Aproximación a *Creative Commons*

Máster en Sociedad de la Información y del Conocimiento
Universitat Oberta de Catalunya

José Mauro Vicente Hernández

Directora: Raquel Xalabarder Plantada

Enero de 2011

ÍNDICE

Introducción: objeto y metodología

CAPÍTULO I
1-. Breve aproximación histórica a las licencias *Creative Commons*
2-. El sistema de licencias
3-. Contexto tecnológico

CAPÍTULO II
1-. Cuestiones relativas a la autoría
2-. Aspectos contractuales de las licencias CC
3-. Infracciones de las licencias CC y ejecución de las mismas

CAPÍTULO III
1-. España en el seno de *iCommons*
2-. Sujeto y objeto de las licencias CC en España
    2.1- Autor y obra
    2.2-. Prestaciones y titulares de derechos conexos
3-. Contenido de las licencias
    3.1-. Derechos morales
    3.2-. Derechos patrimoniales
4-. Naturaleza jurídica de las licencias en España
5-. El papel de las entidades de gestión
6-. Tratamiento jurisprudencial de las licencias CC en España

CONCLUSIONES

ANEXO

Introducción: objeto y metodología

Durante los últimos años se ha producido un fenómeno desconocido en ningún otro estadio de nuestra historia anterior, cual es del acceso a una cantidad ingente de información a través de la transformación –o, más bien, ruptura– de las fronteras espacio-temporales que ha traído consigo la –en palabras de Manuel Castells– "Sociedad red"; transformación que en el ámbito de los productos culturales –y, concretamente, en la música– se ha visto refrendada por el avance de la tecnología, que permite digitalizar las obras culturales y elaborar copias de forma más sencilla y con menor coste, y por la generalización del uso de Internet, que ha venido a modificar el esquema de difusión de los trabajos creativos, haciendo que se deba replantear desde las tramas productivas de los trabajos creativos hasta el papel que juega cada uno de los intervinientes en esas tramas.

Este nuevo marco hace que los consumidores de esos productos culturales se relacionen tanto con los propios trabajos como con sus autores de forma distinta a cómo se venía haciendo tradicionalmente, lo que hace que los cimientos sobre los que se asentaba hasta ahora, no solo el modelo de negocio relativo a esos bienes, sino también el sistema legal que regía la producción, gestión y comercialización de los mismos, no sean ya los más sólidos para aguantar el peso de todos esos cambios.

El presente trabajo pretende abordar las problemáticas a las que, derivadas de esas transformaciones, se enfrentan los derechos de autor de las obras musicales, a través del análisis de una de las figuras que –precisamente al albor del nuevo contexto sociológico y tecnológico– más representación está teniendo y que se postula como una de las alternativas más válidas para equilibrar, en el nuevo entorno, los intereses "en conflicto" que de momento los sistemas legales vigentes no han sabido equilibrar: los intereses de los autores sobre la gestión de sus obras y los intereses de los ciudadanos de acceder sin trabas a la cultura.

A través del análisis jurídico de los aspectos que configuran las licencias CC –sin olvidar, como decimos, el contexto socio-tecnológico en el que operan– trataremos de abordar las soluciones que estas herramientas proponen a las problemáticas apuntadas así como las nuevas cuestiones que estas licencias pueden plantear en el ámbito de los derechos de autor.

Se incluirá, para completar el análisis, un breve estudio cualitativo mediante el cual se pretenderá desentrañar las motivaciones que mueven a los autores musicales a aproximarse a las licencias CC como mecanismo para gestionar y difundir sus obras.

CAPÍTULO I

1-. Breve aproximación histórica a las licencias *Creative Commons*

Creative Commons, entidad definida por ELKIN-KOREN como un movimiento social (2006: 8), fue fundada en 2001, como organización no lucrativa, con el soporte del Center for the Public Domain y las facultades de Derecho de Harvard y de Stanford (LABASTIDA, 2008: 30), y cuyo principal foco de trabajo consiste en estandarizar los términos de licencia del contenido abierto (HIETANEN, 2008: 9).

En ese primer momento, la institución estaba liderada por los expertos en ciberderecho y propiedad intelectual James Boyle, Michael Carroll, Molly Shaffer Van Houweling y Lawrence Lessig, por el profesor de informática del MIT Hal Abelson, por el abogado Eric Saltzman, por el realizador de documentales Davis Guggenheim, por el emprendedor Joi Ito y por el programador Eric Eldred[1].

ELKIN-KOREN (2005: 8) señala que el principal cometido de esta organización consiste extender el trabajo creativo a los demás y compartirlo, y resume la ideología de este movimiento en los siguientes aspectos:

1-. La creatividad se basa en el acceso y el uso de trabajos preexistentes.
2-. La legislación sobre propiedad intelectual crea nuevas barreras al acceso a los trabajos creativos y deviene un obstáculo para compartir y reutilizar estos trabajos.
3-. Los elevados costes asociados a la propiedad intelectual afecta a los particulares, limitando sus posibilidades de acceso y reutilización de los trabajos creativos.
4-. La propiedad intelectual debería ser ejercida de forma que promoviera la distribución y la reutilización de estos trabajos.

¿Pero cómo se originó este movimiento? Para ello hemos de remontarnos al caso *Eldred vs. Ashcroft*, en el que Lawrence Lessig, abogado de Eric Eldred, defendió ante la Corte Suprema de Estados Unidos la incostitucionalidad de la *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* (CTEA)[2], una ley que extendía temporalmente los derechos de autor (DE UGARTE, 2007).

En 1995, según explica Lawrence Lessig (2004: 236 ss.) Eric Eldred, decidió poner una versión digital de *La Letra Escarlata* de Nathaniel Hawthorne –que había pasado al dominio público en 1907– en la red, con enlaces a imágenes y textos explicativos, con el fin de hacer más accesible esta obra para sus hijas.

Lo que comenzó como un breve experimento familiar pronto se convirtió en un hobby para Eldred, que comenzó a publicar ediciones digitales de clásicos de principios del siglo XX, como *La vida de la oruga*, de Jean Henri Fabre, o *Las cruces de madera*, de Roland Dorgelès. Con el tiempo, la biblioteca virtual creada por Eldred fue adquiriendo mayor notoriedad, hasta el punto que en 1997 recibió el reconocimiento de *The National Endowment for the Humanities*, de *The Nathaniel Hawthorne Society* y de *The William Dean Howells Society* (FONDA, 1999).

Pero en 1998 tuvo lugar un hecho trascendental en la vida de Eric Eldred, cuando se disponía a publicar el libro de poemas *New Hampshire* de Robert Frost que iba a pasar al dominio público. El 27 de octubre de ese año, el presidente Clinton firmó la CTEA, promovida por el congresista – anteriormente, cantante y compositor– Sonny Bono, que

---

[1] Información extraída de la página oficial de Creative Commons <http://wiki.creativecommons.org/History>
[2] La *Sonny Bono Copyright Extension Act* recibe este nombre en honor al congresista y anteriormente compositor y cantante, que la promovió: <http://bioguide.congress.gov/scripts/biodisplay.pl?index=B000622>

extendía el plazo de la protección de los derechos de autor ya presentes y futuras en veinte años para las obras posteriores al 1 de enero de 1923 (FONDA, 1999). Por otra parte, las obras creadas después de 1978 tenían un único plazo de copyright: para los autores "naturales" ese plazo era el de la vida del autor y los 50 años posteriores a su muerte; para las corporaciones ese plazo era de setenta y cinco años. A partir de la entrada en vigor de la CTEA, el plazo para los autores "naturales" pasaba a ser de setenta años después de la muerte y el de las corporaciones de noventa y cinco años.

En definitiva, tras las sucesivas ampliaciones otorgadas por las sucesivas disposiciones en materia de *copyright*, el panorama resultante, en cuanto a los plazos de protección de las obras, en EEUU queda de la siguiente manera:

Fecha del publicación	**Condiciones**	**Términos del *copyright***
Antes de 1923	Ninguna	En el dominio público
De 1923 a 1977	Publicado sin aviso de *copyright*	En el dominio público
De 1978 a 1 de marzo de 1989	Publicado sin aviso de *copyright*, y sin el consiguiente registro	En el dominio público
De 1978 a 1 de marzo de 1989	Publicado sin aviso de *copyright*, pero registrado	70 años después de la muerte del autor, o si el propietario del trabajo es una corporación, 95 años desde la publicación o 120 desde la creación –lo que se produzca antes–.
De 1923 a 1963	Publicado con avisto de *copyright* pero no renovado	En el dominio público
De 1923 a 1963	Publicado con aviso de *copyright* y renovado	95 años desde su publicación
De 1964 a 1977	Publicado con aviso de *copyright*	95 años desde su publicación
De 1978 a 1 de marzo de 1989	Publicado con aviso de *copyright*	70 años después de la muerte del autor, o si el propietario del trabajo es una corporación, 95 años desde la publicación o 120 desde la creación –lo que se produzca antes–.
Después del 1 de marzo de 1989	Ninguna	70 años después de la muerte del autor, o si el propietario del trabajo es una corporación, 95 años desde la publicación o 120 desde la creación –lo que se produzca antes–.

Fuente: Salisbury University[3]

Según el informe del Senado de Estados Unidos núm. 104-315[4], de 10 de julio de 1996, el propósito de la futura ley era *"asegurar una adecuada protección del copyright para los trabajos estadounidenses en el resto de naciones y la continuidad de los beneficios económicos de un balance saludable de la balanza comercial en la explotación de los trabajos bajo copyright"*, lo cual, sigue diciendo el informe, *"proporciona significativos*

[3] <http://www.salisbury.edu/library/copyright/copyrightduration.html#Works%20in%20the%20US>
[4] Texto original en < http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=104_cong_reports&docid=f:sr315.104.pdf>

beneficios comercial al armonizar sustancialmente la ley estadounidense sobre el copyright con la de la Unión Europea".

Según Lessig (2004: 157), la aplicación de la CTEA, supondría un cambio drástico en el sistema de protección de los derechos de autor en Estados Unidos, ya que, a partir de ese momento, la legislación estadounidense ya no disponía de una forma automática de asegurar que las obras que ya no eran explotadas pasasen a formar parte del dominio público; Lessig se cuestiona incluso si, después de este cambio, es posible poner obras en dominio público: *"El dominio público se queda huérfano a causa de cambios en las leyes del copyright"*. Preocupación, la de Lessig, acerca de la limitación del dominio público, motivada quizás por las declaraciones de Mary Bono –viuda del congresista Sonny Bono y su sucesora en el Congreso[5]– en la Cámara de Representantes estadounidense el 7 de octubre de 1998, que indicaba que *"Sonny quería que el plazo de protección del copyright fuese para siempre. He sido informada por mi equipo que ese cambio podría vulnerar la constitución. Les invito a todos a trabajar conmigo para fortalecer nuestras leyes de copyright con todos los medios a nuestro alcance. Como saben, también existe la propuesta de Jack Valenti para que el plazo sea para siempre menos un día. Quizás el Comité debiera observarlo en el Congreso"*[6].

Las conclusiones de Lessig resultan bastante pesimistas, en lo que se refiere al paso de las obras culturales al dominio público, ya que afirma que *"el efecto de estos cambios en la duración media del copyright es drástico. En 1973 más del 85% de los dueños del copyright no llegaban a renovarlo. Eso significaba que el plazo medio de copyright era solamente de 32,2 años. [...] el plazo medio de copyright hoy día es el plazo máximo. En treinta años, por tanto, el plazo medio se ha triplicado, de 32,2 años a 95 años"*.

Volviendo al caso de Eric Eldred, una vez publicada la CTEA de 1998, éste se vio ante la imposibilidad de publicar ninguna obra posterior a 1923 hasta 2019, lo que le llevó a luchar contra esta ley (LABASTIDA, 2008: 30), primero promoviendo una desobediencia civil – Eldred tenía la intención de publicar como tenía planeado a pesar de la CTEA, pero su idea se vio truncada por la promulgación de una segunda ley aprobada en 1998, la NET [Ningún Robo Electrónico], que podría convertir a Eldred en un delincuente por el simple hecho de publicar esas obras aunque nadie se quejara (LESSIG, 204: 237)– y, posteriormente, presentando una demanda fundamentada en la anticonstitucionalidad de la CTEA, momento en el que Lawrence Lessig se involucró en el asunto, siendo el abogado que llevó la demanda.

En enero de 1999 se presentó la demanda en el distrito federal de Washington DC, basada en la vulneración que suponía la CTEA de la cláusula de progreso de la Constitución estadounidense[7], que en su artículo I, sección 8, señala que (LESSIG, 2004: 238):

> *"El Congreso tiene el poder de promover el progreso de la ciencia [...] asegurando por un tiempo limitado a los autores [...] un derecho exclusivo sobre sus [...] escritos [...]."*

Los alegatos centrales de la demanda (LESSIG, 2004: 252) eran que "*extender los plazos ya existentes de copyright violaba el requisito de <<un tiempo limitado>> de la constitución, y que extender los plazos por otros veinte años violaba la Primera Enmienda*[8]."

---

[5] Información sobre la congresista Mary Bono en <http://bioguide.congress.gov/scripts/biodisplay.pl?index=b001228>

[6] Texto original en <http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getpage.cgi?position=all&page=H9952&dbname=1998_record>

[7] Texto de la Constitución de EEUU: <http://www.constitution.org/cons/constitu.htm>

[8] La Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos hace referencia a la libertad de culto, de expresión, de prensa, al derecho de petición y al de reunión: <http://www.usconstitution.net/const.html#Am1>

Ignasi Labastida (2008: 30 ss.) resume brevemente cuál fue el proceso que siguió a la interposición de esa primera demanda: *"El juez falló contra la demanda y Eldred y Lessig apelaron, pero, de nuevo, la decisión final fue contraria a sus peticiones, aunque uno de los tres jueces votó en contra de la sentencia. Les quedaba solicitar una revisión al Tribunal Supremo y lo hicieron. Sorprendentemente, el Tribunal aceptó la revisión del caso y lo reabrió en 2002. El debate se centró en si se podía limitar el poder del Congreso o bien si la Constitución preveía que esta institución pudiera implementar de la mejor manera el poder legislativo sin límites. Finalmente, el 15 de enero de 2003 el Tribunal Supremo ratificaba la decisión de no aceptar la demanda planteada y reconocer el poder del Congreso a la hora de legislar sobre la extensión de la vigencia del copyright."*

2-. El sistema de licencias

Aprovecha Lessig el epílogo de su obra Cultura Libre (2004: 305 ss.) para exponer la idea que le llevará a adoptar el sistema de licencias Creative Commons, que pasaremos a explicar a continuación. En el debate sobre la regulación de la propiedad intelectual se ha excluido el punto medio, pareciendo que sólo tienen voz los extremos: los que creen en el máximo copyright –"todos los derechos reservados"– y los que lo rechazan –"ningún derecho reservado"–; aquellos que defienden el "todos los derechos reservados" opinan que se debería pedir permiso antes de utilizar cualquier obra con copyright, mientras que los que se posicionan en el "ningún derecho reservado" creen que podríamos hacer lo que quisiéramos con los contenidos sin importar que dispongamos de permiso para ello o no.

Lo que Lessig pretende conseguir es equilibrar el sistema de derechos de autor –ni "todos los derechos reservados" ni "ningún derecho reservado", sino "algunos derechos reservados"–, a través del ejercicio individual de los derechos que la ley otorga a los autores, con lo que se conseguiría una manera de respetar el copyright a la vez que se posibilitaría a los creadores la liberación de sus contenidos de la manera que les parezca más apropiada; *"en otras palabras, necesitamos una forma de restaurar una serie de libertades que antes simplemente podíamos dar por sentadas."*

Lessig hace referencia a los cambios que han padecido los derechos de autor, señalando que ha habido un cambio de una "cultura libre" a una cultura restrictiva en cuanto a los permisos (KIM, 2007). Pero Lessig no habla de "cultura libre" como sinónimo de cultura gratuita, sino en el sentido que también indicó en el prefacio de la obra de Richard Stallman Software libre para una sociedad libre (2004: 12), *"libre en el sentido de limitado en cuanto a su control por los otros"*, haciendo ese control cognoscible y susceptible de modificación. Así que, extender las licencias de carácter "libre" ampliamente a otros tipos de trabajo, diferentes al software, donde se venían utilizando, se convierte en uno de los objetivos principales de *Creative Commons* (ARMSTRONG, 2009: 382).

Todo ello hace que Lessig piense en *"construir una capa de copyright razonable por encima de los extremos que reinan hoy día."* El objetivo consiste ahora en simplificar la forma en la que los creadores determinan los grados de libertad que otros tienen a la hora de tomar y construir sobre sus obras, lo que se conseguirá a través de etiquetas sencillas, ligadas a descripciones que las personas puedan leer, licencias descritas en esquemas claros, de forma que sean comprensibles sin la intervención de intermediarios ni abogados (LESSIG, 2004: 312 ss.).

Sigue exponiendo Lessig que lo que CC pretende es *"determinar un espectro de contenidos que puedan ser fácil y seguramente empleados como base para más contenidos"*. Las etiquetas utilizadas son enlazadas a versiones legibles por máquinas de esas mismas licencias, permitiendo a los ordenadores identificar automáticamente contenidos que se pueden compartir fácilmente.

Estas tres herramientas –una licencia legal, una descripción legible para seres humanos y una etiqueta legible para las máquinas– constituyen una licencia CC, que Lessig define como una *"concesión de libertad a cualquiera que acceda a la licencia, y de un modo más importante, una expresión del ideal de que la persona asociada a la licencia cree en algo distinto a los extremos de todo o nada. Los contenidos se marcan con el símbolo de CC, lo que no significa que se renuncie al copyright, sino que se conceden ciertas libertades"*, libertades que dependerán de la voluntad del propio creador.

Este proyecto de licencias, el que más repercusión ha tenido de los generados por *Creative Commons* –lo que hace que, en muchas ocasiones, cuando se habla de *Creative Commons* se confunde la organización con un solo proyecto (LABASTIDA, 2008: 36), se hizo público el 16 de diciembre de 2002, con la intención, como hemos avanzado anteriormente, de *"facilitar unos textos legales para que los autores pudieran ceder algunos derechos sobre sus obras y se pudieran reservar otros"* (LABASTIDA, 2005: 361).

El sistema propuesto se basa en las licencias utilizadas en el programario libre (LABASTIDA, 2008: 31), situándose, de esta forma, en la órbita del movimiento *copyleft* –*"término que es un juego de palabras contrario al copyright ya que el término "left" es ambivalente significando tanto "izquierda" como el participio del verbo abandonar, dejar, lo que puede ser entendido como "dejar la copia suelta"* (DE LA CUEVA, 2009: 47)–. El *copyleft* (IBÍDEM) es una de las modalidades del *copyright* pero frente al sistema tradicional de control de la copia y "todos los derechos reservados", el *copyleft* instiga la circulación de la copia y promueve su mejora. De ello podemos deducir que las licencias CC vienen a extender el ideal del *copyleft*, que tuvo su origen en el ámbito de la informática, a otro tipo de obras –literarias, técnicas y artísticas–.

Observamos que DE LA CUEVA se refiere al *copyleft* como *"una de las modalidades del copyright"*, expresión que no podemos obviar, pues *"ni las licencias Creative Commons ni las licencias copyleft son contrarias al copyright"* (XALABARDER, 2006: 4), sino al contrario, *"se basan, precisamente, en el régimen de la propiedad intelectual: sin esta <<propiedad>> reconocida previamente por la ley, los autores no podrían otorgarlas."* (IBÍDEM). Las licencias CC no surgen como un movimiento contra el *copyright*, sino como un elemento para paliar el desequilibrio de las actuales leyes que regulan la propiedad intelectual. El propio IGNASI LABASTIDA (2005: 361), responsable de *Creative Commons* en España[9], señala que *"Creative Commons no está contra los derechos de autor, sino todo lo contrario, de hecho su objetivo es promover la cultura ayudando a los creadores a ejercer sus derechos."*

Volviendo al proyecto de licencias, LABASTIDA (2008: 31) explica que este proyecto nació con once textos diferentes basados en la legislación sobre propiedad intelectual de EEUU y, ya desde ese primer momento, se pensó en adaptarlos a otras legislaciones y desarrollar las licencias en los países en función de la compatibilidad con los sistemas jurídicos locales (MARANDOLA; 2005: 286); con esa finalidad surgió, a principios de 2003, el proyecto *iCommons*[10], con la participación de Brasil, Finlandia y Japón (LABASTIDA, 2005: 364).

La filosofía de este proyecto, como explica XALABARDER (2006: 6), es muy sencilla, ya que tiene la finalidad de ser lo más comprensible posible para que los autores dispongan, por una parte, la publicación de sus obras en Internet autorizando su uso al pública y, por otra, su localización y acceso por parte del público.

El sistema consiste en que el autor que crea una obra y quiere explotarla a través de Internet elige alguna de las licencias CC y, al publicarla en la red, la identifica con el símbolo CC y le adjunta la licencia. De esta forma, los usuarios podrán identificar fácilmente las condiciones que el autor ha establecido para el uso de la obra, convirtiéndose en licenciatarios y comprometiéndose a aceptar y respetar las condiciones de la licencia establecida por éste. En este sentido, según XALABARDER, *Creative Commons* actúa como intermediario: poniendo al alcance de autores y usuarios/licenciatarios un sistema de licencias para que se pongan de acuerdo.

En definitiva, el texto de la licencia es una cesión de algunos de los derechos de autor, ya que, como recuerda LABASTIDA (2005: 362), en ciertas jurisdicciones –como, por ejemplo, la española– existen los derechos morales que son inalienables y no se pueden ceder.

Con el fin también de facilitar y generalizar su uso, la utilización de estas licencias es completamente gratuita y no es necesario registrar la obra en ningún depósito digital específico de *Creative Commons* (LABASTIDA, 2008: 36).

---

[9] Información sobre el capítulo español de *Creative Commons* en <http://creativecommons.org/international/es/>

[10] Información sobre el proyecto de internacionalización de *Creative Commons* en <http://creativecommons.org/international/>

Las licencias CC se expresan a través de tres niveles de lectura (XALABARDER, 2006: 6):

- *License Deed*: un primer nivel de lectura <<humana>>, iconográfico, que describe los usos autorizados por el autor, haciendo que las condiciones establecidas por el autor de la obra sean lo más visible posibles, a modo de breve explicación de los derechos que se ceden y se informa al usuario de lo que puede hacer y cómo lo ha de hacer (LABASTIDA, 2005 bis).
- *Legal Code*: un segundo nivel de lectura <<jurídica>>, que constituye la expresión en lenguaje formal de las concesiones de derechos y las condiciones impuestas por el licenciador (ARMSTRONG, 2009: 385).
- *Digital Code:* un tercer nivel de lectura <<tecnológica>>, sólo comprensible para las máquinas y, especialmente, para los motores de búsqueda, que podrán identificar las obras licenciadas bajo una CC.

En cuanto a los tipos de licencias, las licencias estándar *"permiten la copia, distribución y comunicación de las obras siempre que se cumplan las condiciones establecidas por el autor o licenciador"* (LABASTIDA, 2005: 362), y siempre que se respete el reconocimiento del autor original de la obra. Para llegar a una u otra de estas licencias que señalaremos a continuación, será necesario que el autor o licenciador haga uso del margen de libertad que se le ofrece para reducir el alcance la autorización otorgada por defecto: el autor puede decidir excluir los usos comerciales de su obra y/o la modificación de ésta o permitirla –la modificación– pero con la condición de que la obra resultante quede sujeta a la misma licencia (XALABARDER, 2006: 6).

En la Web de *Creative Commons España*, encontramos la explicación de cada una de estas condiciones de forma detallada:

Reconocimiento (Attribution): En cualquier explotación de la obra autorizada por la licencia hará falta reconocer la autoría.

No Comercial (Non commercial): La explotación de la obra queda limitada a usos no comerciales.

Sin obras derivadas (No Derivate Works): La autorización para explotar la obra no incluye la transformación para crear una obra derivada.

Compartir Igual (Share alike): La explotación autorizada incluye la creación de obras derivadas siempre que mantengan la misma licencia al ser divulgadas.

Fuente: *Creative Commons España*[11]

La elección de estas condiciones son las que guiarán al autor hacia una u otra licencia, entre las que encontramos las siguientes:

[11] Los términos de las licencias y el procedimiento para licenciar trabajos creativos lo podemos ver en <http://es.creativecommons.org/licencia/>

Reconocimiento (by): 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.

Reconocimiento - NoComercial (by-nc): 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.

Reconocimiento - NoComercial - CompartirIgual (by-nc-sa): 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.

Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada (by-nc-nd): No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.

Reconocimiento - CompartirIgual (by-sa): 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.

Reconocimiento - SinObraDerivada (by-nd): Se permite el uso comercial de la obra pero no la generación de obras derivadas.

Fuente: *Creative Commons España*[12]

Y aquí, según ARMSTRONG (2009: 382 ss), radica precisamente el carácter innovador de la familia de licencias ideada por *Creative Commons*, en desagregar –a diferencia de la que hacían las otras licencias ya existentes de contenido abierto– todas las decisiones implícitas, permitiendo a los licenciadores recombinarlas individualmente de la manera que mejor se adapte a sus pretensiones. Las licencias CC se presentan ante el autor como un menú de criterios de licencias, de forma que éste tiene absoluta libertad para elegir la más adecuada.

Una primera aproximación a estas licencias nos permite observar que *"cuantos más símbolos, menos usos están permitidos"* (XALABARDER, 2006: 7).

Continúa explicando brevemente Xalabarder las características de cada una de estas licencias: las que conceden una libertad más amplia a los usuarios son la de "Reconocimiento (*by*)", ya que permite que la obra pueda ser reproducida, transformada, distribuida y comunicada al público, en el formato original o modificado, para cualquier finalidad –incluidas las de carácter comercial–, con la única condición de que se haga referencia expresa al autor; y la de "Reconocimiento-CompartirIgual (*by-sa*), que permite los mismos usos que la anterior pero imponiendo a los usuarios/autores posteriores la cláusula del *copyleft*: la obra derivada a partir de la original deberá ser explotada bajo la misma licencia.

[12] Las combinaciones de las licencias también las encontramos en <http://es.creativecommons.org/licencia/>

Por otra parte, las licencias "Reconocimiento-SinObraDerivada (*by-nd*)" y "Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (*by-nc-nd*) no permiten la elaboración de obras derivadas a partir de la original, excluyendo, además, la segunda de ellas, los usos comerciales de esa obra.

Finalmente, las licencias "Reconocimiento-NoComercial (*by-nc*)" y "Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual (*by-nc-sa*)" permiten cualquier uso de la obra original siempre que no se utilice con finalidades comerciales, con la diferencia de que la última obliga, además, al *copyleft*.

A través de estas plantillas –señala CARROLL (2006: 449)– el autor asegura que "*(1) retiene sus derechos como tal; (2) afirma que cualquier uso permitido, la primera venta, o la libre expresión de sus derechos no se verán afectados por la licencia; y (3) otorga al usuario un conjunto de libertades fundamentales que le permitirán utilizar la obra siempre que respete las condiciones impuestas por el autor*." Además, el hecho de licenciar una obra con CC implica que el usuario deberá obtener el permiso necesario para llevar a cabo cualquier uso que exceda los permitidos por el autor, así como no alterar los términos de la licencia ni utilizar mecanismos tecnológicos (p. ej., DRM) para restringir los derechos permitidos por la licencia. Se podría decir que el principal objetivo de las licencias CC es autorizar el uso de obras protegidas por los derechos de autor en aquellos supuestos que pudieran constituir una infracción de acuerdo a la legislación vigente, fomentando, de esta forma, un uso más amplio de contenidos creativos (DUSOLLIER, 2006: 271).

3-. Contexto tecnológico

En cada momento histórico, el desarrollo de las tecnologías que permitían la copia y distribución de contenidos culturales, hacía necesario una reconsideración de los planteamientos relativos al equilibrio entre el beneficio de los autores y el derecho de los ciudadanos a la innovación tecnológica y al acceso a esos contenidos (GAYLOR, 2009: 18'00"). En el ámbito de la industria musical, la implantación y generalización de Internet hace que esta industria se replantee un esfuerzo por adaptarse a la innovación tecnológica, reconsiderando incluso conceptos tan básicos como los derechos de autor (TRASK, 2005).

Seguramente, el punto de inflexión para este replanteamiento se produjo a raíz de la aparición, en 1998, de *Napster* –programa que transformó los ordenadores del mundo en una red P2P para compartir música– (GAYLOR, 2009: 19'30"). *Napster* implementaba un modelo que suponía lo contrario a una transmisión centralizada; se trataba de una red que permitía a los individuos compartir archivos directamente, sin necesidad de una señal central, sino a través de la conexión a Internet.

Fue en ese momento cuando la industria musical se encontró ante la disyuntiva de aprovechar las innovaciones tecnológicas para moldear el modelo de negocio existente o de considerar esa tecnología –y el uso que se hacía de ella– como un ataque al modelo establecido y una pérdida del control que hasta ahora tenían sobre las obras musicales; pues bien, la industria de la música optó por el segundo punto de vista y comenzó a demandar a quienes hacían uso de este programa (*íbidem*), postura representada y defendida públicamente por Lars Ulrich, batería de Metallica[13] (GAYLOR, 2009: 20'06").

Pero no sólo la industria discográfica perdió la oportunidad de promover un cambio: cómo explica Cory Doctorow[14] (GAYLOR, 2009: 20'45") también los usuarios de *Napster* -52 millones de personas- dejaron pasar la ocasión de influir en las decisiones de los gobernantes en relación a este asunto.

En este contexto es en el que tienen su aparición la organización *Creative Commons* y su proyecto de licencias, un contexto en el que la industria musical, que tenía sobre sí el peso de todos estos cambios tecnológicos, respondió con medidas jurídicas y tecnológicas cada vez más restrictivas, lo que ha hecho que el antagonismo entre la industria y sus clientes haya ido en aumento (TRASK, 2005).

---

[13] Metallica presentó una demanda el 14 de abril de 2000 contra *Napster*, uniéndose a la demanda interpuesta anteriormente por RIAA -*Recording Industry Association of America*-, a la que adjuntó una lista con 317.377 nombres de usuarios que habían copiado ilegalmente canciones del grupo a través de aquél programa. Los abogados de *Napster* sostuvieron que el *software* sólo se limitaba a poner a disposición de sus clientes el programa y, por lo tanto, no se puede hacer responsable a la empresa de los delitos que puedan cometer los usuarios, argumentos que no tuvieron mucha acogida por parte de la juez responsable del caso. El 26 de julio del mismo año la juez del caso dictó sentencia ordenando a *Napster* frenar el intercambio de materiales protegidos por derechos de autor de las compañías representadas por RIAA –información detallada sobre el caso *Napster* en la página del Departamento de Propiedad Intelectual/Industrial & Mercado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires <http://www.dpi.bioetica.org/gdpi/mp3-4.htm>–.

Ya en aquél momento la cuestión no era ni mucho menos pacífica: si bien, artistas como Dr. Dre o Madonna apoyaron la demanda de Metallica (*íbidem*), otros como Prince (<http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/874136.stm>), Courtney Love, líder del grupo Hole (<http://www.stormymondays.com/biblioteca/courtney.htm>), Stephen James Barry, miembro del dúo de música electrónica Cirrus (<http://findarticles.com/p/articles/mi_qn4182/is_20000612/ai_n10136611/pg_2/?tag=content;col1>) o Chuck D, vocalista y letrista de Public Enemy (TAYLOR, 2009: 21'31"), se posicionaron a favor del uso de la tecnología para distribuir las obras musicales y en contra del papel que jugaban las grandes compañías discográficas.

[14] Cory Doctorow es escritor de ciencia ficción, periodista y un conocido activista tecnológico <http://craphound.com/bio.php>

Para definir el uso de las licencias CC y la inmersión de la filosofía *copyleft* en el mundo de la música resulta verdaderamente gráfico y significativo el *manifiesto* redactado por Brett Gaylor (2009: 6'57"), *RIP: A Remix Manifesto*; cuatro puntos que, en esencia, coinciden con los propuestos por Elkin-Koren (2005: 8) y a los cuales hicimos referencia al tratar los orígenes históricos de las licencias CC:

1-. La cultura se construye a partir del pasado.
2-. El pasado siempre intenta controlar el futuro.
3-. Nuestro futuro está perdiendo su libertad.
4-. Para construir sociedades libres, debemos limitar el control del pasado.

Puntos a través de los cuales, el autor pone énfasis en cómo según los cánones que rigen actualmente la propiedad intelectual –personalizados en Marybeth Peters, directora de la oficina de registro de derechos de autor de EEUU[15]–, parece que el hecho de inspirarse en obras anteriores para generar una nueva obra queda fuera del margen de la legalidad. Sin embargo, Gaylor (2009: 11'56"), a través de varios ejemplos demuestra cómo éste no es un hecho aislado en el proceso creativo: Muddy Waters[16] reconoce que la melodía utilizada en su tema *"You need love"* tiene su origen en las canciones que se cantaban en los campos de algodón, canción que fue registrada por primera por Robert Johnson[17] y que Muddy Waters aprendió de Son House[18]. Finalmente, fueron Led Zeppelin[19] quienes se inspiraron en el tema de Muddy Waters para componer *"Whole Lotta Love"*[20].

Desde su aparición, las licencias CC ha tenido una buena acogida, principalmente entre los músicos de carácter independiente y aquellos que se encuentran en el inicio de su carrera musical y o bien no quieren o bien no pueden introducirse en los canales habituales de distribución de la industria musical; se trata también de autores que han visto en Internet un canal idóneo para darse a conocer y conseguir, a través de este medio, llegar al mayor número de gente posible.

A nivel discográfico (ROCA SALES, 2007: 63), el entramado actual vincula directamente el control de la infraestructura de producción –estudios de grabación–, distribución –canales– y promoción –medios de comunicación, radiofórmulas,...– a las entidades de gestión, lo que contribuye, en cierto modo, a homogeneizar el panorama musical. Situación ante la cual, como decíamos, las redes alternativas de distribución –fundamentalmente Internet– se han erigido como una opción muy viable, dando lugar a un nuevo escenario en el que el sistema se convierte en más democrático, ya que favorece tanto al consumidor el acceso a las obras culturales como al autor la gestión de sus creaciones sin renunciar a una remuneración por las mismas[21].

---

[15] Información sobre Mary Beth Peters, *Registrer of Copyrights:* <http://www.copyright.gov/docs/mbpbio.html>
[16] Sitio oficial de Muddy Waters: <http://www.muddywaters.com/>
[17] Sitio oficial de Robert Johnson Blues Foundation <http://www.robertjohnsonbluesfoundation.org/>
[18] Información sobre Son House <http://www.nps.gov/history/delta/blues/people/son_house.htm>
[19] Sitio oficial de Led Zeppelín <http://www.ledzeppelin.com/>
[20] La influencia de la canción *You need love* sobre *Whole lotta love* resulta evidente, hasta el punto de que la letra de ambas canciones mantienen cierta similitud. De hecho, Willie Dixon, quien escribió la canción que registró Muddy Waters como *single* para Chess Records en 1962, demandó por plagio a Led Zeppelín en 1985; el caso se resolvió fuera de los tribunales, al acceder Led Zeppelín a incluir el nombre de Willie Dixon en los créditos de la canción <http://www.turnmeondeadman.com/index.php?option=com_content&view=article&id=45&Itemid=55#footnote01>
[21] También ELKIN-KOREN (2005: 17) hace referencia a la significativa reducción de costes en cuanto a la comunicación y los trabajos colaborativos que permiten nuevos modos de producción y distribución de la información. El entorno digital permite, según la autora, una distribución de los trabajos culturales a un rango mucho más amplio de usuarios a un coste mucho menor, reduciendo, asimismo, el papel de los intermediarios tradicionales –como la industria discográfica– introduciendo nuevos intermediarios –como los motores de búsqueda– en el proceso de difusión.

La forma de llevar a cabo esta alternativa, la explica detalladamente el grupo asturiano Xera en su página Web[22], que a grandes rasgos consisten en: disponer de las canciones en partitura y en CD o equivalente –ya sea, como indica ROCA SALES (2007: 63 ss.), a través de una grabación en un estudio profesional, una grabación casera o una grabación en directo–, con el fin de registrarlas –ya sea en el Registro de Propiedad Intelectual de nuestra Comunidad Autónoma o a través de otros mecanismos que detallaremos más adelante– y elegir la licencia adecuada bajo la cual se va a publicar el trabajo. A partir de aquí, se podría buscar una empresa duplicadora de CD's para realizar las correspondientes copias del trabajo o digitalizar el trabajo (*íbidem*) para obtener ficheros susceptibles de ser distribuidos por Internet, por ejemplo en formato mp3 o ogg; cabe recordar, en este caso, que el hecho de utilizar una licencia CC no implica en ningún caso que no se puedan vender CD's.

En la industria musical, seguramente el punto de partida para el uso de las licencias CC lo marcó la distribución de *The Wired CD*[23], patrocinado por la revista *Wired* y presentado en el Town Hall de Nueva Cork el 21 de septiembre de 2004, y al que se unieron artistas como David Byrne o Gilberto Gil, Ministro de Cultura de Brasil en el momento de la publicación del CD, entre otros (CARROLL, 2006: 445 SS.).

La revista *Wired*, en el número 12.11 de noviembre de 2004 –número al que acompañaba el CD en cuestión– se hacía eco de la aplicación de las licencias CC a las obras musicales a la vez que llamaba nuestra atención –de la misma forma que hemos visto que hacía Gaylor– sobre el proceso de creación de una obra intelectual: *"En el origen, compartir y robar música parten del mismo impulso: el plagio es creación. Construir a partir de lo que otros músicos han hecho –con o sin su bendición o colaboración – es lo que se necesita para hacer nueva música, música que deleitará a la gente"*.

A partir de ese momento, han sido numerosos los músicos que se han acercado a las licencias CC como mecanismo para difundir su obra. No hablamos sólo de grupos de reciente creación que tratan de hacerse un hueco en el mercado musical, sino que formaciones ya consagradas como Nine Inch Nails, Pearl Jam o Radiohead han utilizado estas licencias en sus últimos trabajos.

El 2 de marzo de 2008, Nine Inch Nails (COBCROFT, 2006: 24 ss.) lanzó el disco *Ghosts I-IV* bajo una licencia CC by-nc-sa[24], concediendo a los fans la posibilidad de remezclar y redistribuir las canciones del disco. De las treinta y seis canciones del disco, divididas en cuatro partes, las nueve primeras pueden descargarse de forma gratuita, mientras que el disco completo puede obtenerse por 5$; además, el grupo incluye varios packs con distintos precios, pudiendo destacar que el pack "ultra-deluxe", a la venta por 300$, supuso unos ingresos para Nine Inch Nails de 1,6 millones de dólares de la noche a la mañana.

Dos meses después del lanzamiento de *Ghosts I-IV*, apareció *The Slip* bajo el mismo tipo de licencia[25], disco *"cien por cien libre"* en palabras del propio Trent Reznor, líder de la formación, disponible en varios formatos digitales y remezclables a través de la propia herramienta puesta a disposición del público por el grupo[26].

---

[22] El grupo asturiano Xera ha publicado en su página Web una breve guía para lanzar discos con licencia CC <http://xera.com.es/howto.php>

[23] Número 12.11, de noviembre de 2004, de la revista Wired, con el salió el CD Wired, en formato electrónico y con acceso a las canciones que componen el disco <http://www.wired.com/wired/archive/12.11/sample.html>

[24] Créditos del álbutm *Ghosts I-IV* de Nine Inch Nails, con referencia la licencia utilizada para su publicación y distribución: <http://www.ninwiki.com/Ghosts_I-IV#Album_Credits>

[25] Créditos del álbutm *The Slip* de Nine Inch Nails, con referencia la licencia utilizada para su publicación y distribución: <http://www.ninwiki.com/The_Slip#Album_Credits>

[26] Herramienta puesta a disposición de los usuarios por Nine Inch Nails para hacer remezclas de sus canciones: <http://remix.nin.com/>

A través de estas licencias, Nine Inch Nails pretende alentar a sus fans a remezclar su música, compartirla, distribuirla, etc., a la vez que han conseguido importantes beneficios y presencia en los medios de comunicación.

También Pearl Jam hizo uso de las licencias CC, en este caso by-nc-nd, para lanzar el videoclip del tema *Life Wasted*, de su disco "Pearl Jam" en 2006. Este caso resulta significativo pues se trata del primer vídeo producido por una gran compañía, J Records, propiedad de Sony Music Entertainment[27].

Por su parte, Radiohead ha utilizado las licencias CC (by-nc-sa) en colaboración con Google Code para lanzar su videoclip *House of Cards*, lo que supone que los usuarios tienen libertad para realizar sus propios vídeos a partir del original, siempre que se respeten los términos de la licencia. En este caso, la licencia sólo abarca la creación visual, no a la canción[28].

En cuanto a nuestro entorno más cercano, podríamos destacar, entre otros, la actividad de grupos como los egarenses D'Callaos, que dispone de todos sus discos en descarga gratuita desde su Web[29], los cuales son distribuidos bajo una licencia CC by-nc-sa, y cuyos dos primeros discos –*D'paso*, publicado en 2008, y *Desde mi balcón*, publicado en 2009– han sido objeto, respectivamente, de aproximadamente 20.000 y 25.000[30]; o los ovetenses Stormy Mondays, que siempre se han mostrado a favor de la libre distribución de sus obras a través de Internet –lo que les ha llevado a tocar en Woodstock '99 y vender discos en más de 20 países–, y que actualmente distribuyen sus obras bajo la licencia CC by-nc-nd[31]; así también los riojanos Error Fatal que ya desde su primer disco, grabado en 2002 –así como sus videoclips– se convierten en unos de los pioneros de la filosofía *copyleft* en la música en España, distribuyendo sus obras a través de la Red[32].

La actitud de artistas como los que hemos mencionado, que tratan de buscar alternativas al mercado discográfico "convencional", nos lleva irremediablemente a plantearnos la cuestión sobre el retorno económico que estos autores pueden recibir; en definitiva, el cómo los artistas que "liberan" sus obras van a obtener una remuneración.

En este sentido, resulta indicativa –aunque en un ámbito distinto al de las obras musicales–, en primer lugar, la experiencia de Cory Doctorow, que publicó su primera novela directamente en formato electrónico y la distribuyó a través de Internet bajo una licencia CC (DOCTOROW, 2006) y prácticamente sin ningún coste. En un día, su novela había sido descargada 300.000 veces –y lo usuarios que la descargaron tenían libertad para copiarla o distribuirla a su vez–; en tres años, la cifra de descargas era de 700.000 y el libro había sido traducido a varias lenguas, lo que implica que había sido objeto, además, del trabajo colaborativo que la Red permite.

En cuanto a las ventas del libro "físico", Doctorow señala que mucha gente de la que descargó el libro no lo acabó comprando, lo que no supone una pérdida económica, ya que se trata de gente que, seguramente, no lo habría llegado a comprar nunca; pero, en cambio, le sirvió para darse a conocer a ese sector del público. Otra parte de los que descargaron el libro sustituyeron el *e-book* gratuito por el libro impreso, lo que se puede considerar como ventas perdidas. Pero para otra parte del público, el *e-book* sirvió para que luego se acercaran a las librerías a hacerse con el ejemplar impreso.

---

[27] J Records es propiedad de Sony Music Entertainment y distribuido por RCA <http://en.wikipedia.org/wiki/J_Records> <http://www.rcamusicgroup.com/>
[28] Información sobre el lanzamiento del videoclip *House of Cards* de Radiohead <http://creativecommons.org/weblog/entry/8476>
[29] Información sobre el grupo D'Callaos: <http://www.decallaos.com/index_web.php>
[30] Datos actualizados a fecha 10 de mayo de 2010: <http://www.decallaos.com/decallaos.doc>
[31] Información sobre el grupo Stormy Mondays: <http://www.stormymondays.com/biblioteca/>
[32] Información sobre el grupo Error Fatal: <http://www.errorfatal.net/>

Lo que nos acerca a la idea expresada por CANDEIRA (2009) de que *"si los creadores quieren disfrutar de los frutos de su trabajo en una sociedad tecnológica libre, deberán montar negocios en torno a la creación que no dependan de que la gente no se pueda agenciar su propia copia de las obras reproducibles. Esto no quiere decir acabar por completo con el derecho de autor: no existe razón para acabar con el monopolio del creador a la explotación comercial de sus obras. Pero los modelos de negocio post-Internet deberán tener en cuenta la existencia de redes de pares y al público como diseminador de la obra existente".*

En el mundo de la música –independientemente de que los creadores se hayan acogido a alguna de las categorías CC así como cualquier otra de carácter *copyleft* o continúen con el copyright tradicional– encontramos también ejemplos que aplican los criterios expresados por Doctorow, como el antes mencionado de Nine Inch Nails o el proyecto paralelo de su *frontman*, Trent Reznor, How to destroy angels[33], que también ofrece sus obras en varios formatos y a varios precios –desde la descarga gratuita de los ficheros en mp3 hasta una edición en vinilo por 12$–.

Similar estrategia es la que ha adoptado el grupo granadino El Puchero del Hortelano, distribuyendo sus discos de forma gratuita a través de la red, cuyas descargas rozan las 500.000[34] y de los cuales han vendido más de 20.000 copias[35].

Una iniciativa que tuvo una gran repercusión fue, sin duda, la publicación del séptimo disco de Radiohead, *In Rainbows*, al permitir la descarga del mismo al precio que los propios usuarios decidieran[36].

Pero no son sólo los artistas los que han venido adoptando las licencias CC para licenciar sus obras, sino que también encontramos numerosos sellos discográficos –a los que se ha bautizado con el nombre de *netlabels*[37]– que han comenzado a utilizar estas licencias para publicar y distribuir las obras de los artistas de sus catálogos.

Quizás el caso más conocido sea el de Magnatune[38], sello que publica las obras de su catálogo bajo la licencia CC by-nc-sa y que ha adoptado una forma de repartir los beneficios al 50% con los autores, a la vez que ha ido introduciendo innovadoras fórmulas de explotación comercial como el *try before you buy* o el precio variable[39], al estilo de que hizo Radiohead con *In Rainbows*.

Otro ejemplo que podríamos citar sería el del sello especializado en música electrónica Loca Records[40], que ya desde su momento fundacional planteó un acercamiento alternativo a los derechos de autor; en ese primer momento todavía no habían hecho su aparición en escena las licencias CC, por lo que su co-fundador David Berry adoptó para las obras de su catálogo

---

[33] Información sobre el proyecto paralelo de Trent Reznor, How to destroy angels: <http://www.howtodestroyangels.com/>
[34] Información sobre el grupo El puchero del hortelano. <http://www.elpucherodelhortelano.com/puchero.html>
[35] Breve comentario sobre las ventas de El puchero del hortelano: <http://www.inzona.es/el-puchero-del-hortelano-nuevo-disco-en-breve.html>
[36] Según Taylor (2009: 55'29") el hecho de que *Radiohead* dejara su discográfica, EMI, en 2007, y lanzara su siguiente álbum utilizando la Red, dejando a los usuarios que decidieran lo que querían pagar por él, supuso una auténtica revolución en el mundo discográfico. Esta revolución se puso de manifiesto cuando el DJ de San Francisco *Amp Live* realizó una remezcla del álbum y lo subió a su Web, tras lo cual recibió una carta en la que se le amenazaba con una demanda por parte de la compañía que tenía los derechos de edición, Warner/Chappell; *Radiohead* pudo exigir que desistieran de sus intenciones ya que había pasada a actuar de forma independiente.
[37] Explicación detallada sobre las *netlabels* en <http://www.nodo50.org/comunes/?Pequeno-dossier-netlabels-que-como>
[38] Sitio oficial de Magnatune: <http://www.magnatune.com/>
[39] Información sobre la estrategia comercial de Magnatune: <http://blogs.magnatune.com/buckman/Magnatune.pdf>
[40] Sitio oficial de Loca Records: <http://www.locarecords.com/>

la licencia GNU GPL, para, posteriormente, derivar hacia una licencia CC by-sa, con la cual pretenden conseguir un efecto viral en la música (TRASK, 2005).

Además de estos dos casos, quizás los más relevantes, la propia página de *Creative Commons* hace una reseña de diversos sellos discográficos que utilizan las licencias CC para distribuir y publicar su catálogo[41].

También en España se están llevando a cabo proyectos en la misma dirección, como el caso de Magofermín[42], que también han adoptado las licencias CC con el fin de *"fomentar la libre difusión de las obras de creación, la creación de obras derivadas y, en general, potenciar la cultura"*.

[41] Sellos discográficos que utilizan licencias CC: <http://creativecommons.org/record-labels>
[42] Sitio oficial de Magofermín: <http://magofermin.org/>

BIBLIOGRAFÍA

- ARMSTRONG, Timothy K. "Shrinking the Commons: Termination of Copyright Licenses and Transfers for the Benefit of the Public" (1 de septiembre de 2009). *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 47, pp. 359-423, 2010; U of Cincinnati Public Law Research Paper No. 09-16. <http://ssrn.com/abstract=1461859>
- CANDEIRA, Javier. "Modelos de negocio: Cómo ganar dinero en un mundo perfectamente copiable (I)", en RTVE.es (10 de diciembre de 2009) <http://www.rtve.es/noticias/20091210/modelos-negocio-como-ganar-dinero-mundo-perfectamente-copiable/305282.shtml>
- CARROLL, Michael W. "Creative Commons as Conversational Copyright", en Peter K. Yu (ed.) *Intellectual property and information wealth: issues and practices in the digital age*, vol. 1, pp. 445-461. Praeger, 2007. <http://ssrn.com/abstract=978813>
- COBCROFT, Rachel (ed.) *Building an Australasian Commons*. Creative Commons Clinic, Australasian Council of Excellence for Creative Industries and Innovation, 2004 <http://creativecommons.org.au/learn-more/publications/casestudiesvol1>
- DE LA CUEVA, Javier. "Permitido copiar: *copyleft* como superación del *copyright*", en *Abogados* (abril de 2009). Madrid: Consejo General de la Abogacía Española <http://www.elprofesionaldelainformacion.com/contenidos/2005/septiembre/7.pdf>
- DE UGARTE, David. "La Propiedad Intelectual y sus alternativas: Creative Commons vs Devolución" (17 de noviembre de 2007), en *El correo de las Indias* (weblog) <http://deugarte.com/la-propiedad-intelectual-y-sus-alternativas-creative-commons-vs-devolucion>
- DOCTOROW, Cory. "Giving it away", en *Forbes* (12 de enero de 2006). New York: Forbes Magazine <http://www.forbes.com/2006/11/30/cory-doctorow-copyright-tech-media_cz_cd_books06_1201doctorow.html>
- DUSOLLIER, Severine. "The master's tools v. the master's house: *Creative Commons* v. *Copyright*", en *Columbia journal of law and the arts*, vol. 29, núm. 3, pp. 271-294. New York: Columbia University School of Law, 2007 <http://www.crid.be/pdf/public/5421.pdf>
- DUSOLLIER, Severine. "Les artistes-interprètes pris en otage !" . *Auteurs & Média*, Fascículo 5, 2008, pp. 426-433 <http://www.crid.be/pdf/public/5956.pdf>
- ELKIN-KOREN, Niva. "What Contracts Can't Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons" (29 de Julio de 2005). *Fordham Law Review*, Vol. 74, 2005, pp. 1-67. <http://ssrn.com/abstract=760906>
- ELKIN-KOREN, Niva. "Creative Commons: A Skeptical View of a Worthy Pursuit", en P. BERNT HUGENHOLTZ & LUCIE GUIBAULT (eds.). *The future of the public domain*, Kluwer Law International, 2006. <http://ssrn.com/abstract=885466>
- FONDA, Daren. "Copyright's Crusader" (29 de agost de 1999), en *Boston Globe*. <http://www.public.asu.edu/~dkarjala/commentary/Fonda8-29-99.html>
- HIETANEN, Herkko A. *Creative Commons' Approach to Open Content* (17 de Julio de 2008). <http://ssrn.com/abstract=1162219>
- KIM, Minjeong. "The Creative Commons and copyright protection in the digital era: Uses of Creative Commons licenses", en *Journal of Computer-Mediated Communication*, 13(1) (2007). <http://jcmc.indiana.edu/vol13/issue1/kim.html>
- LABASTIDA I JUAN, Ignasi (2005). "Nota al artículo el sistema de las *Creative Commons*", en *El profesional de la información*, vol. 14, núm. 5 (septiembre-octubre de 2005). Badalona (Barcelona): El Profesional de la Información <http://www.elprofesionaldelainformacion.com/contenidos/2005/septiembre/7.pdf>
- LABASTIDA I JUAN, Ignasi (2005 bis). "Les llicències de *Creative Commons* a l'Estat espanyol", a *BID, textos universitaris de biblioteconomia i documentació*, núm. 15 (diciembre de 2005) <http://www.ub.edu/bid/15labast.htm>
- LABASTIDA I JUAN, Ignasi. *Noves alternatives per gestionar els drets d'autoria en la difusió de continguts. Les llicències Creative Commons*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2008.
- LESSIG, Lawrence. *Cultura libre*. A. Córdoba/Elástico (trad.). New York: The Penguin Press, 2004 <http://cyber.law.harvard.edu/blogs/gems/ion/Culturalibre.pdf>
- MARANDOLA, Marco. "El sistema de las *Creative Commons*", en *El profesional de la información*, vol. 14, núm. 4 (julio-agosto de 2005). Badalona (Barcelona): El Profesional de la Información <http://www.uoc.edu/uocpapers/2/dt/esp/xalabarder.pdf>
- TRASK, Simon. "Creative Commons, Copyright & The Independent Musician. New Approach To Copyright Licensing", en *Sound on sound* (enero de 2005). Cambridge: Sound on sound
- ROCA SALES, Mertixell. *Derechos de propiedad intelectual e Internet. Materiales para un debate informado*. Informe de investigación 1.0 – RFC. Barcelona: Internet Interdisciplinary Institute, 2007 <http://in3.uoc.edu/web/PDF/Libertad.pdf>

- XALABARDER PLANTADA, Raquel. "Las licencias *Creative Commons*: ¿una alternativa al *copyright*?" (marzo de 2006), en *UOC Papers, Revista sobre la Sociedad del Conocimiento*, núm. 2 (2006). Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya
<http://www.uoc.edu/uocpapers/2/dt/esp/xalabarder.pdf>

MATERIAL AUDIOVISUAL

- *RIP: A remix manifesto*:

* Escrito y dirigido por Brett Gaylor
* Productores ejecutivos: Daniel Cross, Mila Aung-Thwin, Ravida Din (NFB), Sally Bochner (NFB)
* Producido por Mila Aung-Thwin, Kat Baulu (NFB), Germaine Ying Gee Wong (NFB)
* Director asociado: Mark Ellam
* Editado por Tony Asimakopoulos, Brett Gaylor
* Música original de Olivier Alary
* Producido por EyeSteelFilm in coproduction with the National Film Board.

<http://ripremix.com/>

WEBGRAFÍA

- http://creativecommons.org

- http://bioguide.congress.gov

- http://www.salisbury.edu/library/copyright/copyrightduration.html#Works%20in%20the%20US

- http://frwebgate.access.gpo.gov

- http://www.constitution.org

- http://www.usconstitution.net

- http://www.dpi.bioetica.org/gdpi

- http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/874136.stm

- http://www.stormymondays.com/biblioteca/courtney.htm

- http://findarticles.com/p/articles/mi_qn4182/is_20000612/ai_n10136611/pg_2/?tag=content;col1

- http://craphound.com

- http://www.copyright.gov

- http://www.muddywaters.com

- http://www.robertjohnsonbluesfoundation.org

- http://www.nps.gov/history/delta/blues/people/son_house.htm

- http://www.ledzeppelin.com

http://www.turnmeondeadman.com/index.php?option=com_content&view=article&id=45&Itemid=55#footnote01

- http://xera.com.es

- http://www.wired.com/wired/archive/12.11/sample.html

- http://www.ninwiki.com

- http://www.nin.com/

- http://en.wikipedia.org

- http://www.rcamusicgroup.com

- http://www.decallaos.com
- http://www.stormymondays.com/biblioteca/
- http://www.errorfatal.net/
- http://www.howtodestroyangels.com/
- http://www.elpucherodelhortelano.com/puchero.html
- http://www.inzona.es
- http://www.nodo50.org/comunes
- http://www.magnatune.com
- http://www.locarecords.com
- http://magofermin.org

CAPÍTULO II

En este segundo capítulo trataremos de exponer los aspectos legales atribuibles a las licencias CC, cómo son las cuestiones relacionadas con la autoría, con el derecho de los contratos así como con la efectividad y ejecutividad de las licencias.

1-. Cuestiones relativas a la autoría

Señala ELKIN-KOREN (2005: 17) que uno de los puntos innovadores que ha introducido *Creative Commons*, desde el punto de vista jurídico, es que, cuando hacen referencia a los derechos de autor, se centran, precisamente, en esos creadores individuales, sujeto que la industria cultural había dejado de lado[43]; dice ELKIN-KOREN (2005: 14) que *"para la industria de contenidos, los trabajos creativos son simplemente otro medio de producción y por lo tanto los costes de transacción relativos a las licencias están incluidos en el coste de producción"*, concepto más próximo a los bienes materiales de la época industrial (SÁDABA RODRÍGUEZ, 2008: 81)[44] que al del creador individual que se siente vinculado a la necesidad de comunicar sus pensamientos y sentimientos a través de imágenes, símbolos o expresiones interiorizadas desde su entorno cultural –o, como señala nuestra propia Ley de Propiedad Intelectual, en su artículo 10.1, a través de *"creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte"*–.

Esta visión mercantilista de los trabajos creativos es la que hace que los costes legales de los mismos se vean incrementados, dificultando la participación de los individuos en este tipo de actividades y, por tanto, la innovación (ELKIN-KOREN, 2005: 15), hasta el punto que el sistema normativo actual sobre derechos de autor está al servicio de las necesidades de los intermediarios y no de los autores (ELKIN-KOREN, 2005: 17). DUSOLLIER (2006: 289) señala al respecto que la legislación vigente en materia de derechos de autor a menudo deja a los autores desprotegidos ante las presiones económicas de los intermediarios, dañando tanto los intereses y derechos de los usuarios como de los propios creadores, que dejan de ver el *copyright* como un derecho cuya finalidad es la protección de sus derechos.

Y si trasladamos este régimen al entorno digital, instalado desde hace ya algún tiempo en nuestra vida cotidiana, la situación es, si cabe, más sangrante, ya que si el coste de las licencias y la exposición legal a la responsabilidad de los derechos de autor continúan como hasta el momento, la creación y distribución *online* de contenidos será costosa, a pesar del bajo coste de la producción y distribución, haciendo prácticamente imposible el avance de las oportunidades que nos ofrece el entorno digital (ELKIN-KOREN, 2005: 16). Por el contrario, podemos afirmar que el sistema de licencias CC está directamente vinculado con la idea posmoderna del consumismo, según la cual el acceso a las mercancías debe ser los más fácil posible y con las menos trabas legales posibles (DUSOLLIER, 2006: 288).

En este sentido, *Creative Commons* ofrece una infraestructura legal, a través del sistema de licencias, que trata de facilitar un retorno en la creación de los individuos que se ven

---

[43] DUSOLLIER (2006: 285) señala que durante los últimos años la legislación sobre los derechos de autor ha privilegiado los intereses de la industria cultural, hasta el punto que los derechos de autor se han convertido en un derecho sin autores.

[44] SÁDABA RODRÍGUEZ introduce la idea de la mercantilización de la propiedad intelectual, inspirándose en la teoría de las "mercancías ficticias" del economista austríaco Karl Polanyi (1886-1964). Dice SÁDABA RODRÍGUEZ (2008: 83) que *"No son* [las ideas o invenciones]*, rigurosamente hablando, bienes económicos: no han sido elaborados o concebidos para el mercado ni cumplen el elenco de requisitos que se les asocia a las mercancías. En otras palabras, los objetos que caen bajo el manto de la Propiedad Intelectual existen y funcionan como <<mercancías ficticias>>, en el sentido de Polanyi. Son objetos económicos radicalmente artificiales, que han pasado por una <<operación de cirugía retórica>> que ha ido desplazando su estatus <<cultural>> o <<científico>> hacia su nuevo estatus <<mercantil>>. Han dejado de ser ocio, entretenimiento o educación para convertirse en activos, valores añadidos y recursos monetarios transferibles."*
También ELKIN-KOREN (2005: 34) aborda el tema a través de una metáfora –*commodity metaphor*– según la cual las normas sociales han impuesto barreras, a modo de restricciones abstractas, que *"convierten las canciones y las historias en mercancías"*.

frenados por el actual sistema de derechos de autor, a la vez que "redefine", en cierta medida, el concepto mismo de autor: ya no se hace referencia a la idea del *autor romántico*, con sus concomitantes valores de "originalidad" e "inspiración" (JASZI, 1991), sino a la de la teoría del actor-red, donde la innovación no es sino el efecto de redes, *"una tupida malla de interrelaciones donde numerosos agentes negocian e intercambian símbolos, datos y objetos"* (SÁDABA RODRÍGUEZ, 2007: 103). *Creative Commons* entiende que la actividad creativa individual en el seno de una comunidad creativa fomenta la colaboración entre los creadores (ELKIN-KOREN, 2005: 19), en la que el autor original de una obra llega a ser considerado como la "fuente" del trabajo (DUSOLLIER, 2003: 293)[45].

A través de la posibilidad que las licencias CC ofrecen al autor de compartir su obra con los usuarios, se restituye una práctica discursiva e interactiva en cuanto a la difusión de los trabajos creativos; prescindiendo de las restricciones impuestas por el autor o por el propietario de los derechos, los usuarios pueden interactuar con los trabajos (DUSOLLIER, 2006: 286).

Desde este punto de vista *Creative Commons* ofrece a los autores/propietarios una oportunidad para dirigir el uso de sus propias obras (ELKIN-KOREN, 2005: 21), modelo bajo el cual los derechos concedidos a los usuarios derivarían directamente del exclusivo derecho del autor de distribuir su trabajo (DUSOLLIER, 2003: 286)[46].

Autores/propietarios, por otra parte, que operarían en el *commons*, ente que se podría definir, en sentido estricto, como un régimen legal, en el que una multitud de propietarios están dotados del privilegio de usar un recurso determinado y desposeídos del derecho de excluir a otro propietario de ese uso (ELKIN-KOREN, 2005: 22). Lo que se encuentra implícito en el propio proceso creativo en el que, si bien los trabajos creativos son, por una parte autónomos, por otra son comunales (ELKIN-KOREN, 2005: 35); concepto, por otra parte, que no se debe confundir con el "dominio público" ya que, como venimos advirtiendo, y como señala DUSOLLIER (2006: 278) *"un trabajo licenciado bajo el régimen de Creative Commons no pertenece al dominio público"*, antes al contrario, *"cualquier licencia Creative Commons afirma el copyright en el trabajo"*.

Este nuevo punto de vista que *Creative Commons* introduce sobre el papel del autor es, sin duda, uno de los aspectos más relevantes que pueden modificar el significado del *copyright*. Y este nuevo punto de vista lo encontramos, esencialmente, en la facilidad con la que las licencias CC permiten la elaboración de obras derivadas. Dice DUSOLLIER (2007: 1417) que en el sistema imperado por el *copyright "el autor del trabajo original disfruta del derecho de controlar la realización de trabajos derivados basados en sus propias creaciones ya que esa creación derivada es una reproducción de su trabajo. Ello constituye la justificación del efecto copyleft: el autor original puede imponer la libre distribución de los trabajos derivados sólo como condición para que el autor secundario pueda llevar a cabo esa obra derivada*[47]*."*

---

[45] DUSOLLIER (2006: 286) se refiere al nuevo papel del autor bajo el sistema ideado por *Creative Commons*, que difiere de la tradicional posición que los autores ocupan en el sistema de *copyright*, que puede, en cierta medida, quebrantar la relación del autor con su obra. Señala DUSOLLIER que, a diferencia del papel romántico de los autores al que también se refiere JASZI, bajo la óptica de la filosofía de *Creative Commons* los creadores adoptan una posición cercana a la del autor posmoderno descrito por BARTHES o FOUCAULT; éste último utilizó la terminología del *"fundador de la <<discursividad>>"*, refiriéndose con ello a aquellos creadores que inician con sus trabajos una práctica discursiva que pone en movimiento una serie de posibles aplicaciones en una cadena creativa, de forma que el trabajo inicial proporciona a otros creadores la posibilidad de continuar el proceso creativo.

[46] DUSOLLIER llega a considerar al autor como la auténtica piedra angular del sistema: la libertad para modificar y difundir los trabajos creativos tiene lugar gracias, precisamente, al ejercicio de los exclusivos derechos del autor. De acuerdo con esta premisa, los trabajos únicamente serán "libres" según los límites establecidos por el autor, a partir de los cuales se abrirá la posibilidad de compartir el conocimiento.

[47] XALABARDER PLANTADA (2006: 9) puntualiza que *"sólo se puede introducir como condición cuando no se haya excluido la creación de obras derivadas"*. En similar sentido se expresa PALLAS LOREN (2006: 290).

Si atendemos a la redacción de las licencias CC observamos que, en su cláusula 1.e), se refiere a las obras derivadas como *"aquellas obras creadas a partir de la licenciada, como por ejemplo: las traducciones y adaptaciones; las revisiones, actualizaciones y anotaciones; los compendios, resúmenes y extractos; los arreglos musicales y, en general, cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica",* lo que coincide, en el caso de nuestro derecho, con lo previsto en el artículo 11 de la Ley de Propiedad Intelectual.

También hace referencia la redacción de las licencias –cláusula 1.i)– al derecho de transformación –previsto en el artículo 21 de la Ley de Propiedad Intelectual– que *"comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente."*

A través de las licencias CC el autor puede excluir la realización de obras derivadas –en un ejercicio negativo de su derecho exclusivo de transformación, ya que prohíbe que ésta se lleve a cabo–, o autorizarla –de forma que cualquier usuario podrá llevar a cabo cualquier obra derivada sin pedir autorización previa al autor originario– (XALABARDER, 2006: 9).

Si, junto a la posibilidad de realizar obras derivadas sobre la original, entra en juego la cláusula *sa*[48] –que, como avanzábamos antes sólo se puede introducir como condición cuando no se haya excluido la creación de obras derivadas– nos encontramos con lo que puede suponer una importante evolución del concepto de autoría: como apuntábamos anteriormente, *"desde un concepto tradicional –y romántico– del esfuerzo creativo individual –o de personas previamente identificables– hacia una "colectivización" de la creación donde el esfuerzo individual se diluye en el comunitario"* (XALABARDER PLANTADA, 2006: 10).

Pero para que ello sea posible se hace necesaria una correcta utilización de la condición de reconocimiento, ya que, según el propio clausulado de las licencias CC –en aquellos casos en que se permite la realización de obras derivadas–, se deberá incorporar un aviso que identifique la transformación de la obra en la obra derivada –indicando el autor original–; de esta forma… si una obra genera una cadena de obras derivadas ¿debería indicarse en cada momento la modificación realizada sobre la anterior? ¿o debería el usuario final aportar todas las modificaciones efectuadas desde la obra original? ¿se debe hacer referencia sólo al autor de la última modificación? ¿o debe referirse a los distintos autores de cada una de las modificaciones?

En cualquier caso, resultaría difícil, cuando una obra haya generado una cadena de modificaciones sobre la misma, hacer el seguimiento de esa cadena por parte del autor de la obra original y determinar si en cada nueva modificación se ha respetado la condición de atribución del autor original y no sólo del que ha llevado a cabo la última transformación. Si bien la facilidad para realizar obras derivadas supone uno de los pasos más importantes hacia la colaboración entre artistas –ya que, desde el punto de vista, por ejemplo, del lenguaje musical, una licencia en blanco para remezclar o alterar obras preexistentes puede generar una amplia gama de interesantes proyectos–, también es cierto que esa misma condición puede generar cierto recelo –sobre todo por parte de artistas que ya gocen de reconocimiento–: en una comunidad en la que la reputación es la principal motivación y donde los incentivos económicos son escasos el hecho de que se pueda llegar a perder la atribución no resulta atractivo para el autor original (HARTMANN, 2004: 152)

A ello se debe añadir, además, la "pérdida de control" que supone para el autor original el hecho de no prohibir las obras derivadas, pues no podrá oponerse a la transformación de su obra, *"ya se trate de la realización de obras directamente derivadas de la suya, ya de la*

[48] La condición *sa* crea un "efecto viral" que requiere a los creadores de trabajos derivados –y a los subsiguientes usuarios de sus trabajos derivados– utilizar la misma licencia que la obra original para distribuir sus trabajos.

realización de obras derivadas a partir de obras previamente derivadas de la suya" (SÁNCHEZ ARISTI, 2007: 431).

Como señala también DUSOLLIER (2003: 293) *"el artista ya no considera su trabajo como una propiedad en sentido estricto* [...] *sino como material que puede ser apropiado por otros con el objetivo de participar en un extenso discurso"*; hecho que puede hacer que el concepto social del "autor" tome un camino distinto de lo que la ley entiende. En este sentido, si tomamos en consideración nuestra Ley de Propiedad Intelectual, su artículo 5 vincula la condición de autor al hecho de la creación de una obra original, mientras que con la propuesta de *Creative Commons* el autor actuaría como *"instigador de una creación de la cual su contribución constituye sólo la primera etapa"* (DUSOLLIER, 2003: 295).

Por otra parte, sin duda, una de las principales preocupaciones cuando hacemos referencia a los aspectos legales de las licencias *Creative Commons*, es la prevención del "apoderamiento" o "captura" del trabajo creativo por parte de terceros (ELKIN-KOREN, 2005: 33): ¿pueden los agentes del mercado incorporar materiales "liberados" a un elemento "propietario" y ponerlo a disposición del público sujeto a términos más restrictivos? Si esto fuera posible, los trabajos originariamente publicados y distribuidos bajo licencias CC podrían verse bloqueados bajo un esquema de licencias más restrictivo. Prevenir esta apropiación de los trabajos creativos por parte de los agentes comerciales resulta fundamental, no sólo para la motivación de los "autores-red", sino también para proteger el acceso a esos trabajos en las condiciones que el autor hubiera decidido.

Hemos de partir de la base de que la mayoría de nuestras prácticas sociales radican en acuerdos voluntarios entre las partes; para que la estrategia legal de *Creative Commons* pueda considerarse válida es necesario que el sistema de licencias sea vinculante y ejecutable ante terceros (ELKIN-KOREN, 2005: 39), para lo cual se requiere un cambio generalizado de mentalidad tanto por parte de los autores como de los usuarios.

El principal mecanismo legal de que disponen las licencias CC para hacer valer su efectividad ante terceros es la cláusula *Share Alike*, cuyo propósito es garantizar que los creadores de ulteriores trabajos basados en un trabajo original que incluya esta cláusula, se vean sujetos a los mismos términos de licencia[49].

Este resulta el mayor reto al que se enfrenta *Creative Commons*: asegurar que las previsiones contenidas en las licencias –y, concretamente, la cláusula *Share Alike*– sean vinculantes ante terceros, ya que en cualquier otro caso –si estas licencias únicamente se mantuvieran vigentes entre las partes contratantes– resultaría insuficiente: el mismo punto de partida del esquema de licencias, cual es el hecho de que los trabajos creativos sean utilizados y reutilizados, haría que, en caso de que los usuarios posteriores del trabajo original no se vieran sometidos a los términos de la licencia original, todo ese esquema perdiera sentido (*ÍBIDEM*). Si no se garantiza la ejecutividad de esta cláusula podríamos encontrarnos ante el caso de que un usuario posterior de la obra podría utilizarla en contra de la voluntad del autor original.

La idea de que una licencia pueda obligar a los terceros radica en la noción de "licencia de propiedad". En la medida en que el *copyright* faculta a los propietarios para excluir a otras personas de determinados usos sobre sus obras, las licencias sobre los trabajos creativos permiten aquello que de otro modo la ley prohibiría (ELKIN-KOREN, 2005: 43).

ELKIN-KOREN (*ÍBIDEM*) define estas licencias de propiedad –después de señalar expresamente que no son contratos–, como acciones legales unilaterales a través de las cuales el propietario puede ejercer sus derechos y definir los límites de los usos que pretende legitimar sobre su propiedad. La fuerza vinculante de esta figura no deriva, pues,

[49] Apunta XALABARDER PLANTADA (2006: 7) que la cláusula *Share Alike* constituye la auténtica cláusula *copyleft* de las licencias CC al obligar al usuario a aplicar la misma licencia a las obras derivadas.

de un ejercicio autónomo de la voluntad sino de la propia ejecutividad de las reglas de la propiedad que, por otra parte, no requieren del consentimiento voluntario.

Pero lo que la licencia de propiedad no explica es por qué una licencia que pretende expandir los derechos más allá del ámbito propio de los derechos de autor debe tener la misma fuerza vinculante que el derecho de propiedad, lo que nos podría llevar, incluso, a nuevas formas de propiedad.

2-. Aspectos contractuales de las licencias CC

Ya que la estrategia de *Creative Commons*, como venimos señalando, descansa sobre el actual sistema legal de los derechos de autor, lo primero que hemos de tener en cuenta cuando abordamos la cuestión sobre su configuración jurídica es que el propio *copyright* (DUSOLLIER, 2006: 280) es, principalmente, un derecho que permite a los creadores controlar lo que pueden hacer con sus creaciones; control que puede implicar un requerimiento de contraprestación económica por cualquier uso de su trabajo, una prohibición de usar el material incluso aunque se ofrezca una remuneración, o un consentimiento para utilizar el trabajo de cualquier manera de forma libre. Entre ambos polos –esto es, la completa prohibición o el uso libre– hay un amplio rango de posibles controles que el autor puede ejercer, siendo en ese margen donde pretende incidir *Creative Commons*, con el fin de que sea el autor quien decida lo más directamente posible sobre aquello que ha creado.

Y si tenemos en cuenta que la industria del *copyright* ha desarrollado herramientas para ejercitar la parte prohibitiva de los derechos de autor (*ÍBIDEM*)[50] es comprensible que, gradualmente, hayan ido apareciendo autores que no se sientan cómodos con este marco contractual y que, por el contrario, prefieran que sus obras sean distribuidas y utilizadas libremente por los usuarios. *Creative Commons* viene a ofrecer a estos autores la posibilidad de autorizar el uso de sus obras una plataforma de licencias que permite reducir los costes que implicaría tramitar un aviso o una licencia de *copyright*.

Parece que a nivel internacional –más adelante nos ocuparemos de la cuestión en el marco de nuestra propia legislación– cobra fuerza la doctrina que habla del *private ordering* como aquel proceso de creación de normas sociales por las partes involucradas en una actividad regulada, y no por el estado. El *private ordering* aspira a lograr objetivos públicos como eficiencia, la mejora del mercado y la protección de los derechos (BIRNHACK, 2004: 2) y opera, en el ámbito que nos ocupa, cuando el proceso de elaboración de normas relativo al uso de la información está privatizado, y el poder legal para definir los límites del acceso público a la información se encuentra delegado en partes privadas.

Según explica DUSOLLIER (2006: 282) a través de contratos es cómo los autores ceden algunos de los derechos sobre sus trabajos en el sistema de *Creative Commons*. Pero esta herramienta actúa junto con los derechos de propiedad sobre los contenidos. Es decir, *Creative Commons* afirma el derecho de autor sobre la obra que luego la licencia tiene por objeto regular; o, como también señala HIETANNEN (2007: 8), se podría decir que los derechos del licenciante tienen su origen en la licencia, mientras que las limitaciones derivan de la legislación sobre derechos de autor.

La característica clave de esta construcción contractual se encuentra en la necesidad de hacer que estas licencias sean judicialmente ejecutables. Las licencias CC hacen posible esta circunstancia posibilitando el ejercicio de algunos derechos sobre el trabajo, como la reproducción o la distribución del trabajo; y el usuario, cuando realiza la acción de aceptar y confirmar, se encuentra obligado por los términos de la licencia.

También ELKIN-KOREN (2005: 32) hace referencia dos conceptos jurídicos tradicionales para abordar la estrategia que propone *Creative Commons* para promover el intercambio y la reutilización de los trabajos creativos: la propiedad y los contratos. Y la justificación para esta tesis la encuentra ELKIN-KOREN (2006: 10) en que al mantener los derechos de propiedad sobre los trabajos creativos se obtiene una interesante ventaja, a saber, se consigue preservar el derecho de los propietarios para ejercer el control sobre el uso de sus

[50] Afirma DUSOLLIER (2006: 280) que la mayoría de los contratos de licencia que tienen lugar en el ámbito de la industria del *copyright* tienen como finalidad determinar la autorización de un uso restringido a cambio de una compensación económica. A lo que se añade que los derechos de carácter patrimonial son administrados por entidades de gestión que ocupan una posición de superioridad para hacer cumplir las prohibiciones respecto al uso o para negociar las condiciones económicas de los usos que se pretenda permitir.

propias obras, pudiendo así recibir los *royalties* cuando consideren adecuado, lo que dejaría, además, la puerta abierta para la colaboración con los agentes del mercado así como para algunos usos comerciales.

En cuanto al punto de vista de considerar esta estrategia legal dentro del marco de los contratos, ELKIN-KOREN (2005: 45) señala que los derechos y las obligaciones creados por los contratos son derechos *in personam*, es decir, únicamente obligan a las partes que intervienen en cada contrato.

Los contratos crean derechos para las partes, quienes, asimismo, asumen ciertas obligaciones al aceptar los términos del acuerdo, lo que es considerado no sólo moralmente justificable sino también eficiente, ya que nadie mejor que las partes intervinientes en un contrato pueden determinar los costes y los beneficios de los derechos y las obligaciones especificados en el contrato; en este sentido, el contrato únicamente podrá resultar válido si realmente refleja la libre voluntad de las partes. Esta es la razón por la que los contratos no imponen obligaciones frente a terceros que no han intervenido en el contrato ni han aceptado sus términos.

ELKIN-KOREN (1997) ilustra su postura acerca de la naturaleza jurídica de las licencias CC a través del estudio del caso *ProCD, Inc. v. Matthew Zeidenberg*[51], en el que se hace referencia a la validez de las licencias no negociadas de carácter masivo.

---

[51] En el caso analizado por ELKIN-KOREN, que conoció la *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit* <http://www.ca7.uscourts.gov/> en 1996, Matthew Zeidenberg adquirió copias de *ProCD's Select Phone CD-Rom*, material que combina una base de datos telefónica con un programa informático para acceder a esos datos. Zeidenberg no firmó ningún contrato, ya que la caja que contenía la base de datos indicaba en el exterior que el CD-ROM estaba sujeto a un acuerdo cerrado de licencia, cuyos términos se encontraban incorporados en el interior de la caja y aparecían en la pantalla del usuario cada vez que éste ejecutara el software. La licencia disponía que los usuarios no podían poner el software y los datos telefónicos a disposición de otros usuarios. Zeidenberg "subió" los datos telefónicos almacenados en el CD-ROM, combinado con un motor de búsqueda creado por él mismo, poniendo, de esta forma, el contenido a disposición de los usuarios de Internet. La argumentación de la demanda presentada por *ProCd* pretendía obtener un mandato judicial para terminar con lo que la compañía consideraba una violación continuada de los términos de licencia.

Si bien el caso analizado por ELKIN-KOREN no hace referencia específica a las licencias CC, sino a las denominadas licencias *Shrink wrap*, pensadas para vincular a una multitud de personas a través de formularios estándar – y caracterizadas porque las condiciones están impresas en el envoltorio que contienen el software, presumiendo su aceptación por el hecho de abrirlo o rasgarlo (PÉREZ y BADIOLA, 2004: 2) y que generalmente contienen cláusulas que prohíben la copia del software [con excepción de la copia de seguridad] y su alquiler, así como practicar "ingeniería inversa" y limitan el uso del software a una sola computadora, suelen excluir la responsabilidad del fabricante o proveedor y limitar la extensión de la garantía, además de establecer qué tribunales entenderán y qué leyes serán aplicadas ante eventuales litigios (MARESCA, 2000)–, puede resultar adecuado para la finalidad del presente trabajo.

La corte de distrito no encontró vinculante el contrato entre las partes, determinando que Zeidenberg no aceptó los términos de la licencia. Además, la corte decidió que el contrato resultaba inaplicable, pues entraba en conflicto con la política sobre derechos de autor. El tribunal sostiene que las licencias que prohíben la distribución de información pública entran en el territorio de la legislación sobre derechos de autor; si estas previsiones fueran aplicables, señala el tribunal, podrían alterar el delicado equilibrio de la ley de derechos de autor y permitiría a las partes eludir dicha legislación mediante técnicas contractuales.

Sin embargo, la corte de apelación se separó de la interpretación realizada por la corte de distrito, al considerar que la adquisición del software se encontraba sujeta a la licencia. Según este tribunal, el propio contrato se vio perfeccionado cuando Zeidenberg aceptó los términos de la licencia en la forma especificada por *ProCD* –al utilizar el software–. La corte de apelación vio en este caso un simple contrato *inter vivos* perfectamente aplicable.

Las opiniones enfrentadas de las dos cortes en el presente caso demuestran que no estamos ante una cuestión, ni mucho menos, pacífica. Cada una de ellas representa las diferentes maneras de acercarse a la regulación de la distribución de la información. Mientras la corte de distrito percibe los derechos de autor como en sentido amplio, como un acuerdo obligatorio que restringe la libertad de las partes para contratar sobre ello, la corte de apelación refleja la percepción de los derechos de autor como un conjunto de "reglas predeterminadas" que, en muchas ocasiones, permitiría a las partes sustituir el esquema legal mediante

La principal diferencia a la que atiende ELKIN-KOREN es que la ley de derechos de autor define autorizaciones bajo la regla de la propiedad, por lo que crea derechos *in rem*, que genera derechos oponibles ante cualquier tercero; mientras que los contratos sólo generan derechos entre las partes que intervienen en el mismo.

Uno de los aspectos que, precisamente, se cuestiona la corte a la hora de decidir en el caso *ProCD* es si los derechos generados a raíz de un contrato pueden ser equivalentes a los derechos exclusivos derivados de la legislación sobre derechos de autor. En este sentido, la corte señaló que *"cuando un contrato erige una barrera en el acceso a la información"* se debería hacer, por otra parte, accesible bajo la legislación de *copyright*, lo que altera el *"delicado equilibrio"* creado por la ley. En este caso, la corte de distrito consideraba que el contrato debía ser anulado.

Sin embargo, la corte de apelación no se mostró de acuerdo con esta decisión. Según este otro tribunal los derechos creados por los contratos no pueden ser equivalentes al *copyright*. Un derecho creado por un contrato es un derecho *in personam* y, por lo tanto, no puede crear un derecho exclusivo ante cualquier tercero. Cuando un tercero accede al trabajo encontramos una diferencia significativa entre las restricciones creadas por la legislación de derechos de autor y las restricciones derivadas de un contrato: la legislación permite a los propietarios imponer restricciones sólo a las partes del contrato; un derecho *in rem* permite a los propietarios imponer restricciones frente a terceros. La corte viene a decir que un tercero no se vería afectado por la licencia *shrink wrap*, aunque la ley federal sobre *copyright* podría limitar, por su propia fuerza, la capacidad del "buscador" para copiar o transmitir el programa.

La importancia de la distinción entre los derechos de autor y los derechos derivados de un contrato depende de la incapacidad de los propietarios para limitar los usos no licenciados. En otras palabras, cuánto más previene un productor el acceso a copias sin licencias, menos significativa se vuelve la distinción. Por lo tanto, si *ProCD* hubieran sido capaces de eliminar los usos no permitidos a través de medios tecnológicos o legales, no hubiera habido ningún "extraño" obligado por una licencia y se hubiera liberado de las restricciones contractuales.

La introducción de nuevas tecnologías que afectan a la distribución de contenidos desdibuja la distinción entre derechos *in personam* y derechos *in rem*. La posibilidad de comunicarse directamente con los usuarios y la capacidad de prevenir cualquier acceso no permitido gracias a esas mismas tecnologías facilita un régimen realmente similar en su naturaleza a un régimen de propiedad.

La difusión *online* mejora sustancialmente las posibilidades de la licencia. Internet permite la comunicación directa entre los vendedores y los compradores y facilita las relaciones contractuales entre los proveedores y los usuarios finales a través de una distribución en masa. Todo ello provee los medios necesarios para la negociación y celebración de acuerdos de licencia para los diferentes usos de los trabajos creativos. Ya que los proveedores *online* controlan el acceso físico a sus trabajos, están capacitados para hacer que ese acceso se vea supeditado a la aceptación de los términos de su licencia. La tecnología, además, provee los mecanismos necesarios para supervisar y hacer cumplir las previsiones contractuales.

Cuando el acceso a los trabajos es controlado y se encuentra supeditado a un formulario estándar de licencia, los términos de esa licencia rigen todas las relaciones entre el propietario del contenido y cualquiera que acceda a su trabajo; lo que resulta, de nuevo, muy similar a un régimen de derechos exclusivos. A pesar de que este derecho se establece

---

acuerdos contractuales. Según ELKIN-KOREN, el primer punto de vista pretende preservar la "negociación social" sobre el uso de la información como se refleja en la legislación sobre derechos de autor, mientras el segundo pone el énfasis en la libertad de contrato como medio para llegar a un funcionamiento eficiente del mercado de la información.

"simplemente" entre las partes de un contrato, nadie podría acceder al trabajo sin estar sujeto a un contrato. Con la distribución *online*, los acuerdos contractuales convergen con los medios físicos de exclusión y control para crear un derecho de propiedad *de facto*.

Concluye ELKIN-KOREN (1997) señalando que la especial naturaleza de la información –que permite que sea compartida con un coste mínimo y que hace que la información existente sea esencial para la creación de futura información– sugiere que su difusión y uso sea maximizada. Un régimen contractual que permitiera a los propietarios "mercantilizar" la información interpondría barreras a su uso hasta el punto que sería socialmente indeseable.

DUSOLLIER (2006: 284) añade a este punto de vista un instrumento que deriva del propio funcionamiento del movimiento *copyleft*: el "*contract-as-product*", según el cual *"los términos son parte del producto, no un negocio conceptualmente separado; [el] producto físico más [los] términos son un contrato global"*[52]. Explica DUSOLLIER (*íbidem*) que *"en los contratos virales, los términos del contrato acompañan al trabajo o al software distribuido, el contrato funciona con los activos digitales y la licencia está incrustada en el objeto que pretende regular. Esto se hace particularmente real en Creative Commons donde el proceso de creación de la licencia, cuyos términos básicos han sido elegidos por el autor, está completamente automatizado y la versión <<digital code>> de la licencia es proporcionada para ser colocada en el trabajo. El producto de la licencia se ofrece con el producto del trabajo."*

Para DUSOLLIER (*íbidem*) *"el punto de vista del <<contract-as-product>> hace que los derechos contractuales se encuentren más próximos a los derechos de propiedad en la medida en que este modelo elude el consentimiento de la parte contratante"*, lo que, según la autora, puede dar lugar a un efecto contraproducente: el aumento de la mercantilización de los trabajos creativos, en el sentido de que cualquier copia del trabajo se encuentra regido por los términos predeterminados que se aplican a cualquier uso de la obra; y es precisamente ese crecimiento de la mercantilización de los trabajos creativos lo que *Creative Commons* pretende combatir.

[52] DUSOLLIER utiliza para esta definición las palabras de MARGARET RADIN.

3-. Infracciones de las licencias CC y ejecución de las mismas

Para completar el análisis sobre la naturaleza legal y la fuerza vinculante de las licencias CC debemos hacer referencia también a los conflictos que su aplicación puede ocasionar y a su resolución, ya se haya producido ésta a través de un proceso judicial o de manera extrajudicial. Como apunta XALABARDER (2006: 10) en los casos en que se produce un incumplimiento de una licencia CC y/o una infracción el autor –como en el caso de cualquier otra obra y licencia– deberá recurrir a los tribunales.

Especialmente relevante resulta la Sentencia de la Corte de Distrito de Ámsterdam de 9 de marzo de 2006 –Curry vs. Audax–.

Los antecedentes del caso son los siguientes: Audax, empresa editora del *magazine* semanal *Weekend* utilizó, para ilustrar una noticia sobre la familia de Adam Curry[53], unas fotos que éste habia publicado en el sitio Web *www.flickr.com* bajo una licencia CC by-nc-sa.

Curry demandó a Audax por infracción de sus derechos de autor sobre esas fotos, alegando que la demandada debía haber tenido la diligencia suficiente para comprobar que él disponía de los derechos de autor sobre las fotos, lo cual resultaba fácilmente reconocible por el texto *"some rights reserved"* que las acompañaba. Además, a través de un enlace en el mismo texto, el usuario podía tener acceso a la versión abreviada de la licencia y, si era necesario, también a su versión completa.

Por su parte, Audax alega que publicaron las fotos en cuestión de buena fe, basándose en la declaración *"this foto is public"* que acompañaba a las fotos y por la que creyeron que el autor de las fotos autorizaba su publicación por terceros.

Finalmente, la Corte prohíbe a la demandada que realice ningún uso, reproducción y/o comunicación de trabajos de Curry que hayan sido publicados en *www.flickr.com* sin autorización, a menos que el uso, la reproducción y/o la publicación respete los términos de las condiciones bajo las cuales los trabajos han sido publicados.

Para llegar a esta decisión, la Corte se basa –punto 5 de la Sentencia– en que las cuatro fotos tomadas de *www.flickr.com* fueron realizadas por Curry y publicadas por él mismo en ese sitio Web. En principio, Curry dispone del *copyright* sobre las fotos; fotos que, por haber sido publicadas en ese sitio Web, se encuentran sujetas a la licencia CC. Es por ello que la demandada debe observar las condiciones de uso para terceros dispuestas en la licencia. La Corte entiende que la demandada se ha visto confundida por el aviso *"this photo is public"* –y, por ello, no ha atendido a las condiciones de la licencia–. Sin embargo, también señala la Corte que lo que se espera de una parte profesional como es la demandada es que lleve a cabo un examen preciso y exhaustivo antes de publicar en su semanario cualquier fotografía publicada en Internet. La demandada podría haber pulsado sobre el enlace que acompañaba al aviso *"some rights reserved"*, a través del cual podría haber accedido a una versión corta de la licencia. En caso de duda sobre la aplicación y los contenidos de la licencia, podría haber solicitado autorización para su publicación al titular de los derechos de autor. La demandada no ha cumplido con su deber de investigación, asumiendo con demasiada ligereza que la publicación de las fotos estaba permitida; no ha respetado los términos de la licencias, resultando, por tanto, que la petición del demandante deba ser aceptada.

En definitiva, la Corte dictaminó que Audax había vulnerado dos obligaciones impuestas por la licencia CC de Curry (MCDERMOTT WILL & EMERY, 2006: 1): la obligación de proveer

[53] Adam Curry es una personalidad en Internet por haber sido el "padre" de los *podcast*: <http://curry.com/>

una copia de la licencia CC cuando se distribuye o se comunica públicamente el trabajo y la prohibición de usar el trabajo para fines comerciales.

Además, la corte también impuso a la demandada la prohibición de utilizar las fotografías de Curry en posteriores ocasiones, bajo pena de afrontar multas de 1.000,00 € por cada fotografía utilizada sin permiso. A pesar de ello, Curry fue compensado con una suma muy baja por la publicación de las fotografías, pues el tribunal entendió que el valor económico de las mismas era bajo pues ya habían sido publicadas en Internet.

Este primera Sentencia que entra a valorar el esquema de las licencias CC tiene especial relevancia pues dispone que los términos de estas licencias operan automáticamente respecto del contenido licenciado, obligando a los usuarios aunque éstos no hayan aceptado expresamente los términos de la licencia, y apunta en el sentido que los trabajos licenciados bajo CC, a pesar de ofrecer una mayor flexibilidad que el *copyright* tradicional, no forman parte del dominio público en el sentido de que cualquiera pueda utilizarlas, reproducirlas o publicarlas de cualquier manera o con cualquier finalidad.

Otro caso que llegó a los tribunales en Europa lo encontramos en Bulgaria, cuando el *blogger* Elenko Elenkov interpuso una demanda contra un diario del grupo de comunicación alemán WAZ[54] por utilizar una de sus fotos licenciada bajo una licencia CC by-sa sin respetar los términos de la misma –esto es, sin mencionar expresamente al autor y prescindiendo de la misma licencia para distribuir el trabajo–[55].

El diario introdujo días después un pequeño texto a modo de "corrección" con el fin de dar a conocer la verdadera autoría de la foto. A pesar de ello, Elenko envió al diario una carta notarial solicitando una remuneración por hacer uso de su trabajo.

En el transcurso del juicio, el diario admitió la autoría de la fotografía utilizada así como haber vulnerado los derechos de autor y haber ofrecido una compensación por la publicación. Por lo que no ofreció compensación alguna fue por los daños morales que se hubieran podido causar al autor –compensación que también reclamaba Elenko, pues consideraba que la corrección realizada por el diario iba dirigida a menoscabar su imagen, más que a admitir su autoría–.

La Corte accedió a escuchar al demandante en este sentido para determinar la cuantía que debería recibir como compensación.

En el caso de Elenko Elenkov, la infracción se produce por desconocimiento del carácter de las licencias, pues el diario podría haber utilizado la foto sin problemas si hubiera indicado su autoría y si hubiera mantenido la misma licencia, ya que nada impedía al diario utilizarla sin solicitar previa autorización incluso para fines comerciales.

También en EEUU encontramos ejemplos de resolución de conflictos originados por la inobservancia de los términos de las licencias CC. Es el caso de GateHouse Media[56], que presentó una demanda contra New York Times Company[57] en la Corte de Distrito de Massachussets, por considerar que los titulares y enlaces que se podían encontrar en la Web *http://www.boston.com/yourtown/*, vinculado a "The Boston Globe"[58], propiedad de New York Times Company, constituían una vulneración de sus derechos de autor y de marca,

---

[54] Sitio Web de WAZ: <http://www.derwesten.de/waz/>
[55] Ante la dificultad de encontrar documentación original relativa al caso, la información ha sido extraída de <http://blog.veni.com/?p=494>
[56] GateHouse, Inc., es una empresa de comunicación que administra más de 375 publicaciones diarias y semanales y 250 sitios Web, según información de 31 de marzo de 2009 extraída del sitio Web de la empresa: <http://www.gatehousemedia.com/>
[57] Sitio Web de New York Times Company: <http://www.nytco.com/>
[58] Sitio Web de The Boston Globe: <http://www.boston.com/bostonglobe/>

por pertenecer –esos titulares y enlaces– a "Wicked Local"[59], publicación propiedad de GateHouse[60].

En la citada demanda, presentada el 22 de diciembre de 2008, GateHouse alegaba incumplimiento de contrato, vulneración de los derechos de autor, publicidad falsa, vulneración del derecho de marca, competencia desleal y prácticas empresariales desleales.

En cuanto al tema que nos ocupa, el relativo a la interpretación de las licencias CC, la demandante expone en lugar destacado en la Web de "Wicked Local" que el contenido original se encuentra disponible para usos no comerciales bajo una licencia CC, excepto dónde se indique lo contrario. Además, el anuncio está acompañado de un aviso gráfico con la leyenda *"some rights reserved"*, enlazado al sitio de *Creative Commons* en el que se puede obtener una explicación de los términos de la licencia.

De acuerdo con la licencia ofrecida por GateHouse a los usuarios de "Wicked Local", éstos pueden copiar, transmitir y distribuir sus contenidos, siempre que se cumplan ciertas condiciones expresamente establecidas: reconocimiento de la autoría, uso no comercial, no realizar trabajos derivados y dejar claro los términos de la licencia a posteriores usuarios en caso de redistribución.

Asimismo, los usuarios de "Wicked Local", incluida la demandada, se comprometen a obligarse de acuerdo con los términos expuestos por la licencia siempre que distribuyan o comuniquen el contenido original de la demandante; aclara GateHouse que esto no quiere decir que no se puedan obtener los derechos de ese contenido por cualquier otro medio legalmente previsto.

Según la demandante, New York Times Company incumplió los términos de la licencia en los siguientes aspectos: no da una atribución del contenido adecuada, clara e inequívoca a la demandante; califica el uso de material protegido de comercial; considera también que la demandada intenta alterar sus contenidos utilizando únicamente los titulares; y no acompaña el contenido con la licencia CC ni hace ninguna referencia al respecto.

Al mismo tiempo que GateHouse presentaba la demanda, presentó también una solicitud para que la Corte adoptase las medidas adecuadas para que New York Times Company cesase, temporalmente, en el uso de contenido de su propiedad, petición que fue denegada por considerar el juez que no existía una motivación de fondo para adoptar tal medida.

Finalmente, la resolución del caso se llevó a cabo mediante acuerdo entre las partes de 25 de enero de 2009, según el cual GateHouse pondría en práctica determinadas soluciones tecnológicas, razonables desde un punto de vista empresarial, para evitar que la demandada volviera a copiar contenido original de GateHouse; asimismo, New York Times Company asumía la obligación de adoptar las medidas necesarias para eliminar cualquier contenido original de GateHouse antes del 1 de marzo de 2009.

En este caso, además de las infracciones relativas al reconocimiento de la autoría, se produce una infracción, que tratándose New York Times Company de una compañía con fines lucrativos, tiene singular implicación en la licencia aportada por GateHouse: la licencia impedía el uso de la información con finalidades comerciales sin permiso del autor de la misma, por lo que este aspecto se podría haber solucionado manteniendo un contacto previo para obtener ese permiso.

Sin embargo, también resulta interesante el llamamiento que el juzgador hace a GateHouse para que ponga en práctica las soluciones tecnológicas necesarias para evitar que la demandada vuelva a utilizar su contenido original, lo cual puede resultar poco clarificador:

---

[59] Sitio Web de Wicked Local: <http://www.wickedlocal.com/>
[60] Los documentos relativos al caso GateHouse vs. New York Times Company se pueden encontrar en: <http://www.citmedialaw.org/threats/gatehouse-media-v-new-york-times-company#description>

igual que en los trabajos distribuidos bajo *copyright* tradicional, nada impide que los trabajos licenciados con CC puedan ser plagiados o infringidos sus términos de licencia; pero igual que en aquellos se debería solicitar permiso al titular de los derechos por para realizar cualquier acción por estar estos derechos protegidos, en estos el autor permite unos usos mientras restringe otros. Es decir, igual que sucedía en el caso Curry vs. Audax, aquí New York Times Company, en su condición de profesionales de la información, debería atender a una cierta diligencia a la hora de utilizar trabajos ajenos y no asumir con ligereza que lo que se publica en Internet pertenece a un "dominio público" que puede ser utilizado por cualquier usuario.

Actualmente, también GateHouse ha iniciado otro procedimiento judicial[61], esta vez ante la Corte del Distrito Norte de Illinois por considerar vulnerados los términos de la licencia CC bajo la cual publica el "Rockford Register Star", publicación que provee contenido *premium online* a sus suscriptores, bajo una licencia CC by-nc-sa.

GateHouse ha demandado a una empresa que se dedica a vender reimpresiones de los artículos en ediciones de lujo a las personas que aparecen en ellos. Puesto que GateHouse cuenta con su propio servicio de reimpresión considera esta actividad competencia desleal.

Entre las reclamaciones de la demanda se encuentra, igual que en el caso anterior, una relativa a una infracción de contrato, en la cual GateHouse invoca los términos de la licencia CC, en el sentido de que la demandada realiza un uso comercial del material licenciado.

Finalmente, la Sentencia más reciente que analiza la naturaleza y la fuerza vinculante de las licencias CC la encontramos en Bélgica –Sentencia de *Le Tribunal de Première Instance de Nivelles*, de 26 de octubre de 2010–. En este caso, la demanda es interpuesta por el grupo Lichôdmapwa que en 2004 compuso un álbum en el que se incorporaba la canción Aabatchouk. El álbum en cuestión se encuentra disponible en el sitio Web *http://www.dogmazic.net/*[62] bajo una licencia CC que permite su comunicación pública siempre que se respeten los términos de la licencia.

La demandada es la entidad organizadora del festival de teatro Spa, que utilizó la mencionada canción en un vídeo promocional que fue emitido un total de 415 veces por pasajes de 20 segundos en distintos medios de comunicación. Los demandantes se pusieron en contacto con la entidad demandada para tratar de llegar a una solución amistosa pero, ante la imposibilidad de lograr este acuerdo, acudieron a los tribunales.

Mientras, por una parte, los demandantes solicitaban una indemnización de 10.380,00 € en concepto de indemnización por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la licencia CC y, subsidiariamente, por infracción de los derechos de autor –así como los intereses devengados desde el 9 de julio de 2008–, la demandada propone el pago de 1.500,00 € en concepto de indemnización, en base a las tarifas de la entidad belga de gestión de derechos de autor, SABAM[63].

Según MAEZTU[64] (2010), este es uno de los aspectos más relevantes de la sentencia, ya que ha obligado al órgano jurisdiccional a analizar las condiciones de la licencia como tal y, en

[61] Se trata de un procedimiento todavía abierto, por lo que resulta difícil acceder a documentación acerca del caso, pero ha sido incorporado al estudio pues resulta interesante porque es previsible que la Corte que conoce del caso se pronuncie sobre el carácter de las licencias CC. La información sobre este asunto se encuentra disponible en <http://blog.internetcases.com/2010/07/02/new-copyright-lawsuit-involves-creative-commons/>

[62] Portal de música bajo licencia CC.
[63] Sitio Web de SABAM: <http://www.sabam.be/>
[64] El abogado David De Maeztu realiza un exhaustivo análisis del caso belga en su blog: <http://derechoynormas.blogspot.com/2010/11/sentencia-en-blegica-sobre-creative.html>

base al contenido de la misma, resolver sobre el fondo del asunto. Hecho que, según este autor, supone un avance en la consideración de la licencia como documento vinculante.

Volviendo al caso analizado, los demandantes no estaban afiliados a ninguna sociedad de gestión colectiva de derechos de autor y optaron por los términos y las condiciones de una licencia de su elección, más abierta, permitiendo la difusión de la obra de manera más accesible al público.

El Tribunal entra a valorar la licencia señalando que, a través de ella, los autores autorizan la utilización de la obra siempre que:

- se indique la paternidad de la obra;
- no se haga un uso comercial de la obra; y
- no se creen obras derivadas a partir de la original.

Otro de los aspectos relevantes de la sentencia –y a los que también hace referencia MAEZTU (2010)– es que el tribunal belga hace alusión a sentencias de otros estados –Holanda, España y EEUU–, señalando la validez que se reconoce en la actualidad a las licencias CC.

Según los demandados, los términos de la licencia se han visto incumplidos por cuanto, en el uso de la obra que ha realizado la organización del festival, no se ha mencionado la autoría de la obra, se ha utilizado para fines comerciales y la utilización de la canción como fondo sonoro supone una modificación de la obra.

La demandada alega, por su parte, que actuó de buena fe y que la infracción se ha debido a una errónea interpretación de la licencia.

El Tribunal se refiere a la doctrina de Me Ph. Laurent según la cual las licencias CC son aplicables en casos como estos, señalando –igual que vimos en el caso *Curry vs. Audax*– que, en su cualidad de profesional, la demandada debía haberse informado de las condiciones particulares de la licencia, por lo que existe derecho a indemnización a favor de los demandantes.

En cuanto a la indemnización a percibir por los demandantes, el Tribunal señala que ésta se limitará a 12,00 € por reproducción y 1.800 € por cada vulneración de la licencia –autoría, uso no comercial y prohibición de modificación–.

En cuanto a la petición de los demandantes, el Tribunal considera una paradoja que propongan una ética no comercial y reclamen una indemnización pecuniaria muy superior tanto a la tarifa de las entidades de gestión como a la propuesta por la defensa. De manera razonable –señala el Tribunal, en cuanto a la fijación de la indemnización– se debería elegir entre una indemnización porcentual a la reproducción de la obra o una indemnización global por cada una de las condiciones no respetadas. Esta solución adoptada por el Tribunal belga –como apunta también MAEZTU (2010)– supone que, o bien se demanda por incumplimiento de la licencia –dando por supuesto que se autoriza su uso después del pago–, o bien se demanda por el uso de la obra.

En base a este planteamiento, el Tribunal resuelve condenar a la organización del festival de teatro de Spa a abonar a los demandados la cantidad de 4.500,00 € –esto es, 1.500,00 por cada uno de los términos de la licencia vulnerados–, a título de daños y perjuicios, y los intereses judiciales desde la fecha de la sentencia, así como las costas del juicio.

Pero no sólo hemos de referirnos, a la hora de analizar la resolución de los conflictos originados por la interpretación de las licencias CC, a aquellos casos que han llegado a los tribunales, sino que también resulta interesante que nos fijemos en las actitudes tanto de los autores como de los usuarios para solventar este tipo de incidentes de forma amistosa.

Un interesante caso de resolución amistosa se produjo en Chile[65] cuando la agencia Porta4[66] diseñó para la empresa Falabella[67] una campaña publicitaria en la que hizo uso de un diseño de Armando Torrealba[68], licenciado bajo CC by-nc-sa, sin respetar ninguno de los términos de la misma. En este supuesto, gracias a la intervención de la ONG Derechos Digitales se llegó a un acuerdo –en tan sólo un día– consistente en retirar el diseño de Armando Torrealba y proceder al pago de una indemnización a favor del autor –y propietario de los derechos– del diseño.

Otro caso al que se llegó a una solución amistosa fue el protagonizado por Luca Sartoni[69], cuando el diario italiano "La Stampa[70]" utilizó una de sus fotografías licenciada bajo CC sin respetar los términos de la licencia, a pesar de haber contactado previamente con el autor y haberles autorizado éste a utilizar la foto sin contraprestación alguna, pero observando los términos de la licencia –en este caso, citar al autor–. Finalmente, el asunto se resolvió extrajudicialmente, mediante una indemnización de 150,00 € abonada por "La Stampa" a Luca Sartoni[71].

También hemos de hacer referencia a resoluciones en sentido contrario, aquellas en las que el material se encuentra sometido a *copyright* –en el sentido de "todos los derechos reservados"– y que es distribuido bajo una licencia CC. Este fue el caso del usuario de Flickr Richard Giles que utilizó fotografías cuya propiedad correspondía al Comité Olímpico Internacional[72] –COI– distribuyéndolo bajo una licencia CC by-sa para después relicenciarlo bajo los términos by-nd. Esas fotografías fueron utilizadas por una librería británica para promocionar un libro, lo que llamó la atención del COI.

El COI invocó las limitaciones contractuales previstas en el reverso de las entradas de sus eventos, según las cuales las imágenes de los Juegos Olímpicos tomadas en el lugar donde estos tuvieran lugar no podían ser usadas para ningún otro propósito que no sea privado, lo que incluye que las imágenes no podían ser licenciadas por terceros.

El COI, asimismo, en una carta remitida a Richard Giles, le informaba de que los símbolos, emblemas y mascotas de los Juegos Olimpicos no pueden ser utilizadas sin expreso consentimiento del COI.

Giles, ante la comunicación del COI, ante las dudas sobre las actuaciones que éste pretendía que llevara a cabo, intentó mantener el régimen de la licencia CC sobre las fotografías, sugiriendo que podía volver a licenciarlas incluyendo el término "no comercial" que permiten las licencias CC. El COI declinó la proposición alegando que su política en estas cuestiones consiste en restringir el uso de las fotografías tomadas en la celebración de los Juegos Olímpicos al ámbito privado, doméstico y no comercial y no permite el licenciamiento de las instantáneas por terceros, incluso en el caso de que ello suponga un uso no comercial de las mismas. Es por ello por lo que el COI considera el *copyright* como

---

[65] Ante la dificultad de documentar los casos extrajudiciales sobre conflictos que tengan como fondo las licencias CC he acudido a <http://www.huasonic.com/2007/04/14/asi-funciona-creative-commons-en-chile/>

[66] Sitio Web de la agencia Porta4: <http://www.porta4.cl/>

[67] Sitio Web de la empresa Falabella: <http://www.falabella.cl/>

[68] Sitio Web del diseñador Armando Torrealba: <http://www.useme.cl/armando/>. El diseño propiedad de Armando Torrealba y que Porta4 utilizó para la campaña de Falabella es el "Punk Panda", disponible en *www.flickr.com*

[69] Sitio Web de Luca Sartoni, en el que realiza un seguimiento de su conflicto con el diario "La Stampa": <http://www.lucasartoni.com/>

[70] Sitio Web de "La Stampa": <http://www.lastampa.it/redazione/default.asp>

[71] Se puede seguir la historia del caso en el propio blog de Luca Sartoni: <http://www.lucasartoni.com/filosofia/chiedere-promettere-sbagliare-compensare-la-stampa-e-la-mia-foto> y <http://www.lucasartoni.com/filosofia/creative-commons-epic-win-la-stampa-dimostra-di-essere-unazienda-seria>

[72] El Comité Olímpico Internacional es la suprema autoridad del movimiento olímpico: <http://www.olympic.org/en/content/The-IOC/>

la única manera viable de licenciar las fotografías y reitera su posición de que las imágenes deben mantener el régimen de "todos los derechos reservados".

Finalmente, Richard Giles se puso en contacto con *Electronic Frontiers Australia*[73] y con *Creative Commons Australia*[74], que le aconsejaron que cumpliera con la solicitud del COI y revirtiera todas las fotografías al régimen de protección del *copyright*; Giles lo hizo, añadiendo bajo cada fotografía la siguiente leyenda: *"La licencia de esta foto ha sido cambiada de Creative Commons a Copyright [sic] debido a una solicitud del COI"*.

[73] Electronic Frontiers Australia es organización sin ánimo de lucro que representa a los usuarios de internet en lo relativo a sus libertades y derechos *online*: <http://www.efa.org.au/>
[74] Sitio Web del capítulo australiano de Creative Commons: <http://creativecommons.org.au/>

BIBLIOGRAFÍA

- BIRNHACK, Michael. *Principle of the private ordering*. Work paper de Haifa Center of Law & Technology at the Faculty of Law, Haifa University, Marzo de 2004. < www.isoc.org.il/hasdara/private_ordering.doc>
- DUSOLLIER, Séverine. "Open source and copyleft: authorship reconsidered?". *The Columbia Journal of Law & The Arts*, núm. 26, 2003, pp. 281-296. <http://www.crid.be/pdf/public/5886.pdf>
- DUSOLLIER, Séverine. "The Master's Tools v. The Master's House: Creative Commons v. Copyright" (15 de junio de 2006). *Propriété intellectuelle : entre l'art et l'argent*, 2006, pp. 17-46 < http://www.crid.be/pdf/public/5884.pdf>
- DUSOLLIER, Séverine. "Sharing acces to intellectual property through private ordering". *Chicago-Kent Law Review*, vol. 82: 3, pp. 1391-1435
<http://www.cklawreview.com/wp-content/uploads/vol82no3/Dusollier.pdf>
- ELKIN-KOREN, Niva. "Copyright policy and the limits of freedom of contract". Internet Law Program, Vol. 12, núm. 1, primavera de 1997 <http://cyber.law.harvard.edu/ilaw/Contract/Elkin-Koren%20Excerpt>
- ELKIN-KOREN, Niva. "What Contracts Can't Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons" (29 de Julio de 2005). *Fordham Law Review*, Vol. 74, 2005, pp. 1-67. <http://ssrn.com/abstract=760906>
ELKIN-KOREN, Niva. "Exploring Creative Commons: a skeptical view of a worthy pursuit" (14 de febrero de 2006). HUGENHOLTZ, P. Bernt y GUIBAULT, Lucie (eds.), *The future of the public domain*, Kluwer Law International, 2006, pp. 1-21 <http://www.hewlett.org/uploads/files/CreativeCommons_ASkepticalView.pdf>
- JASZI, Peter. "Toward a theory of copyright: the metamorphoses of <<authorship>>". *Duke L.J.*, núm. 455, 1991, pp. 485-491.
- HIETANNEN, Herkko A. "A License or a Contract, Analyzing the Nature of Creative Commons Licenses" (12 de noviembre de 2009). NIR, Nordic Intellectual Property Law Review, Forthcoming. <http://ssrn.com/abstract=1029366>
-McDERMOTT WILL & EMERY. "Creative Commons licences upheld by the dutch court". *The European IP Butlletin*, núm. 35 (Octubre 2006). Londres: McDermott Will & Emery UK LLP, 2006
<http://www.mwe.com/info/news/euroip1006.pdf>
- SÁDABA RODRÍGUEZ, Igor. *Sociología de la propiedad intelectual en la era global*. Memoria para optar al grado de doctor bajo la dirección de DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ-PINILLA, Mario. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2007 <http://eprints.ucm.es/7707/1/T30002.pdf>
- SÁDABA RODRÍGUEZ, Igor. *Propiedad intelectual ¿Bienes públicos o mercancías privadas?*. Madrid: Los libros de la catarata, 2008.

WEBGRAFÍA

- http://www.huasonic.com/

- http://www.lucasartoni.com/

- http://blog.veni.com/

- http://derechoynormas.blogspot.com

- http://www.karisma.org.co/carobotero/

- http://blog.internetcases.com/

- http://www.citmedialaw.org/

- http://www.ca7.uscourts.gov/

- www.flickr.com

- http://curry.com/

- http://www.derwesten.de/waz/

- http://www.gatehousemedia.com/

- http://www.nytco.com/

- http://www.boston.com/bostonglobe/

- http://www.wickedlocal.com/

- http://www.dogmazic.net

- http://www.sabam.be/

- http://www.porta4.cl/

- http://www.falabella.cl/

- http://www.useme.cl/armando/

- http://www.lastampa.it/redazione/default.asp>

- http://www.olympic.org/en/content/The-IOC/

- http://www.efa.org.au/

- http://creativecommons.org.au/

JURISPRUDENCIA

- Sentencia de la Corte de Distrito de Ámsterdam de fecha 9 de marzo de 2006. Traducción al inglés de Lenner STEIJGER y Nynke HENDRIKS <http://mirrors.creativecommons.org/judgements/Curry-Audax-English.pdf>

- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Nivelles de fecha 26 de octubre de 2010 <http://www.technollama.co.uk/wordpress/wp-content/uploads/2010/11/2010-10-26-D%C3%A9cision-trib.-Nivelles-Lich%C3%B4dmapwa.pdf>

CAPÍTULO III

1-. España en el seno de *iCommons*

Las licencias CC toman como punto de partida la legislación sobre derechos de autor vigente en cada país, por lo que deben ser adaptadas específicamente por abogados locales a la regulación de cada estado (DE LA CUEVA, 2005). Las licencias de cada país modifican su redacción para atender al doble objetivo de las licencias de compartir y proteger la obra de creación original (ÍBIDEM).

Así es como *Creative Commons* llega a España (LABASTIDA, 2008: 33) a principios de 2003, cuando desde el Programa de mejora e innovación docente de la Universtitat de Barcelona –PMID– [75] se detecta la necesidad de disponer de una herramienta legal para facilitar la difusión de los contenidos docentes del profesorado respetando su autoría.

En aquel momento, el principal referente se encontraba en el Massachussetts Institute of Technology –MIT–, que ideó un portal propio, el OpenCourseWare[76], a través del cual el personal docente disponía del marco legal adecuado para difundir sus materiales: en este portal, el MIT utilizaba una licencia propia pero basada en una de las licencias estándar de *Creative Commons*.

Los responsables del PMID de la Universitat de Barcelona se pusieron en contacto con *Creative Commons* para sondear la posibilidad de llegar a algún tipo de acuerdo y utilizar una licencia similar, de la misma forma que lo venía haciendo el MIT desde 2001.

La propuesta no sólo fue excepcionalmente acogida por *Creative Commons* si no que, además, los responsables de esta organización solicitaron a los del PMID que liderasen la adaptación de las licencias a la legislación española en el marco del proyecto *iCommons* que se estaba gestando: así fue como la Universitat de Barcelona se convirtió en la institución afiliada a *Creative Commons* en España.

El proceso de adaptación de las licencias se llevó a cabo con la ayuda de la Asesoría Jurídica y el apoyo del Vicerrectorado de Sistemas de Información y Documentación. El primer borrador –que se realizó sobre una traducción de la licencia by-nc-sa y su posterior modificación para adaptarla a la legislación española– se publicó en la Red en febrero de 2004 (LABASTIDA, 2008: 33) y, acto seguido, se inició un debate público a través de una lista de discusión de acceso libre.

En mayo de ese mismo año se introdujeron unos cambios en los textos genéricos de las licencias con la aparición de su versión 2.0 –entre otros, se reducía el número de licencias de once a seis, ya el requerimiento de reconocimiento se hacía extensible a todas y ya no era opcional–. Fue entonces cuando los abogados del Bufet Almeida[77] elaboraron una adaptación[78] de una de las licencias que fue la base del nuevo borrador de discusión.

Tras unos meses de debate[79], el proceso finalizó el día 1 de octubre de 2004 (LABASTIDA, 2008: 34), fecha en que se publicaron los textos de las licencias en la Web oficial de *Creative Commons España* y a partir de la cual cualquier autor podía elegir la jurisdicción española al utilizar alguna

---

[75] El Programa de mejora e innovación docente de la Universitat de Barcelona depende del Vicerrectorado de Política Docente y Científica y tiene como objetivo prioritario la docencia de calidad, impulsando la innovación docente y estimulando el intercambio de experiencias docentes <http://www.bib.ub.edu/suport-docencia/activitats/pmid/>

[76] Enlace al portal OpenCourseWare del MIT <http://ocw.mit.edu/index.htm>

[77] Web del Bufet Almeida <http://www.bufetalmeida.com/>

[78] LABASTIDA informa, en fecha 1 de junio de 2004, de la transposición de las licencias CC llevadas a cabo por MAESTRE <http://lists.ibiblio.org/pipermail/cc-es/2004-June/000032.html>

[79] En el proceso de adaptación y traducción de las licencias CC a la legislación española intervinieron profesionales procedentes de diversos sectores, no sólo del derecho, sino también, por ejemplo, del periodismo y diversas profesiones artísticas, así como personas vinculadas al movimiento *copyleft*. Esta pluralidad de puntos de vista contribuye a que la labor hermenéutica de este trabajo sea más rico y completo.

de las licencias desde la página Web de la organización, en lo que sería la versión 2.0 de las licencias.

Atendiendo a las conversaciones mantenidas en la lista de discusión de *Creative Commons España*, ya plantean sus intervinientes los primeros puntos problemáticos ante los cuales se iban encontrar. DE LA CUEVA[80] señala ya en un primer momento su preocupación por dos cuestiones concretas: la sumisión de las licencias a los tribunales españoles y la aplicabilidad de la ley personal del titular del derecho.

Además, se debía tener en cuenta otro problema añadido, cual era que mientras se llevaba a cabo el proceso de traducción y adaptación de las licencias a nuestra legislación, apareció una nueva versión de las licencias[81], que incluía ciertas modificaciones que debían ser tomadas en consideración.

Los textos iniciales de las licencias han ido sufriendo diversas modificaciones, exteriorizadas en las distintas versiones que las mismas han ido adoptando: por ejemplo, a mediados de 2005 (LABASTIDA, 2008: 35) *Creative Commons* introdujo unos pequeños cambios –correspondientes a la versión 2.5–para que el reconocimiento de una obra fuese extensible no sólo al autor, si no también a aquellas personas o instituciones que el licenciador indicara.

Finalmente, hacia finales de 2008 se adoptaron en España la versión 3.0 de las licencias CC[82], que introducía algunas modificaciones relevantes: se creó una licencia genérica sobre la que podrían trabajar los capítulos de *Creative Commons* en cada país –la denominada *unported license*, basada en la terminología de la Convención de Berna–, de forma que la licencia estadounidense dejaba de tener ese carácter genérico; se aclaraban aspectos relativos a los derechos morales de los autores y las entidades de gestión; y se introduce una estructura de compatibilidad de la licencia CC by-sa con otras licencias libres[83]

Para finalizar esta breve introducción acerca de la llegada de *Creative Commons* a nuestro país no podemos obviar la peculiaridad que tienen las licencias en España, al haber sido traducidas al catalán, al euskera y al gallego, habiendo así sentado un precedente que han seguido países como Canadá o Bélgica que a día de hoy también cuentan con versiones bilingües de estas herramientas.

---

[80] Mensaje de DE LA CUEVA a la lista de discusión de *Creative Commons España* de fecha 25 de febrero de 2004 <http://lists.ibiblio.org/pipermail/cc-es/2004-February/000001.html>

[81] Mensaje de LABASTIDA a la lista de discusión de *Creative Commons España* de fecha 27 de mayo de 2004, anunciando la publicación de la versión 2.1 de las licencias <http://lists.ibiblio.org/pipermail/cc-es/2004-May/000025.html>

[82] Información extraída de la Web de *Creative Commons España* <http://es.creativecommons.org/index.php/2008/11/18/licencias-30-2/>

[83] Información detallada en la Web de *Creative Commons* <http://creativecommons.org/weblog/entry/7249 y <http://wiki.creativecommons.org/Version_3> y en la lista de discusión de *Creative Commons España* <http://lists.ibiblio.org/pipermail/cc-es/2007-February/001945.html>

2-. Sujeto y objeto de las licencias CC en España

En el presente capítulo trataremos de analizar los aspectos subjetivos y materiales de las licencias CC a la luz de la legislación española sobre derechos de autor. Vamos a hacer referencia, por tanto, a las cuestiones relativas a la autoría -¿quién puede ser autor según el redactado de las licencias CC y, por tanto, quién puede otorgarlas?– y a la obra –¿cuál es el objeto sobre el que se otorga la licencia?–, para determinar cuáles son los derechos de titularidad del autor que pueden ser autorizados para su uso por parte de los usuarios.

2.1- Autor y obra

El primer punto a tener en cuenta en la transposición de las licencias CC a la legislación española es que éstas pueden ser utilizadas por los autores con respecto a sus obras (XALABARDER, 2006: 8) –la cláusula 1.d.i) de las licencias hace referencia a "*la persona natural o grupo de personas que creó la obra*– entendido en el sentido previsto en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia –en adelante, LPI–, cuyo artículo 5.1 dispone que "*Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria artística o científica*"; lo que se debe poner en consonancia, también, con lo previsto en el artículo 1 LPI, según el cual "*La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación"*, sin necesidad de ningún requisito de capacidad de aquél ni ningún requisito formal –como podría ser la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual– (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO [2]., 2009: 26).

Al no resultar necesario ningún requisito formal, nuestro derecho adopta la doctrina de la *"apariencia del ejercicio del derecho"* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO [2], 2009: 27), para presumir *iuris tantum* la autoría. En este sentido, señala el artículo 6.1 LPI que "*Se presumirá autor, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique*" –concordando con lo previsto en el artículo 15.1 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, de 9 de septiembre de 1886, según el cual, cuando hace referencia a la consideración de la condición de autor ante los tribunales, "*bastará con que su nombre aparezca estampado en la obra en la forma usual*".

Otra problemática a la que se tuvo que enfrentar MAESTRE a la hora de adaptar las licencias CC a nuestra legislación fue la incorporación de categorías de obras propias de nuestro sistema –supuestos de hecho que la legislación estadounidense no contempla– con el fin de lograr una la máxima corrección de las licencias y la cobertura exhaustiva de todos los supuestos posibles (DE LA CUEVA: 2005): nos estamos refiriendo a las obras en colaboración, colectivas, derivadas y compuestas e independientes, así como a una específica mención a las bases de datos (artículos 7 ss LPI).

Las obras en colaboración del artículo 7 LPI –que señala que *"Los derechos sobre una obra que sea resultado unitario de varios autores corresponden a todos ellos"*– quedarían cubiertas por la claúsula 1.d.i) que, como hemos visto, hace referencia literalmente a *"la persona natural o grupo de personas que creó la obra"*.

En cuanto a las obras colectivas –aquellas, según el artículo 8 LPI, creadas *"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"*– la cláusula 1.d.ii) de las licencias CC en España consideran que el titular originario es *"la persona que la edite y divulgue salvo pacto en contrario"*, haciéndose eco, de esta forma, de la previsión contenida en el segundo párrafo del propio artículo 8 LPI.

Por otra parte, observamos que la cláusula 1.e) de las licencias CC hacen expresa referencia a las *"obras derivadas"* –reguladas en el artículo 11 LPI–, pero no mencionan las *"obras compuestas"* –previstas en el artículo 9 LPI–, siguiendo a la doctrina mayoritaria, que otorga un trato conjunto a ambos conceptos (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: 2009 [2]: 64). De la literalidad de la mencionada

cláusula podemos subsumir que las licencias consideran este tipo de obras desde un punto de vista objetivo y no subjetivo – en la LPI, la regulación de las obras compuestas e independientes la encontramos en el Capítulo I del Título II, dedicado a los sujetos, mientras que las obras derivadas las tenemos en el Capítulo II del Título II, bajo la rúbrica "Objeto"–.

Según la cláusula 1.e) de las licencias –siguiendo la literalidad del artículo 11 LPI–, *"se considerarán obras derivadas aquellas obras creadas a partir de la licenciada, como por ejemplo: las traducciones y adaptaciones; las revisiones, actualizaciones y anotaciones; los compendios, resúmenes y extractos; los arreglos musicales y, en general, cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica"*. Sin embargo, el ejemplo que utiliza esta misma cláusula –*"[...] si la obra consiste en una composición musical o grabación de sonidos, la sincronización temporal de la obra con una imagen en movimiento (synching) será considerada como una obra derivada a los efectos de esa licencia"*– es más propio del concepto de las obras compuestas previsto en el artículo 9 LPI, según el cual *"Se considerará obra compuesta la obra nueva que incorpore una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última [...]"*.

Finalmente, también hacen referencia las licencias, en su cláusula 1.f), a las colecciones, definidas como *"recopilación de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes como las antologías y las bases de datos que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales"*, recogiendo así lo previsto en el artículo 12 LPI.

2.2-. Prestaciones y titulares de derechos conexos

La versión 3.0 de las licencias –a diferencia de las anteriores– ha incorporado el concepto de "prestación", definido como *"cualquier interpretación, ejecución, fonograma, grabación audiovisual, emisión o transmisión, mera fotografía u otros objetos protegidos por la legislación de propiedad intelectual vigente aplicable"*, con lo que, además de los autores en el sentido previsto en los artículos 1 y 5.1 LPI, se incluye la posibilidad de que los titulares originarios de las obras sean también aquellos sujetos que disponen de los denominados derechos conexos o afines, como son los artistas intérpretes y ejecutantes, los productores de fonogramas, los productores de grabaciones audiovisuales, las entidades de radiodifusión y las personas que realicen meras fotografías.

A raíz de esta modificación los titulares de derechos conexos disponen de la posibilidad de licenciar una obra bajo CC, en los siguientes supuestos:

- En el caso de los artistas interpretes o ejecutantes, la cláusula 1.d.iii) incluye al *"actor, cantante, músico, o cualquier otra persona que represente, cante, lea, interprete o ejecute en cualquier forma una obra"* siempre que se trate de *"una interpretación o ejecución"*. Esta redacción es, sin duda, reflejo de lo previsto en el artículo 105 LPI que, a su vez, sigue la pauta indicada por la normativa europea según la cual se crea un paralelismo entro los derechos de los autores y los de los artistas interpretes y ejecutantes (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: 2009 [2], 211) –concretamente, en el artículo 3 de la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre–.

  Según BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2009 [2], 212), bajo el concepto de artistas interpretes y ejecutantes encontraría cobijo cualquier persona que realice alguna de las actividades indicadas en el artículo 105 LPI –esto es, interpretar o ejecutar en cualquier forma una obra–.

- Continúan los términos de las licencias CC haciendo referencia, en su cláusula 1.d.iv) a los productores fonográficos, definiéndolos de la misma manera que el artículo 114 LPI: *"la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez una fijación exclusivamente sonora de la ejecución de la obra o de otros sonidos"*.

Por su parte, la cláusula 1.d.v) de las licencias CC hablan del productor de grabaciones audiovisuales que –en el sentido de lo previsto en el artículo 120 LPI– es *"la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de las fijaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido"*.

De la atribución que la LPI hace al productor del derecho de propiedad sobre su fonograma o su grabación audiovisual se deriva su legitimación para autorizar o prohibir los distintos actos de explotación de los que aquél es susceptible (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2009, [2]: 223) a

- La cláusula 1.d.vi) dice que *"En el caso de una emisión o una transmisión, la entidad de radiodifusión"* será el titular originario de la licencia CC. En este caso, los términos de la licencia, igual que hace la LPI en su artículo 126, no propone una definición ni de las entidades de radiodifusión ni del concepto de emisión o transmisión.

  En cuanto al concepto de "entidades de radiodifusión", BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2009: 234) las define como *"entidades u organismos que han obtenido una licencia o concesión administrativa para emitir o radiodifundir imágenes y/o sonidos dentro de un determinado territorio"*. Puntualiza el autor que, desde el punto de vista del derecho de autor, debemos considerar estas entidades desde una perspectiva lo más amplia posible que incluya, además, a aquellas que establezcan *"una organización técnica con vistas a la emisión o transmisión de imágenes y/o sonidos con destino al público"*.

  Para encontrar una interpretación del concepto de emisión o transmisión hemos de acudir a la doctrina, que considera (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: 2009 [2], 233) que, en estos casos, el objeto de protección no es el contenido de lo emitido o transmitido sino el "continente", entendido como la emisión o transmisión en sí; lo cual debe ponerse en relación también con lo previsto en el artículo 20.2.c) LPI –la emisión *"comprende la producción de señales portadores de programas hacia un satélite, cuando la recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de entidad distinta de la de origen"*– y en el artículo 20.2.e) –la transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono–.

  Hemos de considerar que la protección jurídica reconocida a las entidades de radiodifusión es aplicable también al ámbito de Internet (ÍBIDEM), por lo que también se extiende esa protección a conceptos utilizados en el mismo, como son el *webcasting* –transmisión de imágenes y/o sonidos en tiempo real– o el *simulcasting* –imágenes y/o sonidos transmitidos simultáneamente–.

- También hacen referencia las cláusulas de las licencias CC a las meras fotografías –concretamente, la cláusula 1.d.vii)–, atribuyéndole la cualidad de titular originario a *"aquella persona que la haya realizado"* y, atendiendo a lo previsto en el artículo 128 LPI, atribuyéndole a esa persona las facultades de *"autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública"*.

Finalmente, la cláusula 1.d de las licencias incorpora una cláusula genérica según la cual se considerará también titular originario a la persona que la ley señale cuando se trate de *"otros objetos protegidos por la legislación de propiedad intelectual vigente"*.

3-. Contenido de las licencias

A continuación detallaremos cómo las licencias CC operan desde el punto de vista de los derechos de los autores y de los derechos conexos que pueden verse afectados; en este sentido, podemos apuntar que no operan de la misma manera sobre los derechos morales y sobre los patrimoniales.

En cuanto a los derechos morales de reconocimiento, divulgación e integridad, apenas aparecen mencionados en el texto de las licencias, al tratarse estos derechos, según el artículo 14 LPI, de derechos irrenunciables e inalienables. A diferencia de ello, es en los derechos patrimoniales –reproducción, distribución, comunicación pública y transformación– donde las licencias CC ofrecen la flexibilidad que las caracteriza a los autores y titulares de derechos conexos, ya que es sobre estos derechos sobre los que realmente opera –y se manifiesta expresamente– la voluntad del autor, permitiendo los usos que consideren convenientes y que se encuentran previstos en la Ley.

3.1-. Derechos morales

En cuanto a los derechos morales que corresponden al autor –aquellos que la LPI define en su artículo 14 con carácter irrenunciable e inalienable– las licencias CC únicamente hacen referencia únicamente a la obligación de quien usa la obra de citar el nombre del autor (DE LA CUEVA, 2005), bajo el epígrafe 4 que lleva el título *"Restricciones"*; concretamente, su apartado b.i) señala que se debe indicar *"El nombre del autor original, o el seudónimo si es el caso, así como el del titular originario, si le es facilitado."* De esta forma, se hace expreso el reconocimiento del derecho de paternidad previsto en el artículo 14.3º LPI: el autor tiene ante todo derecho a que se le reconozca la autoría de la obra fruto de su ingenio (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2009 [2]: 107).

Respecto del resto de derechos morales –integridad [impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación] y divulgación [decidir si la obra a de ser divulgada y en qué forma]–.

Al guardar silencio las licencias sobre estos otros derechos morales y aplicarse directamente la LPI queda garantizada la adecuación de las licencias CC a la legislación vigente (ÍBIDEM).

No obstante, podemos hacer ciertas precisiones con relación a estos derechos:

- En cuanto al derecho de divulgación –artículo 14.1º LPI–, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2009 [2]: 106) lo define como *"toda expresión de la obra que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma."* Derecho que puede ser entendido, *a contrario sensu*, como el derecho de inédito, esto es, *"el derecho del autor a no hacer la obra accesible al público"* (ÍBIDEM).

  Otro de los aspectos que implica el derecho de divulgación es que el autor también tiene poder decisorio sobre la forma en la que la obra se va a hacer accesible al público, lo cual tiene relevancia no sólo desde un punto de vista jurídico o técnico sino también moral –pensemos, como señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2009 [2]: 107) en aquellos casos en que el autor prohíbe que su obra se explote de determinada forma, por considerar que con esa forma de explotación se va a dar una imagen distorsionada de su obra[84]–.

  Es por ello que tiene lógica que las cláusulas de las licencias CC no se refieran a este derecho, pues cuando el autor decide publicar su obra y sujetarla a una licencia u otra –o a ninguna–, ya está ejerciendo su derecho moral –irrenunciable e inalienable– de divulgación –suponiendo que la obra no haya sido previamente divulgada[85]– (XALABARDER, 2006: 8).

[84] En este caso, además, entraríamos en una vulneración del derecho a la integridad de la obra, no ya del derecho de divulgación.

[85] A pesar de que para la mayoría de autores la divulgación de una obra se produce una única vez –la primera–, agotándose entonces el derecho de divulgación, no podemos obviar que una parte de la doctrina considera que cabe hablar de tantas divulgaciones como formas o modalides diferentes de explotación existen, lo que supone que

Con relación al derecho de divulgación desde la perspectiva de las licencias CC, comenta XALABARDER (ÍBIDEM) una serie de problemas que podrían suscitarse a través de su utilización –se trata problemas relativos a la apariencia de legalidad que proporcionan las licencias CC de que ha sido el autor el que ha puesto la obra a disposición del público pero no tenemos la total seguridad de que haya sido así–. Si bien es cierto que podemos encontrarnos ante esta problemática, tampoco es menos cierto que no se trata de una dificultad exclusiva de las licencias CC, ya que como hemos señalado anteriormente, nuestro derecho ha adoptado la doctrina de la *"apariencia del ejercicio del derecho"* para presumir *iuris tantum* la autoría. Sin embargo, también encontramos en la Red –como veremos más adelante– herramientas que permitirían mitigar los posibles daños ocasionados por este tipo de infracciones[86].

- El derecho moral de integridad –artículo 14.4º LPI– queda también protegido aunque no aparezca en las cláusulas de las licencias CC (XALABARDER, 2006: 8). Si partimos de la base de que las licencias CC ni sustituyen ni reducen los derechos que la LPI confiere a los autores, éstos podrían demandar a cualquier usuario que hubiese modificado o mutilado su obra causándole un perjuicio a su reputación o a sus intereses.

  En cuanto al concepto de integridad, la interpretación que de él ha realizado la jurisprudencia ha evolucionado, desde las primeras sentencias del Tribunal Supremo, en las que se entendía que cualquier daño o desperfecto de la obra implicaba un atentado al derecho a la integridad de la misma, hasta las más recientes, que han tomado en cuenta el alcance de las alteraciones introducidas en la obra, la necesidad de dichas alteraciones para proceder a su explotación, o la ubicación de la obra y la incidencia sobre ella de agentes climatológicos (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2009 [2]: 111).

  Muchos licenciadores excluyen la transformación de la obra licenciada a través de la condición *nd* –sin obra derivada–; ello no quiere decir que una obra licenciada bajo CC que no disponga esta condición autorice la mutilación de la obra, pero sí que hará más difícil la distinción entre lo que es una obra derivada de una infracción del derecho moral de integridad (XALABARDER, 2006: 8).

- Sobre el resto de derechos morales inherentes al autor, resultan difícilmente aplicables a Internet (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2009 [2]: 115), ya sea por su propia naturaleza –como es el caso del derecho de acceso al ejemplar único o raro cuando la obra se encuentre en poder de otro del artículo 14.7º LPI– o bien por las dificultades prácticas para su aplicación –el caso de los derechos de modificación de la obra del artículo 14.5º LPI y de retirada o arrepentimiento del artículo 14.6º LPI–.

3.2-. Derechos patrimoniales

El artículo 17 LPI establece que "*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*" –en similares términos se expresa la cláusula 1.m) de las licencias CC–, de lo que se desprende una manifestación de ese derecho de explotación en cuatro tipos (XALABARDER, 2006: 8):

a) Reproducción –cláusula 1.j) de las licencias CC, que refleja lo previsto en el artículo 18 LPI–: "*fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o la prestación o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias.*"

---

el derecho de divulgación se agota para cada modalidad de explotación. Esta seguna interpretación conlleva problemas de interpretación de algunos preceptos de la LPI –aquellos, como los artículos 2 y 27.1, que vinculan el *dies a quo* del plazo de protección a la divulgación lícita de la obra– (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2009 [2]: 107).

[86] Nos estamos refiriendo, concretamente, al Registro de Propiedad Intelectual Safe Creative <http://www.safecreative.org/>

b) Distribución –cláusula 1.k), que refleja lo previsto en el artículo 19 LPI–: "*la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra o la prestación, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.*"

c) Comunicación pública –cláusula 1.l), que refleja lo señalado en el artículo 20 LPI –: "*todo acto por el cual una pluralidad de personas, que no pertenezcan al ámbito doméstico de quien la lleva a cabo, pueda tener acceso a la obra o la prestación sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.*"

d) Transformación –cláusula 1.i) de las licencias CC, que refleja lo previsto en el artículo 21 LPI–: "*La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.*"

Es precisamente sobre estas cuatro vertientes de los derechos de explotación sobre las que se manifiestan las principales diferencias entre el *copyright* tradicional y la alternativa propuesta por las licencias CC: con respecto a estos cuatro derechos, el sistema de *copyright* suele establecer interdicciones, mientras que las licencias CC establecen permisos sobre ellas (DE LA CUEVA, 2005). "*Las licencias CC, salvo en la medida en que el autor excluya los usos comerciales y/o la transformación de la obra, los autoriza todos*" (XALABARDER, 2006: 8 ss.), resultando esta regulación de permisos –clara y transparente para el tercero– perfectamente compatible con la LPI por consistir su ejercicio en un derecho soberano que todo autor tiene sobre su obra (DE LA CUEVA, 2005).

Llegados a este punto, podemos afirmar que para las obras licenciadas bajo CC se aplicará directamente la LPI: la diferencia que encontramos con las obras sometidas al *copyright* tradicional es que las licencias CC permiten determinados usos sobre las obras previstos en el texto legal. Y en sentido contrario, como señala XALABARDER (2006: 10), también se aplicará directamente la ley en el sentido de que *"las licencias CC no afectan –ni alteran– los usos permitidos bajo las excepciones o limitaciones que –por su interés público– la ley excluye del monopolio del autor"* –por ejemplo, el derecho de cita o la parodia–.

El mismo hecho de que la validez de las licencias CC proceda directamente de la Ley hace que generen la seguridad jurídica necesaria en el acto celebrado para ambas partes, autores y usuarios, pues si los primeros pueden ejercer los derechos que la legislación les concede de la forma más sencilla posible, los segundos pueden conocer con exactitud qué usos son los que el autor ha autorizado y, por lo tanto, pueden llevar a cabo sin necesidad de solicitar un permiso previo –o, por el contrario, que derechos se ha reservado el autor y en qué casos deberá negociar con el autor determinados usos–.

4-. Naturaleza jurídica de las licencias en España

Cuando nos acercamos al análisis de la naturaleza jurídica de las licencias CC quizás hemos de adoptar como punto de partida si podemos subsumirlas dentro de la figura de los contratos, como actos bilaterales y sinalagmáticos, o en la figura de los actos unilaterales, como simples renuncias o donaciones de derechos.

Con el fin de analizar esta cuestión, resulta interesante la aproximación que sobre ella realiza DAVID MAEZTU (2006) en su artículo "*Creative Commons*: licencias o contratos", quien, basándose en el juego de los artículos 1254 –*"El contrato existe desde que una o varias personas prestan su consentimiento para obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio"*– y 1261 del Código Civil –*"No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes; 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato; 3.º Causa de la obligación que se establezca"*– considera que podemos considerar las licencias CC como contratos, puesto que:

a) *"Existe una causa en la obligación establecida, la propia voluntad de una de las partes en obligarse frente a terceros"* (*ÍBIDEM*). A través de las licencias CC, el licenciador se obliga a autorizar determinados usos sobre su creación y sobre los que la LPI concede el derecho en exclusiva al autor –o, en su caso, al titular de los derechos conexos–. Nos encontramos, por tanto, ante una causa consistente en la voluntad de una de las partes que, antes que renunciar a los derechos que la norma otorga a su titular, los ejercita en un determinado sentido (*ÍBIDEM*).

b) El objeto cierto que es materia del contrato es, sin duda, *"la obra sobre la que recaen las condiciones establecidas en la licencia"* (*ÍBIDEM*).

c) En cuanto al consentimiento, entra en juego el redactado de las licencias CC, cuya cláusula 8.e) indica que *"Esta licencia constituye el acuerdo pleno entre las partes con respecto a la obra o la prestación objeto de la licencia"*[87]: cuando el titular originario de la obra –siguiendo la terminología de las licencias CC– publica una obra bajo una licencia CC está llevando a cabo un acto de consentimiento sobre los usos que los receptores de la obra puedan realizar, de acuerdo con las condiciones determinadas en la licencia; desde el punto de vista del usuario, cuando este accede a la obra y no sólo se limita a hacer el uso normal de ella –esto es, leerla, escucharla, etc.– sino que además hace uso de alguno de los derechos de explotación autorizados se puede entender que se produce un consentimiento expreso de las condiciones previstas en la licencia[88].

Por su parte, SÁNCHEZ ALMEIDA[89] defendía que las licencias CC se constituyen como acto jurídico unilateral –no como contrato– a través del que el autor lleva a cabo, de forma pública, una renuncia específica, y para una serie de supuestos, de los derechos de autor que la ley le reconoce.

En este sentido, debemos acudir sin embargo a las manifestaciones de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2009: 1275), según quien *"existe un acuerdo doctrinal mayoritario en negar que la voluntad unilateral manifestada inter vivos pueda configurarse como fuente de obligaciones. Una declaración unilateral de voluntad puede revestir a lo sumo valor de oferta contractual, que compromete a quien la emite a deberes de cierto alcance, pero que no genera por sí sola un vínculo obligacional propiamente dicho. Sin embargo, el mismo acuerdo doctrinal se produce cuando se trata de admitir que, para un cierto número de casos, sí es posible reconocer a la voluntad unilateral un valor autónomo como fuente de obligaciones. Ahora bien, cuáles sean esos casos, y cuál la razón de que en ellos la voluntad unilateral tenga virtualidad creadora de obligaciones, es cuestión no tan pacífica."* En la jurisprudencia analizada por el autor –jurisprudencia que en esta materia *"ha sido más bien errática y poco concluyente"*– se observa que, por una parte, algunas sentencias se han inclinado a favor de admitir la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, pero sus pronunciamientos al respecto tienen un valor más bien

[87] Esta cláusula se podría considerar como un acuerdo de voluntades entre el licenciador y el licenciatario.
[88] En el mismo sentido, SÁNCHEZ ARISTI (2007: 441) señala que el "*comportamiento es interpretado como aceptación del contrato, siendo así que él* [el licenciatario] *habrá sido oportunamente informado de este hecho."*
[89] Mensaje de SÁNCHEZ ALMEIDA enviado a la lista de discusión de *Creative Commons España* el 17 de octubre de 2004 <http://lists.ibiblio.org/pipermail/cc-es/2004-October/000247.html>

abstracto, ya que o bien se acaba resolviendo sobre la base de la presencia de un intercambio de voluntades, o bien se termina denegando la existencia de obligación alguna; mientras que, por otra parte, las resoluciones que han negado valor a la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, sí que han sacado de esa afirmación consecuencias para el fallo.

Por su parte, SÁNCHEZ ARISTI (2007) viene a señalar otros aspectos con una relevante implicación a la hora de analizar la naturaleza de las licencias CC desde un punto de visto jurídico. Partiendo de la base de que el licenciador, a través de estas licencias, está emitiendo *"una oferta de contrato al público* [...] *mediante un clausulado-tipo, a aplicar con cualquiera que reciba la oferta, sin negociación entre ambas partes, sino por mera adhesión al clausulado, no puede evitar que dicha oferta y en definitiva el contrato que surja de la misma, queden sometidos a"* las normas generales sobre obligaciones y contratos del Código Civil; a la normativa prevista en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación –en adelante LCGC–; a las normas sobre contratación por vía electrónica de los artículos 23 a 29 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico –en adelante, LSSI–; y a las normas sobre transmisión *inter vivos* de derechos de autor de los artículos 43 a 57 LPI.

- En cuanto a las Condiciones Generales de Contratación, *"si admitimos* –dice SÁNCHEZ ARISTI (*ÍBIDEM*)– *que el autor/licenciante encaja en la definición de profesional predisponerte de CGC en el sentido del artículo 2.2 LCGC*[90]*, naturalmente no por su actividad creadora, sino por la posterior actividad de comercialización –en masa– de sus obras, y que al mismo tiempo el clausulado de las licencias CC en su versión extensa responde a la definición de CGC en el sentido del artículo 1.1 de dicha ley*[91]*"* deberán tenerse en cuenta las particularidades de este tipo de contratación, según las cuales es el predisponerte quien establece las cláusulas del contrato, limitándose el adherente a aceptar o no (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2009: 1493). En estos casos, *"el aceptante deberá haber sido informado expresamente y habérsele facilitado un ejemplar de las mismas* [las cláusulas]*; se exige al menos la posibilidad efectiva de conocimiento de las mismas, que deben haber sido redactadas de forma transparente, clara, concreta y sencilla; y en caso de contratación telefónica o electrónica, se enviará justificación escrita de la contratación efectuada, donde consten los términos de la misma"* (*ÍBIDEM*)[92].

  Posteriormente, el artículo 27.4 LSSI estableció que "*en la contratación electrónica con condiciones generales, el prestador del servicio, previamente al inicio del procedimiento de contratación, deberá poner a disposición del destinatario las CGC a que en su caso deba sujetarse el contrato"* (SÁNCHEZ ARISTI, 2007); cuestiones, todas ellas, cubiertas por el hecho de que las licencias CC incorporan el texto completo de las mismas, facilitando su consulta a cualquier usuario.

- Si dejamos de lado la posibilidad anteriormente apuntada de considerar al autor como "profesional predisponerte" en el sentido de la LCGC y atendemos a aquellos casos en que el medio en el que se desarrolla la actividad es el entorno electrónico, deberemos plantearnos la intervención de las normas de la LSSI relativas a los contratos electrónicos (SÁNCHEZ ARISTI, 2007); desde esta perspectiva, el autor que licencia en la red sus derechos de explotación mediante una licencia CC está contratando un bien –el derecho de explotación en cuestión– a distancia, empleando medios electrónicos y a petición

---

[90] Según este artículo *"se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada."*

[91] *"Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos."*

[92] La Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, publicada por el Ministerio de Justicia en enero de 2009, hace referencia a que *S"on condiciones generales las cláusulas preparadas por una de las partes para su uso general y repetido en los contratos y, de hecho, utilizadas en ellos sin haber sido negociadas individualmente"* y a que el predisponente debe adoptar *"las medidas adecuadas para facilitar al adherente el pleno conocimiento de la identidad y contenido de las que estén destinadas a incorporarse al contrato."*

individual del destinatario –entendiendo por tal petición el ejercicio *de facto* de los usos autorizados– (*ÍBIDEM*).

A pesar de que la LSSI entiende por *"contrato electrónico"* aquel *"en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones"*, SÁNCHEZ ARISTI señala que la aceptación del contrato puede consistir *"en actos de ejecución del contrato en cuestión, tales como el ejercicio, mediante explotaciones online de los derechos de propiedad intelectual ofrecidos por el autor y prestador del servicio –facta concludentia, pero desarrollados en el propio entorno electrónico–";* ello entra en juego con lo previsto en el artículo 23.1 LSSI según el cual *"los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez"* y con el artículo 1262 del Código Civil que, tras la reforma operada por la Disposición Adicional 4ª de la propia LSSI, establece que *"en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación"* sin que ello impida que esa aceptación se manifieste por actos concluyentes electrónicamente efectuados.

- Finalmente, y en relación con las normas sobre transmisión de derechos de propiedad intelectual y las normas generales del Código Civil sobre obligaciones y contratos, podemos realizar –al margen de las precisiones efectuadas anteriormente– las siguientes apreciaciones:

  - En primer lugar, habría que señalar que la versión 3.0 de las licencias, ha modificado –haciéndose eco del tenor literal del artículo 43.5 LPI– la cláusula a los medios y formatos sobre los que se hace efectiva la concesión de la licencia: la versión actual, en su cláusula 3ª, establece que los *"derechos se pueden ejercitar en todos los medios y formatos, tangibles o intangibles, conocidos en el momento de la concesión de esta licencia"*, si bien reserva *"el derecho a efectuar las modificaciones que sean precisas técnicamente para el ejercicio de los derechos en otros medios y formatos."*

    Las versiones anteriores de las licencias CC en España, por influencia del derecho estadounidense del cual procedían, hablaban de *"medios y formatos, tangibles o intangibles, conocidos o por conocer"*, lo que contravenía lo dispuesto en el artículo citado; esta situación se regularizado en el caso de España, como apuntábamos, con la aparición de la versión 3.0 de las licencias, creada a partir de la *unported license* basada en la Convención de Berna. Por el contrario, en jurisdicciones como la estadounidense –y, por tanto, en todos aquellos países no intervinientes de la Convención de Berna y que mantienen la licencia estadounidense como genérica– siguen hablando no solo de los medios conocidos sino también de medios creados en el futuro[93].

  - Otra cuestión problemática que también apunta brevemente SÁNCHEZ ARISTI es la relativa a la utilización de medidas tecnológicas de protección sobre las obras licenciadas con CC.

    El artículo 160 LPI *"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 de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual."* El texto de las licencias CC establece que *"Usted no puede reproducir, distribuir o comunicar públicamente la obra o prestación con medidas tecnológicas que controlen el acceso o el uso de una manera contraria a los términos de esta licencia"*; a pesar de que el citado artículo pone en manos de los titulares de derechos de propiedad intelectual el ejercicio de las acciones previstas legalmente contra quienes eludan este tipo de

[93] Por ejemplo, la clàusula 3ª de las licencias estadounidenses, dicen literalmente: *"The above rights may be exercised in all media and formats whether now known or hereafter devised."*

medidas, a través de las licencias CC evita que los usuarios posteriores de la obra original hagan uso de los derechos de explotación autorizados incorporando medidas que dificulten el acceso a esa obra[94].

Parece pues que el titular originario de la obra, de conformidad con lo previsto en el artículo 160 LPI, podría hacer servir las medidas tecnológicas de protección que considerase necesarias –cosa que, por otra parte, solo adquiría pleno sentido en el caso de obras que incorporasen la cláusula *Share Alike*, por cuanto con ella estaríamos obligando a que las posteriores comunicaciones de la obra se realizaran en los mismos términos que acompañaban a la obra original y, por tanto, se podría adoptar alguna medida para asegurar esa condición–, pero no podrían incorporar ese tipo de medidas los licenciatarios posteriores si esas medidas suponen una restricción en el acceso o en los usos de la obra contraria a los términos de la licencia.

- También se hace necesario mencionar la cuestión relativa a la exoneración y limitación de responsabilidad.

  La genérica exoneración de responsabilidad[95] que incorpora la cláusula 5 de las licencias podría suponer, en palabras de SÁNCHEZ ARISTI (2007), el *"riesgo de explotar una obra que puede ser perfectamente plagiaria o no provenir de la autoría del licenciante, o cuyos derechos ya han sido cedidos en exclusiva a otro sujeto"*, problemas que, como hemos apuntado anteriormente, no son exclusivos de las obras licenciadas bajo CC. Sí que puede ser una problemática propia derivada del sistema de licencias CC aquellos casos en que alguien publica la obra de un autor bajo licencia sin su consentimiento y esa obra es posteriormente utilizada de buena fe por muchos otros usuarios –obviamente, sin consentimiento–: en este caso el autor de la obra publicada ilícitamente con una licencia CC deberá luchar no sólo contra el infractor inicial, sino también contra los subsiguientes infractores de buena fe –que han hecho uso de la obra pensando que llevaban a cabo un acto autorizado por el titular orginal– (XALBARDER, 2006: 8).

  En cualquier caso se debería *"contrarrestar la presunción posesoria del artículo 6.1 LPI, que juega a favor de quien aparece en la obra como autor bajo su nombre, firma o signo que lo identifique."*

- Finalmente, debemos hacer referencia a las cuestiones relativas a la finalización de las licencias –previstas en la cláusula 7 de su redactado–: las licencias CC se establecen a perpetuidad, extendiéndose por todo el plazo de protección de los derechos de propiedad intelectual según la ley aplicable[96].

  En relación con ello hemos de añadir también que las licencias CC tienen carácter irrevocable: según la cláusula citada, *"el licenciador se reserva el derecho a divulgar o publicar la obra o la prestación en condiciones distintas a las presentes, o de retirar la obra o la prestación en cualquier momento."* Sin embargo, *"ello no supondrá dar por concluida esta licencia* [...]*, que continuará vigente y con efectos completos a no ser que haya finalizado conforme a lo establecido anteriormente, sin perjuicio del derecho moral de arrepentimiento en los términos reconocidos por la ley de propiedad intelectual aplicable."* De todo ello se deduce que *"una vez otorgada la*

---

[94] Lo cual también se explica porque si se llevasen a cabo esas trabas tecnológicas se estaría impidiendo otros actos autorizados –más allá de los expresamente previstos por la licencia– como son el derecho de cita y la parodia (XALABARDER, 2006: 10).

[95] El redactado de las licencias CC señala que *"a menos que se acuerde mutuamente entre las partes, el licenciador ofrece la obra o la prestación tal cual (on an "as-is" basis) y no confiere ninguna garantía de cualquier tipo respecto de la obra o la prestación o de la presencia o ausencia de errores que puedan o no ser descubiertos. Algunas jurisdicciones no permiten la exclusión de tales garantías, por lo que tal exclusión puede no ser de aplicación a usted."*

[96] Por tanto, para determinar el período durante el cual permanecerá vigente la licencia hemos de acudir a la legislación en materia de propiedad intelectual de cada estado. Esto es, en el caso de España, durante la vida del autor y setenta años después de su muerte –artículo 26 LPI–.

licencia, el autor queda vinculado a ella para siempre –sólo se prevé la resolución en caso de incumplimiento por parte de un usuario, y la resolución solo será efectiva respecto de ese usuario–" (XALABARDER, 2006: 9).

Respecto de estas cuestiones SÁNCHEZ ARISTI (2007) reclama mayor claridad en cuanto a los motivos que pueden ocasionar el incumplimiento de los términos de la licencia, con el fin de evitar que *"algunos autores, quizás arrepentidos de haber puesto su obra bajo licencia CC, caigan en la tentación de aplicar un criterio muy sensible de detección de incumplimientos, movidos simplemente por el ánimo de recuperar los derechos cedidos –y ante la oportunidad de explotarlos bajo una licencia ordinaria, no gratuita–."* El autor plantea la posibilidad de, a fin de flexibilizar aún más el sistema, adaptar las licencias CC para que los autores que ponen su obra a disposición del público mediante estas licencias puedan *"girar hacia una explotación comercial de su obra pasado un primer período de explotación gratuita*[97]*."*

Para terminar esta exposición, podríamos dedicar un breve comentario a las más recientes licencias CC0[98], que permitirían al titular original de los derechos sobre la obra renunciar a todos esos derechos –referido tanto a los autores como a los titulares de derechos conexos–: esta figura, que gozaría de validez en el derecho anglosajón, no ha sido implementado por ninguno de los sistemas jurídicos continentales por cuanto estos sistemas no permiten a los autores renunciar a todos sus derechos –es el caso de los derechos morales, que según nuestra legislación son irrenunciables e inalienables–. Ello nos debería llevar a la determinación de que estas licencias no serían válidas de acuerdo con nuestra legislación, lo cual, por otra parte, podría generar cierta confusión cuando nos encontremos con obras licenciadas con CC0 en países en los que el autor puede renunciar a todos sus derechos que vayan a ser comunicadas en España: la legislación española prevé, como venimos apuntando, que los derechos morales son irrenunciables e inalienables. La problemática a la que nos referimos surgiría, por ejemplo, en el caso en que una obra haya sido licenciada por su autor según la legislación estadounidense con CC0 y, de conformidad con esta legislación, haya optado por no incorporar la información acerca de la autoría; en este caso resultaría prácticamente imposible al usuario español cumplir con la previsión legal de reconocimiento –entre otras–.

De las aportaciones de MAEZTU, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y SÁNCHEZ ARISTI podemos deducir que, si bien las licencias CC revisten apariencia contractual, tampoco se ajustan propiamente a la categoría de contrato como acto bilateral y sinalagmático, pudiendo llegar a considerarse incluso actos unilaterales; en tal caso deberíamos plantearnos si el autor queda obligado por ellos y si, de no ser así, como señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, el autor podría renunciar a ella.

---

[97] SÁNCHEZ ARISTI hace referencia a otra herramienta, como son las licencias ColorIuris <http://www.coloriuris.net/>, que ya prevén el sometimiento de la cesión a un plazo de duración variable en función de las preferencias de cada autor.

[98] Se puede disponer de información más detallada sobre la licencia CC0 en <http://wiki.creativecommons.org/CC0_FAQ#What_is_the_difference_between_CC0_and_the_Public_Domain_Mark_.28.22PDM.22.29.3F>

5-. El papel de las entidades de gestión

Otro de los aspectos relevantes al que hemos de referirnos cuando nos aproximamos al uso de las licencias CC en el ámbito de la música es el del papel que pueden jugar en la gestión de las obras licenciadas con estas licencias las entidades de gestión colectiva de derechos de autor. En esa relación que puede existir entre las obras licenciadas con CC y las entidades de gestión, podemos identificar, principalmente, dos puntos problemáticos: por una parte, la cuestión relativa a aquellos derechos que las entidades de gestión administran por imperativo legal; y por otra, la forma en la que la adhesión de los autores a las entidades de gestión puede verse afectada como consecuencia de la utilización de las licencias CC.

Encontramos reguladas las entidades de gestión colectiva de derechos de autor en los artículos 147 a 159 LPI, donde se definen como aquellas entidades que *"pretendan dedicarse, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual."*

Hemos de advertir sin embargo, como hace el *Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual* publicado por la Comisión Nacional de la Competencia –en adelante CNC– en Diciembre de 2009–punto 43–, que las funciones de las entidades de gestión se encuentran especificadas de modo bastante impreciso a lo largo del articulado de la LPI –artículos 20.4.b), 25.7, 90.7, 108.4, 109.3.2, 116.3, 122.3, etc.–, sin hacer referencia de un modo articulado y sistemático a cuáles son todas ellas.

En esencia[99], podríamos señalar que la finalidad de estas entidades es la gestión o administración de los derechos de propiedad intelectual de carácter patrimonial –prohibiendo taxativamente el artículo 151.2 LPI (BERCOVITZ RODRÍGUEZ -CANO, 2009: 254) dedicar su actividad fuera del ámbito de tales derechos– y, a pesar de que el artículo 147 señala que podrán actuar en nombre propio o ajeno, lo cierto es que la actuación *proprio nomine* resulta altamente improbable en la práctica, siendo la habitual la actuación *alieno nomine*. A ello hace referencia el Informe de la CNC, según el cual *"si la gestión es individual, cada uno de los titulares ejerce sus derechos de modo individual"* mientras que *"si la gestión es colectiva, una entidad de gestión colectiva de derechos representa a un conjunto de titulares y ejerce los derechos en su lugar"* –punto 32 –.

Como apuntábamos anteriormente, una de las problemáticas que surgen cuando tratamos de vincular las licencias CC con las entidades de gestión aparece en relación con aquellos derechos que, de conformidad con la LPI, deben ser gestionados de forma obligatoria por estas entidades: estos derechos de gestión colectiva obligatoria son, básicamente, los derechos de remuneración, pero también el derecho exclusivo de autorizar la retransmisión por cable del artículo 20.4.b) LPI y el derecho de compensación equitativa por copia privada del artículo 25 LPI.

Quizás el ejemplo más claro de esta problemática lo encontramos precisamente en el derecho de compensación equitativa por copia privada que, según el artículo 25.8 LPI, *"se hará efectiva a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual."*

En relación con el reparto de los derechos recaudados, *"las cantidades que las entidades recaudan deben ser repartidas a los titulares de los derechos"* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2009: 261), realizando una mera función de intermediación, recibiendo, cuando se autorizan actos de explotación de los derechos de propiedad intelectual por ellas gestionados la contraprestación por parte del usuario. A pesar de que los artículos 151.10 y 154 LPI prevén que el sistema de reparto debe estar previsto en los estatutos y excluir la arbitrariedad, lo cierto es que ello se detalla en reglamentos internos que escapan al control administrativo.

---

[99] Para ampliar información sobre el papel de las entidades de gestión, su configuración y su actividad económica, ver LÓPEZ GONZÁLEZ, Jesús, *La industria cultural en Internet y las entidades gestoras de derechos de autor*. Barcelona: UAB, 2009 <http://www.recercat.net/bitstream/2072/41956/1/Treball+de+recerca.pdf> ; y VILA SALORD, Patricia, *Estudio sobre las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. Especial referencia a la situación de las salas de conciertos*. Barcelona: ASACC, 2009 <http://fcforum.net/informe-entidades.pdf>

Como hemos visto antes en el Informe de la CNC, la gestión de los derechos de remuneración corresponde en exclusiva a las entidades de gestión, lo que –para el tema que nos ocupa– presenta otra problemática: cada vez nos encontramos con más autores[100] que no se adhieren al contrato de gestión de las entidades pero cuyos derechos de remuneración continúan siendo administrados por estas entidades en virtud del mandato legal que deriva de los preceptos de la LPI[101]. Mandato legal que, por otra parte –punto 121 del Informe de la CNC–, *"no contempla los motivos para imponer la gestión colectiva obligatoria de algunos derechos, es decir, no se justifica por qué restringe la libertad individual de los titulares y se crea una reserva de actividad para las entidades de gestión."*

Y decimos que resulta una cuestión interesante por cuanto, si las licencias CC pretenden aportar mayor poder de decisión al autor sobre el destino de sus obras y sobre la gestión de los derechos que derivan de las mismas, también se podría comenzar a pensar en una hipotética gestión individual de esos derechos, a la que también hace referencia el Informe de la CNC –punto 75– que afirma que *"la gestión individual es viable en los casos en los cuales: el número de titulares es reducido; es factible localizarlos; el valor que el usuario asigna a la obra o prestación es alto; y existe certidumbre con respecto a cuándo se va a utilizar la obra o prestación."*

La versión 3.0 de las licencias CC ya prevén esta cuestión al hacer referencia, en el caso de las licencias que incorporan la cláusula no comercial, a que el titular originario conserva *"el derecho exclusivo a percibir, tanto individualmente como mediante una entidad de gestión colectiva de derechos, cualquier remuneración derivada de actos de explotación de la obra o prestación"* no sujetos a los previstos en la licencia; y en el caso de las licencias que no añaden esta cláusula se dice, en cambio, que el titular originario *"renuncia al derecho exclusivo a percibir, tanto individualmente como mediante una entidad de gestión colectiva de derechos, cualquier remuneración derivada de actos de explotación"* que se realicen sobre la obra.

A ello añade el Informe de la CNC –punto 77– que *"en el entorno online, la reducción generalizada en los costes de gestión derivada del progreso tecnológico está haciendo viable la gestión individual, que podría llevarse a cabo a través de sistemas de gestión digital de los derechos (DRM)"*, sistemas que *"permiten* [...] *autorizar el uso de los derechos, garantizar los pagos y vigilar y monitorizar el uso, de un modo barato y seguro."*

Es más, según los puntos 114 ss. del Informe de la CNC *"la gestión colectiva obligatoria constituye un obstáculo a la gestión individual y, por lo tanto, impide la entrada y limita la presión competitiva ejercida por los titulares de derechos. Al impedir a los titulares gestionar sus derechos de modo individual, se obliga a que éstos tengan que obtener servicios de gestión de la entidad."*

Otra cuestión problemática la encontramos en las cuestiones relativas a la posibilidad de que un autor que licencie sus trabajos bajo CC –o que pretenda licenciarlos de esta manera en un futuro– pueda adherirse a alguna de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor.

---

[100] En el caso de autores que se acogen a licencias de tipo *copyleft* cada vez resulta más habitual que, para dejar constancia de su autoría, utilicen mecanismos no habituales –por habituales estamos pensando en el Registro del Ministerio de Cultura o en la adhesión a las entidades de gestión– como, por ejemplo, *Safe Creative* <http://www.safecreative.org/>, sistema de inscripción y publicación *online* de la autoría/titularidad de obras creativas, en el que, en Noviembre de 2010 –último informe disponible a la fecha de realización del presente trabajo–, hubo un 70% de obras de categoría "audio" registradas "con algunos derechos reservados" frente al 30% que mantenía "todos los derechos reservados" <http://www.safecreative.org/observatory/month/2010-11/worktype/Audio/>.
Nos encontraríamos ante el supuesto de *"los derechos repartidos y no identificados sus derechohabientes"* mencionados, por ejemplo, en el artículo 81.f) de los Estatutos de la SGAE, que prescriben a los cinco años. Según el informe *Evaluación del Sistema de Gestión Colectiva de los Derechos de Propiedad Intelectual* realizado por la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, a petición del Ministerio de la Presidencia, en diciembre de 2008 la estimación de derechos no identificados en SGAE es de 50.750.342,97 euros al año; cantidad, por otra parte, difícil de reclamar por parte de los autores que caen en esa categoría de no identificados, como ejemplifica "El cobrador del Track" <http://d-evolution.fcforum.net/areas-de-accion/el-cobrador-del-track/>

En una primera aproximación al tema encontramos que, por el momento, las entidades de gestión excluyen la posibilidad de que sus miembros utilicen licencias CC[102], pues resulta incompatible el uso de estas licencias con la pertenencia a una entidad de gestión; si tomamos como ejemplo el contrato de adhesión[103] de la SGAE[104] observamos que el titular cede en exclusiva a la entidad, entre otros, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, hecho que contraviene el redactado –y la filosofía– de las licencias CC. Para SÁNCHEZ ARISTI (2007) *"la gestión colectiva está reñida con el uso de licencias CC, pues"* teniendo en cuenta que una de las principales características de las licencias es la concesión no exclusiva de una serie de derechos *"¿cómo podría una entidad de gestión asumir la administración de unos derechos cuyo titular ya ha concedido un número indeterminado de licencias no exclusivas sobre esos mismos derechos?"*

La versión 3.0 de las licencias CC ha introducido la referencia a los derechos de gestión colectiva. La redacción de esta versión indica que los titulares originarios conservan el derecho a percibir las remuneraciones o compensaciones previstas por actos de explotación de la obra o prestación calificadas por la ley como irrenunciables o inalienables y sujetas a gestión colectiva obligatoria.

Si la licencia permite los usos comerciales de la obra, el titular renuncia al derecho a percibir cualquier remuneración derivada de los actos de explotación que se realicen sobre la obra. Mientras que si la licencia excluye los usos comerciales de la obra mediante la cláusula *nc*, el titular originario conserva el derecho a percibir la remuneración derivada de los actos de explotación, retribución que podrá ser ejercida individualmente o mediante una entidad de gestión colectiva de derechos de autor.

Un hito interesante que puede arrojar luz sobre la materia lo encontramos en la Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2008 relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado CE y en el artículo 53 del acuerdo sobre el EEE[105], que pone en entredicho ciertas cláusulas del contrato tipo de CISAC[106], *"en concreto las de exclusividad, afiliación y territorialidad"* (URÍA MENÉNDEZ, 2009: 217). En cuanto a la cláusula de exclusividad, que es la que ahora nos interesa, la Decisión –considerando 7– indica que esta *"restringe* [...] *la competencia entre las sociedades de gestión colectiva en el mercado para la concesión de derechos de ejecución pública a los usuarios comerciales"* por cuanto esta cláusula *"impide que una sociedad de gestión colectiva autorice su propio repertorio en otros territorios o permita a una tercera sociedad de gestión colectiva representar el mismo repertorio en el territorio de la*

---

[102] La única aproximación de una entidad de gestión a la adminstración de obras licenciadas bajo CC la ha protagonizado VEGAP (Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos) que, mediante una modificación introducida en el contrato de adhesión, se ha incorporado una cláusula con la siguiente redacción:

> *"Segunda: Creative Commons y otras formas de cesión de derechos de sobre las obras.*
> *Sin perjuicio de lo anterior, las partes convienen que, en todo caso, el titular podrá excluir de la gestión de la entidad aquellas obras que designe, sobre las cuales previamente no haya conferido a favor de la entidad mandato o cesión de conformidad con lo dispuesto en la cláusula anterior, y esto con la finalidad de otorgar licencias especiales sobre las mismas, tales como las denominadas Creative Commons, o de permitir el uso de las indicadas obras sin someterlas a ninguna otra condición."*

Aún así, la incorporación de esta cláusula no supone una efectiva gestión de los derechos de autor, sino una exclusión del ámbito de administración de la entidad de aquellas obras licenciadas bajo CC. Además, existen ciertos derechos de gestión colectiva obligatoria y que tienen carácter irrenunciable que, por tanto, continuarían bajo la gestión de la entidad –este es el caso del derecho de remuneración derivado de la proyección de obras audiovisuales en lugares públicos mediante el pago de una entrada del artículo 90.3 LPI, que tiene carácter irrenunciable e intransmisible *inter vivos* según el artículo 90.6–.

[103] A pesar de que el artículo 153 LPI habla de contrato de gestión, según BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2009: 259) nos encontramos ante un contrato de mandato y no de una transmisión de derechos, pues la entidad no es cesionaria de tales derechos ya que en virtud del contrato de gestión no se faculta a la entidad para constituirse en explotadora de los mismos, sino para conceder a terceros usuarios autorizaciones no exclusivas, y son esos terceros, realmente, los cesionarios de los derechos.

[104] Modelo de contrato de adhesión de la SGAE <http://www.sgae.es/recursos/pdf/socios/mod_615.pdf>

[105] Se puede consultar un resumen de la decisión en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:323:0012:0013:ES:PDF>

[106] Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores <http:// www.cisac.org/>

sociedad de gestión colectiva nacional" por lo que se puede afirmar que *"las sociedades de gestión colectiva se están garantizando recíprocamente un monopolio en su mercado nacional para la concesión de licencias a usuarios comerciales."*

La decisión de la Comisión –considerando 9 ss.– establece que las 24 entidades de gestión del EEE que son miembros de la CISAC a las que se dirige la Decisión deberán poner fin *"inmediatamente a la cláusula de afiliación y a la cláusula de exclusividad."*

Además, *"la decisión facilitará la elección por un autor de la sociedad o sociedades de gestión colectiva que gestionen sus derechos de ejecución pública. Ello redunda en interés del autor –independientemente de que sea un compositor local o un artista con proyección internacional– porque la eficiencia, la calidad del servicio y las condiciones de afiliación difieren sensiblemente entre las distintas sociedades de gestión colectiva."*

Finalmente, concluye la Decisión que *"las sociedades de gestión colectiva siguen siendo libres para continuar con el sistema actual de fijar derechos o introducir otros modelos que protejan los pagos de los derechos. No obstante, la decisión fomentará la competencia en lo que respecta a los cánones de gestión cobrados a los autores, ya que la mejora de la eficiencia reducirá los honorarios de gestión, aumentando por consiguiente los ingresos de los autores."*

La iniciativa holandesa

Llegados a este punto podríamos plantearnos si sería posible la existencia de un sistema en el que convivan las obras licenciadas bajo CC con la administración de los derechos realizada por las entidades de gestión.

Para llevar a cabo este planteamiento podemos hacer referencia al proyecto piloto que está llevando a cabo Buma·Stemra[107] –la entidad de gestión de derechos de autor holandesa– junto con *Creative Commons Holanda*.

El 23 de agosto de 2007 Buma·Stemra informaba que iba a lanzar un programa piloto que ofrecería a sus miembros la posibilidad de publicar sus trabajos musicales bajo licencias CC "no comerciales". El proyecto consistía en que los autores que utilizaran licencias CC pudieran unirse a Buma·Stemra, de forma que ésta recaudase los derechos generados por los usos comerciales de esas obras.

La problemática identificada era que hasta el momento los autores no podían poner parte de su repertorio disponible de forma no comercial en Internet al mismo tiempo que Buma·Stemra recaudaba los derechos generados por el uso comercial de otras de sus obras. Los miembros de Buma·Stemra no podían usar las licencias CC para promocionar sus propios trabajos, ya que al unirse a la entidad habían cedido la gestión de los derechos sobre todos sus trabajos de forma exclusiva; esta cesión de derechos –que sigue la línea de las entidades de gestión de la mayoría de países europeos–, suponía que los autores no podían conceder licencias para que terceros utilizasen su trabajo al margen de la entidad.

La finalidad de esta iniciativa es la de otorgar un mayor grado de libertad a los autores para elegir entre la explotación comercial o no comercial de sus obras, debido a la mayor flexibilidad que requiere la gestión de derechos en la sociedad de la información.

El 27 de agosto de 2010 se publicó la evaluación del proyecto piloto[108].

Según el informe de evaluación, desde la perspectiva de *Creative Commons* se había llegado a una situación no deseada: los miembros de las entidades de gestión no podían combinar

[107] Web de Buma·Stemra <http://www.bumastemra.nl/en-US/>
[108] El informe completo sobre las conclusiones del proyecto piloto se puede consultar en <http://dl.dropbox.com/u/120714/100827evaluation_pilot_en-final.pdf>

los beneficios de pertenecer a este tipo de entidades con la flexibilidad que las licencias CC les ofrecen para distribuir sus trabajos a través de Internet.

Según Buma·Stemra esta colaboración únicamente tendría sentido en aquellos casos en los que los autores hubieran licenciado sus obras bajo la terminología "no comercial", quedando fuera del ámbito de actuación de la entidad los trabajos que permitieran un uso comercial. La razón argumentada por Buma·Stemra es que la principal misión de la entidad es generar ingresos en forma de *royalties* para sus miembros y, por tanto, no pueden permitir los usos gratuitos de las obras de sus miembros.

Aceptado este argumento por *Creative Commons Holanda* se asentaron las bases del proyecto piloto: Buma·Stemra permitiría a sus miembros licenciar sus trabajos con licencias CC que únicamente permitieran usos no comerciales de sus obras, de forma que la entidad seguiría recolectando los ingresos generados por los usos comerciales de esos trabajos.

Se plantearon entonces algunos puntos problemáticos que era necesario abordar:

1-. Se hacía necesaria una correcta definición del significado de "uso comercial" y "uso no comercial, ya que –señala el informe– la definición contenida en la redacción de las licencias CC no aportaba suficiente claridad para la finalidad del proyecto.

2-. Se debería incorporar mayor claridad a la versión holandesa de las licencias CC respecto a las relaciones entre los derechos garantizados a través del sistema de licencias y los mecanismos utilizados en la gestión colectiva de derechos de autor.

3-. Habría que modificar el *commons deeds* para indicar que los derechos adicionales derivados de la obra serían gestionados por Buma·Stemra.

4-. Buma·Stemra necesitava un mecanismo para permitir "reasignar" el uso no comercial de sus obras a aquellos miembros que quisieran participar en el proyecto.

5-. Como consecuencia del carácter experimental del proyecto se requería un mecanismo para limitar los derechos licenciados en el tiempo.

De los cinco puntos expuestos, el que se mostró más difícil de solventar fue el primero; los otros cuatro fueron resueltos con relativa facilidad, añadiendo modificaciones al texto de las licencias:

- La versión 3.0 de las licencias CC holandesas contenía las necesarias clarificaciones relativas a la gestión colectiva de derechos de autor, incorporando una cláusula según la cual el licenciante renunciaba al derecho de recaudar *royalties* en el caso de usos no comerciales de la obra y se reservaba el derecho a esa recaudación –individualmente o través de una entidad de gestión– si se hacía un uso comercial de la misma.
- Se comenzó a utilizar la nueva infraestructura de derechos CC+ para indicar que el resto de derechos licenciados en el contexto del proyecto eran gestionados por Buma·Stemra.
- La cesión de los derechos de Buma·Stemra a los autores participantes se implementó a través de un conjunto de condiciones adicionales en el que los miembros de la entidad debían aceptar previamente el hecho de licenciar su material bajo CC.
- En referencia al límite de las licencias en el tiempo, se incluyó una clarificación adicional, que no alteraba los términos de las licencias, y que indicaba que sería válida durante el tiempo de los derechos de autor subyacentes.

En cuanto a la definición de lo que debía entenderse por "uso comercial", mientras Buma·Stemra abogaba por un concepto relativamente limitado de la actividad "no

comercial", *Creative Commons* consideraba como mejor opción preservar una definición acorde a la línea ya establecida por la comunidad *Creative Commons*. Finalmente, llegaron al siguiente acuerdo[109]:

> *"En el ámbito del proyecto entre Creative Commons Holanda y Buma·Stemra se deberá entender como <<uso comercial>>:*
>
> *Cualquier uso del trabajo realizado por entidades con ánimo de lucro es calificado como <<uso comercial>>.*
>
> *Además, en el ámbito del proyecto, distribuir o comunicar públicamente o hacer disponible online el trabajo mediante pago u otra compensación económica –incluido el uso del trabajo combinado con anuncios, acciones publicitarias u otras actividades similares destinadas a generar ingresos para el usuario o para un tercero– es calificado como <<uso comercial>>.*
>
> *En el ámbito del proyecto, <<uso comercial>> también incluye la distribución o comunicación pública o que organizaciones de radiodifusión hagan disponible la obra online, así como utilizar la obra en hoteles y establecimientos de restauración, y espacios de trabajo y comercios. Esto también es de aplicación a organizaciones que utilicen música en su interior o para presentar sus productos como, por ejemplo, iglesias, escuelas –incluidas las escuelas de baile–, instituciones del tercer sector, etc. Las licencias independientes se encuentran disponibles desde Buma·Stemra para estos tipos de uso"*

Indica el propio informe que, si bien se gana en precisión en cuanto a la definición de lo que se debe entender por "uso comercial", también es cierto que se trata de una definición mucho más restrictiva que la incluida en las licencias CC.

Después de estas consideraciones previas, el piloto se puso en marcha el 23 de agosto de 2007, fecha a partir de la cual los miembros de Buma·Stemra podían unirse al mismo, siempre que hubieran completado los siguientes pasos:

1-. El autor debía haber obtenido permiso de todos los derechohabientes de los trabajos que iban a ser licenciados bajo CC.

2-. El autor debía aceptar las condiciones adicionales del proyecto.

3-. El autor debía indicar a Buma·Stemra aquellos trabajos que pretendía publicar bajo licencias CC.

4-. El autor podía generar advertencias especiales a las licencias para indicar que los trabajos estaban licenciados bajo CC en el contexto del proyecto, a la vez que señalaba que el resto de derechos eran administrados por Buma·Stemra.

La recepción del proyecto piloto –según indica el propio informe– fue decepcionante, pues a finales de 2009 sólo 30 autores habían participado en el mismo y sólo 100 obras habían sido licenciadas bajo la terminología "no comercial". El informe se encarga de desentrañar las causas de tan baja participación:

1-. La definición sobre el concepto "no comercial" era demasiado estricta para permitir usos significativos de los trabajos licenciados. En este sentido, el informe señala dos problemáticas ante las que los autores se encontraron:

[109] El texto original se encuentra en el informe anteriormente citado.

- La reutilización de las obras en blogs o webs que reciben pequeñas cantidades en concepto de publicidad –por ejemplo, aquellos que incorporan la herramienta Google ads–.
- La distribución de las obras a través de plataformas especializadas en música con licencias libres.

Bajo la definición de uso comercial introducida por el proyecto ambos usos serían considerados comerciales, lo que supone que se requeriría una licencia "convencional" de la entidad para llevarlos a cabo.

2-. Algunos autores que deseaban participar en el proyecto no tenían claro si el sistema de gestión colectiva de derechos de autor de la entidad que se encarga de los derechos de intérpretes y productores de fonogramas podía suponer algún tipo de obstáculo con relación al uso de las licencias CC.

3-. Algunos autores que habían reclamado alguna solución al problema de que los miembros de Buma·Stemra no pudieran utilizar licencias CC consideraban que, a pesar de este acercamiento, ser miembro de esta entidad continuaba siendo indeseable por otros motivos.

4-. Algunos autores apuntaron que la información sobre el proyecto era relativamente difícil de encontrar, que el proceso para formar parte del mismo era complicado y que no fue suficientemente promovido ni por Buma·Stemra ni por *Creative Commons Holanda*.

6-. Tratamiento jurisprudencial de las licencias CC en España

Cuando abordamos el análisis jurisprudencial derivado de las decisiones de nuestros tribunales en aquellos casos en que se ven involucradas obras musicales licenciadas bajo CC –o, en sentido más amplio, como veremos que señalan los juzgados, aquellas que se incardinan en el movimiento *copyleft*–, lo primero que hemos de notar es que estas 12 resoluciones no entran a valorar el fondo del asunto –cuál sería el funcionamiento de las licencias así como el análisis de sus términos– sino que sólo entran a valorar si las obras de los autores son gestionadas por la entidad de gestión correspondiente (DE LA CUEVA, 2007), pues los abogados fundamentan su defensa en el artículo 150 LPI –que hace referencia a la legitimación de las entidades de gestión para ejercer los derechos confiados a su gestión– oponiendo –de conformidad con lo previsto en la cláusula que, *in fine*, incorpora el citado artículo según la cual el demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora– la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente.

Otro aspecto que hemos de tener en cuenta es que la mayoría de sentencias se han dictado en los juzgados de instancia, pues las entidades de gestión que han promovido los procedimientos han optado, en general, por no recurrir las mismas ante las Audiencias Provinciales, ya que, en palabras de DE LA CUEVA (2006), *"si la prueba ha quedado bien articulada* [...] *es muy improbable que una audiencia provincial revoque las sentencias obtenidas ya que jurídicamente no hay tacha: si el demandado demuestra que el repertorio utilizado es de autores no gestionados por la SGAE (bien directamente por ser socios, bien indirectamente a través de acuerdos con entidades extranjeras), entonces el artículo 150 de la Ley de Propiedad Intelectual es el que se aplica, por lo que la SGAE no tiene derecho a cobrar."* A pesar de ello, algunas de las resoluciones más relevantes han sido ya confirmadas en apelación.

Finalmente, habría que destacar el único caso en el que un juzgado –y después una Audiencia Provincial– interpreta el funcionamiento de las obras que se acogen al movimiento *copyleft*. Se trata de un asunto en el que el autor de unos textos publicados en Internet demanda al Instituto Cervantes de Nápoles y al Instituto Valenciano de la Música por utilizar esos textos sin citar la fuente. Si bien no se trata de un caso relacionado con obras musicales –sino con una obra literaria–, me ha parecido interesante aportarlo en el presente estudio por los aspectos interpretativos de los órganos jurisdiccionales que intervienen en el asunto.

A pesar de que la mayoría de las resoluciones están enfocadas, como apuntábamos anteriormente, hacia cuestiones relacionadas con las entidades de gestión colectiva de derechos de autor, como su legitimidad para reclamar el pago de los derechos generados por la comunicación pública de obras por ellas gestionadas y a la actividad probatoria relativa a su repertorio, deberíamos hacer referencia, en primer lugar, a dos interesantes resoluciones –las únicas, por el momento– en las que se hace referencia al concepto mismo de *copyleft* aplicado al ámbito de las obras musicales.

La primera resolución que incorpora el término *copyleft* en sus Fundamentos de Derecho –concretamente en el Quinto– es la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº5 de Madrid, de fecha 2 de febrero de 2006, en la que el Juzgado desestimó la demanda interpuesta por la SGAE en la que reclamaba a la Asociación Cultural La Dinamo una cantidad en concepto de indemnización por daños y perjuicios por la comunicación pública no autorizada de obras por ella gestionadas a través de un televisor y un aparato mecánico no reproductor de imágenes en el establecimiento, abierto al público. La Sentencia aclara que "*la demandada evita la comunicación de obras cuya gestión este encomendada a la actora, utilizando un repertorio de autores, que no tienen cedidos los derechos de explotación a la SGAE, teniendo a su disposición una base de datos al efecto y así lo manifiesta tanto el representante legal de la Asociación como la encargada de la programación,* [...] *lo que es compatible con el carácter alternativo de la Asociación y su integración en el denominado movimiento <<copy left>>.*"
La otra Sentencia que tiene especial relevancia desde el punto de vista que ahora analizamos, por cuanto diferencia las licencias CC del concepto más amplio *copyleft*, es la Sentencia del juzgado de Primera Instancia nº 4 de Salamanca, de fecha 11 de abril de 2007, en el que la demandante –la SGAE– reclama al demandado –el pub Birdland– el pago de una determinada cantidad por el *"el*

incumplimiento [...] *de su obligación de pago del precio tarifado por la comunicación pública de las obras de los autores gestionados por la Sociedad General de Autores y Editores.*"

En cuanto a la referencia a las licencias CC y al *copyleft*, la Sentencia señala, en su Fundamento de Derecho Tercero –que debido a un error tipográfico se encuentra duplicado– que "*Con la cláusula <<copyleft >> el titular permite, por medio de una licencia pública general, la transformación o modificación de su obra, obligando al responsable de la obra modificada a poner la misma a disposición del público con las mismas condiciones, esto es, permitiendo el libre acceso y su transformación. Con las licencias creative commons, el titular del derecho se reserva la explotación económica y puede impedir transformaciones de la misma. Por tanto, debe distinguirse las licencias creative commons de la cláusula <<copyleft >>. En ocasiones habrá licencias creative commons que incluyan la cláusula <<copyleft >>. En todo caso, este modelo parte de la idea común de pretender colocar sus obras en la Red para su acceso libre y gratuito por parte del público*[110]*. Sus partidarios lo proponen como alternativa a las restricciones de derechos para hacer y redistribuir copias de una obra determinada, restricciones que dicen derivadas de las normas planteadas en los derechos de autor o propiedad intelectual. Se pretende garantizar así una mayor libertad, permitiendo que cada persona receptora de una copia o una versión derivada de un trabajo pueda, a su vez, usar, modificar y redistribuir tanto el propio trabajo como las versiones derivadas del mismo. Se trata, sostienen los partidarios de este modelo, de otorgar al autor el control absoluto sobre sus obras, y surge como respuesta frente al tradicional modelo del copyright, controlado por la industria mediática"*

También hace referencia la Sentencia a la actividad probatoria llevada a cabo por el demandado a los aspectos relacionados con la legitimidad de la entidad de gestión para llevar a cabo la reclamación introduciendo, por vez primera, la duda de que la gestión de las obras comunicadas públicamente haya sido encomendada a la demandante. En este sentido, las pruebas testificales *"han dado fe que en el mismo* [en el local] *se escucha música de la denominada <<de vanguardia>>, <<alternativa>> o <<libre>>, no de los circuitos comerciales, de autores que cuelgan la misma en Internet y que permiten su uso y comercialización*[111]*, no estando sus obras gestionadas por la SGAE. El demandado ha logrado así probar que poseé* <sic> *capacidad técnica para crear música y acceder a ella a través de medios informáticos. Ciertamente, de lo actuado no puede decirse que se haya probado que todas y cada una de las obras musicales que se comunican públicamente en el local del demandado sean temas cedidos gratuitamente por sus autores a través de licencias Creative Commons, pero exigir dicha prueba, en esos términos de exhaustividad, sería exigir una prueba tan diabólica como la que resultaría de forzar a la SGAE a que pruebe que todas y cada una de las obras comunicadas en dicho local sean de autores cuya gestión le ha sido encomendada. Pero es que además no podemos olvidar que el centro del litigio no es que el demandado haya comunicado música cedida a través de licencias creative commons, sino si ha usado música procedente de autores que hayan confiado a la SGAE la gestión de los derechos dimanantes de sus obras, siendo ésta quien reclama. Lo que sí supone la prueba de la utilización de música bajo licencia Creative Commons por el demandado es que el*

---

[110] La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, de fecha 29 de diciembre de 2008 –la SGAE reclamaba una cantidad en concepto de indemnización por comunciación pública no autorizada al titular del local Espiral Pop Pub– va más allá y se toma la licencia de referirse a que las licencias CC *"hacen referencia a bienes comunales, desde los que se pueden crear desde la filosofía de que ninguna obra es absolutamente original."*

[111] Una motivación similar sigue la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 y Mercantil de León, de fecha 3 de julio de 2007, en el que la SGAE reclama al Pub Crazy Town una cantidad determinada en concepto de indemnización por los supuestos actos de comunicación pública que este realizó de obras gestionadas por aquella, y en la que se especifica que el titular de negocio *"es experto musical mediante el empleo de herramientas informáticas, teniendo acceso a la música más novedosa y libre, estando próximo a los movimientos COPY LEFT y CREATIVE COMMONS".*

El Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia dice que *"en el local litigioso se produce música alternativa que no está incluida en el repertorio de obras gestionadas por la actora, que* [los testigos] *no han escuchado grupos que están en la SGAE, que en el monitor de televisión* [...] *se ven vídeos musicales de los grupos a los que pertenecen los testigos, que han visto que el demandado pincha música por ordenador, que no han oído música de <<Los 40 Principales>>, declarando el testigo xx que son del movimiento Creative Commons que evita que alguien utilice su música, que se difunde libremente por internet, que va al bar precisamente porque pone música que no está en SGAE, que el demandado pincha en el ordenador, no ha visto la televisión, se ve un monitor pero no encendido, sólo se oye música y no se ve la televisión".*

mismo ha tenido acceso y reproducido una gran cantidad de obras que no están bajo la gestión de la SGAE. A partir de aquí, dicha prueba tiene la consecuencia de romper la presunción de que la música comunicada en su establecimiento debía corresponder al menos parcialmente a obras gestionadas por la SGAE. Destruida la presunción, es a la actora, a la SGAE, a quien corresponde probar que se produce en el local la música por ella gestionada. Pues bien, así las cosas, es evidente que la prueba de la SGAE ha sido escasa e irrelevante. De la declaración de la agente de la SGAE, nada en concreto se prueba a este respecto, pues nada se le preguntó al efecto. Del informe del detective y su declaración en el acto del juicio nada se deduce tampoco sobre esta cuestión. De la grabación poco hay que decir al referirse a otro local. Del informe del detective privado y su ratificación tan sólo se acredita que se reproduce música en el local, pero no que se reproduzcan concretas obras gestionadas por la Sociedad General de Autores y Editores. Por todo ello debe desestimarse la demanda."

También resulta interesante la referencia al concepto *copyleft* que realiza la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona, de fecha 6 de junio de 2008, que resuelve la reclamación de la SGAE al propietario del Bar Cuatro de una indemnización por la comunicación pública de obras de su repertorio. La Sentencia relata que *"el demandado ha logrado acreditar que evita utilizar el repertorio de la actora, recurriendo a composiciones de uno de sus empleados o a obras descargadas de Internet de autores que autorizan el acceso libre"* e incide en que en el local *"sólo se escucha este tipo de música libre, es decir, las obras conocidas como «copyleft» -en contraposición al «copyright»-. Con dicha denominación se designa aquellas obras en las que los autores autorizan la libre reproducción y explotación, utilizando Internet como medio de distribución o transmisión."*

En este caso, el juzgador se hace eco –aunque no entre en mayores detalles– de las potestades que los autores *copyleft* ejercen sobre sus derechos de explotación, al referirse a la autorización que en estos casos opera.

El otro ámbito al que hacen referencia las sentencias dictadas por los tribunales españoles es el relativo a la legitimidad de las entidades de gestión para efectuar las reclamaciones por comunicación pública y a la actividad probatoria de las obras pertenecientes al repertorio por ellas gestionado.

En este sentido resulta interesante la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Badajoz, de fecha 17 de febrero de 2006, por cuanto trata de clarificar la cuestión sobre la carga de la prueba que ya apuntaba la Sentencia del caso Birdland.

En un caso en el que la actora –la SGAE– reclamaba, entre otras cuestiones, que se condenara al propietario del Disco Bar Metropol a cesar en la utilización del repertorio de obras por ella administrado y a satisfacer a la actora una cantidad en concepto de indemnización como consecuencia de la comunicación pública de esas obras sin la correspondiente autorización, el juzgador declara –Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto de la Sentencia– que *"puede considerarse como criterio interpretativo que, si se reproduce música de manera general y reiterada de muy diversos autores, en principio ello sea prueba suficiente de que al menos parte de esa música es gestionada por la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES. Pero dicho principio admite ser rebatido por la actividad probatoria de la parte demandada"*; argumento que refuerza indicando que *"no puede exigírsele* [al demandado] *la "probatio diabólica" de que todas y cada una de las obras que ha emitido no corresponden a las gestionadas por la actora."* Para que el reparto de la carga probatoria, en estos casos, resulte más adecuada, *"al demandado le corresponde tan sólo destruir la presunción favorable a la actora*[112]*"* para lo cual *"ha de probar que tiene capacidad personal y técnica para acceder a música no gestionada por la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES, que tiene la capacidad personal y*

[112] Resulta curioso el caso de Espiral Pop Pub –Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid de fecha 29 de diciembre de 2008–, en el que la demandada consigue demostrar que sólo 14 de los 82 músicos planteados por la actora –la SGAE– forman parte del repertorio de ésta; la decisión del Juzgado ampara, en consecuencia, *"la indemnización por la comunicación pública de esos 14 artistas."*

técnica de utilizarla y reproducirla en su establecimiento, así como de probar que efectivamente así lo ha realizado[113]*."*

A través de la actividad probatoria de la parte demandada, queda demostrado que el propietario del Disco Bar Metropol dispone de las capacidades personales y técnicas a las que hacen referencia los Fundamentos Jurídicos referidos, como por ejemplo el acceso a obras licenciadas bajo CC –que el juzgador define, en términos genéricos, como *"distintas clases de autorizaciones que da el titular de su obra para un uso más o menos libre o gratuito de la misma*[114]*"* fundamentadas en la titularidad que el autor posee sobre los derechos morales y económicos derivados de su creación–, lo que acredita que "*el demandado ha tenido acceso y reproducido una gran cantidad de obras que no están bajo la gestión de la SGAE"* de modo que *"se rompe la presunción inicial de que la música reproducida debía corresponder al menos en parte a la gestión de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES.*"

Como corolario al tema de la carga de la prueba, concluye el Juzgado de Primera Instancia de Badajoz que *"al destruirse la presunción de que las obras musicales reproducidas sean del repertorio gestionado por la actora, sobre ésta recae la carga de la prueba y habrá que analizar su actividad probatoria para ver si ha probado que se reproduce en el local música de la que gestiona"*, hecho que –según se desprende del Fundamento de Derecho Octavo de la Sentencia– no ha resultado acreditado.

En el mismo sentido se expresa también la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, de fecha 30 de marzo de 2006, en la que SGAE reclama una indemnización por comunicación pública al local Buena Vistilla Club Social, según la cual *"la música utilizada por la demandada en su establecimiento no es música de actualidad, sino que se trata de música <<relativamente desconocida>>, no incardinable en el repertorio de la SGAE, y que la música utilizada es bajada de Internet que se pasa a CD…"* por lo que entiende que *"del estudio ponderado del conjunto probatorio obrante en autos, no puede considerarse acreditado que la demandada haya realizado actos de comunicación no autorizados de un repertorio musical que le corresponde su gestión a la actora, por lo que la demanda ha de correr suerte desestimatoria."*

Posteriormente, la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 5 de julio de 2007, confirma el planteamiento del juzgador de instancia al desestimar el recurso de apelación interpuesto por la SGAE; cabe notar que esta última Sentencia recoge ya las decisiones adoptadas anteriormente por otros juzgados, como en los casos de La Dinamo y Metropol[115].

Finalmente, nos referiremos a un caso en el que el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid –Sentencia de fecha 16 de octubre de 2008– analiza directamente la legitimidad de las entidades de gestión para representar a aquellos autores que han decidido no asociarse a ellas.

En el caso enjuiciado, después de haber quedado acreditado por la demandada –un gimnasio– que utilizaba obras de *"autores que ceden gratuitamente el derecho de copia y posterior difusión pública de su obra, o sea, de autores vinculados con el movimiento denominado <<copyleft>>, y que por tanto no se trata de obras musicales del repertorio protegido o representado por las actoras"*, las demandantes –AGEDI y AIE– seguían manteniendo que aquella debía abonar las tarifas generales correspondientes a la comunicación pública de fonogramas. El fundamento Tercero de la Sentencia –después de tildar *"dicho criterio en exceso totalitarista"*– especifica que *"no es la reproducción pública de cualquier obra musical que genera la obligación de pagar la tarifa correspondiente a las entidades que gestionan los derechos de propiedad intelectual, sino sólo la difusión pública de aquéllas obras cuyos autores o productores les han confiado la gestión*

---

[113] También hace referencia a la cuestión de *"la capacidad personal y técnica"* la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 y Mercantil de León, de fecha 3 de julio de 2007.

[114] Idéntica expresión utilizará para referirse a las licencias CC la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 y Mercantil de León, de fecha 3 de julio de 2007

[115] Posteriormente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de fecha 25 de febrero de 2008, menciona, refiriéndose a estos aspectos, la existencia de una *"corriente jurisprudencial."*

de los derechos que tienen sobre su obra"; y considera que, de producirse tal situación se estaría produciendo *"un enriquecimiento injusto"* a favor de las demandantes.

En conclusión, de las resoluciones judiciales recaídas en nuestro país hasta el momento en relación con las obras musicales licenciadas bajo CC se puede decir, en primer lugar, que no existe aún ninguna que haga referencia al contenido, funcionamiento y validez de las licencias CC y, por lo tanto, las escasas definiciones que sobre la materia encontramos son todavía breves e imprecisas.

Por otra parte, como apuntábamos al principio de este análisis de jurisprudencia, la mayoría de asuntos se han centrado en cuestiones relacionadas con la legitimidad de las entidades de gestión para actuar en representación de los autores cuyas obras administra. En este sentido, sí que parece que nuestros órganos jurisdiccionales se están pronunciando en una misma dirección, cual es la de considerar que, igual que no puede exigirse a las entidades de gestión la *probatio diabolica* de demostrar qué obras pertenecen a su repertorio, el contexto actual, en el que el movimiento *copyleft* ha ido cobrando cada vez más protagonismo durante los últimos años, hace que tampoco pueda exigirse esa prueba a los titulares de negocios que realizan una comunicación pública de obras musicales –sobre todo, en aquellos casos en que puede demostrarse que se disponen de los medios personales y tecnológicos para acceder a obras ajenas al circuito comercial–. A lo que debemos añadir –aunque de momento solo lo hemos visto en una Sentencia– la afirmación de que las entidades de gestión únicamente pueden reclamar el pago de obras cuyos autores les han confiado la gestión, so pena de incurrir en enriquecimiento injusto.

BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.). *Comentarios al Código Civil*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo [2]: *Manual de propiedad intelectual*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2009.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN. *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*. Madrid: Ministerio de Justicia, enero de 2009.
<http://www2.mjusticia.es/cs/Satellite/1215331349684?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_de_Modernizaci%C3%B3n_del_C%C3%B3digo_Civil_en_materia_de_Obligaciones_y_Contratos.PDF>
- DE LA CUEVA, Javier. "Traducción de las licencias de Creative Commons: La lista de correo como herramienta interpretativa de normas convencionales", en *Derecho de Internet*, 4 de junio de 2004.
<http://derecho-internet.org/node/190>
- DE LA CUEVA, Javier. *Por qué las licencias Creative Commons son legales en España*, 23 de enero de 2005.
<http://derecho-internet.org/node/272>
- DE LA CUEVA, Javier. "El copyleft ha de ser bien demostrado: sentencia desfavorable en Alicante", en *Derecho de Internet*, 4 de mayo de 2007.
<http://derecho-internet.org/node/405>
- DE LA CUEVA, Javier. "Firmeza de la sentencia en el caso Ladinamo", en *Derecho de Internet*, 27 de abril de 2006.
<http://derecho-internet.org/node/376>
- DE LA CUEVA, Javier. "Sentencia favorable en Salamanca: Copyleft, Creative Commons y clàusula copyleft", en *Derecho de Internet*, 27 de abril de 2006.
<http://derecho-internet.org/node/406>
- *Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual*. Comisión Nacional de la Competencia: Madrid, 2009.
- *IPN 35/10 Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible*. Comisión Nacional de la Competencia: Madrid, 2010.
<http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=35490&Command=Core_Download&Method=attachment>
- KELLER, Paul, y ZONDERVAN, Andy. *Evaluation of the Creative Commons Buma/Stemra pilot*. Amsterdam/Hoofddorp, 27 de agosto de 2010.
<http://dl.dropbox.com/u/120714/100827evaluation_pilot_en-final.pdf>
- LABASTIDA I JUAN, Ignasi. *Noves alternatives per gestionar els drets d'autoria en la difusió de continguts. Les llicències Creative Commons*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2008.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, Jesús, *La industria cultural en Internet y las entidades gestoras de derechos de autor*. Barcelona: UAB, 2009
<http://www.recercat.net/bitstream/2072/41956/1/Treball+de+recerca.pdf>
- MAEZTU, David. "Creative Commons: licencias o contratos", en *Del Derecho y las Normas*, 29 de noviembre de 2006.
<http://derechoynormas.blogspot.com/2006/11/creative-commons-licencias-o-contratos.html>
- MÉNDEZ, Aitor. "El copyleft entra en la gestión colectiva de derechos de autor", en *Contraindicaciones*, 15 de octubre de 2010.
<http://www.contraindicaciones.net/2010/10/el-copyleft-entra-en-la-gestion-colectiva-de-derechos-de-autor.html>
- "Propiedad Intelectual. Práctica concertada de las entidades de gestión colectiva", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 22 (2009), pp. 217-218
<http://www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n22/03Leg13.pdf>
- VILA SALORD, Patricia, *Estudio sobre las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. Especial referencia a la situación de las salas de conciertos*. Barcelona: ASACC, 2009
<http://fcforum.net/informe-entidades.pdf>
- XALABARDER PLANTADA, Raquel. "Las licencias *Creative Commons*: ¿una alternativa al *copyright*?" (marzo de 2006), en *UOC Papers, Revista sobre la Sociedad del Conocimiento*, núm. 2 (2006). Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya
<http://www.uoc.edu/uocpapers/2/dt/esp/xalabarder.pdf>

WEBGRAFÍA

- http://www.bib.ub.edu/suport-docencia/activitats/pmid/

- http://ocw.mit.edu/index.htm

- http://www.bufetalmeida.com/

- http://www.congreso.es/

- http://www.iurismatica.com/

- http://www.blogespierre.com/

- http://derechoynormas.blogspot.com/

- http://www.interiuris.com/

- http://www.asambleaex.es/

- http://lists.ibiblio.org/pipermail/cc-es/

- http://es.creativecommons.org/

- http://creativecommons.org/

- http://wiki.creativecommons.org/

- http://www.safecreative.org/

- http://derecho-internet.org/

- http://www.bumastemra.nl/en-US/

- http://www.elpais.com/

- http://www.contraindicaciones.net/

JURISPRUDENCIA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de fecha 29 de noviembre de 2005
<http://derecho-internet.org/svn/procedimientos-libres/copyleft/musica/resoluciones/formato-doc/2005-11-29_sentencia_ap-pontevedra-s-1.doc >
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, de fecha 2 de febrero de 2006
<http://derecho-internet.org/svn/procedimientos-libres/copyleft/musica/resoluciones/formato-doc/2006-02-02_sentencia_jm-5-madrid.doc>
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Badajoz, de fecha 17 de febrero de 2006
<http://derecho-internet.org/svn/procedimientos-libres/copyleft/musica/resoluciones/formato-doc/2006-02-17_sentencia_pi-6-badajoz.doc>
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo, de 25 de octubre de 2006
<http://derecho-internet.org/svn/procedimientos-libres/copyleft/musica/resoluciones/formato-doc/2006-10-25_sentencia_jm-1-oviedo.doc>
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, de fecha 16 de enero de 2007
<http://derecho-internet.org/svn/procedimientos-libres/copyleft/musica/resoluciones/formato-doc/2007-01-16_sentencia_ap-alicante-s-8.doc>
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, de 21 de marzo de 2007
<http://derecho-internet.org/svn/procedimientos-libres/copyleft/musica/resoluciones/formato-doc/2007-03-21_sentencia_ap-alicante-s-8.doc>
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Salamanca, de fecha 11 de abril de 2007
<http://derecho-internet.org/svn/procedimientos-libres/copyleft/musica/resoluciones/formato-doc/2007-04-11_sentencia_pi-4-salamanca.doc>
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 y Mercantil de León, de fecha 3 de julio de 2007
<http://derecho-internet.org/svn/procedimientos-libres/copyleft/musica/resoluciones/formato-doc/2007-07-03_sentencia_pi-8-leon.doc>
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de fecha 5 de julio de 2007
<http://derecho-internet.org/svn/procedimientos-libres/copyleft/musica/resoluciones/formato-doc/2007-07-05_sentencia_ap-madrid-s-28.doc>
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Burgos, de fecha 14 de febrero de 2008
<http://derecho-internet.org/svn/procedimientos-libres/copyleft/musica/resoluciones/formato-doc/2008-02-14_sentencia_pi-4-burgos.doc>
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona, de fecha 6 de junio de 2008
<http://derecho-internet.org/svn/procedimientos-libres/copyleft/musica/resoluciones/formato-doc/2008-06-06_sentencia_jm-2-barcelona.doc>
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, de fecha 16 de octubre de 2008
<http://derecho-internet.org/svn/procedimientos-libres/copyleft/musica/resoluciones/formato-doc/2008-10-16_sentencia_jm_5_madrid.doc>

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia, de fecha 20 de junio de 2007
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha de 13 de diciembre de 2007
<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=309993&links=cervantes&optimize=20080110>

CONCLUSIONES

No es objeto del presente estudio realizar una disquisición exhaustiva de los aspectos socioeconómicos de la industria musical, pero lo cierto es que tampoco podemos obviar el contexto en el que aparecieron –al que hicimos referencia en el primer capítulo– y en el que actualmente se mueven los autores que se han acercado al fenómeno *copyleft* y que han comenzado a utilizar las licencias CC para dar a conocer y explotar sus trabajos.

No podemos obviar que la tecnología digital y la generalización del uso de Internet ha traído consigo, en lo que respecta a la industria musical, importantes cambios en sus tramas productivas[116]: la tecnología digital hace que las herramientas de producción se encuentren al alcance de cualquier persona con mayor facilidad que hace unos años y las plataformas de Internet permiten a sus usuarios buscar directamente las bandas y artistas de su preferencia; el soporte material del producto ha cambiado, pasando del CD a los formatos digitales, modificando también la forma en la que llega al consumidor final; y, finalmente, uno de los cambios que se reconocen inherentes a la generalización de Internet, es el de la forma de difusión, donde la aparición del producto en los medios de comunicación tradicionales –prensa escrita, radio y televisión–, para lo cual se hacía casi imprescindible la intervención de un intermediario, ha dejado paso a la distribución de la música a través de Internet –donde el nuevo formato digital hace, además, que el coste de la copia y distribución tienda a cero–[117].

Estos cambios han influido también en la forma en que los usuarios o consumidores finales se relacionan con las obras musicales y con los autores que las crean[118]. Centrándonos en el mercado de la industria musical en España, podemos aseverar que mientras descienden los ingresos por venta de música sobre soporte físico, aumenta el volumen de negocio en el mercado de distribución de música digitalizada y el de conciertos no ha dejado de crecer en la última década (ASIMELEC, 2010: 49 ss)[119]; lo cual –junto a los motivos expuestos anteriormente– nos puede hacer pensar que las discográficas, como las hemos conocido hasta ahora –en el sentido de intermediarias para dar a conocer un producto y como "detentadoras" de derechos de propiedad intelectual– desaparecerán, y se tendrán que reinventar –por ejemplo, Warner ya tiene un gran número de artistas bajo el sistema de contrato 360º mediante los cuales obtiene ingresos de todas las actividades del artista, como por ejemplo, *merchandising*, derechos de imagen, giras, etc.–.[120]

Es en este contexto digitalizado y cambiante en el que se mueven los autores y en el que deben introducir sus trabajos; y es en este contexto en el que muchos autores han visto en las licencias CC una herramienta válida para sus propósitos.

---

[116] LENNIE (2010: 13 ss.) analiza con mayor detalle los pasos que componen la trama productiva de una obra musical relacionándolos con los cambios que han supuesto las tecnologías digitales y la generalización del uso de Internet.

[117] A ello ayudan también los servicios de música en *streaming*, que permiten la reproducción de música de forma gratuita y que se han generalizado entre los usuarios de Internet por su facilidad de uso. El *Informe anual de los contenidos digitales en España 2009* del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ya se hace eco del fenómeno de la música en *streaming* mencionando algunos servicios concretos como *Spotify*, *Last.fm, Rockola* o *Jamendo*.

[118] El *Informe sobre la industria de la música* elaborado por FEDEA en 2010 apunta alguna de estas nuevas formas en las que la música llega al consumidor.

[119] El *Informe 2010 de la industria de contenidos digitales* elaborado por ASIMELEC hace una breve precisión respecto al mercado de la música en vivo, ya que en 2009 se aprecia un moderado descenso respecto a 2008 debido, sin duda, al contexto de crisis económica, que ha motivado una reducción de gastos en eventos musicales por parte de los Ayuntamientos –principales contratantes de música en vivo–; a pesar de ello, el informe afirma que *"el negocio de la música en vivo goza de una gran vitalidad en nuestro país."*

[120] BOLDRIN y VÁZQUEZ (2010: 56 ss.), aprovechando un análisis sobre la Disposición Final Primera del Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, hacen una breve referencia al modelo actual del negocio musical y apuntan algunas alternativas en cuanto a la adaptación de la industria a los cambios que ha traído consigo la generalización de los contenidos digitales y el intercambio de los mismos a través de Internet.

Para analizar los motivos que llevan a un autor a decantarse por las licencias CC para licenciar sus obras nos ayudaremos de un pequeño estudio cualitativo, efectuado durante la elaboración del presente trabajo mediante una breve encuesta *online* enviada a varios grupos musicales que utilizan estas licencias para explotar sus trabajos[121].

Hemos de señalar, como cuestión previa al análisis de las respuestas obtenidas en la encuesta, y para determinar el carácter de los grupos que han participado en la misma, que de los 12 grupos, 7 realizan una actividad artística profesional mientras que los 4 restantes no se consideran artistas profesionales; resulta llamativo que, si bien aquellos que no se consideran artistas profesionales declaran no obtener beneficios económicos con esta actividad, los 7 que sí se dedican a la música de forma profesional indican que esta es una fuente de ingresos suplementaria a su fuente de ingresos principal. No obstante, todos los grupos coinciden en que su principal motivación para dedicarse a la elaboración de trabajos artísticos es el amor por el arte y el deseo de crear, y sólo uno de ellos apunta como su segunda motivación las ganancias económicas; otros grupos atienden a otras motivaciones como la reputación y el reconocimiento.

Para centrar también, de forma introductoria, las motivaciones que llevan a estos grupos a utilizar las licencias CC, la mayoría lo hacen por considerar que, de esa manera, sus trabajos se encontrarán disponibles de forma más amplia, lo que les puede ayudar a hacer crecer su reputación y reconocimiento; pero se apuntan también cuestiones, como la posibilidad que ofrecen estas licencias para fomentar el trabajo colaborativo y motivos ideológicos relacionados con el acceso libre a la cultura.

Decíamos que muchos autores, en el contexto señalado, consideran que las licencias CC son una herramienta adecuada, por cuanto, como venimos viendo, ofrecen un sistema sencillo para que, por una parte, los autores puedan enfrentarse a la tarea de gestionar los derechos sobre sus obras y, por otra, los usuarios puedan identificar los usos que los autores permiten realizar sobre sus obras. En este sentido, uno de los grupos encuestados justifica la elección de las licencias CC para sus trabajos porque *"dan una versatilidad que el copyright, por el momento, no da. El autor puede designar libremente y en cualquier momento el modo en el que pretende gestionar su propia obra intelectual. Tiene la capacidad de liberar –o no– aquellos derechos sobre su creación que considere oportuno. El copyright es un modelo muy válido, pero para determinados usos puede no ser muy versátil"*.

Otro de los aspectos interesantes que plantean las licencias CC –y que, de hecho, constituye una de las finalidades de la organización *Creative Commons*– es el fomento del trabajo colaborativo. En este sentido, resulta interesante la experiencia comentada por uno de los grupos, que explica que en su último trabajo intervinieron 17 personas de distintas partes del mundo que colaboraron en distintos aspectos del mismo –diseños de la portada y contraportada, edición de fotos, ayudas en la grabación y mezclas, etc.–. Asimismo, también manifiestan 8 de los 12 grupos haber sido contactados para utilizar sus trabajos licenciados con CC, según los términos de la licencia –por ejemplo, para sonorizar vídeos, obras de teatro, documentales o cortometrajes, para incluir la obra en algún recopilatorio, para versionar la obra, ...–.

En cuanto a los tipos de licencia utilizados por los grupos encuestados, llama la atención, en primer lugar, que prácticamente todos han restringido los usos comerciales sobre su última obra, lo que haría necesario solicitar su permiso para utilizar las obras musicales con ese tipo de fines. Sin embargo, la cuestión de la definición de la cláusula "no comercial" es uno de los puntos más controvertidos de las licencias CC por la ambigüedad de la misma cláusula, que se refiere a los usos comerciales como el ejercicio de los derechos *"de manera*

[121] La encuesta fue enviada a 30 grupos musicales que licencias sus obras bajo CC, intentando que todos ellos tuvieran al menos dos lp's publicados para garantizar que se trataba de grupos con una cierta trayectoria –además de que pertenecieran a distintos estilos musicales-. Finalmente, la muestra sobre la que basaremos nuestras conclusiones es de 12 grupos, lo que, pese a no ser todo lo representativa que se desearía, puede ayudarnos a indicar la tendencia de los autores que se aproximan a las licencias CC.

que pretenda principalmente o su actuación se dirija a la obtención de un beneficio mercantil o una contraprestación monetaria."

El término "contraprestación monetaria" se podría identificar con una remuneración; el problema aparece en cuanto al significado que se le debe otorgar al concepto "beneficio mercantil", ya que se podría referir, por ejemplo, al ánimo de lucro de la entidad o persona que utiliza la obra, a la publicidad de la página Web en la que se difunda la obra, etc. En estos casos, *"ante la duda, el usuario debería ponerse en contacto con el autor y pedir su autorización"* (XALABARDER, 2006: 10), lo que, por otra parte, constituye precisamente uno de los aspectos interesantes de las licencias: el hecho de que *"en cualquier momento, el autor podrá autorizar individualmente usos no cubiertos por la licencia, pero nunca podrá prohibir usos concretos autorizados por la licencia CC"* (ÍBIDEM).

Hasta el momento, el único intento de definir con cierta exhaustividad el significado que se le ha de dar a la cláusula "no comercial", que vimos en el proyecto piloto llevado a cabo entre *Creative Commons Holanda* y la entidad de gestión colectiva de derechos de autor de ese país, Buma·Stemra –proyecto al que hicimos referencia en el capítulo anterior–, no ha resultado del todo satisfactorio por emplear una definición en exceso restrictiva de esa cláusula.

En cuanto a la posibilidad de elaborar trabajos derivados sobre su obra, 6 grupos excluyen esta posibilidad en su última obra, de forma que para realizar cualquier tipo de transformación –traducciones, adaptaciones, arreglos, resúmenes, etc.– se requeriría la autorización del titular originario de la licencia.

Finalmente, respecto de la cláusula *copyleft –Share Alike–* 7 de los 12 grupos la han incorporado a su último trabajo, lo cual indica que no en todos los casos se está aplicando de forma del todo correcta, ya que esta cláusula *"sólo se puede introducir como condición cuando no se ha excluido la creación de obras derivadas"* (XALABARDER, 2006: 9) para garantizar que los trabajos derivados se distribuirán bajo las mismas condiciones que el original.

Otra cuestión interesante la observamos en lo que hace referencia a la búsqueda de otro tipo de garantías para asegurar la autoría de sus obras: de los 12 grupos, 4 no consideran necesario utilizar ningún medio de registro; el resto hace referencia a los registros de propiedad intelectual estatal o autonómicos y a la plataforma Safe Creative.

También hacen referencia los grupos encuestados a las cuestiones indicadas en los informes referenciados anteriormente –FEDEA, ASIMELEC y MITYC– sobre los cambios en el modelo de negocio de la industria musical:

- Uno de los cambios que indicábamos anteriormente hacía referencia a la difusión de las obras musicales como consecuencia de la digitalización de los contenidos y la generalización de Internet y como esa circunstancia podía influir en la venta del producto. En este caso, excepto un grupo que indica haber notado un descenso como consecuencia de la distribución de su trabajo a través de Internet de forma gratuita, el resto indica que o bien se ha mantenido igual que antes o bien ha subido mucho.

- Por otra parte, en cuanto a la afluencia a los conciertos desde que se lleva a cabo esa difusión por Internet, los resultados de la encuesta indican que, en el peor de los casos, la afluencia sigue siendo la misma que antes de producirse esa circunstancia.

Breve apunte final

A pesar del escepticismo mostrado por algunas voces acerca de las finalidades del sistema de licencias de *Creative Commons*, por considerar que este sistema *"justamente perpetúa lo que pretende desactivar: el régimen del copyright"* al reforzar *"la percepción de que la*

obra es una propiedad, que la licencia es siempre necesaria y que los usos están prohibidos excepto que estén expresamente autorizados" (XALABARDER, 2006: 11)[122], lo cierto es que, hasta el momento, se han perfilado como el sistema más eficaz *"para combinar intereses privados y colectivos"* (ÍBIDEM) –la gestión de los derechos por parte de los autores y el acceso a la cultura de los ciudadanos– y para *"fomentar la creación y la cultura"*[123], en tanto no se lleven a cabo los cambios normativos[124] necesarios para que ese equilibrio se haga efectivo en el contexto sociológico y tecnológico actual.

Hasta el momento, esta labor se está llevando a cabo a través del cambio de perspectiva que ha incorporado el sistema de licencias CC para ejercer los derechos de autor, y que consiste en hablar de "autorizaciones" allí donde el sistema actual de *copyright* habla de "prohibiciones". En este sentido, se podría añadir que el argumento que defiende que una menor protección de *copyright* supone una menor producción artística *"es sencillamente equivocado"* (BOLDRIN y VÁZQUEZ, 2010: 59); y, teniendo en cuenta, que esa lógica es la que impera en la normativa actual sobre derechos de autor que sobreprotege con unos derechos de exclusiva a los "mega-artistas" que se dedican a la música y no a los artistas de menor éxito[125], parece lógico que sean estos los que traten de buscar canales alternativos para intentar difundir su producto –a través de los cuales poder acceder a los canales "tradicionales", como, por ejemplo, las actuaciones en directo–: desde el punto de vista de los derechos de autor, ello se traduce en que esos autores se mantengan al margen del sistema actual de gestión de sus derechos y busquen opciones que los ofrezcan una mayor flexibilidad y versatilidad, a la vez que les proporcione cierta claridad y fiabilidad en esa gestión.

A pesar de ello, tampoco parecería disparatado que fuesen precisamente esos "mega-artistas" de los que hablan BOLDRIN y VÁZQUEZ quienes abrazaran mecanismos alternativos en la gestión de derechos de autor, puesto que ellos son, precisamente, los que menos tendrían que perder en términos económicos al disponer de otras vías de ganar dinero –añadiendo, además, una posible plusvalía a su popularidad entre el público[126]–.

---

[122] DUSOLLIER (2006) utiliza una metáfora de la escritora y activista feminista Audre LORDE que escribió *"the master's tools will never dismantle the master's house"*. Llevándolo al campo de los derechos de autor, DUSOLLIER considera que *the master's house* sería el régimen de *copyright*, régimen en el que los trabajos creativos se han mercantilizado y cuyo acceso se hace cada vez más difícil al haberse incrementado el control sobre ellos en nuestra historia reciente; y *the master's tools* serían las licencias CC que actuarían como las herramientas necesarias para subvertir el régimen imperante. En su opinión "las herramientas" nunca desmantelarán "la casa", sino más bien al contrario, "las herramientas" ayudarán a reforzar la solidez de "la casa".
En el mismo sentido, ELKIN-KOREN (2005: 60) afirma que *"las mismas reglas que podrían hacer ejecutables las licencias Creative Commons podrían igualmente hacer ejecutables las prácticas de las licencias corporativas, que anularían los privilegios de los usuarios bajo la ley de copyright."*

[123] BOLDRIN y LEVINE (2005), en un estudio económico sobre el "mercado de las ideas", concluyen que los monopolios sobre la propiedad intelectual –los autores hacen referencia tanto a los derechos de autor como a las patentes– no suponen un incremento cuantitativo ni cualitativo de este tipo de bienes, y apuntan la necesidad de una profunda reforma en el sistema.

[124] A pesar de que la estrategia de *Creative Commons* aboga por los cambios normativos necesarios para lograr el equilibrio entre los intereses de los autores y de los usuarios, no hemos de olvidar que el sistema de licencias se asienta, precisamente, en la legislación vigente en cada Estado sobre derechos de autor.

[125] Según estos autores, *"el copyright debería estar diseñado para crear incentivos al artista marginal –los de menor éxito– no a los inframarginales –los de mayor éxito–"*; pero aclaran que, debido a la poca repercusión de los artistas marginales, tampoco el *copyright* ayudaría mucho a estos autores.

[126] Ya vimos en el primer capítulo algunos acercamientos de grupos de reconocido prestigio a las licencias CC, como Trent Reznor, Radiohead y Pearl Jam.

ANEXO

A continuación detallaremos la encuesta enviada los grupos musicales que utilizan las licencias CC como mecanismo para gestionar los derechos sobre sus obras y para difundirlas. No podría dejar de citar –y agradecer su colaboración– a los grupos que amablemente aceptaron participar en el presente trabajo; estos han sido:
Anima Adversa <http://www.animaadversa.es/>; **Error Fatal** <http://www.errorfatal.net/>; **Explicit Language** <http://www.explicitlanguage.com/>; **Gritando en silencio** <http://www.gritandoensilencio.net/>; **Tonto** <http://www.erestonto.info/>; **En busca del pasto** <http://www.enbuscadelpasto.com/>; **Sutil Kármico** <http://www.sutilkarmico.com/>; **Triolocría** <http://www.triolocria.com/>; **Backliners** <http://www.backliners.blogspot.com/>; **Stormy Mondays** <http://www.stormymondays.com/>; **Xera** <http://www.xera.com.es/>; **Ron de kaña** <http://fzrdominios.com/rdek/>

1. ¿Os consideráis artistas profesionales?
Sí
No

2. ¿Hasta qué punto resultan importantes las ganancias económicas obtenidas por vuestro trabajo artístico? ¿Cuál de estas opciones os describe mejor?
Es nuestra única fuente de ingresos
Es nuestra principal fuente de ingresos, pero tenemos otras
Es una fuente de ingresos suplementaria a nuestra fuente de ingresos principal
No ganamos dinero con nuestro trabajo artístico

3. Cuando elaboráis un trabajo artístico, ¿cuál de las siguientes es vuestra principal motivación?
Amor por el arte/Deseo interior de crear
Ganancias económicas
Reputación/Reconocimiento
Other:

¿Cuál de las anteriores respuestas sería vuestra segunda motivación?
Amor por el arte/Deseo interior de crear
Ganancias económicas
Reputación/Reconocimiento
Other:

4. Cuando elegís una licencia CC, ¿cuál de las siguientes es vuestra principal motivación?
Nuestro trabajo se encuentra disponible de forma más amplia, lo que puede ayudarnos a hacer crecer nuestra reputación/reconocimiento
Nuestro trabajo se encuentra disponible de forma más amplia, lo que puede brindarnos oportunidades de "hacer dinero" en un futuro
Nos gustaría que otros usaran mi trabajo libremente porque creemos en la colaboración
Other:

5. ¿Qué intereses perseguís cuando licencias vuestras obras bajo CC?
Reconocimiento
Ganar dinero con vuestra obra
Impedir trabajos derivados
Todos los anteriores
Other:

6. Pensad en vuestro último trabajo licenciado bajo CC... ¿cuántas personas intervinieron en el proceso creativo?

7. Uno de los objetivos de CC es que se pueda disponer de los trabajos creativos para un uso más amplio. ¿En qué nivel es importante para vosotros tener disponibilidad sobre el trabajo de otros?
Muy importante
Bastante importante
Indiferente
Con poca importancia

Completamente sin importancia

8. En vuestro proceso creativo, ¿os preocupais sobre si infringís los derechos de autor de otros creadores?
Sí
No

9. ¿Habéis pedido permiso alguna vez para utilizar el trabajo protegido de otro autor?
Sí (pasad a la pregunta 10)
No (pasad a la pregunta 12)

10. ¿Os han denegado alguna vez el permiso para utilizar una obra protegida de otro autor?
Sí
No

11. ¿Habéis utilizado alguna vez trabajos de otros creadores licenciados bajo CC?
Sí
No

12. ¿Ha contactado alguien alguna vez para utilizar vuestros trabajos licenciados bajo CC?
Sí
No

Si habéis contestado "Sí" explicad el motivo:

13. Pensad en vuestro trabajo más reciente licenciado bajo CC... ¿habéis permitido el uso comercial sobre él?
Sí
No

14. Pensad en vuestro trabajo más reciente licenciado bajo CC... ¿habéis permitido la elaboración de obras derivadas sobre él?
Sí
No

15. Pensad en vuestro trabajo más reciente licenciado bajo CC... ¿habéis incorporado la condición "Share Alike"?
Sí
No

16. Pensad en vuestro trabajo más reciente licenciado bajo CC... ¿habéis utilizado algún medio de registro?
Sí
No

Si habéis contestado "Sí", indicad cual:

17. ¿Cómo estais de satisfechos con las licencias CC?
Completamente satisfechos
Bastante satisfechos
Ni satisfechos ni insatisfechos
Bastante insatisfechos
Completamente insatisfechos

18. ¿Tenéis planeado utilizar las licencias CC en trabajos futuros?
Sí
No

Si habéis contestado "No", indicad por qué:

19. ¿Habéis utilizado siempre CC?
Sí, siempre
No, también hemos utilizado el copyright tradicional

Si habéis contestado "No", indicad los motivos del cambio:

20. ¿Qué tipo de producción utilizáis?
Autoedición

Discográfica independiente
Gran discográfica
Other:

21. ¿Lleváis un control sobre las descargas que ofrecéis gratuitamente y las ventas de cd's?
Sí
No

Si habéis contestado "Sí", indicad si las ventas han...
subido mucho
subido algo
permanecido igual
bajado algo
bajado mucho

22. En los conciertos, ¿habéis notado si la afluencia ha...
subido mucho?
subido algo?
permanecido igual?
bajado algo?
bajado mucho?

23. ¿En qué rango de edad, aproximadamente, se encuentran los componentes del grupo?
Entre 15 y 19
Entre 20 y 24
Entre 25 y 29
Entre 30 y 34
Entre 35 y 40
Other:

24. ¿Cómo describiríais vuestro nivel de conocimientos de informática?
Muy experimentado
Bastante experimentado
Ni experimentado ni inexperto
Bastante inexperto
Muy inexperto

25. ¿Qué categoría describe mejor vuestro nivel de estudios?
Menos de bachillerato/FP/Ciclos formativos grado medio
Bachillerato/FP/Ciclos formativos grado medio
Licenciado/Graduado/Ciclos formativos grado superior
Other:

BIBLIOGRAFÍA

- ASIMELEC (Asociación Multisectorial de Empresas de Tecnología de la Información, Comunicaciones y Electrónica). *Informe 2010 de la Industria de contenidos digitales*. ASIMELEC: Madrid, 2010 <http://www.asimelec.es/media/Ou80/File/CONTENIDOS%20DIGITALES%202010.pdf>
- BOLDRIN, Michele, y LEVINE, David K. "The economics of ideas and intellectual property"; en *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 102, núm. 4 (25 de enero de 2005). Washington: National Academy of Sciences of the United States of America, 2005; pp. 1252-1256 <http://www.pnas.org/content/102/4/1252.full.pdf>
- BOLDRIN, Michele, y VÁZQUEZ, Pablo. "Derechos de propiedad intelectual: derechos de autor"; en BAGÜES, Manuel, FERNÁNDEZ-VILLAVERDE, Jesús y GARICANO, Luis. *La Ley de Economía Sostenible y las reformas estructurales: 25 propuestas*. FEDEA: Madrid, 2010; pp. 56-59 <http://www.reformasestructurales.es/les.pdf>
- DUSOLLIER, Séverine. "The Master's Tools v. The Master's House: Creative Commons v. Copyright" (15 de junio de 2006). *Propriété intellectuelle : entre l'art et l'argent*, 2006, pp. 17-46 < http://www.crid.be/pdf/public/5884.pdf>
- ELKIN-KOREN, Niva. "What Contracts Can't Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons" (29 de Julio de 2005). *Fordham Law Review*, Vol. 74, 2005, pp. 1-67. <http://ssrn.com/abstract=760906>
- FEDEA (Fundación de Estudios de Economía Aplicada). *Informe sobre la industria de la música*. Madrid: FEDEA, 28 de abril de 2010 <http://www.fedea.es/pub/Musica.pdf>
- LENNIE, Matías. "Música en libertad: la industria musical frente al cambio de paradigma"; en *Cultura.rwx*, núm. 0 (noviembre de 2010); pp. 13-19 <http://culturarwx.net/rwx0/rwx0.pdf>
- MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO. *Informe anual de los contenidos digitales en España 2009*. RED.es: Madrid, 2010. <http://www.ontsi.red.es/articles/detail.action?id=4074>
- XALABARDER PLANTADA, Raquel. "Las licencias *Creative Commons*: ¿una alternativa al *copyright*?" (marzo de 2006), en *UOC Papers, Revista sobre la Sociedad del Conocimiento*, núm. 2 (2006). Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya <http://www.uoc.edu/uocpapers/2/dt/esp/xalabarder.pdf>