es "la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la mencionada fijación. Si dicha operación se efectúa en el seno de una empresa, el titular de ésta será considerado productor del fonograma" (art. 114.2 TRLPI).

La ley otorga a los productores de fonogramas los siguientes derechos de explotación: reproducción (art. 115 TRLPI); comunicación pública, incluida la puesta a disposición interactiva (art. 116 del TRLPI), y distribución (art. 117 TRLPI). Estos derechos se protegen durante cincuenta años, a contar desde la grabación o, en su caso, desde la divulgación (art. 119 TRLPI), y quedan sujetos a los mismos límites y excepciones previstos para el derecho de autor.

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

### **El plazo ampliado para los fonogramas**

La Directiva 2011/77/UE, de 27 de septiembre, **amplía el plazo de protección de los fonogramas de cincuenta a setenta años (desde su publicación)**. De este modo, se quiere asegurar que el colectivo de músicos y cantantes de fonogramas grabados ahora hace cincuenta años (y que todavía tienen valor en el mercado) continuarán recibiendo protección (y remuneración) durante veinte años más. Podemos pensar en los fonogramas de los Beatles o de Cliff Richard –nombre con el que se bautizó informalmente esta directiva–, que si el plazo de protección no se hubiera alargado, pasarían a entrar de forma inminente en el dominio público. En cualquier caso, ni siquiera con esta extensión el plazo de protección de artistas se acerca al de los autores, que continúa siendo más largo.

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

### **b) Productores de grabaciones audiovisuales**

Las grabaciones audiovisuales, a veces llamadas también videogramas, son "las fijaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido" (art. 120.1 TRLPI). Es indiferente que lo fijado alcance o no la condición de obra audiovisual.

Además de los derechos que, en su caso, haya adquirido sobre la obra audiovisual si la grabación tiene esta condición, el productor audiovisual, esto es, "la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad" de la grabación (art. 120.2 TRLPI), tiene los mismos derechos de explotación que el productor de fonogramas: reproducción (art. 121 TRLPI), comunicación pública (art. 122 TRLPI) y distribución (art. 123 TRLPI).

También participa de la remuneración por copia privada (art. 25 TRLPI) y por comunicación pública (art. 122.2 TRLPI compartida con los artistas). La duración se fija también en cincuenta años a partir del 1 de enero del año siguiente al de la grabación o, en su caso, de la divulgación, y los derechos quedan sujetos a las excepciones previstas en general para las obras.

### 3.3. Entidades de radiodifusión

La Ley de Propiedad Intelectual no da una definición de entidad de radiodifusión, pero normalmente se alude a cualquier entidad o empresa que asume la responsabilidad de una emisión radiofónica, entendiéndose por emisión radiofónica no sólo la de sonidos (radio, en el sentido coloquial) sino también la de imagen (televisión).

Lo que se quiere proteger con este derecho conexo es la aportación empresarial, organizativa y de medios, necesaria para llevar a cabo la emisión. Las entidades de radiodifusión solamente reciben derechos económicos. De acuerdo con el artículo 126.1 TRLPI, las entidades de radiodifusión tienen el "derecho exclusivo de autorizar":

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

Aquí también se aplica el plazo de cincuenta años, contados a partir del 1 de enero del año siguiente al de la realización por vez primera de la emisión o transmisión. En materia de excepciones, es aplicable de nuevo la remisión del artículo 132 TRLPI a las previstas para los derechos de autor.

### 3.4. Realizadores de meras fotografías

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

La distinción entre obra fotográfica o "mera" fotografía reside en la presencia o ausencia de originalidad. El derecho sobre las meras fotografías es un punto polémico, y no todos los ordenamientos lo admiten. En teoría, no es un problema diferente del que plantea cualquier otra obra. En la práctica, sin embargo, es difícil de solucionar por el peso que tiene la tecnología en el proceso de creación.

Además, la Directiva 93/98/CEE, que armonizó el plazo de protección de la propiedad intelectual, estableció en el artículo 6 que "las fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor serán protegidas con arreglo al artículo 1. No se aplicará ningún otro criterio para determinar su derecho a la protección. Los Estados miembros podrán establecer la protección de las demás fotogra-

#### Acerca de la emisión radiofónica

En general, la emisión radiofónica es transmisión sin hilo, pero no se tienen que excluir las empresas de cable cuando lo que transmiten es programación propia.

#### Derecho de explotación del productor sobre determinadas fotografías

La ley atribuye también al productor el derecho de explotación sobre "las fotografías que fueren realizadas en el proceso de producción de la grabación audiovisual" (art. 124 TRLPI).

fías". La misma redacción se mantiene en la versión codificada (Directiva 2006/116/CE de 12 de diciembre de 2006). Esta norma no se ha recogido formalmente en el TRLPI, pero parece claro que se ha de aplicar para valorar cuándo una fotografía es obra o no.

### 3.5. Editores

El editor toma una iniciativa, pone una organización empresarial al servicio de la obra y elabora el producto por medio del cual esta obra llega al público. No obstante, salvo la remuneración por copia privada reconocida a todos los editores (art. 25 del TRLPI), no se les ha reconocido un derecho conexo de carácter general sobre su prestación; en cambio, sí se ha hecho con los productores. En España no se protegen todas las producciones editoriales; solamente algunas.

- Editores de obras inéditas en dominio público (art. 129.1 del TRLPI). Quien divulgue lícitamente una obra inédita que esté en dominio público tiene los mismos derechos de explotación que habrían correspondido al autor.
- Editores de obras no protegidas (art. 129.2 del TRLPI). Los editores de obras no protegidas por las disposiciones del Libro I de esta ley tienen el derecho exclusivo de autorizar la reproducción, distribución y comunicación pública de tales ediciones, siempre que puedan ser individualizadas por su composición tipográfica, presentación y otras características editoriales. En todo caso, hace falta que haya una prestación editorial que justifique la protección, es decir, una individualización de la edición "por su composición tipográfica, presentación y otras características editoriales". Esta disposición alcanza, pues, a todas las obras que se hallen en el dominio público (que hayan sido divulgadas o no, aunque en este caso será de aplicación directamente el art.129.1 TRLPI) y posiblemente también a las ediciones "individualizadas" de obras excluidas de protección por el art.13 TRLPI (por ejemplo, sentencias o leyes).

Estos derechos duran veinticinco años, contados a partir del día 1 de enero del año siguiente al de la divulgación lícita de la obra (obras en dominio público) o al de la publicación (obras no protegidas).



## Bibliografía

### Bibliografía básica

**Bercovitz, R.** (coord.). *Manual de propiedad intelectual*. Valencia: 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.

### Bibliografía complementaria

**Bercovitz, R.** (coord.) (2017). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (4.ª 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*. Nueva 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 (coord.)** (2009). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Civitas.

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

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

